I blanca

II blanca

TRATADO
DE
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

IV blanca

OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI

TRATADO
DE
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Parte I

EDITORIAL PORRÚA,
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15,
MÉXICO, 2011

Primera edición, 2011

Copyright © 2011
OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI

Esta obra y sus características son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, SA de CV 8
Av. República argentina 15 altos, col. Centro, 06020, México, DF
www.porrua.com

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

A Rubén Oscar Asorey,
por cuanto ha significado en mi formación profesional y,
antes que todo, por darme la oportunidad de ser su amigo.

VIII blanca

Contenido

Parte I

CAPÍTULO I
Autonomía científica del derecho procesal constitucional
. 3

CAPÍTULO II
La teoría de la jurisdicción en el derecho procesal constitucional
. 23

CAPÍTULO III
La teoría de la acción
. 197

CAPÍTULO IV
La teoría del proceso constitucional
. 267

CAPÍTULO V
Los contenidos del derecho procesal constitucional
. 361

Parte II

CAPÍTULO VI
Los procesos constitucionales
. 589

CAPÍTULO VII
El proceso constitucional de *Habeas corpus*
. 621

CAPÍTULO VIII
El proceso constitucional de amparo
. 665

CAPÍTULO IX
La acción de inconstitucionalidad
. 883

CAPÍTULO X
La acción de cumplimiento
. 1019

CAPÍTULO XI
Los conflictos de competencia
. 1113

Parte III

CAPÍTULO XII
La protección de datos personales
y el proceso constitucional de *habeas data*
. 1145

CAPÍTULO XIII
Derecho Procesal Constitucional local
. 1515

Apéndice documental
1. Código Procesal Constitucional del Perú. Ley Nº 28.237 1579

Bibliografía 1613

Parte I

2 blanca

Capítulo I

Autonomía científica del derecho procesal constitucional

1. Punto de partida

1.1. El derecho procesal constitucional es una ciencia nueva que se explica a partir de la relación que existe entre el Proceso y la Constitución. Vale decir que se ocupa de las instituciones procesales (garantías judiciales) insertas en las Constituciones de cada Estado; de los procesos constitucionales; y de los principios y presupuestos fundamentales que todo proceso debe aplicar en las controversias entre partes (debido proceso).

Para Sagüés,

> el desenvolvimiento del derecho procesal constitucional latinoamericano durante los últimos lustros tiene varias explicaciones. Algunas son de índole política, como el afianzamiento de las democracias en el subcontinente. Es evidente, al respecto, que el hábitat natural de la disciplina son los gobiernos de *iure*.[1] Pero además, la sociedad ha asumido que sin una legítima magistratura constitucional, y sin procesos constitucionales ágiles y operativos, la Constitución puede significar muy poco. El derecho procesal constitucional, que se ocupa esencialmente de estos dos últimos asuntos, es hoy una herramienta de uso frecuente por los abogados, y ha logrado insertarse, además, en la currícula de numerosas universidades [...]. En este escenario, resulta obligado pensar en un compendio que asuma en lo esencial los grandes capítulos de esta novedosa rama del derecho que, para algunos, se afilia al derecho constitucional, para otros al procesal, mientras que los restantes la divisan como un puente entre ambos, o algo independiente.[2]

El punto de partida podría ser correcto si no tuviéramos en cuenta las asimetrías que existen entre los sistemas procesales y los modelos previstos para el control de

---

[1] Coincide Landa en que [...] "la justicia constitucional contemporánea es una institución propia de los Estados constitucionales democráticos actuales; sobre todo, de aquellos países que han salido de una etapa de dictadura política. Por eso, cuando cae el nazi-fascismo y se desintegra el socialismo soviético con la caída del muro de Berlín, se abren las vías políticas para construir sociedades abiertas, con economías sociales de mercado y Estados limitados por los derechos fundamentales. En ese marco, se recrea y expande la justicia constitucional, mediante los tribunales y cortes constitucionales o las funciones de control constitucional de las cortes supremas" (Landa, César, *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, n° 15, Porrúa, México, 2006, p. 39).

[2] Sagüés, Néstor Pedro, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional,* Astrea, Buenos Aires, 2009, prólogo del autor.

constitucionalidad. Y eso sin tener en cuenta la polémica que persiste entre quienes sostienen que los procesos constitucionales y la función judicial en el control de constitucionalidad es netamente procesal; ni de quienes afirman que ambas cuestiones pertenecen al derecho constitucional.

Es decir: la simplificación es incorrecta, porque más allá de observar que en cualquier controversia particular siempre hay un conflicto entre derechos que se desprenden de la Constitución, también hay perspectivas diferentes sobre los aspectos que definen la autonomía científica.

1.2. En América, por ejemplo, es más importante el estudio de los procesos constitucionales y de las facultades que tienen los jueces que actúan en ellos; mientras que en Europa, la preocupación se inclina hacia la investigación de los límites y poderes de los Tribunales Constitucionales. Uno se ocupa de las garantías procesales en el proceso bilateral; el otro enfoca la dimensión de la actividad normativa que puede desnaturalizar la tutela de los derechos fundamentales. Pareciera que el interés 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.

De aceptar la división, la tarea del derecho procesal constitucional en el sistema de control de constitucionalidad americano (difuso) la dimensión del problema estará en las funciones del juez ordinario que actúa en y para el caso concreto, donde hay un conflicto entre partes conocidas y que reclaman una solución solamente para sí.

En cambio, allí donde existan tribunales constitucionales, la misión del derecho procesal constitucional será explicar el modelo, una suerte de "derecho procesal concretizado", como lo nomina Häberle,[3] que significa extraer del derecho constitucional la materia esencial para el trabajo y generar con el mismo, métodos de interpretación.[4]

---

[3] HÄBERLE, Peter, *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Palestra, Lima, 2004, pp. 23 y ss. Tesis que no recibe demasiados apoyos y suma críticas, aunque es rica y sugestiva —como dice *García Belaunde*— pues está basada en la experiencia inicial del tribunal constitucional alemán (*cfr*. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, n° 24, Porrúa, México, 2008, p. 70.

[4] Para Hernández Valle [...] "lo anterior significa, en primer término, que el derecho procesal constitucional debe extraerse materialmente del derecho constitucional en cuanto a sus principios (verbigracia, el de publicidad, el de protección a las minorías, etc.) y en cuanto a sus métodos de interpretación (utilización del método interpretativo abierto, orientado a la realidad y a la consecuencia de la decisión). En segundo término, significa que el derecho procesal constitucional tiene que ser interpretado en su totalidad, en la medida en que a ese ámbito pertenecen no sólo normas estrictamente procesales —tales como

1.3. No obstante, si quiere verse emancipado al derecho procesal constitucional no bastará examinar analíticamente los contenidos sino, además, se deberá encontrar un rigor metodológico que la singularice para evitar confusiones de ubicación o simplemente para demostrar sus líneas de fundamento.

Algunos entienden que la comunidad de intereses que tiene la ciencia está en "el derecho fundamental a la legalidad constitucional"[5] que en nuestro país (Argentina) se reflejaría en el principio obligatorio de aplicar la interpretación más acorde con la supremacía de la Constitución; sin embargo, esta afirmación quedaría afectada (en realidad es un complemento necesario) por la influencia de los Pactos y Convenciones Internacionales sobre derechos humanos, que traen el deber de concretar el control de convencionalidad.[6]

Al respecto explica Albanese que:

> [...] el control de convencionalidad constituye la función esencial de los órganos internacionales competentes que, según expresan, no se erigen en funcionarios, legisladores o jueces nacionales, sino que interpretan los actos internos al amparo de la Convención. Se menciona desde el campo internacional la *constitucionalización del derecho internacional* en el sentido de construir un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos. Posición que se viene manifestando desde hace aproximadamente dos décadas...[7]
>
> Hemos dicho que la Corte Interamericana siempre se ha preocupado por aclarar que la "obligatoriedad" de sus fallos es para el Estado Parte que se encuentra denunciado; pero que la situación es diferente cuando actúa en *jurisdicción consultiva*, precisamente porque es aquí cuando interpreta las normas del sistema. Esta jurisprudencia es *obligatoria*, y si en el derecho interno existe contraposición comienza a jugar el deber impuesto por la propia Convención respecto a adaptar las normas locales (y la jurispru-

---

las que regulan la legitimación de las partes para iniciar el proceso, sobre la capacidad procesal para ser parte, las normas sobre la recusación de los jueces o para la ejecución de sus sentencias, etc.—, sino también normas procesales que tienen relación directa con el derecho constitucional sustantivo, tales como las que regulan la elección de los jueces, los períodos para ejercer los cargos, sus incompatibilidades, etc., las cuales constituyen presupuesto necesario del derecho procesal constitucional. Se trata, en síntesis, que el derecho procesal constitucional se deriva de la clase especial de derecho de fondo que debe aplicar: el derecho de la Constitución, al que sirve justamente para eliminar los conflictos, la composición de intereses, la división de poderes. De ello se deduce que el derecho procesal constitucional es una parte del derecho material de la Constitución, por lo que debe ser tratado con las técnicas de éste y no del derecho procesal general" (HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Introducción al derecho procesal constitucional,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, n° 6, Porrúa, México, 2005, pp. 55/56).

[5] HERNÁNDEZ VALLE, *Introducción al derecho procesal constitucional,* cit., p. 57.

[6] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el objeto y fin de las convenciones de derechos humanos son la protección de los derechos: "[...] Al aprobar estos tratados...los Estados se someten a un orden legal dentro del cual asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (Corte IDH, OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982 - "Otros Tratados", objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 24).

[7] ALBANESE, Susana, "La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional", en *El control de convencionalidad*, ALBANESE, Susana (coord.), Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 13 y ss.

dencia estaría alcanzada) para que sea operativa la efectiva defensa de los derechos humanos.[8]

1.4. Ahora bien, el fenómeno descripto sintéticamente pone de relieve que la función constitucional de los jueces o tribunales constitucionales alimenta y nutre a la disciplina, dando pie a particularidades que debe adquirir el proceso constitucional.

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.[9]

Empero, espejada la introducción con las razones por las que se organizaron las magistraturas especiales, se torna evidente la distancia con 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.

1.5. 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.

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

---

[8] GOZAÍNI, Osvaldo A., *El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno,* en "El control de convencionalidad", Albanese, Susana (coord.), cit., pp. 104/105.

[9] 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. También del autor: *El derecho dúctil,* 4ª ed., Trotta, Madrid, p. 34.

países latinoamericanos, que hace diferentes los modelos 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 (aunque cueste encontrarlo definido de este modo); así como sucede que, quienes estudian la disciplina desde los confines del control difuso, son proclives al error de buscar el derecho procesal constitucional en los pilares de una ciencia u otra (es decir, en el derecho procesal o en el derecho constitucional), cuando en realidad, no es rama ni proyección de ninguna de ellas, sino un caso más del derecho público.

1.6. 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.

Un profundo estudio de Humberto Nogueira Alcalá señala que:

> [...] En materia de la naturaleza jurídica del derecho procesal constitucional hay tres enfoques: uno que lo hace depender del derecho *constitucional*, otro del derecho *procesal* y un tercero que plantea la naturaleza *híbrida* o *mixta* de la disciplina. La perspectiva y enfoque que se asume en esta materia, genera consecuencias inevitables en la determinación del contenido de la disciplina del derecho procesal constitucional".[10] Quienes ven la ciencia como parte del derecho constitucional (Peter Häberle, César Landa, Fernández Rodríguez, entre otros) argumentan que el derecho procesal constitucional debe forjarse en concordancia con los aportes de la teoría constitucional, en materia de derechos fundamentales e interpretación constitucional; por cuanto sólo a partir de la praxis del estado constitucional y del desarrollo de dichos derechos y su interpretación, la teoría constitucional se convertirá en un factor principal de reflexión y de movilización del Derecho procesal constitucional.
>
> Otros, encabezados por Fix Zamudio, sitúan el derecho procesal constitucional dentro de la disciplina y ciencia del derecho procesal, aun cuando con especificaciones propias, diferentes del derecho procesal civil, penal o laboral. Es la perspectiva de su discípulo, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien conceptualiza el derecho procesal constitucional como

[10] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Lartina*, Estudios Constitucionales, Año 7, N° 1, 2009, pp. 13-58

una disciplina "que se encarga del estudio sistemático de la jurisdicción, órganos y garantías constitucionales, entendiendo estas últimas como los instrumentos predominantemente de carácter procesal dirigidos a la protección y defensa de los valores, principios y normas de carácter constitucional"[11] (en esta línea se encuentran Ovalle Favela, González Pérez, García Belaunde, Colombo Campbell, Bordalí Salamanca, Hernández Valle, entre otros).

La tercera posición que ve la ciencia como una mixtura o hibridación de derecho constitucional y derecho procesal es la tesis de Zagrebelsky, quien señala que la jurisdicción constitucional y los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de casos controvertidos lleva aparejada una teoría de la Constitución como norma sustancial, cada concepción de la Constitución lleva aparejado una concretización del procedimiento, así como cada concepción del procedimiento lleva aparejada una concepción de la Constitución.[12] En esta línea que encuentra aproximaciones a una u otra rama del derecho, aparecen Sagüés, Serra, Manili, Rivera Santiváñez, Zúñiga Urbina, Ivo Dantas, Esteva Gallicchio, entre los más destacados.

De allí que sostiene el profesor chieleno que:

[…] Así, esta novel disciplina jurídica reconoce elementos y se alimenta de la dogmática constitucional y procesal en una interacción en la cual ninguno de ellos somete o anula al otro, reconociendo en la Constitución su derecho sustantivo y en el derecho procesal el derecho adjetivo. Además debe tenerse presente que el objeto que está en litigio es estrictamente una materia constitucional (la defensa y garantía de los derechos fundamentales y el control del poder político en el Estado Constitucional democrático haciendo efectiva la supremacía constitucional).[13]

Inclusive, para llegar a precisar la ubicación de la ciencia, 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 también procesos constitucionales, en esencia, y deben estudiarse dentro de la disciplina.

2. El derecho procesal constitucional como ciencia autónoma

2.1. No hay aún coincidencia doctrinaria para sostener la autonomía como ciencia del derecho procesal constitucional. Algunos lo derivan del derecho procesal y

---

[11] FERRER MAC GREGOR, Eduardo, en respuesta a encuesta en García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (coords.), *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional,* Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional), México, 2006, p. 83.

[12] ZAGREBELSKY, Gustavo, *¿Derecho Procesal Constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional,* FUNDAp, Querétaro, 2004, pp. 17-18.

[13] De allí que en nuestra colección de obras sobre Derecho Procesal Constitucional, incluimos la "*Protección Procesal del Usuario y Consumidor*", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2005, pese a la observación que ha hecho García Belaunde sobre la inadecuación que ello significa (*cfr. El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, cit., p. 43).

otros del derecho constitucional, por eso los enunciados de derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal.

Es clásica ya la mesurada opinión del maestro Héctor Fix Zamudio cuando opina 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.[14]

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.[15]

La idea del maestro costarricense parte de interrogar si el funcionamiento del tribunal constitucional goza de autonomía procedimental de forma que sea el propio órgano de la jurisdicción el que cuente con la potestad de colmar las lagunas existentes e interpretar las disposiciones procesales legales para el cumplimiento eficaz de las funciones que le están encomendadas.[16]

---

[14] FIX ZAMUDIO, Héctor, "Breves referencias sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", *passim*. Tomado de la obra colectiva *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I (coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor), Porrúa, México, 2002 (2ª ed.), pp. 165 y ss.

[15] HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional,* Juricentro, San José de Costa Rica, 1995, pp. 35/36.

[16] HERNÁNDEZ VALLE, *Introducción al derecho procesal constitucional,* cit., p. 55.

2.2. Instalar los estudios en el derecho constitucional recibe apoyos importantes como el de Sagüés, aunque divide las preferencias al sostener que:

> [...] el derecho *constitucional procesal* es un sector del derecho constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales 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.[17]

Esta posición es seguida en Argentina por Antonio Castagno, y recibe el apoyo de Ernesto Rey Cantor (Colombia) y Elvito A. Rodríguez Domínguez (Perú). El primero sostiene que:

> [...] el derecho procesal constitucional es un conjunto de principios y normas jurídicas consagrados en la Constitución y en la ley, que regulan los procesos constitucionales y los procedimientos constitucionales, cualquiera que sean los órganos encargados de preservar con justicia la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos humanos [...]. Como corolario de lo anterior podemos afirmar que el derecho constitucional procesal estudia el debido proceso, desde la perspectiva constitucional, de conformidad con los tratados y convenios internacionales aprobados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos.[18]

El profesor peruano Rodríguez Domínguez argumenta, por su parte, que la existencia de normas procesales en la Constitución, no implica la existencia de un derecho procesal constitucional, pues aun se está en el ámbito del derecho constitucional, porqué la Constitución es el fundamento del sistema jurídico de un Estado. Si esto no fuera así, tendríamos que admitir —agrega— que también existe un derecho civil constitucional o un derecho del trabajo constitucional [...]. En suma, el derecho procesal constitucional se funda en la Constitución, pero no nace de la Constitución, aunque en ésta existan normas de naturaleza procesal. Nace cuando se dictan las normas que regulan los procesos mediante los cuales deben resolverse conflictos de naturaleza constitucional; y la naturaleza constitucional del conflicto se da por la razón de ser de toda Constitución: el mantenimiento del sistema jurídico mediante el respeto de la jerarquía normativa y la protección de los derechos esenciales de la persona.[19]

---

[17] SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso Extraordinario*, tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1992 (3ª ed.), pp. 4-5.

[18] REY CANTOR, Ernesto, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional,* Universidad Libre, Seccional Cali, 1994, p. 123.

[19] RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito A., *Derecho Procesal Constitucional*, Grijley, Lima, 1997, pp. 23 y ss. Del mismo autor, "Derecho Procesal Constitucional Peruano", en *Notarius* (Revista de Notarios de Lima, Perú), año 2, Lima, 1991, pp. 265-272.

Como se ve, la perspectiva constitucional atiende el fenómeno del control de constitucionalidad y asume que los procesos constitucionales son la parte de las Normas Básicas de cada Estado que se ocupan de la defensa de las libertades individuales y colectivas. La existencia de procesos constitucionales y, particularmente donde se tienen Tribunales Constitucionales, no incide en la calificación porqué se toman como actividades jurisdiccionales de un órgano de la Constitución.

2.3. En cambio, en la dimensión procesal la visión es diferente y, también, contradictoria. En Brasil, por ejemplo, se propicia aceptar al derecho procesal constitucional no como disciplina independiente y menos aún autónoma, porque se interpreta que es un compendio metodológico, de carácter propedéutico, que sirve para explicar el funcionamiento del proceso cuando actúa en función de preservar la regla de la supremacía constitucional. Por eso tiene razón la doctrina cuando advierte que esta definición lleva a la desaparición del derecho procesal constitucional al hacerla formar parte de la teoría del proceso.[20]

La contradicción que señalamos se observa al utilizar la teoría general del proceso en la mecánica del proceso constitucional; como en pretender aplicar al juez constitucional (del control difuso o concentrado) las mismas funciones que realiza el juez ordinario, con quien se tienen concordancias sin igualaciones.

Ahora bien, como rama del derecho procesal lo postula 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.[21]

Esta línea de pensamiento insiste con las ramificaciones abastecidas, todas, por la teoría general, permitiendo encontrar un derecho procesal civil, derecho procesal penal, muchos otros (administrativo, laboral, etc.) y, en particular, el derecho procesal constitucional.

2.4. Por este camino 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.

> El problema del encuadre se verá más adelante, porque en nuestro parecer, justamente la autonomía científica del derecho procesal constitucional proviene de constatar que la trilogía estructural del derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso) trabaja con diferencias notables, porque el proceso constitucional exige y retiene para sí particularidades que en el proceso común podrían ser ambiguas; de igual modo, la teoría del proceso solo

---

[20] García Belaunde, *El derecho procesal constitucional en perspectiva,* cit., p. 74.

[21] 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, Porrúa, México, p. 48.

es útil para resolver la comunión de las garantías (*v. gr.:* independencia, imparcialidad, derecho a ser oído, derecho al recurso, etc.) pero no para unificar ni igualar los recaudos (*v. gr.:* bilateralidad, contradicción, prueba, modalidades de la sentencia, efectos de la cosa juzgada, entre las más visibles).

Además, la penetración y trascendencia del derecho constitucional tiene alteraciones de tiempo y circunstancias, que impide pensar que el funcionamiento de las libertades haya sido pensado de una vez y para siempre, sin que los valores del tiempo cuando se aplica tengan significación alguna.

2.5. Dejemos para después estos motivos, y continuemos con la extracción procesal que se visualiza para nuestra asignatura. Quienes lo hacen atienden el método como se concreta la fiscalización del principio de supremacía, llevando a estudiar normas de procedimiento, reglas o técnicas aplicadas, de forma tal que algunos confunden o entienden como sinónimos a la *jurisdicción constitucional* (actuaciones de los tribunales constitucionales), la *justicia constitucional* (la sentencia y sus efectos en el control de constitucionalidad) o el *derecho procesal constitucional* en sentido lato.

Por ejemplo, Gil Rendón afirma que:

[…] para el derecho procesal, la jurisdicción constitucional es uno de los elementos de la trípode de la teoría general del proceso, junto con la acción y el proceso. En este sentido, se entiende al poder y al deber del Estado como una protección de los ciudadanos. Desarrolla el papel del Estado en el proceso y proviene de la soberanía; es el rol político y el deber de resolver los conflictos por parte del Estado, para evitar que el tome la justicia por propia mano.[22]

Alguna de estas afirmaciones coincide con expresiones nuestras pero se las saca de contexto al agregar "constitucional" a la voz jurisdicción. De este modo, se hace partícipe de la teoría general del derecho procesal al sistema de jurisdicción constitucional, lo cual no es correcto por la autonomía de desempeño que tiene el juez con los poderes que obtiene de la interpretación constitucional.

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.[23]

De allí que autores como Boris Barrios González afirme que:

[…] el derecho procesal constitucional es el conjunto de normas de carácter público que delimita y rige la realización de la justicia constitucional, estableciendo los organismos

---

[22] Gil Rendón, Raymundo, *Derecho Procesal Constitucional,* Fundap, Querétaro, 2004, p. 18.

[23] Pegoraro, Lucio, "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional —Proceso y Constitución—*, nº 2, julio-diciembre 2004, Porrúa, México, pp. 131 y ss.

> jurisdiccionales que deben cumplirla, los sujetos que intervienen y los procedimientos que deben cumplirse para la aplicación concreta del derecho constitucional material y la guarda de la integridad de la Constitución.[24]

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*".[25]

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 *habeas 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.[26]

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.

2.6. Con otra perspectiva pero sin antinomia, están quienes deducen la ciencia en uno y otro derecho. Se adopta como una disciplina mixta que interactúa con el derecho constitucional y con el procesal.

Es propio de quienes no se ocupan de planteos teóricos sino del pragmatismo puro de la actuación jurisdiccional. La tesis de presenta 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.

---

[24] BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, *Derecho Procesal Constitucional,* Ancón, Panamá, 1999 (2ª ed.), p. 20.

[25] CAPPELLETTI, Mauro, *La giurisdizione della libertà,* Giuffrè, Milano. Hay varias ediciones posteriores y una traducción al español de Héctor Fix Zamudio en 1961. Ver del mismo autor: *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado),* UNAM, México, 1987.

[26] CAPPELLETTI, *La justicia constitucional,* cit., p. 187.

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.[27]
>
> Uno de los más fervientes estudiosos de la ciencia, como es Ferrer Mac Gregor, entiende —mirando al futuro— que se puede convencionalmente reconocer la existencia de la justicia constitucional en clave constitucionalista, es decir, como enfoque de estudio de la dogmática constitucional, como se ha venido estudiando especialmente a partir de la consolidación de los tribunales constitucionales europeos después de la segunda posguerra. Y también la existencia de un derecho procesal constitucional como disciplina autónoma procesal (con ascendencia constitucional, en mayor menor medida) que tenga su propio objeto y perspectiva".[28] Es decir, que encuentra el conflicto de convivencia entre los derechos en la dimensión metodológica como se desarrolla el control de constitucionalidad.

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.[29]

---

[27] ALMAGRO NOSETE, José, *Constitución y Proceso,* Bosch, Barcelona, 1984, pp. 157/8.

[28] FERRER MAC GREGOR, Eduardo, "Héctor Fix Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956)", en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, tomo I (Teoría General del derecho procesal constitucional), UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008, p. 541.

[29] 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.

Luis López Guerra ha marcado la necesidad de constituir al derecho constitucional en fuente de mecanismos procesales para garantizar la sujeción de todos los poderes públicos a los mandatos constitucionales.[30]

Louis Favoreau precisa que:

> [...] un tribunal constitucional es una institución creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente de éste como de los poderes públicos [...]. Un tribunal supremo, o incluso la cámara constitucional de un tribunal supremo pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son tribunales constitucionales.[31]

Jesús González Pérez diferencia al proceso constitucional de otros, diciendo que será proceso constitucional aquél del que conoce el tribunal constitucional.[32]

2.7. Ferrer Mac Gregor cree que la desinteligencia doctrinaria para resolver la autonomía científica del derecho procesal constitucional puede derivar en una cuestión de convergencia donde ambas acepten lo que a cada una le corresponda; o bien a asumir que deben convivir razonablemente, de modo que entre ellas puedan construir.

Dice el profesor mexicano:

> [...] La disyuntiva entre la convergencia (con la consecuencia de la posible desaparición o asimilación de una hacia otra) o la convivencia de ambas está latente y el tiempo dará la respuesta. En el fondo la convivencia, como sucede en la actualidad, debería llevar a la convergencia de posturas (no al rechazo de la existencia de una u otra) y así reconducir los planteamientos hacia posibles encuentros que posibiliten hablar de categorías compartidas. Por ejemplo, las categorías "procesos constitucionales" y "jurisdicción constitucional" ¿deben ser exclusivas de alguna de ellas? O más bien, pertenecen a ambas aunque con enfoques distintos. La jurisdicción constitucional como el proceso constitucional, en tanto "proceso" y "jurisdicción" son instituciones procesales fundamentales de la dogmática procesal que han alcanzado un desarrollo importante en otras ramas procesales. Sucede también que los procesos constitucionales y las jurisdicciones constitucionales (tribunales constitucionales, salas constitucionales, etc.) están previstos en las propias leyes supremas, lo que significa que deben ser tratadas por la ciencia constitucional, por ser la Constitución su objeto de estudio.[33]

Gustavo Zagrebelsky se pregunta si se puede hablar de un derecho procesal constitucional con referencia al conjunto de reglas —todas a interpretar— relativas a la instauración de los juicios constitucionales y la representación en éstos de posi-

---

[30] LÓPEZ GUERRA, Luis, *Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá*, en "Justicia constitucional Comparada", AA.VV., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1993, México, p. 73.

[31] FAVOREAU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, Ariel, Barcelona, 1994, p. 13.

[32] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1980, p. 25.

[33] FERRER MAC GREGOR, *Héctor Fix Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956),* cit., p. 541.

ciones subjetivas, las modalidades de acción de la Corte Constitucional, los caracteres y efectos de sus decisiones: en síntesis, las reglas a través de las cuales la Constitución viene puesta en condición de desarrollar la función de criterio de juicio práctico para la resolución judicial de las controversias pertenecientes a su esfera.

Agrega Zagrebelsky:

> [...] un derecho procesal constitucional, sí, pero *sui generis* —es más, muy *sui generis*—, que comprenda en sí pluralidad de perspectivas, que deben reconstruirse alrededor de 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.[34]

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

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.: habeas 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, algunos dicen 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.[35] Sin embargo, a pesar de la seriedad de las reflexiones, es

---

[34] ZAGREBELSKY, *¿Derecho Procesal Constitucional?,* cit., p. 402. Esta obra se encuentra también editada como *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional,* Fundap, Querétaro, 2004.

[35] GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Constitucional,* cit., p. 85.

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 la 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.

La consolidación del derecho procesal constitucional se expone, según Falcón, a través de hitos jurisprudenciales en casos concretos, pero sin un contexto orgánico normativo que lo sustentara. En este aspecto —dice el profesor argentino—:

> [...] me parece importante mostrar que existe una clara relación entre la consolidación del derecho procesal constitucional y la evolución de las distintas generaciones del derecho constitucional. Los derechos constitucionales de primera generación (herederos de las revoluciones de Estados Unidos de América y Francia), dieron vía a los primeros derechos individuales, que se fueron consolidando paso a paso, pero que tuvieron que luchar contra la permanente fuerza que significaba el poder real establecido luego de Waterloo (18 de junio de 1815). Pero los derechos individuales habían dejado fuera del campo de protección a una gran masa de la población que emergía y se consolidaba desde fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Ello dio nacimiento a los derechos de la segunda generación, a los derechos sociales (derechos sociales, derechos prestacionales, o *welfare rights*), que se suponía conducían a un Estado de bienestar (*welfare state*). Pero estos derechos de segunda generación tuvieron un muy buen desarrollo en el derecho del trabajo y en algunas prestaciones asistenciales, no estuvieron regulados adecuadamente por normas generales para un desarrollo coherente y concreto...Allí, en este difuso panorama temporal, la semilla del derecho procesal constitucional florece, con los elementos teóricos que ya portaba y se hace cargo de la situación poco a poco, con extensiones del amparo hacia áreas que no son propiamente amarísticas, como el *habeas data*, el proceso colectivo (especialmente para medio ambiente, consumidores y usuarios), la tendencia a la protección del patrimonio cultural, la protección de la salud, etc.[36]

2.9. Al cabo de tantas exposiciones, no cabe duda que el derecho procesal constitucional constituye el fenómeno jurídico de mayor importancia doctrinaria. Inclusive en derechos de notable evolución como los derivados de las relaciones de consumo, el ambiental, y los derechos difusos, admiten apoyarse en los paradigmas de aquella. También sucede con la renovación dogmática de la teoría del proceso, donde el

---

[36] FALCÓN, Enrique M., "El derecho procesal constitucional (Teoría general, nacimiento y desarrollo de la disciplina, contenido, autonomía científica)", en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, tomo I (Teoría General del derecho procesal constitucional), cit., p. 451.

concepto de acción reconoce la influencia constitucional; el acceso a la justicia queda enmarcado en las razones de nuestra disciplina; la eficacia y modalidades de las sentencias que se dictan para conjuntos de personas que trascienden el criterio tradicional del litisconsorcio para convertirse en acciones de clase, también ellas, dicen abastecerse con las innovaciones provenientes del derecho procesal constitucional.

Por eso, la posición titubeante de la doctrina más trascendente que, por su influencia y fundamentos no puede ser solapada, no nos parece aceptable. En lo que sigue pretendemos demostrar porque la ciencia del derecho procesal constitucional es autónoma del derecho procesal e independiente del derecho constitucional. No en el sentido de afirmar que nada tiene que ver con ellas, sino para definir lo que ha tomado de una y otra para adoptar una característica propia que abastece de modelos y razones a los operadores jurídicos que deben trabajar con sus fundamentos.

3. Fundamentos teóricos de la autonomía científica

3.1. 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 coincidencia de programas (control de constitucionalidad y procesos constitucionales) unifica el contenido pero no tiene semejanza el tratamiento que cada derecho le asigna. 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, y a la necesidad de recobrar como instrumento propio, la interpretación constitucional.

3.2. Pongamos, entonces, el acento en esta herramienta (derecho procesal) que al mismo tiempo es la garantía jurisdiccional por excelencia (derecho constitucional).

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.[37]

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

[37] GELSI BIDART, Adolfo, *De Derechos, Deberes y Garantías del hombre común,* Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1986, p. 76.

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.

> Compartimos con Sagüés que el derecho procesal constitucional se integra con tres dimensiones: *normativa, existencial* y *axiológica.* En la *dimensión normativa* existen reglas de derecho formal de dos categorías: con supremacía constitucional (art. 31, CN Argentina) o sin ella (leyes ordinarias de amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, etc.). En esta dimensión también hay reglas de derecho informal, vale decir, emergentes del derecho consuetudinario constitucional e infraconstitucional. La *dimensión existencial* está compuesta por los actos y omisiones de los operadores del derecho procesal constitucional (magistrados judiciales, letrados, legisladores, autores de los actos lesivos, etc.). Consituye la dimensión fáctica y explica las razones de sus hechos. La *dimensión axiológica* depende de los valores jurídicos y políticos asumidos por los operadores de la disciplina. Son una suerte de órdenes jerárquicos determinados por las ideologías en vigor.[38]

3.3. En los orígenes de la ciencia, el derecho procesal 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.

Para Escobar Fornos:

> [...] un concepto clave del derecho procesal, incluyendo el procesal constitucional, es el de la jurisdicción, tanto en sentido amplio como en sentido restringido...Si en sentido amplio entendemos por jurisdicción "declarar el derecho", se puede observar que el derecho no sólo lo declaran los jueces, sino también los órganos de otros poderes que actúan como jueces. Entonces, es permitido distinguir entre jurisdicción común, militar, administrativa, parlamentaria, etc.

La jurisdicción constitucional es la encargada de decidir sobre la materia constitucional; pero debe tenerse en cuenta que:

> [...] para un sector doctrinal no existe jurisdicción constitucional sin un tribunal constitucional separado del Poder Judicial, tal como existe en España.[39]

---

[38] SAGÜÉS, *Compendio de derecho procesal constitucional,* cit., p. 9.

[39] ESCOBAR FORNOS, Iván, *Introducción al derecho procesal constitucional,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, n° 9, Porrúa, México, 2005, pp. 13-14.

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, etcétera.

La teoría de la acción es la que tiene una verdadera revolución que demuestra como la protección judicial exclusiva del derecho subjetivo admite desde la segunda posguerra y, en particular, con la aparición de los llamados derechos de la tercera generación, una notable expansión que visualiza muchas más legitimaciones que las tradicionales. Por eso, para comprender el impacto y atenderlo desde la teoría que proyectamos, partimos de la *tercera tesis* de Astudillo cuando afirma que:

> [...] no es pensable la sistematización del derecho procesal constitucional como disciplina científica o sistema normativo, si no se establece una metodología adecuada para afrontar las particularidades de su objeto de estudio. Por ende, más que emplear los códigos lingüísticos de las disciplinas que se disputan su estudio, es necesario profundizar en el discurso a efectos de analizar sus perfiles a la luz de las distintas teorías jurídicas que lo condicionan.[40]

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 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.).

En este sentido, la distancia que pensamos es mayor aun que la diseñada en la teoría del proceso. La mayor diferencia seguramente se encuentre en las particularidades del proceso constitucional.

Para Escobar Fornos:

> [...] el proceso constitucional es un conjunto de actos, cargas, situaciones, plazos, etapas y resoluciones coordinados y sucesivos realizadas ante el juez constitucional, que concluye con la cosa juzgada constitucional con la finalidad de restablecer y reparar la violación de la supremacía de la Constitución y los derechos contemplados en ella. Su naturaleza es de derecho público. No existe un proceso común u ordinario, como en lo civil y algunos especiales, por lo menos en nuestro ordenamiento jurídico (Nicaragua). Por el contrario, son varios los juicios o recursos que se regulan por separado...[41]

Justamente los llamados procesos constitucionales son los que disciplinan la autonomía de la ciencia, siendo primordial su tratamiento singularizado con el objeto de revelar los contenidos de ellos.

---

[40] ASTUDILLO, César, "Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional", en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, tomo I (Teoría General del derecho procesal constitucional), cit., p. 260.

[41] ESCOBAR FORNOS, Iván, "Fundamentos del Derecho Procesal Constitucional", en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, tomo I (Teoría General del derecho procesal constitucional), cit., pp. 433/34.

En todo caso —sostiene Díaz Revorio— cuando se habla de "procesos constitucionales" en plural, se advierte que existen procesos cuya naturaleza y objeto pueden ser muy diferentes. Aunque no todos ellos existen en todos los sistemas de justicia constitucional En una síntesis del derecho comparado podrían encontrarse los siguientes: 1) *Proceso de control de normas*, cuyo objeto es determinar la adecuación de otros preceptos normativos a la Constitución. Se trata, obviamente, de los procesos constitucionales por antonomasia, y allí donde existe jurisdicción constitucional específica. 2) Los *procesos de garantía* de los derechos constitucionales, que por supuesto añaden a su dimensión de garantía objetiva de la Constitución, otra de preservación de los derechos subjetivos de la persona (amparo, *habeas corpus*, *habeas data*). 3) Los *procesos de conflicto*, cuyo objeto es la determinación de a qué órgano o institución corresponde una atribución o competencia. 4) *Otros procesos*, como los electorales o la declaración de inconstitucionalidad de partidos políticos.[42]

[42] DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007", *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, 2009, pp. 81-108.

22 blanca

Capítulo II

La teoría de la jurisdicción en el derecho procesal constitucional

Sección 1ª

4. El concepto de jurisdicción en el derecho procesal constitucional

4.1. Son varios los aspectos que deben ir esclareciéndose en este espacio. La noción general de *iuris - dictio* (decir el derecho), puede ser apropiado en la actividad del juez constitucional, aunque su labor estricta sea *interpretar* antes que *resolver* un desacuerdo entre partes. Esta diferencia es evidente donde existen tribunales constitucionales del modelo Kelseniano, en que el centro neurálgico de la función es ajustar la norma al espíritu de la Constitución; en cambio, los jueces del modelo difuso tienen dos obligaciones mínimas: resolver el conflicto que presentan las partes, y controlar la constitucionalidad del acto lesivo o de la norma cuestionada.

Pero la asimetría no es tan nítida ni precisa cuando se trata de definir la naturaleza jurídica del concepto de "jurisdicción", el que se puede atender como actividad exclusiva de los jueces, en cuyo caso un tribunal que no pertenece al Poder Judicial o no integra la administración de justicia, *no tiene jurisdicción*.

> La institución de la jurisdicción constitucional se articula, aunque de diversas maneras, principalmente en dos direcciones: la normativa y la institucional. En la primera, el control de constitucionalidad se entiende como un control de compatibilidad entre normas y, preponderantemente, de la adecuación de todas las normas a la Constitución. Desde esta óptica, los órganos jurisdiccionales que tienen a s cargo el control de la constitucionalidad se convierten en "juzgadores de la ley" y representan un complemento desde el punto de vista organizacional al Estado de derecho, al asegurar la efectividad de la Constitución y, de esta forma, garantizar los derechos de los ciudadanos [...]. En la jurisdicción constitucional de carácter institucional, el control busca la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado. En ella, los órganos que tiene a su cargo la jurisdicción constitucional actúan como "juzgadores de los poderes estatales" y resuelven las controversias concretas entre ellos, asegurando un desarrollo equilibrado de las relaciones entre poderes y entre autoridades de diversas circunscripciones territoriales.[43]

[43] SERRANO MIGALLÓN, Fernando, "Jurisdicción constitucional y política", en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, tomo I (Teoría General del derecho procesal constitucional), cit., p. 882.

4.2. Cuando Kelsen planteó en la monografía "*La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*"[44] que los tribunales constitucionales debían estar fuera del Poder Judicial pensaba en un modelo distinto que bajo la forma de una justicia especial ejerciera la fiscalización del principio de supremacía de la Norma Fundamental.

El problema hipotético de definir si podían existían jueces que no fueran parte del Poder Judicial, no tendría inconvenientes con solo espejar el esquema con la institución del arbitraje; pero como la idea central del autor fue solucionar la "regularidad" de los actos creadores del derecho, es decir, la legislación, la crisis de identidad fue mayor.

Kelsen disentía con quienes afirmaron que la ley era un acto de creación de derechos; por eso no aceptaba que la ley fuera igual al derecho. Para esta corriente, propia del sistema europeo (de la desconfianza en los jueces), quienes debían realizar con sus actos (administrativos y jurisdiccionales) dichas normas, no creaban nada nuevo, porque simplemente aplicaban lo que otros habían generado.

Se pregunta Eto Cruz:

> ¿Cuál fue la opción que asumió Kelsen cuando elaboró la Constitución austriaca? No fue, por principio, ninguno de los dos modelos; y es que el modelo norteamericano obedecía a circunstancias históricas y políticas distintas a la europea. En principio, el desarrollo histórico europeo es harto conocido. Jamás los ardientes revolucionarios franceses iban a otorgar a los jueces facultades de controlar la constitucionalidad de las leyes. La razón, históricamente, era comprensible: los jueces habían sido instrumentos de los reyes en las monarquías absolutas. Se pensaba, entonces, que los jueces, al no ser depositarios de la soberanía (el Parlamento), no podían tener dicha prerrogativa que, en principio, le correspondía al Congreso. Paralelamente a ello, y en el siglo XIX, surgió la teoría de que el Parlamento era la máxima autoridad suprema; es decir, el poder supremo. Así, pues, si el poder supremo es el Parlamento, porque el parlamento es expresión del pueblo, y el pueblo en las democracias es lo máximo que existe como representación, los ideólogos de la época se interrogaban por qué un juez va a declarar que una ley no es aplicable. Esto importaba ir contra una tradición filosófica política. Fue así como el pensamiento europeo se entrampó; pues por un lado se decía que el Parlamento era soberano y hacía lo que quería y, por otro lado, los jueces eran simples autómatas de la ley (recuérdese las famosas palabras de Montesquieu en El Espíritu de las Leyes). Por tanto, los jueces sólo debían aplicar la ley, aun cuando ella pudiera ser inconstitucional. Esto fue, en líneas generales, el gran problema de fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX.[45]

---

[44] Publicada con la traducción de Rolando Tamayo y Salmorán por el *Anuario Jurídico*, México, volumen I, 1974; y reeditada por *Ius et Veritas*, nº 9, Lima, 1994). Ver también el trabajo *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1930, editado en distintos lugares —nosotros seguimos la versión de la editorial Tecnos, a cargo de Guillermo Gasió, Madrid, 1996).

[45] ETO CRUZ, Gerardo, "John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison", en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, *passim*, reproducido en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I (coord. Eduardo Ferrer Mac Gregor), cit., pp. 21 y ss.

Esta evolución no era cierta —sostenía Kelsen—, toda vez que entre la creación de la ley y su ejecución no hay funciones estatales coordinadas, sino etapas que se articulan sucesivamente a partir de una norma superior, como son las del orden jurídico internacional, sigue con la Constitución, para llegar, en fin, a través de la ley, del reglamento, de la sentencia o del acto administrativo, a la ejecución material de los mismos.

La tesis argumenta que también la sentencia y los actos administrativos son creaciones individuales de derecho, son normas singulares y autónomas que necesitan, como las leyes, de un control o fiscalización. Por eso, la regularidad anunciada se comprende si se observa que, en cada grado, hay una reproducción o aplicación del derecho, y el control no es, sino, una forma de correspondencia entre un grado inferior y otro superior del orden jurídico.

La garantía de la Constitución la encontraba, así, en la forma de vigilar la regularidad de las acciones, de manera que fuera posible el control de constitucionalidad.

Trabaja, entonces, para sostener que la Constitución es la cúspide de la pirámide legislativa, que se va formando en escalones coordinados de actos, reglamentos, resoluciones, sentencias, etc., hasta alcanzar la cima en la Norma Fundamental. Desde arriba se irradia el sistema, y para atender los conflictos eventuales entre el ordenamiento, hay que partir de principios ineludibles:

No puede ser controlador de la norma el mismo órgano que las crea. No hay compromiso con la soberanía de los poderes del Estado, porque se persigue la regularidad del sistema y nunca su impunidad.

Tampoco se genera un nuevo órgano legislativo, porque el tribunal constitucional está pensado para el equilibrio que ofrece la independencia de todo poder. La jurisdicción constitucional debe modelarse de acuerdo con las particularidades y necesidades de cada Estado.

Se someten a la jurisdicción constitucional todos los actos que tengan forma de leyes, es decir, de disposiciones que por sus alcances puedan comprometer las garantías de la Constitución.

Los requisitos para ejercer el control apuntan a la actualidad del conflicto y a la adecuación jerárquica que se enseña en este modelo.

Además, la admisión al tribunal constitucional, constituye una suerte de garantía de paz política en el Estado.

García Belaunde sostiene que:

> […] el gran teorizador es Hans Kelsen … Pero Kelsen y otros juristas, utilizaron *justicia* y *jurisdicción* como sinónimos. Aún más, es dable sostener que a esa época, Kelsen no tenía ideas claras sobre lo que era la jurisdicción (y así lo comprobamos si revisamos su obra Teoría general del Estado, de 1925, a la que se remite como soporte teórico de su construcción sobre la garantía de la constitucionalidad). Y es más que probable que la gente de la época (salvo los procesalistas) no conociera los avances del Derecho Procesal. Kelsen habla de justicia y de jurisdicción constitucionales, como algo indistinto. Jamás pensó Kelsen que justicia hiciese referencia a valores. Para Kelsen decir justicia o jurisdicción constitucional, era sostener fundamentalmente la necesidad de tener tribunales

> especiales dedicados a la salvaguarda de la Constitución, esto es, tribunales al margen y fuera de la magistratura ordinaria. Y esto por cuanto la solución norteamericana, que Kelsen conocía muy bien, era inaceptable para los ojos europeos, que tenían que lidiar, todavía en aquella época, con la concepción robótica del juez, heredada de Montesquieu, y con la soberanía del parlamento; mitos ambos que iban a desmoronarse tan sólo a partir de la década de los sesenta, lentamente, sobre todo en Francia y en Inglaterra (en especial con el ingreso de ésta última a la Unión Europea).[46]

4.3. La consolidación de las propuestas de Kelsen se evidenciaron especialmente en las Constituciones alemana e italiana, las que siguieron en sus líneas maestras el diseño antes explicado.

Todo esto tiene justificación en el contexto histórico cuando se desenvuelve, que había observado con estupor el fracaso del tribunal constitucional de la República de Weimar y el aumento desproporcionado de los poderes del juez ordinario que cotidianamente se oponía a las políticas y leyes del Estado.

Con tal asentamiento, fue lógico que el pensamiento de Kelsen tuviera la acogida que recibió; pero no parece que estuviera en su cabeza generar un sistema jurisdiccional teórico, posiblemente en conflicto con el concepto dogmático que tiene la "jurisdicción", lo que se puede comprobar al ver que solamente se refiere a un modelo innovador de justicia: la constitucional.

> Por eso apunta Prieto Sanchís que, un aspecto capital de la propuesta kelseniana es la rigurosa exclusión de su esfera de competencia de todo lo que tiene que ver con hechos o intereses concretos, tanto de aquellos que tuvo en cuenta el legislador, como de aquellos otros que contempla el juez ordinario. En palabras de Gascón, "el rasgo definidor del sistema Kelseniano residía en la rigurosa exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez constitucional; su tarea quedaba así rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referencia fáctica, la Constitución y la Ley". Y no es que Kelsen no fuese consciente de que la defensa de los derechos fundamentales hubiera requerido juicios concretos y no abstractos; es que consideraba que un Tribunal respetuoso con el legislador no podía desarrollar un género de actividad que irremediablemente había de interferir en el ámbito de discrecionalidad legislativa.[47]

4.4. El impacto de esta teoría todavía es motivo de análisis. Lo cierto es que ha desenvuelto desde entonces la afirmación de constituir la piedra basal del derecho procesal constitucional, afirmación que podría ser certera si la disciplina se tomara como el estudio de los tribunales constitucionales. Aunque, aun así, la tesis de Kelsen no pensó en técnicas y modelos, sino en generar una política revolucionaria para su época, que va a cambiar notablemente el esquema del control de constitucionalidad.

---

[46] García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional,* Temis, Bogotá, 2001, p. 13.

[47] Prieto Sanchís, Luis, "Tribunal constitucional y Positivismo Jurídico", en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I (coordinado por Eduardo Ferrer Mac Gregor), Porrúa, México, 2003 (3ª ed.), pp. 453 y ss.

En orden a lo puramente jurisdiccional creemos que el enfoque se debe concretar sobre el significado del movimiento revolucionario de fines del siglo XVIII, que impacta tanto en Europa como en América para asumir con diferencias entre ellas el tema de la confiabilidad que tendrían los jueces en el modelo de Estado que se conformaba.

La historia la hemos señalado en otras oportunidades,[48] y sirve para recordar una vez más, que la diferencia entre "confiar" y "no confiar" no se puede tomar como una anécdota del destino, porque trasciende y caracteriza uno y otro mecanismo.

En efecto, la revolución francesa persiguió la defensa de la legalidad, evitando que los magistrados ejercieran el poder de crear a través del derecho judicial (jurisprudencia) una norma distinta a la que el pueblo a través de sus representantes dictaba. El juez solo era "la boca de la ley", en la ya clásica expresión de Montesquieu, lo que fue lógico si era considerado que los jueces no tenían elección democrática y, por tanto, no contaban con el favor del pueblo (Rousseau). La idea sostenía una protección política clara y concreta, como lo expuso la primer Constitución de Francia, y fue el modelo que adoptaron algunos países americanos (Chile, Uruguay y Perú) hasta sus reformas en las décadas iniciales del siglo XX.

Entre otras proyecciones derivadas de la decisión de impedir a los jueces el poder de interpretación, estuvo el problema de la prueba, porque evidentemente la apreciación de los hechos era insoslayable de la función judicial. Aparecen así los primeros grandes estudios sobre la teoría general de la prueba, que nunca se llevaron a cabo por "procesalistas" sino a través de "civilistas" "historiadores del derecho" o personajes de la filosofía que daban explicaciones puntuales al porque el poder probatorio no era una potestad de interpretación sino una lógica de la discrecionalidad judicial tolerada.

Este ejemplo se transmite a otras instituciones procesales, como la cosa juzgada, por mencionar solo una; es decir, resultaba notorio que el juicio entre partes recibía una sentencia para el caso concreto; a diferencia de los conflictos constitucionales que por la abstracción expandía efectos hacia todos. De este modo, la teoría tenía que explicar la incompatibilidad.

La evolución nos lleva a compartir la afirmación de Cossío Díaz respecto a que, actualmente

> [...] no es posible seguir entendiendo la división de poderes como lo entendía Montesquieu, por una pluralidad de razones. En primer lugar, porque no tenemos una división de clases sociales como la que proponía Montesquieu en el capítulo sobre "La Constitución de Inglaterra" de su tan conocido y citado *Del espíritu de las leyes.* No podemos asignar cada una de las tres funciones al rey, a la aristocracia o al tercer estado, como se denominó posteriormente. En segundo lugar, tampoco podemos seguir imaginando la división de poderes como el elemento único o central para garantizar la libertad.

---

[48] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *La justicia constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1997. También en *Derecho Procesal Civil*, tomo I volumen 1, Ediar, Buenos Aires, 1992; *Derecho Procesal Constitucional*, editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999, entre otros.

> Montesquieu es un pensador *preconstitucional*. Después de él aparecieron las constituciones y las ideas del constitucionalismo, de forma tal que la protección de la libertad ya no puede descansar en exclusiva en la división de poderes.[49]

4.5. Lo importante del planteo es situarlo en el contexto histórico. El derecho procesal como ciencia no estaba más que en ciernes (es en 1856/1857 cuando la polémica entre Windscheid y Muther descubre la diferencia entre demandar con derecho "actividad propia del derecho civil que unifica en el derecho subjetivo la potestad de pretender", y hacerlo con la mera expectativa a una sentencia favorable "actividad procesal"), al punto que es recién en las primeras décadas del siglo XX cuando se concreta la teoría general del derecho procesal implementando los pilares de la jurisdicción, la acción y el proceso.

Por eso, el concepto de jurisdicción constitucional no es teórico sino, esencialmente, una decisión de política del Estado. De allí que no sea posible hablar de jurisdicción constitucional con los soportes dogmáticos del derecho procesal, desde que son distintas las funciones de los jueces ordinarios y constitucionales, y en todo caso, el dilema mayor lo tiene el modelo difuso donde la actividad se confunde y unifica.

4.6. En efecto, en Estados Unidos, a diferencia de Europa, los jueces fueron parte del movimiento revolucionario, y con la sentencia del juez Marshall en *Marbury vs. Madison* (1803) se consolida el criterio que faculta a los tribunales a declarar la invalidez de una norma.

El fallo conmocionó el sistema jurídico a través de la espectacular declaración de inconstitucionalidad, no tanto de la ley específica, sino porque lo hacía sobre la *Judiciary Act* de 1789. De este modo, la *judicial review* admite que los jueces pueden revisar los actos de los demás poderes e instaura en las potestades de la jurisdicción tres funciones básicas: *a)* resolver los conflictos intersubjetivos; *b)* controlar la constitucionalidad de las leyes, y *c)* fiscalizar la legalidad de los actos del poder de gestión político.

Pero, como bien dice García Belaunde, el tema de "lo jurisdiccional" aparece más por intuición y un poco de azar, que por ideología pura.

> [...] De hecho, en los Estados Unidos este tópico no existe, porque el "judicial review" no es un proceso, sino, una técnica de control de la supremacía constitucional, que es distinto. Y que se da al interior de cualquier proceso. Y los pioneros del modelo concentrado o europeo, tampoco eran duchos en derecho procesal y pienso que ni se percibieron de ello (en el caso de Kelsen esto es fácilmente comprobable).[50]

4.7. Para comprender con mejores fundamentos el origen de plantear conceptos que, aun no siendo necesariamente opuestos, tienen significados distintos, es menester recordar un poco de historia. Es decir, hablar de *jurisdicción constitucional*

---

[49] Cossío Díaz, José Ramón, "La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n° 14, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, p. 103.

[50] García Belaunde, *El derecho procesal constitucional en perspectiva,* cit., p. 75.

o de *justicia constitucional*, originariamente no tenía sentido porque no se establecía, como actualmente, la diferencia entre el poder jurisdiccional y el valor del pronunciamiento.

Desde el famoso caso de *Thomas Bonham* (1610) se limita el poder real estableciendo valores superiores que, para el supuesto, fueron los provenientes del derecho natural. El jusnaturalismo se consolidó en las colonias inglesas y fue lógico que se trasmitiera a Estados Unidos hasta que ella reacciona con su independencia y modifica el pensamiento.

Explica Fernández Segado que:

> [...] En este ámbito de inquietudes históricamente compartidas no ha de extrañar la conocida doctrina formulada por el juez Edward Coke en el celebérrimo "Bonham's case" (1610), en defensa del *common law* y de su tradicional supremacía frente al Parlamento. Ciertamente, tras el triunfo de la *Glorious Revolution*, esta doctrina quedará relegada al olvido en Inglaterra en donde se impondrá sin paliativos la doctrina de la soberanía parlamentaria. Sin embargo, el pensamiento del juez Coke no sería olvidado en las colonias inglesas de los territorios de América del Norte. La reivindicación del juez Coke de la atribución a los jueces de la tarea de garantizar la supremacía del *common law* frente a los posibles arbitrios del Rey y del Parlamento, será plenamente recepcionada en las Colonias, primeros y en el nuevo Estado independiente más tarde, Y si los jueces, en un primer momento, se habían encargado de velar por las Cartas coloniales, una suerte de normas constitucionales de las Colonias, aprobada la Constitución de 1787, a la que, como es sobradamente conocido, se dota de una cláusula de supremacía, no deberá extrañar que esos mismos jueces se encarguen ahora de velar por la primacía de la Constitución, que es tanto como velar por la salvaguarda de la libertad y de un conjunto de valores sobre los que se asentará la convivencia social y, por lo mismo, el gobierno de la colectividad un "gobierno limitado" por la Constitución un *constitutional government*, como lo definiera Wilson a principios del siglo xx.
>
> A la vista de lo expuesto, bien puede decirse que la idea de la justicia constitucional parece ser hija de la cultura del constitucionalismo, esto es, de una concepción de la democracia que en cuanto sustentada en un conjunto de valores sociales presididos por la idea y el valor de la libertad propiciaun "gobierno limitado" por la Constitución entendida como *higher law.*[51]

Es el germen del *common law*, vale decir, de un sistema reaccionario a la división del poder, al imperio de la ley escrita, a la limitación de las prerrogativas. Un modelo diferente al que se consolida después de la revolución francesa, donde va a imperar el principio de legalidad, la codificación, el confinamiento del poder y el control recíproco en la división de funciones de gestión y aplicación normativa.

---

[51] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI (La quiebra de la bipolaridad (sistema americano - sistema europeo Kelseniano, y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad),* Discurso de recepción como académico correspondiente en España, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 24 septiembre de 2002.

El *civil law*, dista del modelo anglosajón. Se basó en la cobertura escrita de las leyes y demás disposiciones. Si no está escrito no está en el mundo, se decía con valor de verdad incontrovertible. El juez tenía la misión de aplicar la ley, porque esa era la voluntad del pueblo, ahora convertido en el auténtico poder representado por el Parlamento. La ley es seguridad, certeza y la misma justicia representada en la sentencia que la aplica.

Como se ve, ya se planteaban tres corrientes: *a)* el poder es absoluto y no se controla porque, simplemente, se ejerce con las limitaciones que emergen del derecho natural; *b)* el poder se controla por el Parlamento que es el legítimo representante del pueblo; *c)* al poder lo controlan los jueces a través de la revisión judicial (*judicial review*).

4.8. Situados en el contexto histórico nos instalamos a fines del siglo XVIII cuando coinciden las dos grandes revoluciones políticas que tienen interés para señalar el punto inicial de la interpretación a esclarecer.

La revolución americana reaccionó contra dicho estereotipo de ejercicio del poder a través de la voluntad real que "todo lo puede" y en cuyo nombre "todo se legaliza". La democracia conspira contra ese paradigma y la Constitución de 1787 terminará estableciendo los pilares que reafirmarán el valor de las Cartas Magnas como Normas Fundamentales para los derechos de los ciudadanos.

Sin embargo, pese a la importancia que se daba al principio de controlar que la Constitución fuera la ley suprema, el tema de cómo lograr que ello se cumpliera no había sido tratado por la Convención de Filadelfia.

Recién con la sentencia dictada en *Marbury vs. Madison* (1803) se darán las bases para el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Modelo que se ha denominado indistintamente como "americano" o "difuso".

Apunta García Belaunde que el planteo de Marshall, en esta famosa sentencia, no deja de sorprender, vistos los antecedentes, ya que el tema fue dejado de lado por la Constituyente, pero retomado hábilmente por Marshall, que de esa manera pretendió salir de un aprieto político en el que lo había colocado la nueva administración, a cargo del presidente Thomas Jefferson.[52]

> A fin de comprender cabalmente la situación de Marshall, cuyo genio jurídico está fuera de toda discusión, hay que recordar que él se encontraba arrinconado, que el caso lo demoró en resolver dos largos años, y que al final, no le dio la razón ni al demandante ni al gobierno, sino que se fue por la tangente, apelando al principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley de la judicatura de 1789. Ahora bien, sentado el principio de que los jueces podían controlar la constitucionalidad de las leyes, llama la atención que nada hubiese pasado entonces y que no hayan existido reacciones aparentes contra tal fallo [...].

De lo expuesto se desprende que, basada en viejos preceptos de contenido jusnaturalista, alguna aislada experiencia inglesa que luego se desarrolló en las colonias

---

[52] GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "*Sobre la jurisdicción constitucional*", en Jurisdicción constitucional, (coordinador general Aníbal Quiroga León), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, p. 90.

americanas, enunciada nítidamente en 1803, con un discreto desarrollo durante el siglo XIX, la *judicial review* recién se consolida a mediados del siglo veinte, y así continúa hasta nuestros días.

4.9. Contrariamente, Europa tenía dos frentes distintos que resolver. Por un lado la corona británica se había fortalecido institucionalmente con la actividad de los jueces, tradicionalmente abogados respetados y prestigiosos que asumían la judicatura para servir al rey y hacer justicia a través de sus fallos.

La confianza era espontánea. El valor de las sentencias significaban acatamiento y respeto; rara vez se cuestionaban. El precedente construye la jurisprudencia y tienen seguimiento obligatorio ante un caso de similar contexto.

Esta característica va a conservarse en el modelo judicial de revisión americano. Se implementa como "*incidente de inconstitucionalidad*" pero dentro de un esquema jurídico que pertenece al "*common law*", con las consecuencias que ello supone.

Por otro lado, la Europa continental, origina en la revolución francesa de 1789 una rebeldía violenta contra el poder real y contra todo otro poder que significara una representación del absolutismo monárquico. Entre ellos estuvieron los jueces.

Las lecturas del barón de Montesquieu reflejaban la preocupación por no retornar a ese poder de decir el derecho sin controles: el juez es la boca de la ley —sostenía—, no puede, ni debe interpretar la norma para darle un sentido diferente al que la voluntad del pueblo ha declarado a través de sus representantes.

También Rousseau, en el "Contrato Social", hacía ver que los jueces no tenían legalidad democrática, al no ser representantes del pueblo.

Por eso, a partir de la revolución francesa los jueces serán personas desconfiables, y en adelante, jamás tendrán el poder de interpretación de la ley, como sí poseían los jueces del control difuso o americano.

4.10. Entre estos dos modelos, tradicionalmente llamados: *político* y *jurisdiccional* transitó el siglo XIX. Pero después de la polémica que entablaron Kelsen y Schmitt la cuestión va a cambiar.

Hay dos libros pilares que presentan esta discusión teórica que versa sobre los motivos por los cuales se debe defender a la Constitución. La obra de Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung* —que significa, el protector de la Constitución—) de 1931, y la réplica de Hans Kelsen con el título ¿Quién debe ser el protector de la Constitución? (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein*) del mismo año.

Ambos exhiben la necesidad de resguardar los principios superiores que declara una Norma Fundamental, pero difieren en los mecanismos necesarios para ello. Es decir, quedó planteado el debate acerca de cuáles son los mejores sistemas que aseguran la supremacía de una carta constitucional: si las instituciones políticas en la que no participan jueces sino todos los representantes de una sociedad compleja, o bien, sólo tribunales especiales que, a estos fines, debían establecerse.

Kelsen propuso (y logró que se llevara a cabo desde 1920) la creación de Tribunales Constitucionales porque consideraba que la Norma Fundamental de un Estado no era solamente una regla de procedimientos, sino un conjunto de dogmas

que nutrían la esencia del Estado. Por ello, las garantías declaradas debían permitir anular todos los actos que le fueran contrarios, pero jamás conservar esa acción en manos del mismo órgano que aprueba las leyes contradictorias.

El órgano legislativo se considera en realidad como un creador libre del derecho y no como un órgano de aplicación de derecho, vinculado por la Constitución, cuando lo es en teoría, si bien en una medida relativamente restringida. No se puede contar, pues, con el propio Parlamento para realizar su subordinación a la Constitución. Se trata de un órgano diferente de él, independiente de él y, en consecuencia, también de cualquier otra autoridad estatal, a quien le compete la anulación de los actos institucionales; es decir, una jurisdicción o tribunal constitucional (Kelsen).

La posición contraria creía que era darle demasiados poderes a un órgano de naturaleza indefinida (porque estaría situado fuera de los tres poderes clásicos) que portaba el temor de convertirse en un legislador negativo y en un mecanismo de permanente conflicto con las competencias entre espacios de poder.

No obstante, el contexto y las circunstancias permitieron consagrar el sistema, al punto que el desarrollo de la justicia constitucional tiene como punto de partida el estudio sobre el tribunal constitucional.

4.11. Esta es la descripción histórica de los sistemas y modelos para el control de constitucionalidad, el que tiene una profunda significación por la filosofía que impera en cada uno. Pero, en realidad, lo más importante está en atender que mientras el sistema de la confianza en los jueces acentúa la *justicia constitucional*, es decir, la trascendencia de los valores fundamentales que la Constitución entroniza; el sistema de la desconfianza (sea político o de jurisdicción concentrada) tiende a perpetuar el principio de legalidad, es decir, la permanencia inmutable de lo escrito. No son valores los que se tutelan, sino derechos y declaraciones que por estar en la Carta Superior de un Estado deben ser acatados y cumplidos por el principio de supremacía constitucional. Precisamente la labor de evitar interpretaciones contrarias, está a cargo de la *jurisdicción constitucional*.

No estuvo en los orígenes de la ciencia este pensamiento, y el uso alternativo de los nombres solo fue casual u ocasional. La teorización que permita eludir hablar de uno u otro para emplear la voz "derecho procesal constitucional" exige desarrollo dogmático antes que alegatos formales.

4.12. De alguna manera, el encuentro se percibe hoy en una de las dimensiones que ocupa al debido proceso: la independencia de los jueces. La cuestión se posiciona en la lectura del significado y alcance que tiene este recaudo; dicho en términos de resolver si se trata de una autonomía del Poder; o si es independencia en el sentido de abstracción (los jueces son la boca de la ley), o una calidad especial que los entroniza y hace distintos (como en el despotismo ilustrado).

La diferencia no es baladí, en la medida que los tiempos han cambiado y los paradigmas iniciales que relacionaron la independencia con la autonomía del Poder ya no son los mismos. Antes se medía en relación al control y equilibrio en la actividad y gestión del Estado. Hoy, aun siendo cierta y continua la mención constante

de tres factores aislados en la elaboración de la ley, la aplicación de ella y el control de razonabilidad, respectivamente, las posiciones primitivas han mudado.

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

5. La jurisdicción constitucional en el plano teórico

5.1. 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.[53]

5.2. 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.

---

[53] ZAGREBELSKY, *¿Derecho Procesal Constitucional?,* cit., p. 403.

Peter Häberle decía que los tribunales constitucionales había que verlos y analizarlos en su relación intensa con la totalidad de la sociedad: "es un tribunal social" —afirmaba—. A través de su jurisprudencia se abre la variedad de ideas e intereses —las asume—, y viceversa, guía él la sociedad. Considerando la aplicación de su derecho procesal constitucional y los resultados materiales de la interpretación [...] es más un Tribunal del conjunto de la sociedad que uno "estatal".

Por eso, sigue enseñando el profesor de Bayreuth (Alemania), el Tribunal constitucional alemán y su derecho procesal consiguen una relación única con la sociedad. Su actividad —transformadora de Estado y sociedad— se deriva en un sentido general de que es el Tribunal de la Constitución, y la ley regula no sólo al Estado, sino también, en su estructura básica, a la sociedad, a la que transforma en "sociedad constituida". De un modo específico el TC actúa, además, de manera muy especial y consciente, intensiva y amplia, en el ámbito de la res publica, entre el Estado y el particular, al que se puede llamar "la sociedad" o el ámbito de lo público —pluralista—. Así se muestra la efectivización de los derechos fundamentales, desde la vertiente procesal, sino también, en su práctica procesal, al servirse de instrumentos de información y participación del Derecho procesal constitucional".[54]

El derecho procesal constitucional se abre a la "sociedad abierta de los intérpretes constitucionales"; se transforma en su "medium", sobre todo allí donde el Parlamento ha fallado.

En suma, la creación de tribunales constitucionales opera sobre la necesidad de justificar el control sobre la autoridad y el parlamento, antes que para resolver la fiscalización del principio de supremacía constitucional.

La quintaesencia de esta visión estrecha de la división de poderes —dice Günter Hirsch—:

> [...] radicaba en la idea de que no era función del tercer poder la de eliminar, a través de la interpretación, las dudas que suscitara la ley, sino asunto del primer poder mismo, puesto que estaba en juego el alcance de las leyes. El legislador tenía que estar mayormente sustraído al control y plenamente a la corrección del tercer poder. Para asegurar que así ocurriera, se marginó a la justicia. Los jueces eran, como explicaba Montesquieu, "en cierto modo seres sin alma, incapaces de poderar la fuerza o el rigor de la ley", es decir, unos autómatas de la subsunción. Cuando la ilustración acaba apenas de elevarla a la categoría de poder propio del Estado, se privaba a la jurisdicción, en nombre de la misma doctrina política, de su principal instrumento de actuación y de su principal recurso de poder: la interpretación de la ley.[55]

Por eso, no estuvo presente ni fue tenido en cuenta el concepto nominativo de la jurisdicción cuando se crearon estas competencias especiales. Los jueces comunes

---

[54] HÄBERLE, Peter, "La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional", en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I (coordinador Eduardo Ferrer Mac Gregor), Porrúa, México, 2003 (3ª ed.), pp. 373 y ss.

[55] HIRSCH, Günter, "La jurisdicción en el Estado de Derecho: entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasilegislativa", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, nº 14, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, p. 128.

eran vistos como una amenaza para las libertades que las Constituciones consagraron de una vez y para siempre, estableciendo en los tribunales constitucionales el único límite a modo de frontera entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional.

5.3. Esta es la razón por la cual Calamandrei, profundo conocedor del derecho procesal, es quien mejor advierte la trascendencia de tener tribunales constitucionales que realizan una función tan importante como la que se encarga.

En efecto, Kelsen se ocupó de mostrar la necesidad de mejorar el modelo para el control de constitucionalidad y su idea fascina al derecho público, particularmente al político, que encuentra una alteración sustancial en el esquema tradicional de la división de poderes. Por su parte, Calamandrei va a observar el tránsito necesario que se debe recorrer por el derecho procesal, antes que un tribunal constitucional pueda actuar.

Sostenía que para llegar a la Corte Constitucional era ineludible que cualquier cuestión fuera propuesta en el juicio ordinario, porque allí debía originarse el caso constitucional y la decisión a adoptarse. Por eso afirmó que:

> [...] el juez es llamado a hacer, se podría decir, de portero de la Corte Constitucional; incluso, se podría decir todavía mejor, la Corte Constitucional carece de su puerta grande, y no tiene otra entrada que la modesta puerta de escape representada por el juez. La Corte Constitucional y la administración de la justicia ordinaria viven, por decir así, en simbiosis, sin poder prescindir la una de la otra; si el juez ordinario no abre la puerta, la Corte no puede entrar en función; pero cuando la Corte ha entrado en función, el juez ordinario no puede ya cerrarla, y para poder continuar el propio trabajo, es necesario que espere a que aquélla haya terminado el suyo.[56]

5.4. Con afán de síntesis, Calamandrei clasifica los problemas de legitimidad o constitucionalidad siguiendo un temperamento muy útil para el esclarecimiento:

Por el *objeto*, esto es, por la naturaleza de los vicios que constituyen el objeto del control, el mismo puede distinguirse en "formal" y "material", según que recaiga sobre las irregularidades procedimentales que hayan ocurrido en el procedimiento formativo de la ley, o bien sobre los vicios inherentes al contenido material de la ley, formalmente regular.

Por el *órgano* que lo ejercita, se puede diferenciar en "judicial" o "autónomo" (se podría decir, también, "difuso" o "concentrado") según que al ejercitarlo sean llamados todos los órganos de la autoridad judicial, o bien un único y especial órgano constitucional, instituido con esta atribución exclusiva y colocado en posición central y preeminente, fuera de cualquier otro orden de órganos.

Por la *legitimación* de quien puede proponerlo, se puede distinguir entre "incidental o principal", según que pueda proponerse solamente en vía prejudicial por quien es parte en una controversia concreta, en el momento en que se trate de aplicar la

---

[56] CALAMANDREI, Piero, *Derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1986 (tres volúmenes), se siguió el tomo III que es la traducción de *La illegitimità costituzionale delle leggi nel processo civile* (Cedam, Padova, 1950).

ley respecto de la cual se discute la legitimidad, o bien pueda proponerse como tema separado en cuestión de legitimidad de la ley en general, sin esperar que se ofrezca la ocasión de una controversia especial.

Por la *extensión de sus efectos*, se puede dividir en "general" o "especial", según que la declaración de certeza de la ilegitimidad conduzca a invalidar la ley *erga omnes* y a hacerle perder para siempre su eficacia normativa general y abstracta, o bien que conduzca solamente a negar su aplicación al caso concreto, con efectos limitados al solo caso decidido.

Por la *naturaleza de sus efectos* se puede distinguir en "declarativo" o "constitutivo", según que el pronunciamiento de ilegitimidad opere como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente (*ex tunc*), o bien como anulación o ineficacia *ex nunc*, que vale para el futuro pero respeto en cuanto al pasado la validez de la ley ilegítima.

La puesta en lugar de lo procesal dentro del funcionamiento de los tribunales constitucionales dejó a la vista la inconsistencia teórica de la creación de Kelsen. Éste había quebrado la autoridad parlamentaria y eludido hábilmente la intervención judicial de revisión como era común en los conflictos administrativos. La ley debía aplicarse sin vacilaciones y si era menester interpretar en ella cuestiones de constitucionalidad, debían intervenir tribunales especiales que calificó, primero, como legislativos (de ahí la conocida caracterización de "legislador negativo") y después como justicia especializada, pero sin conseguir jamás un ensamble teórico articulado, quizás, porque tampoco tuvo esa intención.

Una vez más, es profunda y atinada la observación de García Belaunde cuando afirma que:

> [...] de la lectura atenta que se hace de la ponencia de 1928 (sobre todo en su versión francesa, que Kelsen prefería frente a la alemana por tener una presentación más ordenada) se concluye que Kelsen no solo no usa el término "proceso constitucional" sino que tampoco pretende crear una nueva disciplina, aun cuando sienta las bases teóricas del modelo concentrado y que éste se refleje en un órgano *ad hoc*.[57]

5.5. 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.

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:

---

[57] García Belaunde, *El derecho procesal constitucional en perspectiva,* cit., p. 112.

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.

Sin embargo, estas premisas consolidaron la intervención abierta a todos los jueces para cumplir el mandato constitucional de la supremacía; sólo que al tiempo de imponer estas funciones se pensaba que todo era intangible, inalterable, imperecedero, cuando, como ha dicho Kandinsky al hablar sobre sus creaciones artísticas, no podemos esculpir como los griegos porque no percibimos más que sus imágenes; no pintamos como en el renacimiento porque nuestro sentido religioso es diverso, y no sentimos lo abstracto sino como algo que se vive en el tiempo cuando sucede.

Precisamente, cuando se quiere encontrar en la jurisdicción, como rol de los jueces en el proceso, la principal apoyatura para el derecho procesal constitucional, quizás no se advierta que para ello, primero es necesario coincidir el significado de lo jurisdiccional; después confrontar si la función que tiene el juez común es igual a la que desenvuelve un tribunal constitucional, y recién ahí, observar si el proceso constitucional tiene y encuentra aplicaciones coincidentes con la teoría del proceso.

5.6. 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.

En síntesis —decíamos en nuestro "*La Justicia Constitucional*"—:

> [...] Si la Constitución puede definirse en el sentido que aquí nos interesa, como una norma jurídica que garantiza los derechos de los ciudadanos, fundamentales para la convivencia político democrática, y que regula la organización, competencias y funcionamiento de los poderes públicos, gozando de la necesaria supremacía respecto del resto del ordenamiento jurídico, parece evidente que la Constitución responde a la idea originaria de limitación del poder, pero además, y por ello mismo, expresa también la necesidad de su propia permanencia; en efecto, sin una esperanzadora continuidad no puede confiarse en que la Constitución corone sus objetivos, ni se realicen los valores que proclama. De ahí la necesidad de un conjunto de especiales técnicas de defensa que aseguren su supremacía, dentro de las cuales tiene un lugar indiscutible las de naturaleza jurídica, y dentro de éstas, la justicia constitucional.[58]

6. Fundamentos de la jurisdicción constitucional

6.1. Si se busca en la jurisdicción uno de los asentamientos teóricos para el derecho procesal constitucional, tendremos que tomar lo que es propio para la disciplina y distanciarlo de cuánto corresponde al derecho puramente adjetivo.

El anticipo es necesario porque no existen aun estudios que hayan abordado el ensamble dogmático de la ciencia, asumiendo que solo basta razonar a la jurisdicción constitucional con el aprendizaje de la técnica. Vale decir, aceptando que es una "herramienta del control" a diferencia del derecho procesal que tiene al proceso como "herramienta de los derechos sustanciales". De este modo, se conoce la finalidad y los medios para lograrlo (métodos y sistemas).

Asimismo, se puede analizar el contenido de la jurisdicción confrontando los elementos que la componen en una y otra actividad (ordinaria y constitucional), para deducir de ella las particularidades que tiene la misión del juez que concreta la fiscalización del principio de la supremacía constitucional.

No faltan quienes reducen el problema estableciendo posiciones diferentes según se interprete que "lo procesal constitucional" es una parte de las garantías y libertades de las personas que, al llevar sus conflictos al proceso, solicitan la protección especial que se les propicia desde la Norma Fundamental. Este es un terreno donde abona la política procesal para diseñar el modelo dispuesto para ejercer el control.

También se define el objeto de la ciencia como el estudio de las normas y funciones del poder jurisdiccional del Estado, de manera que la perspectiva tiene una inmediata connotación de contenido constitucional.

---

[58] GOZAÍNI, Osvaldo A., *La Justicia Constitucional,* Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 40 y ss.

6.2. Nosotros sostenemos que el concepto de jurisdicción no es diferente en el derecho procesal constitucional, sólo que adquiere una fisonomía muy distinta cuando se atiende el rol del juez en el proceso. Es decir, lo que diferencia al proceso común del constitucional es la actividad que partes y tribunal celebran.

Partamos de una base. El derecho procesal puede ser visto en el orden funcional con dos perspectivas: la del litigante que controvierte ante otro; o la jurisdiccional que disciplina el conjunto de actividades que desempeña el órgano judicial dentro del proceso (ésta sería la mirada que necesita el derecho procesal constitucional). Sin embargo, no hay polaridad entre ellos, porque no son más que visiones que difieren en cuestiones mínimas como son las potestades del juez, los principios que cualquier litigio aplica, o las líneas maestras de la ideología que impera en la ciencia.

Podemos anticipar nuestra preferencia por atender el rol que cumple el juez en el proceso constitucional. Ello supone, en primer lugar, dar efectividad al principio por el cual el Estado, al asumir la potestad de resolver los conflictos intersubjetivos puede regular la disciplina social y un orden normal de convivencia, despejando los peligros de la autocomposición irrazonable, que cuando se trata de resolver sobre la legalidad normativa, no tiene más posibilidad que la declaración judicial.

Seguidamente, la formación del juicio, concientiza a la sociedad sobre los valores de la justicia y la equidad en la ponderación; por este consecuente se aplican las leyes y las reglas de la experiencia judicial, como también refleja la finalidad que las normas pensaron tutelar cuando fueron dictadas.

Este claro vínculo entre el derecho y el proceso es la fuente común de toda obra jurisdiccional, una sirve a la otra, recíprocamente. De ahí que no comulguemos con las doctrinas que proponen al derecho procesal como estrictamente instrumental y secundario del derecho sustantivo. La relación existente es horizontal, y como avenida entrecruzan sus móviles dando seguridad y respuesta al justiciable. Si hubiera alguna instrumentalidad estaría en el proceso, pero no en la ciencia.[59]

En todo caso, el límite de la actividad se encuentra en las garantías que la jurisdicción debe preservar, teniendo como norte la eficacia del servicio. En suma, la instrumentalidad del proceso no se niega con la autonomía del derecho procesal, sólo reafirma condiciones para su puesta en práctica, donde para ello, obran determinantes los fines y el objeto al que se destina.

Si fuese netamente servil o utilitario, algunas funciones jurisdiccionales quedarían invalidadas por el actuar en esa dirección. Por ejemplo: el régimen procesal de la legitimación es bien diferente de la capacidad civil, de modo que se debe resolver la admisión al proceso con las reglas técnicas del derecho adjetivo.[60] Cuando se declara la inconstitucionalidad de una norma por un juez, no hace más que cumplir dentro del proceso con una actividad propia. También, la declaración de ilegitimidad

---

[59] GOZAÍNI, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil,* tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 23 y ss.

[60] GOZAÍNI, Osvaldo A., *Los problemas de legitimación en el proceso constitucional,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, n° 4, Porrúa, México, 2005.

del obrar administrativo incorpora otro ingrediente, porque deja la jurisdicción de lado aquello que viene puesto para denostarlo por su falta de legalidad. En todos estos casos, no existe función secundaria ni complementariedad de las normas de fondo, sino una actuación propia y particular de la función jurisdiccional.

6.3. En consecuencia la función que tiene el derecho procesal es lograr la armonía y paz social a través del proceso, a cuyo fin, antes que regular la actividad de las partes en el conflicto de intereses que suscita el litigio, es menester resolver la función de los jueces dentro de la controversia.

En este aspecto las ideas se distancian. Unos argumentan que el rol es puramente neutral y desinteresado debiendo dictar sentencia tras valorar en abstracto el conflicto normativo. Otros no soslayan la posibilidad de la controversia particular, muchas veces llevada al juez constitucional (difuso) o al tribunal constitucional (concentrado) a través del juicio o recurso de amparo, sosteniendo que la función no es solo de ajuste técnico sino de ponderación que excede el interés de las partes, a cuyo fin el objeto no radica solo en resolver las diferencias entre adversarios, sino también en controlar la constitucionalidad de las leyes que en el caso se cuestiona.

Esta segunda línea admite la influencia de lo constitucional en el proceso, y la incidencia que tiene el derecho supranacional, que en conjunto llegan a formar una nueva disciplina cuya autonomía reclamamos.[61]

6.4. La jurisdicción en el derecho procesal constitucional tiene que explicar el deber de los jueces y los poderes que tienen en el proceso jurisdiccional.

La teoría procura mostrar las opciones a valorar, y así las polaridades se reflejan entre quienes opinan que:

> [...] la interpretación se convierte en un tema de interés constitucional, solo cuando la propia norma suprema se transforma en norma exigible, directamente, por los ciudadanos. Esto sucede a partir de dos procesos sucesivos. Primero, cuando la Constitución se legitima como norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos. En efecto, "a través de múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden".[62]

Bajo este supuesto, el Estado constitucional de derecho eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no solo acoge el principio de a primacía de la ley *in suo ordine* sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que, en su conjunto o en alguno de sus preceptos, no se adecue a la norma constitucional.

---

[61] GOZAÍNI, Osvaldo A., *Introducción al derecho procesal constitucional,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, pp. 23 y ss.

[62] KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional),* cit., p. 204.

> El segundo, cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado social de Derecho, a partir de la segunda posguerra. Este hecho obligó, sobre todo a los jueces y tribunales, así como a la dogmática constitucional, a proveer de técnicas y métodos de interpretación para dar respuestas a las lagunas y demandas de aplicación directa de la Constitución, ya no solo dentro de lo jurídicamente debido, sino también dentro de lo constitucionalmente posible.[63]

La interpretación, entonces, es la fuente primera que diferencia la actividad jurisdiccional. Es tarea de todo juez en cualquier proceso, pero cuando se trata de ajuste constitucional, es indelegable y particular la misión que se cumple.

Otros, en cambio, han dicho que es preferible asignar a la función jurisdiccional el "decir el derecho" (*iuris-dictio*), esto es, que se diga en el conflicto entre personas quien tiene razón para obtener una sentencia favorable (sistema difuso); y si la ley invocada para una u otra parte apoya la decisión, pues mucho mejor, pero no es lo esencial. Lo más importante es que se haga justicia, observando la equidad antes que aplicar el brocardo "*dura lex sed lex*".

Ahora bien, entre una u otra idea no hay tanta distancia, a no ser que se crea que toda ley es injusta, o se persiga lograr desde la sentencia justicias individuales. La acción de juzgar es, en definitiva, el desenlace esperado por los justiciables. El fin de los movimientos técnicos que los abogados y las partes han cubierto procurando persuadir al juez de sus respectivas razones.

La polémica que actualmente se instaura interpreta que la cuestión puesta en escena, en realidad es más grave que el conflicto teórico que se plantea. Se afirma que se trata, nada más ni nada menos, de preservar a la Constitución y su régimen de garantías judiciales.

Ya no es únicamente el dilema del juez que aplica una ley injusta, sino la dimensión que adquiere el pronunciamiento judicial que contiene un alto contenido de subjetividad postergando los preceptos centrales de una ley fundamental.

En este sentido, cierto sector de la doctrina dice que el juez que desborda la interpretación de la ley es autoritario y no cumple el rol llamado a cumplir como ejecutor de la ley. Para resolver la verdad de tan rotunda afirmación, es preciso entonces observar cómo se relacionan el proceso y la Constitución, para ver si el primero puede afectar al segundo al punto de semejante desatino.

Las leyes fundamentales de cualquier Nación constituyen la guía del ordenamiento jurídico. Son los principios y valores supremos que se persiguen para la formación institucional y, por eso, cada Constitución es la Ley Superior que tiene primacía sobre cualquiera otra disposición.

La supremacía de la Ley Fundamental obliga a las leyes de inferior jerarquía a respetar sus mandamientos; esto está claro y apenas tiene alguna diferencia de criterio cuando se trata de interpretar la influencia de los Tratados y Convenciones

---

[63] Landa, *Estudios sobre derecho procesal constitucional,* cit., pp. 139/140.

Internacionales que se incorporan al derecho interno y pueden, de alguna manera, modificar algunos preceptos constitucionales.

En el caso de Argentina, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución no tiene interpretaciones secundarias respecto al lugar que asigna a los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, dándoles un lugar preponderante, con una jerarquía superior a las leyes.

Con este marco de presentación, surge la noción de "debido proceso", el cual no ha sido indiferente a la influencia supranacional, porque cuando estuvo contemplado desde los preceptos garantistas del artículo 18 —antes de la reforma constitucional de 1994—, siempre se afirmó en la noción invulnerable del derecho a la defensa en juicio, mientras que con la incorporación de los tratados y convenciones apareció un ingrediente antes no previsto, como es la idea de la "jurisdicción transnacional" que aporta reglas y principios comunes para todos los Estados partes que deben articular sus normas internas con los postulados de los derechos humanos.

En resumen, si tenemos en cuenta que el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional argentina establece la complementariedad de estos tratados y convenciones supranacionales con las garantías y derechos reconocidos en la primera parte de la ley superior, queda demostrado que todas las garantías enumeradas deben formar parte de los mínimos requeridos para el estudio del derecho procesal constitucional. De este modo, las relaciones entre el proceso y la Constitución no son ya tan lineales como antes, cuando se afirmaba que el proceso debido era el que respetaba el derecho de defensa y aplicaba el principio de razonabilidad (seguridad jurídica) en las decisiones.

6.5. De este modo, la ciencia procesal actualmente disciplina, además del estudio sobre la técnica, la naturaleza del fenómeno jurisdiccional. En este sentido, hoy es necesario avanzar sobre los comienzos que tuvo el derecho de entrada al proceso (acción, pretensión y demanda), pues actualmente, la conexión no es con la titularidad del derecho (aunque pueda tomarse como presupuesto de admisión), sino con el derecho a ser oído.

Del mismo modo, aquellas garantías del juez predeterminado, la independencia del órgano y su imparcialidad, entre otras, que siempre fueron vistas como integrantes de las garantías constitucionales del proceso, hoy sin transformar esa dimensión, impactan en cada uno de los procedimientos, fomentando un conjunto de exigencias que abandonan el programa de acción antes previsto.

Con ello se quiere demostrar que actualmente, 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.

7. La jurisdicción como "poder"

7.1. La jurisdicción constituye un verdadero poder del Estado, que es anterior a su constitución. En términos políticos está pensada para resolver conflictos intersubjetivos, lo que convierte al *poder*, al mismo tiempo, en un *deber* para con el ciudadano, a quien se debe respuesta en equidad y razón.

En un caso interesa apuntalar la esencia misma de la *naturaleza jurisdiccional*; en otro, resulta imperioso observar sobre quien recae la *función jurisdiccional* y el marco socio político donde se configura.

Analizar la jurisdicción como poder supone admitir que existe una atribución especial para los órganos judiciales que lo diferencia de sus pares en la actividad de gobierno, porque no solo controla la actividad de ellos a través de aplicar el principio de supremacía constitucional sino también, porque debe resolver las controversias que las partes presenten.

El punto principal apunta a responder si la jurisdicción es por sí misma un poder; o si por el contrario, ella sólo constituye un ejercicio funcional del Estado. No debe olvidarse al respecto, como punto de partida al planteo formulado, que la teoría del poder, cuidadosamente elaborada desde la Edad Media, fue abandonada con el advenimiento del concepto de soberanía nacional, del cual se pretende que todo emana.

Así, por ejemplo, Ibañez Frocham define a la jurisdicción como:

> [...] el poder estatal, emergente de la soberanía o de sus desmembraciones políticas autónomas, de decidir los conflictos de interés que someten a decisión de sus órganos las personas físicas o jurídicas que integran la comunidad, inclusive la administración del propio Estado, como partes, a los cuales el orden jurídico transfiere el deber de resolverlos conforme a la ley, como así a la ejecución de la sentencia y las demás decisiones del proceso contencioso y del voluntario, inclusive las del proceso penal.[64]

En cambio, Podetti señaló que jurisdicción es:

> [...] el poder público que una rama del gobierno ejercita, de oficio o a petición del interesado, instruyendo un proceso, para esclarecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida.[65]

Ambos conceptos identifican la actividad encaminada a comprobar y hacer valer concretamente, en los casos particulares, el ordenamiento jurídico; como la tutela de los intereses que, aún siendo protegidos por normas de derecho objetivo, han quedado insatisfechos, sea porque existe incertidumbre sobre los términos de la norma que deber protegerlos, sea porque ésta última, aún siendo reconocida por todos, encuentra inobservancia en la hipótesis examinada.[66]

El Poder Judicial, *lato sensu*, evidencia en la tripartición de funciones un activismo diferente: aplica las leyes y persigue la paz social. En esencia su finalidad es única: decir el derecho (*iuris-dictio*).

---

[64] IBAÑEZ FROCHAM, Manuel, *La jurisdicción*, Depalma, Buenos Aires., 1972, p. 47.

[65] PODETTI, Ramiro J., *Teoría y Técnica del proceso civil*, Ediar, Buenos Aires, 1942, p. 155.

[66] BISCARETTI DE RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 519.

7.2. Sin embargo, la declaración de la norma aplicable no es en todos los casos exclusivo menester de los jueces; también existen órganos legislativos y administrativos que se ocupan de determinar el derecho en una situación determinada. Acontece así que algunos pueden hablar de una jurisdicción judicial, otra ejecutiva y hasta de una parlamentaria, sin perjuicio de otras especiales, como la jurisdicción militar, la eclesiástica o la tan específica como es la constitucional.

Desde esta perspectiva podría negarse la existencia de un poder jurisdiccional, para reducir el concepto a una función que, cuando es realizada por magistrados asume particularidades que en otros no sucede, como son las características de definitividad de las resoluciones; y la posibilidad de realizarlas compulsoriamente, en lo que constituye un ejercicio de fuerza legitimada.

En cambio, si pensamos en el origen de la institución vemos que:

> la actividad jurisdiccional resulta, además, una actividad sustitutiva y subrogatoria, en cuanto que el Estado-juez se mueve sólo porque aquellos que deberían haber realizado espontáneamente determinados intereses, actuando así la voluntad de la ley, no lo han hecho, y porque los que miraban a obtener tal realización han sido constreñidos por la prohibición de la autodefensa (afirmada por todos los modernos ordenamientos estatales) a dirigirse al magistrado (según los casos, con una acción o un recurso) para ser reconocidas sus propias pretensiones.[67]

La jurisdicción constitucional tiene esta característica. En el modelo difuso convive con el poder jurisdicción ordinario desde que la función esencial del juez, además de resolver la controversia, es fiscalizar que se cumpla con el principio de la supremacía constitucional.

En el sistema concentrado (jurisdiccional y político) el tribunal constitucional toma para sí una de las misiones (el control de constitucionalidad), y al hacerlo realiza una actividad jurisdiccional.

7.3. La diferencia puede estar en el mecanismo que pone en marcha la dinámica de uno u otro esquema; en el difuso, como regla, se relaciona con el ejercicio de la acción y el conocimiento de las pretensiones; mientras que en el modelo concentrado, la referencia está en la cuestión de inconstitucionalidad.

Esta dependencia del individuo para generar la marcha del poder jurisdiccional, podría llevar a concluir que, en los ordenamientos políticos basados en la teoría de Montesquieu, a los jueces sólo les cabe interpretar la norma y aplicarla en el caso propuesto a su decisión, para dar un resultado concreto e individual. El procedimiento seguido sería ni más ni menos que el esquematizado bajo el sistema de legalidad, en contraposición al sistema de la justicia del caso concreto, en el cual el juez, se convierte al mismo tiempo en legislador, estatuyendo en base a la equidad y haciendo que la sentencia, aunque reviste la forma de acto jurisdiccional, sea materialmente una ley: la ley del caso concreto.[68]

---

[67] BISCARETTI DE RUFFIA, ob. cit., p. 520.

[68] Biscaretti de Ruffia, ob. cit., p. 520.

Lo cierto es que, aun dependiente de la voluntad particular, la jurisdicción expresa el poder de quien se la otorga, esto es el pueblo mismo. Es éste quien tuvo la potestad de autojuzgarse, de organizarse, de limitarse y finalmente, de socializarse en base al principio de los derechos compartidos. Por eso la jurisdicción no deja de ser una función del Estado, pero el poder no le pertenece a éste sino a aquélla.

7.4. Habría entonces que distinguir tres conceptos, de un lado el *poder*, por el otro la *potestad* y luego la *función*.

El poder le pertenece al pueblo, y por el principio de autoridad radica en la Nación; la potestad de hacer las leyes corresponde al legislativo; y al ejecutivo cabe la potestad de hacerlas cumplir. Al poder judicial le está atribuida la potestad de aplicar las leyes, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

El control de constitucionalidad, fuente que alimenta el derecho procesal constitucional, no aparece en el simbolismo teórico, salvo que se lo instale en las funciones de resolver conflictos, de manera que tanto la controversia humana como las emergentes de los efectos de normas posiblemente inconstitucionales, determinan el conjunto del poder jurisdiccional.

En síntesis, repitiendo a Fairén Guillén:

> [...] El Poder Judicial se desarrolla como una potestad caracterizada por la autoridad, superioridad de jueces y magistrados —'imperium' derivado de la soberanía—; esa potestad es la fuerza que actuando, desarrolla una función. El concepto de jurisdicción no se agota atribuyéndole la naturaleza jurídica de simple poder. Se trata de un poder de juzgar y ejercitar lo juzgado y el tal poder se individualiza dentro de la familia de los mismos por su calidad de potestad, de llevar ínsita una fuerza de mando —autoridad— basada en la superioridad de uno de sus elementos —el juez— sobre las partes, por una autoridad que se manifiesta, aún antes del 'juzgar' definitivo —en la sentencia—, en todo lo que supone el instruir, el preparar el juicio, lo cual supone también labor juzgadora y que se reafirma en la ejecución que, no lo olvidemos, forma parte integrante del proceso. Es el 'imperium' lo que caracteriza a ese poder y le confiere la categoría de potestad.[69]

Con esta visión, el poder del tribunal constitucional o del juez del sistema difuso es innegable. Tiene una misión concreta y una autoridad suficiente para imponer las decisiones que adopte.

8. La jurisdicción como deber

8.1. La contracara del *poder* jurisdiccional es el *deber* de resolver conflictos. En el derecho argentino tal compromiso emana de las disposiciones del art. 116 de la Constitución Nacional, y se extiende a las provincias por implicancia del art. 5 de la misma carta.[70]

---

[69] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "La potestad jurisdiccional", en *Revista de Derecho Judicial* (España), 1972, pp. 81 y ss.

[70] IBAÑEZ FROCHAM, ob. cit., p. 68.

Sin embargo, reducir la función jurisdiccional a las controversias entre personas simplifica una tarea que es más amplia. Basta con agregar las sentencias que se dictan en los procesos denominados de jurisdicción voluntaria o aquellos donde la solución al conflicto proviene de la exclusiva composición entre las partes, para advertir la diferencia. Asimismo, si la jurisdicción fuese solamente el deber de solucionar en justicia los litigios, existirían procesos inadaptados a esa regla, como los de la jurisdicción penal o los constitucionales ante la cuestión genérica.

Ocurre que en el estudio del problema, aparecen estas dos extremas concepciones: de un lado, aquella que podríamos denominar *abstracta*, donde el derecho público aflora como contenido esencial, dando primacía a la jurisdicción como poder, es decir, resaltando la actuación del derecho objetivo cualquiera sea su naturaleza; y por otra senda, la corriente *concreta*, que privilegia la jurisdicción en terreno del derecho privado, dando interés prevalente a la tutela de intereses subjetivos en conflicto, sean estos violados o amenazados.

Ambas concepciones responden a un tiempo histórico determinado, que en la actualidad no reconoce el mismo enfrentamiento o polarización, sino un entendimiento común que los integra y complementa.

Por eso autores de esta última generación indican que la jurisdicción:

> es un poder-deber del Estado. Es un poder en cuanto se manifiesta como la finalidad de lograr la sujeción de todas las personas, incluso el propio Estado, a sus mandatos, como medio para preservar la paz social al impedir que tales personas tengan necesidad de hacerse justicia por mano propia [...]. Como de tal forma existe un monopolio por parte del Estado para ejercer la jurisdicción, los individuos tienen la facultad, de raigambre constitucional, de requerir a los órganos particulares la prestación de tutela, que al presentarse como el ejercicio de un derecho, constituye por consiguiente, correlativamente un deber para el propio Estado.[71]

8.2. Al diferenciar la jurisdicción por el poder que la localiza, no pretendemos instalar allí, únicamente, las líneas y contornos que dibujen específicamente la cuestión analizada. Es evidente que el criterio orgánico no explica los actos presuntamente jurisdiccionales del legislador, ni los que vierte con mayor continuidad la administración. Es obvio, también, que por este camino no ingresamos en la tipicidad del acto jurisdiccional, y bien cierto es que la facilidad obtenida desde el comienzo como pauta, se dificulta cuando se trata de precisar la función jurisdiccional.

Vale decir, si la idea es hacer coincidir la resolución de conflictos con la actividad jurisdiccional, la simetría puede ser equivocada, porque la cuestión de constitucionalidad, por vía de principio, no puede quedar en manos de cualquiera.[72]

---

[71] Di Iorio, Alfredo J., *Temas de derecho procesal*, Depalma, Buenos Aires, pp. 34/35.

[72] Posición que actualmente tiene firmes resistencias al permitir que también los árbitros hagan control de constitucionalidad, o que la jurisdicción administrativa preserve la supremacía de la Constitución. En Europa el planteo no es tan evidente, desde que los tribunales constitucionales tienen mejor solventado el perfil de misiones y funciones.

De todos modos, nos imponemos este emplazamiento por razones de técnica y exposición, y solamente para advertir que cuando se observa la característica inicial de la jurisdicción, lo primero que emerge es el órgano que la emite; luego, al profundizar, obligado resulta encontrar el contenido de la función, para de esta manera, cerrar el círculo definitorio.

Al ser la jurisdicción un poder-deber, relegamos la posición más difundida de función pública, pero ello no supone desplazar el contenido de interés público que la noción importa. La diversidad de funciones que el Poder Estatal ostenta, necesita para su vigencia y práctica efectiva que se diversifiquen las misiones, como una forma de alentar la eficacia del mecanismo.

8.3. Es hoy doctrina superada aquella que concebía al Estado sobre la hegemonía de tres poderes; la visión contemporánea de política constitucional, refleja que el poder es único y fracciona sus funciones en tres órganos que exteriorizan actos concretos y específicos de la voluntad estatal. En este sentido, el Poder Judicial tiene el monopolio de la jurisdicción.

Vuelven a ser ciertas las afirmaciones de Cossío Díaz al sostener que:

> [...] si bien Montesquieu pensó y escribió la división de poderes en términos de filosofía política, cuando este modelo general, este modelo racionalizado se incorpora a las constituciones, pierde muchísimo su fuerza originaria y termina siendo un gran principio de *juridicidad*. Al final de cuentas, la división de poderes plasmada en los textos constitucionales positivizada, va a ser lo que las constituciones digan que es. Si la Constitución establece que, en ciertos casos, el Ejecutivo puede hacer determinadas funciones legislativas una vez que se han suspendido las garantías individuales —como es el caso de la Constitución Mexicana—, podrá realizar esa función sin incurrir con ello en algún problema de constitucionalidad. Si en otros casos la Constitución establece que los órganos jurisdiccionales pueden tener ciertas facultades legislativas en cuanto a la emisión de normas con un ámbito general de validez —como hacemos nosotros con los reglamentos y los acuerdos generales—, ello también puede acontecer válidamente. Si en otros casos se establece que el Congreso tiene facultades jurisdiccionales —como ocurre con el juicio político—, ello también podrá suceder jurídicamente hablando.[73]

9. Elementos de la jurisdicción

9.1. Cuando se pretende aplicar la teoría general del derecho procesal como modelo de base para la autonomía científica del derecho procesal constitucional, es imprescindible mostrar que no todo es igual ni aplicable. En este aspecto, los elementos que componen la jurisdicción, si bien pueden espejarse, no resulta semejante el funcionamiento.

La palabra jurisdicción se forma de *ius* y *dicere*, esto es, aplicar o decir el derecho. El significado y alcance de los términos ocupó a numerosos autores que procuraron

---

[73] Cossío Díaz, *La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes,* ob. cit., pp. 103-104.

descifrar la función jurisdiccional a partir de este enunciado. Juzgar y declarar el derecho fueron equivalentes al conocimiento de la causa y resolver el conflicto a través de la sentencia (*notio et iudicium*). La simplicidad de la relación podría llevar a creer que todo proceso constitucional es jurisdiccional, y no sería desacertada la conclusión.

Sin embargo, advertida la problemática desde sus cuestiones menores, observamos que no es posible considerar la existencia de elementos constitutivos de la jurisdicción, tomando como punto de partida la etimología, siendo mejor analizar las facultades y deberes que utiliza el juez en ejercicio de sus potestades. En efecto, el conocimiento predispuesto y la emisión de la sentencia componen una característica de la función pero ellas son inútiles o insuficientes si no se integran al conjunto de posibilidades que tiene el magistrado o el tribunal constitucional en su labor.

a) La *notio* es la primera de las cuestiones. Es el poder o facultad del juez para conocer en una causa determinada. Por ella, el tribunal toma intervención en el proceso y dispone que se practiquen todas las pruebas y demás diligencias que estime necesarias para ilustrar su entendimiento en los temas de hecho y de derecho que le son presentados.

El conocimiento (*cognitio*) no tiene más limitaciones que las impuestas por la organización política procesal, de forma que podrá ser de contenido liberal y dejar el proceso en manos de las partes (sistema dispositivo), o perseguir un sentido social y admitir que el juez en representación del Estado tiene un interés propio a consagrar sin mella al derecho de las partes.

En el acceso al tribunal constitucional pueden surgir iguales variaciones, pero no hace mella en la configuración del poder de conocimiento que se posee.

b) La *vocatio*, a su turno, es la facultad de requerir el comparecimiento del demandado a estar a derecho, o para cualquiera de las partes que fuera emplazada a ese fin. Dado que la citación sólo persigue trabar la litis en términos de bilateralidad y contradicción, puede verse en la ausencia o la rebeldía, la contrapartida de dicha facultad, sin que por ellas pierdan validez las resoluciones que el juez disponga sucesivamente.

Aquí la diversidad puede ser posible; pero cabe anotar que la inexistencia de bilateralidad en el proceso constitucional está caminando hacia una fantasía, toda vez que el amparo ha sumado cuestiones de esencia fundamental que se deben resolver a partes conocidas y enfrentadas, de manera que solo en las cuestiones abstractas o de pura consulta, se podría referir a la inexistencia de la facultad o poder de convocar a las partes a estar a derecho.

c) El tercer componente de las facultades jurisdiccionales es la *coertio* o *imperium* que consiste en la facultad de emplear la fuerza pública para imponer el acatamiento a las decisiones judiciales, pudiendo recaer sobre las partes (arresto por desacato), sobre terceros (testigo conducido al tribunal que fuera renuente a comparecer voluntariamente) o sobre bienes (secuestro de un objeto litigioso). Este poder sancionatorio opera en la faz represiva del proceso constitucional que se debe estudiar con el conjunto de herramientas que permiten el desarrollo regular del proceso constitucional.

d) El poder jurisdiccional más evidente es el *iudicium,* por el cual el juez o tribunal resuelve los conflictos a través de sus sentencias. Con ellas no sólo responde al requerimiento de las partes, sino que puede complementar el equilibrio del Poder Estatal mediante el control de constitucionalidad de las leyes, o fiscalizando la razonabilidad de los actos administrativos.

e) Finalmente, se ha considerado que para el acto jurisdiccional, en sí mismo, es indispensable además del conocimiento, la posibilidad de ejecutar lo juzgado, a fin de no tornar ilusoria o lírica la sentencia pronunciada. Se agrega así la *executio*, como el poder jurisdiccional de ejecutar las resoluciones mediante el auxilio de la fuerza pública o de los agentes de la jurisdicción. En esta etapa de la función no interesa el conocimiento sino la satisfacción del mandato judicial.

9.2. Actualmente la doctrina prefiere hablar de poderes radicados en la jurisdicción que se dividen en cuatro grupos:

a) Poder de decisión: por el cual la autoridad resuelve los conflictos de intereses planteados. Emite un juicio de valor y un mandato que se transmite con fuerza obligatoria, y que significa para las partes la subsunción de los hechos en el derecho. La problemática de esta potestad está en reconocer el acto de autoridad que se vierte, de modo tal que algunos presuponen el nacimiento del derecho mismo, en tanto otros la asumen como acto natural y consecuente del imperio que se tiene.

Recuérdese que la idea de Kelsen no fue ésta, porque pretendió despojar al tribunal constitucional del estudio de los hechos; por eso,

> [...] desde el momento en que las teorías de Chiovenda y de Kelsen se asentaron en el entorno científico, no pasó mucho tiempo para que brotaran importantes manifestaciones que, oponiéndose a sus premisas, reprocharon al primero la "escisión del derecho procesal del material o sustancial" y al segundo, el desprecio a la "fundamental diferencia que existe entre el fallo procesal y la resolución de dudas y divergencias de criterio acerca del contenido de un precepto constitucional".[74] Esa oposición permite advertir que paulatinamente se ha generado un movimiento propenso a conferir una nueva importancia al elemento "material". La aparición de renovados planteamientos ha posibilitado cambios significativos en la forma de analizar el derecho procesal y de entender a la jurisdicción encargada de la tutela constitucional, advirtiéndose cada vez con mayor claridad que el estudio dogmático de los mecanismos de garantía constitucional no pueden sustentarse en tesis ancladas en la naturaleza de las formas y en premisas como las de certeza, racionalidad o predeterminación jurídica, sino que al lado de estos elementos constitutivos de verdaderos valores fundamentales del Estado de Derecho de matiz liberal, es necesario analizar con igual detenimiento el contexto de la sustancia, o lo que es lo mismo, el objeto "Constitución", desde el punto de vista de sus implicaciones con el Estado constitucional.[75]

---

[74] La crítica proviene en el primer caso de Carnelutti (*cfr. Tornamo al giudizio* en *Rivista di diritto processuale*, n° 1, Padova, 1949, p. 167; y en el segundo de SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, cit., p. 84.

[75] ASTUDILLO, *Doce tesis en orden al derecho procesal constitucional,* cit., pp. 269/270.

Para nosotros este poder de decisión está presente en la jurisdicción constitucional. Su naturaleza es objeto de estudios diversos (que se corresponden con la naturaleza jurisdicción o política de la sentencia), pero no inciden en la tipicidad que le asigna al derecho procesal constitucional que, en este sentido, puede compartir el espacio con la teoría del proceso.

b) Poder de coerción: consiste en el poder de imponer sanciones a quienes con su conducta obstaculicen o perjudiquen los fines de la administración de justicia.[76] La amplitud del concepto admite aplicarlo a todo aquél que incida en la buena marcha del proceso por una actitud negligente, culpable o directamente responsable del perjuicio. Son pasibles de sanción, en consecuencia, tanto jueces como abogados, partes como terceros o ajenos al litigio; todos ellos quedan involucrados en el área del principio de moralidad procesal, donde si bien los ordenamientos adjetivos no lo regulan expresamente, en cambio consagran esclarecidos conceptos que anticipan derivaciones por el desconocimiento provocado, o el apartamiento equívoco. Es decir, tornando prioritaria la conducta leal, proba y honesta, que son partes del mentado principio superior.

La buena fe procesal recepta aquí un modo de conducta, desplazando la convicción que tenga la parte con el derecho que lleva al pleito.

c) Poder de documentación, investigación o instrumentación: refiere a las facultades que recibe la judicatura para conformar el "clásico" expediente. La importancia anida en el carácter de instrumento público que le otorga a los documentos que se incorporan en foliaturas, siendo entonces un deber correlativo la conservación y custodia de ese conjunto de actuaciones escritas.

Asimismo, interesa en este poder la libertad que adopta el juez o el tribunal en la tarea que le corresponde realizar. En el proceso común, por ejemplo, será el modelo para la investigación de la verdad, teniendo presente que la iniciativa probatoria es distinta en un sistema radicalmente dispositivo respecto de aquél donde se privilegia el principio publicístico, o de iniciativa oficiosa. En cambio, en el control de constitucionalidad, no es necesario acotar el reducto del conocimiento, pues aunque se admita la especificidad del trabajo del juez o tribunal constitucional, también se constata que

> [...] la originalidad y autonomía del derecho procesal constitucional sufrió una fuerte involución; en lugar de construirse presuponiendo su emancipación pasó a convertirse en un conjunto de disposiciones producto de la extensión de categorías ya consolidadas en la tradición *iuscivilista*, generando, desde entonces, una dependencia procesal irregular, de especie a especie, y no de género a especie, colocando al derecho procesal constitucional en un entorno de dependencia directa del derecho procesal civil y no del derecho procesal general.[77]

---

[76] GOZAÍNI, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 186.

[77] ASTUDILLO, *Doce tesis en orden al derecho procesal constitucional,* cit., pp. 275/276.

La subordinación de las reglas no impacta en la singularidad del modelo ni afecta la autonomía científica, compartiendo entonces con Astudillo su séptima tesis sobre la originalidad del derecho procesal constitucional, que dice:

> [...] El DPC debe estar en condiciones de ofrecer un conjunto de categorías normativas autónomas, adecuadas al derecho diferenciado que se encamina a servir, y estructuras procesales coherentes con la particularidad de cada uno de los procesos constitucionales, en virtud de que individualmente demuestran una lógica y una finalidad específicas. Debe permitir, además, que los órganos de garantía constitucional creen determinadas categorías procesales para perfilar con mayor pulcritud las especificidades de sus instrumentos de tutela.[78]

d) Poder de ejecución: a diferencia del poder de coerción, en éste la fuerza pública tiende a resolver el mandato jurisdiccional. Es éste un capítulo distintivo del derecho procesal constitucional que lo distancia de la teoría procesal de la sentencia.

9.3. Si bien es cierto resulta muy cómodo sostener que hay función jurisdiccional cuando es un tribunal el que interviene y dicta sentencias de carácter definitivo; tal afirmación corre el riesgo de confundir al intérprete cuando la misión de administrar justicia se reparte hacia otro conjunto de funcionarios que no ocupan lugar en el área de la magistratura como poder, pero que tienen autoridad por la división que ocupa la función jurisdiccional. El caso de los tribunales constitucionales que no dependen del Poder Judicial (modelo europeo) que constituye el supuesto generalizado para provocar la discordia.

Sin embargo, pueden encontrarse soluciones estableciendo diferencias y perfiles propios. Para ello es preciso entender que no es un resultado valioso dividir el concepto de jurisdicción, pues equivale a escindir su misma naturaleza. La jurisdicción es única siendo imprudente pensar en más de una jurisdicción para el Estado. Por consiguiente, el órgano con funciones jurisdiccionales también es único.

En efecto —dice García Belaunde—:

> [...] la teoría procesal sostiene hoy en día que la jurisdicción, como emanación de la soberanía del Estado, es una sola. Pero siendo una, se atribuye a los diversos órganos o tribunales que la propia Constitución o la ley establecen. De tal suerte, lo que existe es una sola jurisdicción, que se canaliza a través de numerosos tribunales o salas, que tienen cada una, por así decirlo, un pedazo de esa jurisdicción. Esto es lo que se llama competencia. Dicho en palabras de Couture: la competencia es la medida de la jurisdicción. En un país, todos los jueces legalmente investidos tienen jurisdicción. Pero sólo pueden intervenir en los casos para los cuales tengan competencia (en función del territorio, de la materia, de la cuantía, etc.) Y ella la tienen en virtud de reglas que les asignan el conocimiento de determinados asuntos. Por tanto, decir que hay jurisdicción constitucional sólo cuando existe un tribunal *ad hoc* y al margen del Poder Judicial, es confundir los planos, ya que todos los tribunales tienen jurisdicción, sin excepción alguna, y más bien lo que existe, debidamente distribuida, es la competencia que se ejerce a través de jueces y

[78] ASTUDILLO, *Doce tesis en orden al derecho procesal constitucional,* cit., pp. 273/274.

tribunales especializados. Y ésta es, en palabras de Alsina, la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado.[79] Por tanto, si la Corte Suprema, cúspide del Poder Judicial, tiene competencia (dada por ley o por la Constitución) para declarar y resolver en asuntos constitucionales, todo lo demás es irrelevante. En primer lugar, tener competencia; en segundo lugar, resolver; y finalmente ejecutar: estos son, en síntesis, los pasos que se dan.[80]

9.4. La cuestión jurisdiccional de los tribunales constitucionales, puede encontrar otro matiz distintivo en la independencia que cuente el órgano para desenvolver su autoridad y magisterio. Bien señala Gimeno Sendra, que en un Estado de Derecho la función de juzgar debe encomendarse a un único conjunto de jueces independientes e imparciales, en donde toda manipulación en su conformación y competencia está expresamente desterrada.[81] La ausencia de imparcialidad e independencia sería causa para desconocer ejercicio alguno de jurisdicción.

La confusión sobre el tema tiene otros aspectos que ponderar. Es común oír en detalle sobre cómo se divide la jurisdicción; como se clasifica; como se reparte; etc. Cada una de estas menciones adolece de una gravísima falta de razón, pues lo que en realidad presentan con facetas propias y singulares, no son más que manifestaciones de la función jurisdiccional.

Cuando se divide la jurisdicción en civil, comercial, penal, laboral, contencioso administrativa, constitucional, etc., existe en realidad, una separación de la función con arreglo a la especialidad del objeto procesal. Otra diferencia podría hallarse en alguna posible variación en el régimen procedimental o en los principios y presupuestos adjetivos que la alientan. Es decir que esta distribución responde a la organización del sistema judicial, donde queda ratificado que el ejercicio de la función jurisdiccional proviene de una potestad atribuida en exclusiva, diversificando la función de juzgar (y ejecutar lo juzgado).

9.5. Otro desacierto consiste en clasificar la jurisdicción por la especialidad de sus funciones, no ya materiales referidas al objeto, sino por su capacidad para recibir y resolver pretensiones. Nos referimos a la separación entre jurisdicciones contenciosas, voluntarias, disciplinarias, especiales, cuando todas ellas son nada más que una, cambiando la máscara de su presentación, pero conservando siempre el rostro.

La idea es que la jurisdicción no se cambie por el contenido, al ser intrínsecamente único. Puede permitir clasificaciones dentro de las formas de prestación del servicio; pero conservando idéntica función no obstante la desigualdad de las expresiones.

9.6. Así como el principio de unidad jurisdiccional se caracteriza por la función de juzgar con autoridad de cosa juzgada; el *principio de exclusividad* manifiesta dos

---

[79] ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* tomo II, Ediar, Buenos Aires 1957 (2ª edición), p. 512.

[80] GARCÍA BELAUNDE, *Derecho Procesal Constitucional,* cit., pp. 15/16.

[81] GIMENO SENDRA, *Fundamentos de derecho procesal,* cit., p. 90

consideraciones trascendentes. Por un lado, que sólo quienes ostenten la potestad de juzgamiento, tienen la posibilidad de someter a las partes a las disposiciones de un proceso que resolverán de manera definitiva. Por otro, que no es posible pensar en la delegación de esa potestad. Ello supone una íntima relación entre el proceso y la jurisdicción; o para decirlo en términos de Guasp:

> [...] Para el derecho procesal, la jurisdicción constituye un verdadero requisito del proceso, cuya falta impide entrar en el examen de fondo de la pretensión formulada. Dada la importancia de este requisito, su existencia o inexistencia puede, y debe, ser tenida en cuenta de oficio, al comenzar el proceso o después de comenzado, con ineficacia, en este caso, de todos los actos anteriores.[82]

Los distintos tramos por los que atraviesa el proceso incitan a concretar la atribución jurisdiccional en base a criterios territoriales, materiales, temporales, jerárquicos y económicos, dominados por las reglas de la competencia. Resulta así que cada uno tiene un tribunal competente, anterior al litigio y especializado para resolver el conflicto que enfrenta; siendo inconstitucional y vejatoria de la soberanía del Estado, cualquier desplazamiento que viole la garantía del juez natural constituido previamente al proceso.

En el recorrido, la jurisdicción podrá cambiar de jueces pero nunca cambiar su unidad intelectiva. Asimismo, es común observar que del mismo procedimiento surgen potestades especiales que constituyen componentes de la función, las que no poseen otras actividades.

9.7. En cuanto a la indelegabilidad de la jurisdicción, nos referimos a la imposibilidad de transferir la potestad en forma absoluta, circunstancia que no impide la variación del tribunal interviniente por razones legalmente establecidas y fundadas.

En suma, no es posible transferir la potestad a quien el Estado no le reconoce poder alguno; no podría trasladarse la facultad de juzgar de un magistrado hacia un legislador (*v. gr.:* juicio político) porque el último no tiene potestad, ni sus decisiones son definitivas e inmutables. Puede, en su lugar, mudar la faz cognoscitiva pero quedará siempre en la autoridad jurisdiccional, la facultad de revisión y revocación. Basta, entonces, que el Poder Jurisdiccional tenga la última palabra.

10. La independencia del tribunal constitucional

10.1. La independencia es una de las características de la jurisdicción, pero no constituye más que una manifestación necesaria de la autonomía funcional.

La característica da una impronta a la actividad jurisdiccional; de este modo el juez neutral puede ser una persona indiferente y apartada de todo interés que no sea resolver el conflicto aplicando la ley, tal como quería el modelo europeo del siglo XVIII; la idoneidad se puede consagrar en ilustración manifiesta y versación acreditada, que aun presente, no asegura que las sentencias estén relacionadas con

---

[82] GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 113.

el sentimiento de justicia o con el de ajuste constitucional; lo equitativo no siempre refleja lo justo, y podría ser más un pronunciamiento distributivo que puramente objetivo, y también la fundamentación de la sentencias, como requisito constitucional, tiene manifestaciones que necesitan explicarse.

10.2. Hay además una perspectiva adicional que para nuestra materia es más importante. Ella se fija en la independencia como una cuestión de autonomía en la decisión. Se trata más bien de considerar la eficacia de la sentencia que se pronuncia sin influencias ni subordinación jurídica. Dicho esto como si fuera un problema de tensión o conflicto entre quien resuelve y quien aplica, más allá de la autonomía propia que exige el juez o tribunal como parte de un sistema que no debería ser interferido en sus sentencias por agentes externos.

Díez Picazo dice que "entre estos frenos y contrapesos propios de un sistema de jerarquías, sin duda la responsabilidad de los jueces juega el papel protagonista, en el sentido de que de cuál sea la configuración positiva de los tipos de responsabilidad judicial depende en buena medida la efectividad de la independencia real".[83] Por eso, agrega González Granda:

> [...] un tema recurrente siempre que se habla de independencia es el de la responsabilidad, planteada en términos de tensión o conflicto, por tratarse en ambos casos de valores constitucionales e igualmente dignos de tutela. Conflicto o tensión que, en el fondo, lo que traduce es, ni más ni menos, que la cuestión de los cometidos del juez en el contexto de un sistema de impronta continental, y, en último extremo la del propio emplazamiento del Poder Judicial en el seno de un sistema democrático.[84]

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

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

Inclusive, la posición institucional de los tribunales constitucionales demuestra que la cuestión de la independencia no es un tema superfluo, como bien muestra la historia con el caso del *tribunal constitucional del Perú*, o con los conflictos suscitados entre la jurisdicción constitucional y administrativa de Colombia, repitiendo en ese llamado "choque de trenes" el fenómeno también habido entre el Tribunal Supremo español y su tribunal constitucional.

---

[83] DÍEZ PICAZO, Luis, *El régimen constitucional del Poder Judicial,* Cívitas, Madrid, 1991, pp. 102 y ss.

[84] GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, *Independencia del juez y control de su actividad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 119.

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

Zagrebelsky define esta constatación diciendo que:

> en la concepción antigua, los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, porque ésta de por sí, es origen de arbitrio y desorden. Sirven, por el contrario, para reconducirla a su justa dimensión. Su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse, al bien común. Por tanto, la visión que se ofrece de ellos es esencialmente de derecho objetivo: los derechos como consecuencia o reflejo de un derecho justo; los derechos como tarea a realizar por los gobernantes, como deber de los poderosos a favor de los más débiles. Así pues, también en esto se da una contraposición. Mientras que para la tradición "moderna" los derechos son el complemento de la naturaleza positiva del hombre, para la tradición "antigua", en cambio, son el remedio contra su maldad y contra los males que derivan del ejercicio de su voluntad. Si se mira bien, la concepción "objetivista" de los derechos, o de los derechos orientados a la justicia, habla de derechos esencialmente como una concesión al espíritu de los tiempos, pero en realidad se refiere a deberes. En efecto, hace recaer sobre todos los hombres el deber de no impedir que los demás cumplan con su deber y el deber de cumplir con los suyos propios. La categoría primaria es la de los deberes, de la que los derechos no son más que la consecuencia cuando aquellos sean violados. No se contempla la posibilidad de renunciar a los derechos, porque eso significaría negar los deberes de los que derivan y a los deberes, evidentemente, no se puede renunciar.[85]

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

En su extensión, el rol del tribunal constitucional no es distinto desde que la autonomía para resolver puede encontrarse alterada por el reclamo político de acompañar una gestión ocasional, o pronunciar la validez constitucional de un verdadero desatino.

Abona en este terreno la formación moral de la judicatura que implica diferenciar iguales hechos ante distintos temperamentos o actitudes para interpretar el conflicto. No se puede eludir, en un estudio completo de la independencia, este aspecto tan intrincado que produce estragos en sistemas constitucionales donde la interpretación

---

[85] ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil,* Trotta, Madrid, 2002 (4ª ed.), pp. 85 y 86.

constitucional de la ley es abierta a todo el aparato jurisdiccional, con apenas un control extraordinario sobre la razonabilidad.

> Asís Roig ha desarrollado en profundidad esta relación con la obligación moral de obedecer al derecho, donde destaca tres argumentos que en la historia han sido utilizados para su justificación. Estos tres argumentos versan sobre el consentimiento, el contenido y la autoridad. La justificación de la existencia de una obligación moral de obedecer al derecho, centrada en el valor del consentimiento, tiene su origen en el célebre diálogo de Sócrates con las Leyes expuesto por Platón en el *Critón*, si bien puede encontrarse también en Locke, dentro de su *Ensayo sobre el gobierno civil*. Atendiendo los argumentos de Locke, se puede hacer una distinción que ha cobrado ciertamente relevancia en el tema de la obediencia. Se trata del diferente sentido y alcance del consentimiento según sea tácito o expreso. El primero es aquel que se produciría por la simple utilización de las normas; el segundo, por una actuación expresa del reconocimiento del valor del Derecho o de sometimiento al mismo. Por su parte, la justificación de la obligación moral de obedecer al Derecho centrada en el contenido, tiene también como exponente histórico al pensamiento de Sócrates, si bien está reflejado más claramente en el pensamiento cristiano medieval. Este tipo de argumentación alude a la obligación de obedecer el Derecho que se considera justo, trasladando el problema, pues, a la justicia.[86]

10.4. Por último puede destacarse otro grupo de argumentos que se centran en la idea de la autoridad y que vendrían a justificar la obediencia al derecho proveniente de determinada autoridad. Exponente histórico de este tipo de argumentación es el pensamiento de Max Weber. Desde esta perspectiva se relaciona obediencia con legitimidad, y por ende, existe una estrecha relación con los dos argumentos anteriores.

En síntesis, atender la imparcialidad y la independencia desde el atalaya de los principios, tiene la ventaja de concretar las llamadas "garantías de la jurisdicción", que forman parte de los contenidos del derecho procesal constitucional, donde se tienen que señalar cuáles son los reaseguros que muestran los jueces hacia las demás garantías, recordando para ello que, en esencia, la eficacia de los derechos fundamentales se reflejan con su vigencia y puesta en práctica.

La noción de justicia *independiente* e *imparcial* es, entonces, un requisito de validez para el proceso, y una garantía que promete la jurisdicción. A veces depende de factores externos como decisiones políticas (*v. gr.:* cuando se designan jueces comisionados, de excepción, incompetencias manifiestas, etc.) o situaciones de excepción (*v. gr.:* gobiernos *de facto*, dictaduras, estado de sitio, etc.) que comprometen la regularidad del trámite y socavan los cimientos del debido proceso; en otras, se ponderan las calidades de la función y, en consecuencia, la independencia e imparcialidad pasan a la condición de valores.

Cabe aclarar que la independencia que referimos se relaciona con la autonomía que tiene el juez para resolver liberado de influencias y hostilidades; sin tratar en el punto la independencia funcional.

---

[86] Asís Roig, Rafael de, *Jueces y Normas (La decisión judicial desde el Ordenamiento)*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 84.

10.5. En este campo aparece una proyección del problema, porque de la conclusión que se obtenga se podrán encontrar las actividades centrales que se quieran para definir como "garantías de la jurisdicción" las funciones esenciales que los jueces deben cumplir. Así la doctrina tiene diferencias importantes donde se enfrenta el garantismo procesal ilustrado en la dimensión de la teoría de Ferrajioli, Kelsen, Hart y el positivismo italiano; y el decisionismo judicial, también llamado "activismo jurisdiccional" que faculta a los jueces a realizar la justicia en un marco de coexistencia y axiología.

Podemos afirmar así, que los frentes que tiene la independencia judicial son diversos y complejos y que no se ocupan solamente de la actividad dentro de un procedimiento. El compromiso con la realidad pone en debate la necesidad de aflorar nuevas conquistas en la tarea de hacer justicia, porque ello lo demanda el desarrollo social; y también porque no, para consagrar un diseño del debido proceso donde el juez no esté aislado ni inerte.

Para nosotros este es el centro neuronal de la autonomía del derecho procesal constitucional: *el poder de la interpretación constitucional.* Interpretación que forma parte del derecho constitucional decimonónico, pero que se aísla de la ciencia para desarrollar con los sistemas y metodologías un esquema de adiestramiento distinto al que pregona la ciencia constitucional, poco permeable a modificar su estructura, y razón esencial que lleva a la mayor parte de los constitucionalistas a sostener que el derecho procesal constitucional forma parte del derecho constitucional, o a lo sumo, admiten dividir la tarea realizada en dos segmentos caracterizados como *derecho constitucional procesal* y *derecho procesal constitucional*.

11. La independencia funcional y la imparcialidad

11.1. Las calidades personales del juez son conceptos pragmáticos que se miden y evalúan con los resultados siempre variables de las sentencias judiciales; en el sentido que todo pronunciamiento judicial, a unos conforma y a otros mortifica, siendo para los primeros eficaces y solventes, y para los otros, arbitrarios e insustanciales.

Procuraremos evitar el inconveniente eludiendo el compromiso de opinar donde no es necesario, toda vez que las cualidades que se quieren para un juez o tribunal modelo (neutral, ilustrado, justo, etc.), no son garantías jurisdiccionales sino exigencias que ofrecen una seguridad preliminar al proceso constitucional. En todo caso, se podría hablar de una "independencia moral" que trata de aislar al juez de presiones o influencias extrañas, y que exige acciones concretas para evitar que así suceda.

11.2. En este sentido la independencia judicial formaría parte del debido proceso, no para leerlo como principio, sino como herramienta para un servicio esencial: la imparcialidad.

Sostiene Guarnieri que:

> la independencia no es un fin en sí misma, sino un concepto instrumental respecto a la imparcialidad, ambos al servicio de que el juez debe siempre actuar como 'tercero' en

> la composición de los intereses en conflicto, con la Ley como punto de referencia inexcusable.[87]
>
> Por eso, agrega González Granda, no es, pues, lo mismo que imparcialidad, sino que es un antecedente necesario para que la segunda sea posible, si bien se ha señalado que en situaciones claras de ausencia de independencia institucional no han faltado jueces imparciales, y evidentemente también puede darse lo contrario: Jueces parciales en condiciones objetivas de independencia.[88]

Ahora bien, cuando se encuentra parcialidad en el proceso ordinario, los correctivos pueden variar de acuerdo con la finalidad y el interés en obrar. Por ejemplo, la sentencia se puede revocar, anular, modificarse solo en cuanto fue proclive a inclinarse sin fundamento a favor de una parte; castigar al juez con las costas originadas; sancionarlo por prevaricato, o disponer castigos de tipo moral como: amonestación, inhabilitación, etcétera.

¿Puede tener estas soluciones el sistema de la jurisdicción constitucional? La respuesta positiva solo corresponde al sistema difuso, desde que la actuación se da en un proceso concreto que suele tener las reglas, principios y presupuestos del procedimiento común; más allá de adaptaciones irrelevantes en algunos procesos constitucionales como el *habeas data* o el amparo.

En cambio, cuando se practica control abstracto de la norma supuestamente inconstitucional, el resguardo contra el error (en realidad, antes que el error es sobre el exceso discrecional) queda limitado, pero son los riesgos a correr con la independencia, que pueden ser resueltos con un mecanismo idóneo de selección de magistrados.

Dice Landa que:

> [...] todo sistema de selección y nominación de los candidatos para renovar las plazas vacantes de magistrados de un tribunal constitucional debe contribuir a fortalecerlo, mediante la adecuada identificación del perfil del magistrado constitucional, así como, el establecimiento y respeto de las reglas de su elección. Esto no siempre supone que el organismo encargado del control constitucional se encuentre necesariamente debilitado o afectado en sus elementos constitutivos.[89]

11.3. Vista las cosas desde otra perspectiva, la misma imparcialidad es un conflicto de lógica que no puede reducirse a una apreciación meramente objetiva. Por ejemplo: si queda planteada la inconstitucionalidad de una ley que supone afrentar el derecho a la vida, que tras la deliberación y análisis resiste el test de constitucionalidad, ¿podrá decirse que la sentencia viola el principio de imparcialidad?, en su caso ¿no es un problema derivado de la razonabilidad?, o si se quiere ¿no acusa una ponderación de valores diferentes donde la persuasión se ha adquirido sobre hechos antes subjetivos que objetivos?

---

[87] GUARNIERI, Carlos, *L´independenza della magistratura*, CEDAM, Padua, 1981, p. 123.

[88] GONZÁLEZ GRANDA, *Independencia del juez y control de su actividad,* cit., p.92.

[89] LANDA, *Estudios sobre derecho procesal constitucional,* cit., p. 73.

> Compartimos así con Fernández Viaga que, la necesidad del juez imparcial como garantía es una consecuencia directa del carácter no mecánico de la función judicial. Los jueces y magistrados no recitan un texto previamente establecido para cada caso.[90] La interpretación de la norma, como nos recuerda Ferrajioli,[91] no es ni ha sido nunca, una actividad solamente recognoscitiva, aunque en ocasiones, así se haya querido, sino que siempre es el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas de carácter alternativo. Los Tribunales son libres para resolver conforme el ordenamiento jurídico. Y, si lo son, sus decisiones implican el ejercicio de un poder del que hay que alejar el peligro de la arbitrariedad. Por ello, exigencias como la de la imparcialidad se refuerzan en los modernos Estados de Derecho que pretenden, mediante la institucionalización de la sospecha, asegurar el correcto y racional funcionamiento de sus órganos.

Lo que se quiere expresar es que la imparcialidad tiene sonidos que suenan diferentes al oído de quien los interpreta. Para una parte, el problema que se plantea tiene una armonía acordada a sus preferencias; para el otro, los compases suelen ser distintos, de modo tal que la sintonía que adopte la sentencia siempre tendrá un diapasón propio, de elección. Es una disputa entre predilecciones, que cuando se trata de decir el derecho, y para evitar elecciones, se opta por sostener que la supremacía de la Constitución es el único criterio a tener en cuenta.

En definitiva, un pensamiento asentado con tal rigidez, simplemente afirma que la función jurisdiccional del tribunal constitucional es controlar y resguardar la supremacía de las Cartas Fundamentales; pero al mismo tiempo, es una doctrina claudicante porque toda cuestión, aun aislada de los hechos que la generan, tiene condiciones y contingencias radicadas en emociones, sentimientos, e irracionalidades inmanentes propias de toda persona que vive en sociedad. Y el juez no es un fugitivo de la vida; no está instalado en el atalaya para ver las cosas desde una altura inalcanzable. Son las cuestiones del diario acontecer las mismas que al tribunal le sucede y le afectan. La formación profesional, la experiencia adquirida, la coexistencia social, son improntas ineludibles, que sin sospechas de parcialidad, inciden y afectan las variables de elección.

Una vez más, se observa porque el sentimiento de justicia no es un dato objetivo y cotejado por baremos: hay todo un conjunto de elementos subjetivos que nutren la actividad y le dan un sentido propio.

11.4. Pensar entonces en la imparcialidad como una manifestación ajena a toda influencia, puede llevar a la extraña reflexión de creer que el juez o tribunal actúa aislado del mundo. Dicho en otros términos, si la función es el control constitucional, la responsabilidad que tiene es solo ésta, que se traduce en justicia cuando emite la sentencia para el caso concreto, habiendo dispuesto una resolución equitativa, ecuánime y prudente.

Esta idea piensa en un magistrado con una función inocua: solamente labora en la abstracción, sin mirar a quien, y sin considerar los efectos que produce. La socie-

---

[90] FERNÁNDEZ, VIAGAS BARTOLOMÉ, PLÁCIDO, *El juez imparcial*, Comares, Granada, 1997, pp. 45 y ss.

[91] FERRAJIOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 256.

dad debe confiar en los jueces por la autoridad que de ellos emana, y por el respeto que merecen. Implica una obligación automática antes que una actividad racional; y en los hechos, eleva la posición del juez al tecnicismo de reconocer los hechos y el derecho a ellos aplicable.

No es ésta la tarea que se espera de los Tribunales Constitucionales ni de los jueces que activen la misma función. El modelo descripto tiene reminiscencias del juez romano que era el único que conocía la ley y podía decirla en sus mandatos (*juris dictio*); acepta que las influencias del medio son posibles, pero las elude con el deber de cumplir el mandato legal, y si ésta no se adapta al contexto, lamentablemente no es su función corregir o encausarla; él no tiene posibilidad alguna so riesgo de convertir al juez en legislador.

De algún modo, también, es la consagración del sistema de la desconfianza, a la que tanto apego tiene muchas legislaciones. Por su lado, el juez que quiere afianzar la confianza y mostrarse ejemplar e intachable, tiende a alejarse de la sociedad, precisamente, para apartarse de sus estigmas.

En esta consigna hay una parte muy cierta y precisa: la ley fue hecha para cumplirla, y ante el desconocimiento o perturbación, debe el juez ordenar la sanción respectiva y obligar el acatamiento. Pero si ella es supuestamente inconstitucional, hay un deber anterior que obliga a conciliar el presupuesto fundamental.

Lo que estamos proponiendo es que, en esta dimensión, el laboreo intelectual no lleve a encerrar la Constitución en un marco pétreo, sino en desentrañarla y ponerla en contacto con la realidad viviente; por eso es necesario que la sentencia no sea la emisión de un resultado analítico aislada del contexto.

En resumen, el problema que se afronta es propio de la filosofía del derecho, y puede forjar argumentos políticos y constitucionales que, si queremos reflejarlos en la interpretación del derecho procesal constitucional, hace jugar valores y entendimientos que no son propios de este trabajo.

11.5. Con ello se quiere decir que la imparcialidad no es un valor neutro que signifique no beneficiar a uno ni otro; porque una sentencia siempre obrará a favor de alguien que ha controvertido. En realidad, la imparcialidad que apuntamos en esta perspectiva, supone que el juez aplique el derecho, pero que al imponer el orden y la legalidad no se desprenda del tiempo que transita, con sus adaptaciones y las angustias que lo inciden, porque "hacer justicia" es dar a cada uno lo suyo sabiendo y conociendo la realidad que se comprende.

> Del Vecchio recuerda que por encima de las leyes escritas hay otras no escritas que se reflejan en todas las leyes sin agotarse en ninguna y que, en momentos decisivos de la historia, pueden imponerse al hacer saltar los órdenes positivos para perfeccionar con un orden nuevo el proceso de reivindicación de la justicia, que tiene por teatro la historia y por fuente inagotable el espíritu humano.[92]

---

[92] DEL VECCHIO, Giorgio, *Derecho y vida*, Ariel, Barcelona, 1942, p. 67.

> También Legaz y Lacambra traen a colación un resultado evidente de una justicia asentada sobre la realidad. La seguridad y la justicia no son solo dos "valores" jurídicos fundamentales, sino que más bien se trata de las dos dimensiones radicales del derecho, de sus dos estamentos ontológicos, que lo trascienden, pero que en él se integran como constitutivos formales y que, al integrarse en una zona interferente, lo hacen ser lo que es: pues el derecho es justicia y es seguridad, pero justicia que solo existe como tal en cuanto está montada sobre un orden seguro; y seguridad que solo es pensable sin contradicción en cuanto está transida íntimamente de alguna justicia. Por eso, aun cuando la justicia y la seguridad son realidades distintas y su existencia se puede considerar separadamente, pues al diferir su esencia también se existencia está separada, sin embargo a su esencia pertenece igualmente su implicación recíproca y por ello también su existencia se halla recíprocamente implicada. Cuando se la considera abstraída de la seguridad, la justicia es pura idea o virtud del individuo. Y al margen de la justicia, la seguridad sería inauténtica, no sería otra cosa que una pura fuerza dominadora de la existencia, exenta del más elemental sentido ético; y solo en su zona de interferencia con la justicia, que es el derecho, es donde la seguridad constituye un orden dotado de intrínseca justificación. Cuando todas las instituciones jurídicas estén modeladas de suerte que resulte garantizada para las más diversas zonas sociales la seguridad efectiva de una vida humana digna y decorosa, entonces podrá decirse con verdad que ese orden jurídico está efectivamente transido de justicia.[93]

En todo caso, la imparcialidad supone estar atentos y vigilantes con la adaptación de la ley a la sociedad que la determina y en tal sentido, la función jurisdiccional se mide con el alcance que le signa el sistema político donde se aplica. Es diferente en Europa, donde la aplicación de la ley es más clara y exigente, al requerir la intervención de un tribunal Constitucional cuando existe crisis de legalidad; mientras América pone en la imparcialidad del juzgador un compromiso muy grande, teniendo presente que él debe controlar la constitucionalidad de las leyes y fiscalizar la política de la administración.

12. La independencia del juez respecto a los demás poderes

12.1. La independencia que más interesa es la institucional; si ella falta o está disminuida se afecta al debido proceso cuando le priva al juez de libertad para resolver.

La trascendencia que tiene lleva a que algún sector de la doctrina lo instale entre las garantías jurisdiccionales; sin embargo, no es la independencia judicial, libre de influencias e interferencias, un problema que deba ser resuelto con las garantías, a no ser que se analice la cuestión enfocando solamente la crisis que con la imparcialidad derivada de la falta de libertad deviene.

12.2. En materia estrictamente procesal, la independencia funcional afianza el derecho del justiciable a que su causa sea resuelta sin interferencias. No es igual a la

---

[93] LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Humanismo, Estado y Derecho*, Bosch, Barcelona, 1960, pp. 132 y ss.

imparcialidad, porque en realidad se refiere a la libertad de conciencia del magistrado constitucional.

La más elemental es el sometimiento del juez a la ley; sumisión que significa tener exclusividad en la función sin que sus pares en el ejercicio del poder puedan actuar u ocupar sus roles.[94]

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

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

> [...] no se trata de la independencia entendida como imparcialidad o apoliticidad (protección al juez de la influencia del poder político la una, y de aquellos condicionamientos políticos que provienen de la sociedad civil la otra), sino de independencia del propio juez dentro del poder judicial estructurado burocráticamente y con un elevado índice de jerarquización.[95]

Las que sí refieren a este modelo, son las relacionadas con el juzgamiento propiamente dicho. Independencia representa libertad de criterio con el único límite de la ley. El abuso de esa libertad es la arbitrariedad o el exceso discrecional, los que se corrigen en el marco de las cuestiones constitucionales o las nulidades en el proceso por errores evidentes de juzgamiento.[96]

12.3. Despojemos del tema la cuestión que se vincula con la organización institucional donde la independencia puede quedar frustrada por el peso evidente que tiene dentro de ella, los poderes ejecutivo y legislativo.

---

[94] El *principio de sumisión a la Ley* es un concepto que responde al texto constitucional por los que se entiende que la garantía primera de la independencia radica en la exclusividad, en la reserva de la función al Cuerpo de los Jueces, en la eliminación de cualquier residuo de poder jurisdiccional en manos de los otros dos Poderes, significación excluyente que se logra implantar sin excesivas dificultades por lo que se refiere al Legislativo, siendo más costosa la exclusión del Ejecutivo respecto de la función de juzgar (sobre todo porque en relación a la Administración se alza el extraordinario problema de resolver quien debe juzgar a la Administración) (*Cfr*. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La reserva de jurisdicción,* La Ley, 1989, Madrid, p. 12).

[95] GONZÁLEZ GRANDA, *Independencia del juez y control de su actividad,* cit., p. 21.

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

Aquí la injerencia se puede manifestar con registros diversos, como el estado de sitio y el condicionamiento de garantías; la amenaza directa sobre el magistrado; la perturbación de sus funciones mediante acciones directas; la participación en la magistratura de siniestros políticos de paso por la función judicial; entre muchas más que inciden no solo en la independencia funcional sino que impactan en la imparcialidad necesaria del enjuiciamiento.[97]

Son figuras que, con mayor precisión, refieren a aspectos de la independencia de orden interno, las que "[…] amparan a los miembros de la Carrera Judicial frente a las perturbaciones o intentos de dependencia de los demás órganos jurisdiccionales y de sus propios órganos de gobierno".[98]

Las manifestaciones se pueden dar en una causa concreta o actuar genéricamente sobre el ánimo del juez o tribunal; si es del primer orden, seguramente la imparcialidad quedará afectada; si lo es en el segundo nivel, la restricción debe encontrar respuestas o soluciones en un plano diferente al proceso. Pues bien cierto es que no se debe confundir independencia con imparcialidad pues la sentencia, que es el medio donde se concreta el resultado, puede exponer un acto de absoluta imparcialidad en un contexto de ausencia de independencia y viceversa.[99]

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

Es en esta área donde anidan las dimensiones de la independencia judicial en el proceso. Hay valores subjetivos que pertenecen a la formación cultural y social del magistrado; pueden existir incidencias directas como la jurisprudencia vinculante que le impide formar criterio con libertad; y también perturbaciones externas como

---

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

[98] PICO I JUNOY, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación,* Bosch, Barcelona, 1998, p. 31.

[99] PICO I JUNOY, ob. cit., p. 32. Sostiene Guarnieri que la independencia no es un fin en sí misma, sino un concepto instrumental respecto a la imparcialidad, ambos al servicio de que el juez debe siempre actuar como "tercero" en la composición de los intereses en conflicto, con la Ley como punto de referencia inexcusable. Por eso, agrega González Granda, no es, pues, lo mismo que imparcialidad, sino que es un antecedente necesario para que la segunda sea posible, si bien se ha señalado que en situaciones claras de ausencia de independencia institucional no han faltado jueces imparciales, y evidentemente también puede darse lo contrario: Jueces parciales en condiciones objetivas de independencia (ob. cit., p. 29).

la influencia de los medios de comunicación o el reclamo social exigiendo ante un hecho singular de interés o trascendencia. Cada una expone un problema particular.

Inclusive, no se descarta en ellas la pregunta que algún jurista de relieve ha hecho: ¿pueden las malas personas ser buenos jueces?[100]

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

En una obra relativamente reciente, la dimensión del problema se acusa desde una lectura menos ambivalente. Se sostiene que la tesis de la racionalidad judicial no implica únicamente el manejo del razonamiento abstracto, sino también una capacidad para comprender la singularidad del caso concreto, lo cual exige cierto tipo de experiencia del mundo, de empatía, etc., que la literatura puede ayudar a poseer. Desde la mirada que realiza Marta Nussbaum, las emociones (o cierto tipo de emociones) no sólo no enturbian la razón, sino que la potencian.[101]

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

Evidentemente no, y menos aun se puede afirmar que la sentencia despojada sea mejor para el interés de las partes que litigan, aunque no lo sea para los demás, si es que éstos no ejercieron el derecho de estar en el proceso.

Los valores entendidos en la formación social y cultural del juez son causas que impactan en el razonamiento, de forma tal que es inevitable que ello ocurra. Pero argumentar que el uso de esos órdenes de vida llevados a quienes se juzga constituye un abuso que obnubila la libertad de enjuiciar, puede ser nefasto. No solo porque la falta de independencia es una cuestión constitucional, que como tal, se convierte en un caso de arbitrariedad; sino mejor, para entender que la aplicación de valores propios a conductas ajenas, no siempre es positivo, y en todo caso, no es un problema de afectación a la independencia, sino de razonabilidad de la sentencia que se resuelve por la vía de los recursos procesales.[102]

---

[100] MALEM PEÑA, Jorge F., "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", en *Jueces y Derecho*. Compiladores: Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez, Porrúa, UNAM, México, 2004, pp. 31 y ss.

[101] NUSSBAUM, Marta, *Justicia poética,* trad. de Carlos Gardini, Andrés Bello, Barcelona, 1997; Atienza, ob. cit., p. 25.

[102] Un ejemplo de estas influencias se da cuando se debe resolver si la extracción de sangre puede o no ser compulsiva. También cuando se trata de profesiones religiosas que lo impiden. Así se ha dicho que no puede considerarse reprochable, y menos aún generador de responsabilidad, el acudir a la justicia en procura de, mediante su pronunciamiento obtener certeza sobre el punto debatido y de contornos difusos, para asegurarse un accionar conforme a derecho. No desconozco por cierto la existencia de posturas que ante problemas de índole bioético como el que sirve de sustrato fáctico a una causa, pregonan la innecesariedad o inconveniencia de acudir a la autorización judicial (voces en este sentido se alzaron, por ejemplo, en ocasión de fallar la Corte Suprema argentina la causa "*T.S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*" del 11.01.01 (ED, 191-425) en la que una madre solicitó autorización —cuya concesión fue

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

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

Podemos compartir entonces que:

> [...] Si la función del juez es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aplicando la Constitución, el sistema de fuentes y valores contenidos en ellas que sean compatibles con la ética crítica, resultaría que para ser un buen juez, desde el punto de vista técnico, debe resolver los conflictos que potencial-mente conoce imbuyendo sus decisiones precisamente de esos valores en todos aquellos casos que fuera menester. Las valoraciones personales ajenas a dicho orden serían entonces inaceptables, y de ninguna manera podrían ser invocadas o utilizadas en ningún caso.[103]

13. La independencia y la sumisión a la jurisprudencia

13.1. El tema distingue al derecho procesal constitucional como la ciencia precisa donde estudiar este fenómeno que se da no sólo en el derecho judicial sino en las manifestaciones de la jurisprudencia constitucional latinoamericana, donde

---

confirmada por el Alto Tribunal— a fin de lograr la inducción de un parto de un feto anencefálico). Hay quienes arguyen, en efecto, que son los médicos, y sólo ellos y en su ámbito de incumbencia profesional, quienes deben tomar decisiones de ésta naturaleza prescindiendo de toda judicialización de la cuestión; no existiendo norma legal que imponga requerir autorización judicial cualquier decisión del juez al respecto devendría carente de sustento legal. En este sentido se pronunció Alberto Rodríguez Varela en nota al fallo citado (ED, 191-425); también el emérito rector de la Universidad Católica Argentina Domingo Basso, "un caso que no debió ir a la Corte", en la Nación del 12.01.01). Pero éstas posturas, distan ciertamente de ser unánimes: para el caso, dice el maestro Morello en alusión a estos sinuosos problemas de medicina y derecho, que "...constituyen genuinos casos adversariales, causas de intereses fundamentales— que recaban tutela judicial afectiva; no son cuestiones académicas rotulables de consulta o de índole abstracta o general. Son típicamente justificables y, por ende, definibles por los jueces. Porque aun en el alero de la autorización no mudan su esencia" (ED, 194-259, comentario al fallo de la SC Buenos Aires, "*B.A. s/ autorización judicial* del 22.6.01). En este caso, que también obedeció al planteo de un conflicto bioético de similares características al presente, aunque al igual que el anterior versó sobre la autorización a una madre para la inducción de un parto, varios ministros exhibieron categóricas reservas con respecto a que el requerimiento jurisdiccional no tenía cabida, que lo rotulado como una "autorización" a ser otorgada por los jueces no suscitaba un debate cabal y propio que demandara tal deber por el lado de la función judicial: así, por ejemplo, el Dr. Hitters se pronunció con énfasis por la judiciabilidad del caso, ya que el pedido de autorización judicial apunta a resolver un conflicto; en igual sentido el Dr. De Lázzari sostuvo la existencia de un "caso concreto", al tiempo del Dr. Ghione sostuvo que no era indispensable la autorización judicial. Tales opiniones en modo alguno quitan legitimidad a la petición [...] (in re: "*Zarrillo Osvaldo Pablo c/Prestaciones Medico Asistenciales SA s/sumario*" – CNCom., Sala A, 17 de marzo de 2003).

[103] MALEN PEÑA, ob. cit., p. 56.

algunos resisten (por ejemplo, en Argentina), el valor vinculante de la sentencia constitucional.

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.

13.2. 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 (*cfr*. art. 17 del Código Civil argentino); obviamente, en este contexto, la fuerza obligatoria de la sentencia no avanzaba los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada.

Pero contra esta corriente propia del legalismo francés reaccionó el resto de Europa, sin contar con manifestaciones de los tribunales franceses que reclamaron por una "jurisprudencia constante".[104] 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*.[105]

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

---

[104] LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces,* Legis, Colombia, 2006 (2ª ed.), p. 9.

[105] LÓPEZ MEDINA, ob. cit., p. 10.

valores diversos o divergentes, sino como aspectos complementarios e integrados de la misma función.[106]

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.

13.3. América ha conservado el criterio de mantener en la jurisdicción pura (sedes judiciales) tanto el juicio ordinario como el constitucional, aunque en estos últimos, el peso de las sentencias de los Tribunales o Salas Constitucionales influye notoriamente en el seguimiento posterior.

En consecuencia, la existencia de diversos sistemas, en los cuales, las fuentes del derecho, la relación entre las diferentes ramas y órganos del poder y el papel mismo de la teoría jurídica son diferentes, hace necesario replantear la clasificación tradicional,[107] 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, 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

---

[106] 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).

[107] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Introducción al Derecho,* Temis, Bogotá, 1994, pp. 252 y ss.

en cuenta que la producción de fuentes puede llegar, inclusive, del derecho transnacional.[108]

14. La independencia y los grupos de presión

14.1. Con énfasis singular ha dicho Berizonce que:

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

---

[108] 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 un 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.

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, pp. 341 y ss.).

salvaguardar la libre convicción judicial que es garantía insustituible para los ciudadanos.[109]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

Sección 2ª Funciones del juez constitucional

15. El objeto inmediato: la supremacía constitucional

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

15.2. 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 ordena-mientos, 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.[110]

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.

Cree 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 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.[111]

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.

Una vez más, dice Pérez Tremps, estas cuestiones pueden verse desde el papel que la justicia constitucional representa o puede representar para legitimar el sistema democrático. Si en los viejos y asentados sistemas jurídicos con instituciones de justicia constitucional existe un cierto debate sobre cuál es el fundamento democrático de la existencia y del funcionamiento de la justicia constitucional, en otros países, y en especial en algunos países de América Latina, la cuestión es en cierto sentido la contraria, esto es, que la justicia constitucional se convierte en un elemento muy importante de legitimidad del sistema democrático. Ello, aunque pueda resultar paradójico, no deja de ser algo preocupante. Conviene aclarar esta afirmación. No se trata, claro está, de que sea nocivo que la

---

[110] PÉREZ TREMPS, Pablo, *La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina*, Foro Constitucional Iberoamericano, nº 2/3, abril/junio 2003.

[111] LÓPEZ GUERRA, Luis, *Democracia y Tribunales Constitucionales*, Foro Constitucional Iberoamericano, nº 2/3, abril/junio 2003.

justicia constitucional actúe como elemento de legitimidad del estado de derecho; por el contrario, esta es precisamente una de las tareas que debe cumplir. Lo que resulta preocupante es el hecho de que la importancia que en el proceso de legitimidad del estado democrático tiene la justicia constitucional sea, a veces, excesiva. Si esto es así no lo es por culpa de la propia justicia constitucional, sino porque ésta viene a "tapar" los huecos que otras instituciones dejan en ese proceso de legitimidad.

16. La tutela constitucional como función jurisdiccional diferenciada

16.1. 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 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.

16.2. 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, *habeas corpus*; acción de cumplimiento, etc.), sin perjuicio de las indicaciones específicas que tienen las normas que han dado moldes diferentes aunque basados en la dinámica del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes.

Agrega López Guerra que:

> en el modelo *difuso* o *americano* de justicia constitucional, el análisis de constitucionalidad, por parte de los Tribunales ordinarios, de actuaciones públicas (legislativas o de otro tipo) se lleva a cabo con ocasión de un proceso concreto, en que se decide sobre derechos determinados de sujetos individuales identificables, que son partes en el procedimiento. En último término, el objeto del análisis de constitucionalidad sería la protección de esos derechos individualizados, y los efectos inmediatos de la decisión judicial se producen, pues, *inter partes*. Los efectos generales de las sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad no son resultado de un pronunciamiento formal de inconstitucionalidad, con efectos *erga omnes*, sino un resultado indirecto, derivado de la estructura de los Tribunales y del sometimiento de los Tribunales inferiores a los precedentes sentados por los Tribunales superiores.
>
> En el modelo europeo/kelseniano, (frente al modelo americano, centrado en la protección de derechos individuales) los procedimientos de justicia constitucional aparecen sobre todo como técnicas para proteger el orden constitucional mediante la resolución de conflictos o controversias entre poderes del Estado (o partes de esos poderes). No hay que olvidar que el precedente inmediato del tribunal constitucional austriaco diseñado por la Constitución "kelseniana" de 1920 fue el Tribunal imperial (Reichsgericht) que se configuraba esencialmente como un Tribunal de Conflictos. En estos procedimientos, pues, no se discuten pretensiones individuales, no se decide sobre derechos en juego de ciudadanos concretos, sino que se decide sobre la regularidad constitucional *in abstracto* de la actuación de los poderes públicos, buscando la protección del orden constitucional, y llevando, eventualmente, a la declaración de inconstitucionalidad y eliminación del ordenamiento de aquellas normas que se consideren contrarias a ese orden. Son los poderes públicos, pues, y no el ciudadano los protagonistas del procedimiento, y esos conflictos se resuelven mediante resoluciones con fuerza *erga omnes*; resoluciones que configurarían esencialmente al tribunal constitucional como un legislador negativo.
>
> El desarrollo del carácter mixto de la configuración de los modernos Tribunales Constitucionales ha dado lugar a que lleven a cabo funciones que derivan tanto del modelo europeo como del americano. Es así posible distinguir por un lado, una serie de procedimientos que responden a la función de protección de derechos individuales; por otro, los procedimientos que pretenden una defensa in abstracto del sistema constitucional; y finalmente, aquellos procedimientos que responden a ambos objetivos, en mayor o menor medida.

16.3. 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, al encontrar que hay, igualmente, un núcleo común de atribuciones de la justicia constitucional que viene definido por dos tipos de compe-

> tencias: *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 *habeas corpus*, y el *habeas data* son las acciones más comunes.

16.4. De allí que actualmente el problema de la autonomía del derecho procesal constitucional sea desplazada por el concepto unificador de "*tutelas diferenciadas",* las que operan mediante técnicas diversas, orgánicas o simplemente funcionales, reconociendo que la materia sobre la cual se trabaja es distinta a la protección ordinaria del derecho subjetivo, y por tanto, reclama urgencias mayores o deducciones especiales.

Explica Berizonce que:

> [...] mediante la utilización de las técnicas orgánico-funcionales y procesales se persigue como objetivo central asegurar en concreto la tutela de los derechos de linaje preferencial, fundamentales en el escrutinio de la Constitución. Se enfatizan a tales fines, los postulados de *accesibilidad* para todos al sistema judicial, sin trabas ni cortapisas, *simplificación* de los trámites, *aceleración* de los tiempos del reconocimiento del derecho en lapso razonable, búsqueda y prevalencia de la *verdad objetiva* ("primacía de la realidad", consagración del *Derecho material*, cuyo reconocimiento y efectividad no puede frustrase por razones puramente formales (instrumentalidad y condena del excesivo rigor formal).[112]

La justicia constitucional es una de las tutelas diferenciadas admitidas. En ella se permite articular pretensiones cautelares autónomas (*v. gr.:* dentro del juicio de amparo), llevando a debatir si es posible agotar la actuación del juez con la decisión pronta de una precautoria o al resolver una medida de seguridad.

La protección especial atiende la reducción del conocimiento como forma de dividir las diferencias en la tutela jurisdiccional y coincide con la clasificación de los procesos, pero no es suficientemente clara para demostrar la distancia. Hasta pareciera que la misma expresión "tutela diferenciada" es discriminatoria, imprecisa y desigual para las partes, *salvo que se interprete como una nueva forma de hacer justicia emplazando la misión jurisdiccional en la senda del llamado a la socialización del proceso civil y constitucional.*

---

[112] BERIZONCE, Roberto O., *Tutelas procesales diferenciadas,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2009, pp. 29-30.

Con esta orientación, la clasificación cobra sentido y espera de esclarecimientos legislativos, sin que la omisión o actividad concreta obstruya la aplicación prudente de jueces y tribunales.

De otro modo, establecer formas diferenciadas no nos resulta un criterio útil porque, a lo sumo, cada cual guarda su parte o cuota de acción en la unidad que resulta aplicar el derecho en un esquema ritual preordenado.

16.5. Por ejemplo, dividir la tutela en *de conocimiento* y *de ejecución* no es tan real, porque la potestad jurisdiccional es "*notio*" más "*executio*", al punto que no se concibe resolver sin dar herramientas para el cumplimiento efectivo. Del mismo modo, separar la tutela cautelar de la ordinaria o de satisfacción, es igualmente difuso, porque lo cautelar no tiene autonomía sino que salvaguarda el resultado del proceso al que adscribe.

Frente a estos inconvenientes, algunos aíslan el concepto y definen a la tutela diferenciada como:

> [...] un derecho de los justiciables hacia el Estado. En un primer momento es un derecho hacia los legisladores, de modo que adopten y prevean los mecanismos legales adecuados para brindar una tutela efectiva. Esto implica que el legislador debe establecer: una tutela eficaz particular que le sea inherente a cada tipo de derecho, la oportunidad en que deba actuarse dicha tutela y el contenido de la misma. Asimismo, también debe establecer las técnicas de aceleración del proceso que sean adecuadas para cada caso.[113]

No obstante, sostener que la diferencia proviene de ser un derecho exigible al legislador, torna el derecho en un programa a cumplir antes que en una realidad emergente de su práctica.

Hay un gran dogmatismo presente en los fundamentos de esta separación entre tipos de tutela; declamaciones y llamados a la justicia que son vacías de contenido al no precisar cómo y de qué manera deben cumplirse. Para nosotros, a lo sumo, las particularidades se deben encontrar en las posibilidades (poderes-deberes; obligaciones-facultades; legalidad-discrecionalidad) que tiene el órgano jurisdiccional para actuar ante cada situación, donde la urgencia puede tener argumentos y motivos propios.

16.6. Así una tutela sumaria puede dar la razón a quien la tiene en forma rápida y definitiva, mientras que la cautelar sólo persigue proteger la resolución definitiva que se pueda dictar, cuando con el tiempo pueda frustrarse la tutela, sin que ello implique que quien obtenga la medida tenga razón en el fondo.[114] Lo que nos parece inasible es separar la actuación sin tener reglas que pongan certeza a su aplicación; dicho en otros términos: las diferencias de la tutela no pueden obstruir la aplicación de garantías, principios y reglas del proceso, en cuyo caso, lo asimétrico puede estar en las formas (*v. gr.:* el debate sobre la bilateralidad; el alcance y extensión de la cosa juzgada, etc.), sin que ello afecte principios superiores de la ordenación procesal.

---

[113] ZELA VILLEGAS, Aldo, *La tutela preventiva de los derechos*, Palestra, Lima, 2008, p. 41.

[114] RAMOS ROMEU, Francisco, *Las medidas cautelares civiles,* Atelier, Barcelona, 2006, p. 50.

Una muestra de la inútil clasificación en los mecanismos de actuación jurisdiccional es separar por objetivos la decisión, porque todas ellas, en definitiva, deberán reunirse en torno de una sola providencia resolutoria. Por ejemplo, la variedad de tutelas puede encontrar que el juez actúe en forma *cautelar* (previniendo o asegurando el objeto); *ordinaria* (providencias de mero trámite, resolución de interlocutorias, sentencia definitiva); *diferenciada* (conforme se interprete que existe un derecho especial a la satisfacción rápida); *ejecutiva* (cuando hace cumplir por la fuerza la condena dispuesta). A su vez, cada una de ellas se representa en resoluciones propias de un modelo, como son la *tutela preventiva* (cautelar pura o de cautelar material —tutela inhibitoria-) y la *tutela urgente* que admite resoluciones anticipatorias o definitivas (de satisfacción inmediata).

Pero en conjunto, si no está suficientemente clara en sus desplazamientos provoca más inseguridades que certezas.[115] De ello nos ocupamos seguidamente.

17. La tutela preventiva

17.1. La diversidad de acciones se puede enfocar desde la perspectiva de la función jurisdiccional y sus posibilidades; o desde la parte que las requiere en orden a las situaciones jurídicas subjetivas que presenta. Es decir, la dispersión de funciones en la actividad jurisdiccional disciplina alternancias que dependen de lo que el juez pueda realizar más allá de lo legislado; pero también habilita la creatividad del abogado que solicita desde la demanda innovaciones de pretensión que no se muestran en el clásico conjunto de la "material" y la "procesal".

Dicho esto en el sentido de advertir una transformación en la dinámica del objeto, que no encuentra el molde apropiado en el sistema procesal que tiene, toda vez que la costumbre de práctica cotidiana es que el juez actúa, a instancia de parte, para reparar el perjuicio sufrido o restablecer el principio de legalidad. Entonces ¿qué ocurre? La respuesta nos parece simple: hoy los roles de jueces y tribunales son diferentes pues tienen un deber implícito en la función que es "hacer justicia", más allá de las pretensiones interesadas de las partes, aunque sin quebrar las garantías que a éstos se debe preservar. Pero el problema está en los esquemas no han variado, y siguen aplicables principios y reglas que, a pesar de los reclamos de la doctrina para su adaptación, siguen tratando la controversia judicial como una lucha entre partes.

---

[115] Es muy interesante la reflexión de Ramos Romeu al analizar las medidas de satisfacción inmediata al sostener que "[…] no es difícil ver el inconveniente de las medidas autosatisfactivas. Primero, al generalizar lo que debe ser objeto de conocimiento del juez y permitir la tutela de cualquier tipo de pretensión, las probabilidades de que se produzcan errores judiciales se incrementan drásticamente. Está por ver si lo que se gana en celeridad está justificado por este mayor riesgo de errores. No está claro que en pretensiones complejas se vaya a poder otorgar una tutela rápida. Por muy rápido que se quiera ir, si el caso es complejo, para reducir el riesgo del error no quedará más remedio que demorar la decisión. Segundo, al eliminar la carga del demandante de instar un juicio sobre el fondo, se incrementa el riesgo de que su pretensión no tenga ningún fundamento y de que, en realidad, no sea deseable la tutela" (Ramos Romeu, ob. cit., p. 54).

En este contexto es preciso obrar claramente para impedir que la actividad no se vea como un ejercicio de autoritarismo judicial. Sobre todo, porque los perfiles novedosos que se encuentran, en realidad tienen precedentes conocidos, solo que nominalmente se los ha conocido con denominaciones diferentes.

17.2. Actualmente la acción preventiva se define como aquélla:

> que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción.[116]

La definición podría ser la misma para la tutela inhibitoria, pero lo preventivo supone, además de un mandato específico de hacer o no hacer, adelantarse al peligro y eludir a actuación *ex post facto*. Se trata de llegar a tiempo con la resolución judicial, que es provisoria pero suficiente.

> Peyrano aclara que la emisión de un "mandato preventivo" no guarda más que una relación de ocasión o "excusa" con el proceso dentro del cual se imparte; pero en realidad se debiera concebir como un juicio "nuevo", un trámite independiente del juicio original y como tal (independiente que es) susceptible de generar todas las actividades de control y recursivas que pudiera estar en condiciones de ejercitar.[117]

Por supuesto que hay adversidades propias del conservadorismo jurídico,[118] sin que puedan explicar en la oposición el rol preventivo que tuvieron y tienen, por ejemplo, todas las posibilidades de actuación preventiva del código procesal (alineados con el control de la conducta en el proceso, que supone no solo contabilizar medidas coercitivas o conminatorias, sino también, expulsar al que perturba la audiencia; en la actuación oportuna que los códigos disponen como acción preventiva para aventar el daño temido).

---

[116] PEYRANO, Jorge W., *La acción preventiva*, LexisNexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 36.

[117] PEYRANO, *La acción preventiva*, cit., p. 23. Conviene aclarar el punto —dice el autor— porque el "mandato preventivo" no es una medida para mejor proveer (insusceptible, como se sabe, de ser objeto de una actividad recursiva), dado que no se trata de una diligencia de prueba y no guarda —insistimos en ello— ninguna relación sustancial con el proceso dentro del cual se emite [...]. El "mandato preventivo" es una orden judicial de características y consecuencias análogas a la mayoría. A saber: si no se acata en tiempo y forma puede quedar incurso el destinatario en el delito de desobediencia, y su cumplimiento efectivo puede, en su caso, estimularse a través de la instrumentación de medios compulsorios tales como la aplicación de astreintes o el despacho de medidas conminatorias.

[118] El garantismo sintetiza su oposición al sostener, en prieta síntesis, que el mandato preventivo no es una potestad jurisdiccional, sino administrativa o ejecutiva y, en algunos casos, legislativa. Las resoluciones llevadas a cabo sin litigio, de oficio, con el fin de alterar una situación de hecho que redunde en un beneficio a la sociedad, es una potestad deliberativa, parlamentaria o, también, ejecutiva. El Poder Judicial no debe sustituir los otros poderes del Estado, aunque adolezcan de eficacia, puesto que el remedio a corto plazo será más pernicioso que la enfermedad a evitar. La permisión a las sucesivas adjudicaciones de facultades legislativas o ejecutivas por parte de un individuo, aunque sea magistrado, redundará

17.3. La tutela preventiva de carácter procesal,[119] distinto a la "cautela material" que ensaya respuestas anticipadas ante el riesgo inminente; cuenta con apoyos constitucionales que se explanan desde las garantías implícitas contenidas en las cartas con el derecho de propiedad, los derechos implícitos, la protección del medio ambiente, del usuario y consumidor, o la regla general del derecho al debido proceso.

Con afán docente, Peyrano culmina explicando la acción preventiva indicando que:

> [...] genera un proceso de conocimiento. Más concretamente: un proceso de condena atípico. ¿Por qué esto último? Seguidamente aludiremos a algunos de los rasgos que avalan tal calificativo: *a)* sólo reclama la amenaza de un daño. Vale decir que únicamente exige la presencia de una situación fáctica actual idónea para producir un daño futuro, haciendo nacer así en el potencial afectado un interés de obrar suficiente para estar en condiciones de promover una acción preventiva y conseguir una sentencia de mérito sobre el particular; *b)* como se ha visto, no se requiere la materialización de un daño para que pueda promoverse y prosperar una acción preventiva. Sí, en cambio, se exige la presencia de un acto ilícito perpetrado por el demandado, aunque quizás más correcto sería hablar de acto antijurídico.[120]

---

en graves perjuicios ya que socavará las bases institucionales donde se asienta el Estado de Derecho. Una orden emanada del Poder Judicial tendiente a evaluar, alterar o suprimir determinadas políticas (entendidas como un conjunto de decisiones administrativas) en determinada materia, de alcance general, viola la división de poderes puesto que dicha decisión es de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo, en su aplicación, y del Poder Legislativo, en su regulación.

[119] La *"tutela inhibitoria"* es una muestra del accionar preventivo, que también se representa en la *"denuncia o acción de daño temido"* (art. 2499, 2° párr.. Código Civil argentino y art. 623 *bis* Código Procesal Civil y Comercial de la nación argentina); en la *"acción de cesación de molestias"* (art. 2618, Código Civil); en las *medidas cautelares innovativas* (art. 230 Código Procesal citado); también con el amparo como lo vimos en puntos precedentes. La acción de daño temido con génesis en la *"cautio damni infecti"* del Derecho Romano, se encuentra receptada por el Código Civil en su art. 2499, mencionado y en el art. 623 *bis* del orden federal, con carácter de información sumaria que participa de los caracteres del proceso sumarísimo y del cautelar, exigiéndose al efecto que se esté frente a un daño grave e inminente con riesgo evidente y que como tal se torne urgente removerlo. La acción de cesación de molestias (emanaciones, humo, olor, ruidos vibraciones) contemplada por el art. 2618 mencionado es otra de las posibilidades que la ley civil acuerda al efecto, en la que se deberá contemporizar no solo la prioridad de uso sino también las exigencias de la producción y el uso regular del derecho de propiedad. La solución también se nos presenta en el remedio cautelar previsto en el art. 230 del CPCC, con sus límites y alcances, y, existiendo peligro en la demora debidamente justificado, frente al temor fundado de que se produzca un daño que se presente como verosímil, que de modo actual, inminente e irreparable pudiera afectar intereses en los que la preservación del medio-ambiente estuviera comprometida, se autoriza al juez para que como medida excepcional y previa contracautela adopte las cautelares oportunas. Finalmente el abanico de la tutela inhibitoria se completa con la acción de amparo, y, es entonces cuando para el supuesto que no existiere otro remedio adecuado viable o no hubiere otra via judicial reglada más idónea que asegure una efectiva tutela del derecho a protección al medio-ambiente, quedara siempre al damnificado la posibilidad de interponer en tutela de su derecho la acción expedita de amparo autorizada por el art. 43 de la CN y leyes procesales locales (*cfr*. Conclusiones del Congreso Internacional de Derecho Civil, Comisión n° 7, en particular, ponencia titulada "*De los daños al Medio Ambiente: Su tutela preventiva e inhibitoria*", por Rosana Pérez).

[120] PEYRANO, *La acción preventiva,* cit., p. 56.

En nuestra opinión, la tutela preventiva reclama mayores exigencias procesales que resguarden el equilibrio o facilite el control sobre el principio de proporcionalidad. En la dimensión de los "nuevos derechos", como los que se vinculan con el derecho a la salud, al desarrollo, a la inclusión social; o los más difundidos como la protección del usuario y consumidor, o los derechos ambientales, se torna expreso y manifiesta la necesidad de actuar mandatos de urgencia destinados a impedir o cesar comportamientos lesivos.

No es propiamente una tutela inhibitoria sino la expresión de una función jurisdiccional de tipo preventivo (por lo autónomo) no cautelar (porque es independiente del proceso principal). Brasil la denomina "tutela específica" (art. 461 del código procesal federal) y se dirige a proteger un derecho de contenido material sin convertir la reparación en un equivalente al daño infringido, sino que, antes bien, inhibe la práctica del acto contrario o del daño, o determina un resarcimiento *in natura* o el cumplimiento de la prestación en forma específica, o tal y como fue contratada.[121]

En cuanto al formato procedimental, se coincide en que debe elegirse un procedimiento breve y expeditivo, proponiéndose, de ordinario al juicio sumarísimo para que asuma dicho rol.[122] Creemos con Peyrano que mientras no se regule legalmente el asunto, el juicio sumarísimo podría proporcionar una solución. Empero, participamos con él del criterio de que lo ideal pasa por construir un procedimiento autónomo con algún ingrediente propio del monitorio, para así dar debida respuesta a la necesidad de que las acciones preventivas se ventilen de manera expeditiva

18. La tutela anticipatoria

18.1. En esta modalidad lo que se anticipa es el resultado de fondo, sea total o parcialmente. Por eso, la coincidencia se puede encontrar en el objeto de la pretensión o en los efectos de la cosa juzgada. En la legislación comparada, el código de proceso civil de Brasil establece que:

> El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I. Exista fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación, II. Esté caracterizado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito retardatorio (malicioso) del demandado.

Por su parte, el ordenamiento procesal del Perú, en su artículo 618 dispone:

> Medida Anticipada: además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.

Se transcriben ambos códigos para confrontar las tendencias recién dichas. Cuando se quiere anticipar la pretensión, la provisionalidad es la característica y la posibilidad

---

[121] MARINONI, Luiz Guilherme, "El derecho fundamental de acción en la Constitución brasileña", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 27 de abril de 2008.

[122] PEYRANO, *La acción preventiva,* cit., p. 59.

de reversión, la contracara o reserva del derecho. El adelanto es sobre la petición (*v. gr.:* pretensión indemnizatoria que se solventa parcialmente con la sentencia anticipatoria) y los presupuestos se corresponden con los de las medidas cautelares, es decir, verosimilitud del derecho, peligro en la demora, y posibilidad de afianzamiento.[123]

18.2. En cambio, cuando el anticipo trabaja sobre los efectos de la sentencia, cabe hacer una diferencia según el pronunciamiento sea *provisional* (*v. gr.:* alimentos provisorios urgentes; sentencia ejecutiva), y como tal revisable y pendiente del proceso principal que lo subordina; respecto de las *sentencias anticipatorias,* propiamente dichas, que asignan un tipo de cosa juzgada diferente a la formal y material, y que podría ser instalada en un grupo nuevo, como *cosa juzgada anticipatoria.* En estas la *res judicata* opera cuál los efectos de la preclusión, de modo tal que la consolidación del estado jurídico (sobre bienes, cosas o personas) si no puede ser revertido ante una sentencia desfavorable, sólo cambiará con un crédito emergente del pronunciamiento.

La duplicidad muestra que no son dos caras de una identidad, sino fisonomías diferentes con particularidades también distintas. La tutela anticipada forma parte del elenco de las "tutelas de urgencia", y le permite al juez satisfacer la pretensión antes de llegar a la sentencia final. Para hacerlo la certeza es ineludible, la urgencia debe ser manifiesta, y la posibilidad de revertir el anticipo un elemento esencial para el test de admisión.

> Falcón, por su parte, separa la tutela anticipada de "carácter cautelar", de la que tiene "carácter sustancial". En las primeras, la diferencia con las medidas cautelares típicas aparece porqué éstas no miran el logro inmediato de la pretensión, sino la obtención de una protección actual e inmediata de la pretensión que impida que la sentencia se haga de cumplimiento imposible; mientras que en las segundas, hay un sistema donde existe el peligro en la demora y una fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante, que favorecen para alcanzar una decisión.[124] Sin embargo, agrega […] "la real diferencia entre las medidas cautelares y los sistemas cautelares de anticipación de la tutela se encuentra en el efecto de la medida sobre la pretensión y ello se da con independencia de que la cautela coincida con la pretensión".[125] Respecto a la tutela anticipada sustancial la define como "[…] aquella en que la ley establece reglas o permite lograr la pretensión de manera rápida, sin necesidad de articular un proceso de conocimiento o de completarlo".[126]

---

[123] Para Berizonce, medida anticipatoria es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable. Son cuatro los presupuestos de procedencia: 1) prestación de contracautela; 2) que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles; 3) prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente, recaudo que revela que es menester una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea la jurídicamente correcta; 4) la concurrencia de una suerte de plus del requirente por sobre "el peligro en la demora" corriente en las medidas cautelares (BERIZONCE, Roberto O., *Tutela anticipada y definitoria* , J.A. 1996- IV, 741).

[124] FALCÓN, Enrique M., *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, p. 809.

[125] FALCÓN, *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., p. 810.

[126] FALCÓN, *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., p. 823.

La doctrina no está muy de acuerdo con que sean medidas distintas, pues le encuentran caracteres comunes como: *a)* La finalidad de asegurar la idoneidad del proceso, y dar una respuesta provisional de satisfacción; *b)* ninguna produce efecto de cosa juzgada material ya que son dictadas mediante una cognición necesariamente sumaria; *c)* no causan instancia ya que exigen la reversión en caso de un pronunciamiento contrario a la verosimilitud encontrada "*ab initio*", y *d)* ambas son de ejecución inmediata.[127]

Contradicción dogmática que Rivas responde con varias y fundadas diferencias:

> [...] *a)* Las medidas cautelares sirven para asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse. Nunca pueden significar la satisfacción de la pretensión. Las anticipatorias preservan directamente el derecho y producen la satisfacción total o parcial de la pretensión antes del pronunciamiento definitivo; *b)* Las medidas cautelares proceden ante el peligro (peligro en la demora) de frustración de los efectos del fallo, en situaciones o conductas demostrativas de su existencia o que permitan presumir tal riesgo. Es decir que el riesgo es resultante de factores externos al derecho y su naturaleza. En las anticipatorias el riesgo o peligro proviene de la sola indisponibilidad del derecho; *c)* Como las cautelares no son satisfactivas de la pretensión resultan ajenas al problema de la irreversibilidad de la prestación correspondiente, extremo que debe ponderarse necesariamente en las anticipatorias; *d)* Al estar apuntadas a preservar el fallo, las cautelares son instrumentales respecto de la pretensión principal, las anticipatorias hacen a la misma pretensión principal, constituyen una modalidad de satisfacción escalonada de aquélla, conformando en este sentido, el primer peldaño —declaración de procedencia provisional— al que deberá seguir el de condición definitiva coincidente o divergente de la anterior; *e)* Las medidas cautelares, si bien aparecen normalmente previstas a favor del demandante, pueden también ser requeridas por la parte demandada; las medidas anticipatorias, desde que satisfacen la pretensión, solamente pueden jugar en beneficio del primero. No pueden operar a impulso de la defensa o la contradicción pues importarían imposibilitar liminarmente el triunfo de la pretensión; *f)* Las medidas cautelares se basan en la existencia de verosimilitud del derecho; las soluciones anticipatorias se dan ante un grado sumo de verosimilitud, con la consecuente intensidad de convicción, prácticamente ante la cuasi certeza del derecho y el merito de la pretensión de fondo; *g)* Las medidas cautelares están sujetas al *rebus sic stantibus* ya que perduran en tanto ocurra lo propio con las circunstancias que justificaron su dictado. Las medidas anticipatorias, como principio general, están previstas para tener permanencia hasta la sentencia definitiva, es decir que aquéllas tienen "vocación" de transitoriedad, en tanto que éstas, por el contrario, la tienen de perdurabilidad; *h)* [...] Las cautelares no admiten que por esa vía se llegue a establecer la certeza del derecho sustancial invocado, consecuencia ineludible de las anticipatorias; *i)* En las medidas cautelares, la contracautela apunta a cubrir los daños causados a ellas. En las anticipatorias, sin perjuicio de esa finalidad, está prevista con un objetivo restitutorio de lo percibido u obtenido; *j)* Las medidas cautelares admiten ser sustituidas por otras (mutabilidad); esa característica no puede darse en las anticipatorias pues aplicarlo importaría cambiar el objeto mismo de la pretensión.[128]

---

[127] BOMFIM MARINS, Víctor A., *Anticipaçao da tutela e tutela cautelar*, Jurua, Curitiba, 2001, p. 563.

[128] RIVAS, ob. cit., pp. 31/32.

18.3. El debate sobre su configuración es ríspido por las acusaciones de autoritarismo judicial, o de prejuzgamiento inconstitucional. Sin embargo, no se puede ser tan extremo sin advertir que nuestra legislación procesal, tiene un nutrido conjunto de posibilidades reales de anticipar la tutela sin sacrificar garantías ni principios del proceso.

Es cierto que una cosa es asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia y otra, diferente sin duda, resulta anticipar la decisión en forma total o parcial, lo que en alguna jurisprudencia se lee como "despacho interino de fondo". Este grupo está dentro del género de las tutelas especiales, o de urgencia, y acomete como sentencia anticipatoria, que resulta definida como:

> [...] la que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas, otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objetivo mediato de la pretensión contenida en la demanda y que, según la naturaleza del interés, el carácter del peligro que lo amenaza, o las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable, o de difícil reparación, atento el grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el juez en forma sumaria en base a la prueba aportada, y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptuarla más idónea para obviar las consecuencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito.[129]

En funcionamiento, la tutela anticipatoria exige más que la verosimilitud en el derecho. La proximidad con la certeza es el estado ideal, al punto que no se podría adelantar el resultado con la mera posibilidad que surge del presupuesto cautelar, pero sería factible cuando la sumatoria de probabilidades aumenta la certidumbre. Lo manifiesto por su evidencia palpable y clara es el punto de partida que posibilita plantear la pretensión.

Luego debe ser analizado el riesgo que importa no resolver de inmediato, por el peligro de tornar inútil la decisión de fondo o de ver frustrado el derecho. La irreparabilidad del perjuicio en los tiempos normales del litigio es la pauta, pero no el fundamento. El peligro en la demora es cautelar, mientras que la urgencia fundada es propio de la tutela anticipatoria. No puede trabajar aislada de la certeza absoluta, pues allí donde exista un álea o eventualidad de tener soluciones distintas, anula la procedencia.[130]

La bilateralidad con el derecho a la contradicción permanente genera otra diferencia con lo cautelar puro, pues no se elimina en la especie.

---

[129] CARBONE, Carlos, *Los despachos interinos de fondo,* en "Sentencias anticipadas", AAVV (obra dirigida por PEYRANO, Jorge W.), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2000, p. 89. MARINONI, Luiz Guilherme, *La tutela anticipatoria en la reforma del proceso civil brasileño,* Jurisprudencia Santafesina, n° 25, p. 17.

[130] La doctrina coincide en señalar que la inmediatez del daño y la irreparabilidad del perjuicio deben demostrarse sumariamente, o bien surgir de los hechos narrados, o ser éstos de conocimiento público (*cfr*. FALCÓN, *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., p. 863).

La anticipación de la sentencia es coincidencia con la pretensión material, no con las prevenciones de naturaleza cautelar que se pueden conseguir, por ejemplo, con las acciones preventivas. Un buen ejemplo de ello surge con el juicio de escrituración, donde el embargo (medida cautelar) obstruye la disposición del bien objeto del juicio principal, pero donde el embargante no puede usar la cosa hasta que tenga sentencia definitiva; mientras que un despacho favorable de carácter anticipatorio, le daría la disposición inmediata.

Finalmente, la irreversibilidad es una traba para que se autorice el adelanto que beneficia al que pretende (el actor, desde que se trata de resolver anticipadamente la pretensión, no la resistencia), porque es de la esencia de este mecanismo, la provisionalidad; vale decir, la solución instantánea pero no definitiva, en cuyo caso, de tornar de imposible devolución las cosas al estado anterior, vuelve en un crédito emergente de la sentencia (título ejecutorio), que no significa accionar de regreso.

19. La tutela de satisfacción inmediata

19.1. El principio de bilateralidad supone que cuando alguien pide ante los jueces, se escucha a la otra parte para que, confrontando razones de la afirmación y de las negaciones, se pueda tomar una decisión justa; a veces, cuando es manifiesto el derecho del que peticiona y promedia un peligro claro de tornar ilusorio el cumplimiento de la sentencia, esa posibilidad de oír al contrario se posterga; primero se resuelve y después se da posibilidad de réplica u oposición. Pero en las llamadas "medidas autosatisfactivas", que nosotros preferimos llamar de satisfacción inmediata, el problema está en que trabaja sobre un modelo inédito: se pide y de inmediato se resuelve; no hay tiempos para la bilateralidad; no hay espacios para la provisionalidad.

Pero ¿son ciertas estas observaciones?

Peyrano, de algún modo el padre de la institución en Argentina, explica que las medidas autosatisfactivas son "[…] un requerimiento *urgente* formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota —de ahí lo de autosatisfactiva— con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento".[131] Coincide De los Santos en la definición diciendo que son "[…] soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, que importan una satisfacción definitiva de lo requerido, despachables *inaudita parte* o, según el caso, previa audiencia y sólo procedentes si media un interés tutelable cierto y manifiesto (o fuerte probabilidad de que la pretensión formulada resulta atendible) y la tutela inmediata es imprescindible".[132]

---

[131] PEYRANO, *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución*, en "Medidas autosatisfactivas", AAVV (obra dirigida por PEYRANO, Jorge W.), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2001, p. 16. *Idem.*, en *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas,* en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., p. 27.

[132] DE LOS SANTOS, Mabel A., "Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)", en *Revista de Derecho Procesal*, nº. 1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires

Pico i Junoy sostiene que

> [...] se trata de medidas que se adoptan en un procedimiento que podríamos calificar de sumarísimo, en el que sólo se pretende la protección expedita y rápida del actor debido a la situación de urgencia que requiere su tutela, y nada más.[133] El carácter sumarísimo se deduce de la posibilidad de adoptarse la medida autosatisfactiva sin audiencia del demandado. Su derecho a la defensa se posterga a la formulación del recurso de apelación contra la sentencia en la que se adopte la medida[134] o al proceso declarativo posterior[135] (la elección de una vía defensiva excluye la otra). Así, como destaca Marinoni, la

---

/ Sana Fe, 1998, p 55.; *idem.*, *Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas*, en "J.A.", 1997-IV, p. 801.

[133] Calderón Cuadrado, advierte del riesgo de la sumarización de la tutela cautelar, cuando afirma: "Sin embargo, una y otra [la medida cautelar conservativa y la anticipatoria], sin distinción, si no están en función de una sentencia del proceso principal, si no se ha establecido ese nexo de unión entre ambos, sino que se solicitan con la intención de convertirse en definitivas, se corre el riesgo de modificar su naturaleza y convertirlas de medidas cautelares en procesos sumarios" (*Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Cívitas, Madrid, 1992, p. 80).

[134] El despacho de la medida tiene lugar, en opinión de algunos autores, mediante sentencia (cfr. Gardella, *Medidas autosatisfactivas: principios constitucionales aplicables. Trámite. Recursos*, en "J.A.", 9 de diciembre de 1998, nº. 6119, p. 18; o Riol, *La cosa juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., p. 360), y esta sentencia podrá desplegar, en última instancia, eficacia de cosa juzgada material (cfr. Riol, *La cosa juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas*, ob. cit., pp. 360-361; y García Sola, *Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad de su procedencia. Aproximaciones para su categorización. Particularidades de su trámite*, en "Medidas autosatisfactivas, ob. cit., p. 287).

[135] En este caso, como es obvio, la primera sentencia deberá carecer de eficacia de cosa juzgada material: si es posible un posterior proceso declarativo para que el demandado inicial pueda discutir con todas las garantías (de alegación y prueba) los hechos que originaron la primera sentencia y éste opta por interponer una demanda para iniciar dicho proceso, se deberá concluir en la falta de cosa juzgada material. Sin embargo, algún autor entiende erróneamente que la sentencia sí tiene eficacia de cosa juzgada si los hechos discutidos han desaparecido debido a la medida autosatisfactiva. Así, García Sola mantiene que "si la resolución hace lugar a la medida y cumplida ésta autoconsume toda la materia litigiosa, es evidente que en los hechos (la sentencia) tiene carácter definitivo y hace cosa juzgada material" (*Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad ...,* ob. cit., p. 287); y Riol afirma que "en los supuestos en que haya desaparecido el sustento fáctico que dió lugar a la medida, la resolución de la autosatisfactiva causará estado de cosa juzgada material. Si, por ejemplo, se ha logrado a través de una autosatisfactiva el cese de las vibraciones del inmueble vecino que causaban molestias al peticionante, ya no será posible volver atrás y modificar esa situación que benefició a aquél y, probablemente, impidió algún tipo de actividad al causante de las vibraciones. Sin embargo, el destinatario de la medida, si bien no podría atacarla por un recurso que sería inconducente e improcedente, sí podría iniciar un posterior juicio de daños y perjuicios para obtener el resarcimiento si existió un menoscabo en el ejercicio de algún derecho tutelado por el ordenamiento jurídico. Pero esa pretensión no reabriría el debate judicial sobre la misma cuestión de hechos y derecho, ya resuelta en la autosatisfactiva, sino que se dirigiría a resarcir" (ob. cit., pp. 361-362). A mi entender, dice Joan Pico, ambos autores incurren en el error de confundir cosa juzgada con ejecución. En todos los casos, es posible iniciar un segundo proceso debido a la falta de cosa juzgada de la primera sentencia: si los hechos discutidos en el primer proceso son reversibles, podrán volverse a discutir y condenar al inicial beneficiado por la medida autosatisfactivas a restablecer la situación fáctica a la misma situación que estaba antes del primer proceso (así, en el ejemplo que propone Riol, la medida autosatisfactiva contenida en la sentencia ordenando el cese de la vibraciones del inmueble vecino provocará, como es obvio, la desaparición del "sustento fáctico que dio lugar a la medida", esto es, las vibra-

clásica tutela cautelar se transforma en técnica de sumarización para con ello lograr superar la ineficacia del procedimiento ordinario y obtener una sentencia rápida y capaz de hacer efectivo el derecho material reclamado.[136 y 137]

19.2. La doctrina latinoamericana ha trabajado muchísimo la materia, como también se ocupa la jurisprudencia de llevarla a cabo y señalar presupuestos y condiciones que legislativamente aparece en pocos ordenamientos.[138] En este sentido se exponen como requisitos: *a)* Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal; *b)* que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines; *c)* Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas de satisfacción rápida que despacharen, y disponer, a solicitud de parte, prórroga de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar; *d)* Los jueces deberán

---

ciones. Pero ello no impide que tales vibraciones puedan volver a producirse —imaginemos que surgían de una maquinaria cuyo funcionamiento se ha paralizado— si, en el segundo proceso, se acredita que la inicial parte actora tenía, por cualquier motivo, el deber de soportarlas, pero ello no pudo acreditarse en el primer proceso debido a la falta de audiencia del demandado o bien su limitación. Precisamente, lo que en un segundo proceso debe poder discutirse, en toda su plenitud, es si el demandado tenía derecho a realizar las citadas vibraciones, o si éstas eran de escasa intensidad, etc. Los hechos justificadores de la medida evidentemente habrán podido desaparecer debido a la ejecución de la misma, pero el carácter reversible de tales hechos permite que puedan volverse a discutir y solicitar). De igual modo, si los hechos discutidos en el primer proceso son ya irreversibles (imaginemos, por ejemplo, a un enfermo oncológico que logra como medida autosatisfactiva la rápida realización de un tratamiento radioterápico en un centro sanitario), también podrán discutirse en un segundo proceso si bien, debido al carácter irreversible de los hechos que justificaron la adopción de la medida, ya no podrá solicitarse la restitución de los hechos al estado anterior a la práctica de la medida, pues ello será imposible, sino su correspondiente conversión económica (indemnización de daños y perjuicios). En estos casos, ciertamente, no será posible volver atrás y modificar la inicial situación que benefició al solicitante de la medida, pero ello no será debido —como indican García Sola y Riol— a la cosa juzgada material de la primera sentencia sino, simplemente, a la imposibilidad de ejecutar lo contrario de lo ordenado en la primera sentencia, por lo que en el segundo juicio, aún discutiéndose los mismos hechos, deberá ejercitarse una acción de resarcimiento económico por los daños y perjuicios que la medida haya podido causar. La ausencia de cosa juzgada de la sentencia plantea muchos interrogantes, tales como el carácter jurisdiccional de la decisión judicial, o la imposibilidad de conocer el mismo juez que haya decretado la medida autosatisfactiva el posterior proceso declarativo que pueda iniciarse (sobre la debida protección de la imparcialidad de este juez (*cfr*. PICO I JUNOY, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 97-98 [nota 267 y 115]).

[136] MARINONI, Luiz Guilherme, *Novas linhas do Processo Civil*, Malheiros, São Paulo, 1996 (2ª ed.), p. 75. De igual modo, *vid*. BEDAQUE, José Roberto, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, Malheiros, São Paulo, 1998, pp. 24-26.

[137] PICO I JUNOY, *De las medidas cautelares, a las medidas autosatisfactivas ¿un avance del derecho procesal?,* ob. cit., p. 2.

[138] Sin contar la medida cautelar genérica que podría ser el precedente, lo cierto es que tienen medidas de satisfacción inmediata el Código Procesal Civil y Comercial del Chaco (Argentina) (art. 232 *bis*, agregado por la ley 4559); y la provincia de La Pampa (Argentina) que lo regula como tutela anticipada en el art.231.

despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada, o excepcionalmente según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído; *e)* El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un proceso declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada; elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida auosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare *prima facie* la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación; previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente".[139]

Ramos Romeu encuentra que es una medida que:

> [...] comparte similitudes con la tutela sumaria —en tanto y en cuanto requiere un control estricto e intenso del juez de la pretensión y no requiere la interposición de una demanda posterior—, y con la tutela cautelar —en cuanto a la urgencia y el riesgo de un perjuicio irreparable—, aunque las similitudes son menos fuertes respecto de la segunda, que respecto de la primera —porque ni la urgencia ni el perjuicio irreparable son requisitos necesarios de la tutela cautelar—. Por este motivo, es mucho más parecido a un proceso sumario, en que la vuelta de tuerca está en la posibilidad de tutelar cualquier tipo de pretensión y sin que se limiten los elementos de cognición.[140]

19.3. Para comprender cabalmente el modelo, primero es necesario responder a su objetivo. Las medidas de satisfacción inmediata son providencias que anticipan un resultado coincidente con la pretensión principal, tornando innecesario continuar con el trámite del proceso, al quedar cumplido su objeto con la decisión adoptada.

La presentación de ellas supone trabajar con los requisitos de la tutela de urgencia y particularmente de la tutela anticipatoria. Vale decir, certidumbre absoluta sobre la fehaciencia del derecho que se invoca; evidencia notoria y sin necesidad de prueba corroborante, más la necesidad imperiosa de solucionar cuanto más rápido se pueda para evitar un perjuicio irreversible. Con estos requisitos se plantea la pretensión urgente que, como tal, no es una medida cautelar, porque no persigue la satisfacción provisional sino la obtención de un resultado pleno.

La certidumbre inicial que se exhorta ante los jueces para que sean éstos quienes decidan, da lugar a la cuestión siguiente: ¿Es suficiente para obrar la función jurisdiccional de conocimiento y ejecución, acordando efectos de cosa juzgada, a una pretensión que no tiene posibilidades de resistencia, más allá del control de razonabilidad y prudencia que el tribunal ejerza? Probablemente sea muy riesgoso afirmarlo, pero si se intercala entre el pedido y la decisión una etapa de bilateralidad, se resuelve —en nuestro parecer— la inconstitucionalidad manifiesta que surge de ser negada.

---

[139] Corresponde a las exigencias del art. 232 *bis* del Código procesal civil y comercial de la provincia del Chaco

[140] RAMOS ROMEU, ob. cit., p. 54.

19.4. Inmediatamente aparece otro motivo de esclarecimiento: ¿Se trata de oír, nada más? ¿Se puede ofrecer prueba en contrario? ¿La petición de medidas de satisfacción inmediata requiere prueba que acredite el derecho más que verosímil?

La bilateralidad que vemos necesaria es para confrontar argumentos y razones, no desarrollos probatorios que parecen innecesarios cuando el conflicto versa entre certezas (es decir, con evidencias suficientes). A lo sumo la prueba es documental o anticipada, logrando de ella la certidumbre que se pide para actuar de inmediato (*v. gr.:* si se realizó como prueba *ante tempus* una experticia que pretende demostrar los efectos nocivos de la contaminación que produce un desecho industrial, y practicada dictamina la verdad de la hipótesis, la demanda de satisfacción inmediata puede plantear cuál si fuera una tutela inhibitoria, el cese de las emanaciones; cuya satisfacción coincide con la eventual pretensión principal si fuese propuesta como demanda central de la prueba antes producida).

Por eso, la medida de ejecución plena e inmediata no tiene autonomía porque, en realidad, lo que se agota con la decisión y el cumplimiento, es el objeto de la pretensión, no así el procedimiento que sigue pendiente de las actuaciones procesales que el afectado podrá deducir (recursos, incidente de nulidad, proceso con discernimiento más amplio).

El trámite exige una sentencia que cierre el circuito para que sea un proceso (todo proceso es bilateral y contradictorio), en cuyo caso, es preciso advertir que la bilateralidad (la existencia de otra parte) existe, aunque los tiempos no sean iguales a los que suscita un juicio de conocimiento (no urgente), y que la medida de satisfacción inmediata no es la sentencia, sino una providencia de tipo cautelar (urgente) que deviene en resolución definitiva con la sentencia de mérito que la fundamenta, o en su caso, homologa lo actuado ante la urgencia.[141]

19.5. Pensar en las medidas de satisfacción inmediata como procedimientos autónomos, o como innovación en las funciones jurisdiccionales que carecen del modelo típico del método judicial de debate, tiene para nosotros dos inconvenientes de naturaleza constitucional: *a)* De aceptarse que es un despacho singular que torna innecesaria la promoción de un proceso porque ya se consiguió el objeto que en éste se debiera plantear, supone generar una providencia de naturaleza administrativa

---

[141] Para FALCÓN: "[…] La medida autosatisfactiva es una tutela cautelar anticipada que no se agota con su despacho favorable, ya que la autosatisfactiva es la consecuencia de que la contraria admita que ese despacho favorable interino se transforme en definitivo. De lo contrario quedaría flotando en la nada, si bien en los hechos se hubiese satisfecho el interés del requirente. Si no se sigue el proceso de conocimiento, ya sea planteándolo el requirente o mediante una intimación al requerido para que apele a medida (ya que en principio la medida autosatisfactiva no caduca, ni se extingue, debido a la anticipación tutelar), ejerza los derechos que le correspondan bajo apercibimiento, podría solicitarse durante todo el tiempo de la prescripción, el reclamo por pago de lo que no se debe, o devolución de la pretensión otorgada. Debido también al hecho de que la medida se toma *inaudita pars*, el perjudicado por la medida tiene derecho, también durante todo el tiempo de la prescripción, a reclamar su derecho, si no es cerrado el proceso debidamente con el debate dialéctico correspondiente" (*Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., p. 887).

(no jurisdiccional, porque resuelve una demanda que no quiere ser pretensión, porque ésta exige sustanciación) que, al afectar el derecho de terceros a quienes no se escucha, es inconstitucional; *b)* si acordamos que hay sustanciación por mínima que sea, hay garantías, principios y reglas que se deben cumplir para que haya proceso; y para ser tal culmina, únicamente, con la sentencia fundada que la Norma Fundamental instala entre las garantías del debido proceso. Si es una providencia, o un despacho, no será la sentencia debidamente fundamentada que piden las normas básicas mencionadas.

20. El juez ordinario y el juez constitucional

20.1. Atender el derecho procesal constitucional como una tutela diferenciada es útil pero continúa mirando la ciencia desde ambas disciplinas sin ocuparse de una u otra en particular. En realidad describe los poderes de la jurisdicción, llevándonos así a tener que elaborar los motivos que permiten comparar la actividad del juez ordinario con la del juez constitucional.

Es cierto que el fenómeno es más importante en los mecanismos de jurisdicción concentrada, que aíslan el conflicto hacia la magistratura especial evitando que el juez común actúe allí donde, probablemente, no tenga competencia. Ello no sucede en la jurisdicción difusa que suele trabajar sobre la división del trabajo (clasificación de la competencia) sin que exista un juez constitucional privativo, porque el poder de interpretación está distribuido en todo el Poder Judicial.

> No obstante, autores como Pérez Tremps, sostienen que esta afirmación es relativa. Él dice que, si históricamente a veces querían presentarse los modelos de justicia constitucional concentrado y difuso como modelos que suponían, en el primer caso, el monopolio de aplicación de la constitución por el tribunal constitucional, y en el segundo una equiparación funcional de todos los jueces y tribunales en dicha tarea, esa diferencia, suponiendo que alguna vez haya realmente sido así, hoy ya es inexistente. En efecto, también en aquellos sistemas de justicia constitucional en los que existe un órgano *ad hoc* de justicia constitucional, éste actúa como cierre del sistema o, como mucho, como titular en exclusiva de alguna competencia. Pero la idea de que la constitución debe aplicarse en todo tipo de relaciones jurídicas y, por tanto, en todo tipo de juicio, es una idea que se ha ido haciendo realidad y que convierte, al menos potencialmente, a cualquier órgano jurisdiccional en juez constitucional. Y no puede ser de otra manera en la medida en que, como se ha visto, ha ido tomando cuerpo una concepción normativa de la constitución, que no sólo limita al legislador, sino que actúa como cabeza misma del ordenamiento; éste es un sistema de normas que encuentra su cúspide y las reglas formales y materiales que lo estructuran en la constitución; ésta es tanto norma *normarum*, como *lex legis*.
>
> Y en este punto es, muy probablemente, donde el constitucionalismo latinoamericano alcanza su originalidad mayor puesto que son mayoría los ordenamientos en los que, como el salvadoreño, convive el control concentrado de constitucionalidad de las leyes, de efectos generales, con el control difuso que puede ejercitar cualquier juez o tribunal para el caso concreto… […] …se trata de una característica muy singular del constitucionalismo latinoamericano y, por otro lado, que más allá de cuestiones técnicas viene a ser

una manifestación de esa cultura de la Constitución como norma jurídica que se proyecta sobre todo tipo de relaciones jurídicas.

E incluso más, existen sistemas normativos que resuelven el problema bajo la consigna de permitir que todos realicen la tarea de fiscalizar la supremacía, originando modelos duales o paralelos, como los denomina García Belaunde.[142]

20.2. El nexo que se traba necesariamente en la actividad judicial se produce con la aplicación de la Constitución y de las leyes y tratados que se refieren a derechos humanos, donde no puede haber exclusividad para la interpretación, desde que no hay un custodio personal de la Norma Fundamental.

Con ello queremos observar que éste es un problema de articulación entre el juez ordinario y el constitucional, e inclusive, una simpleza de contenido técnico que debe conducir a aplicar reglas de interpretación diferentes a las técnicas procesales comunes (*v. gr.:* carga de la prueba, extensión de la cosa juzgada).

Aragón Reyes dice que, uno de los rasgos más significativos de este sistema será el del doble sometimiento de los jueces: a la Constitución, que han de cumplir y, por lo mismo, no pueden ignorar o inaplicar, y a la ley, a la que están sometidos y de la que no pueden disponer, lo que significa que no pueden inaplicarla por razón de invalidez. La solución de esta aparente contradicción estará en la cuestión de inconstitucionalidad, que permite a los jueces, no pudiendo disponer de la ley, no estén obligados tampoco a aplicarla cuando la consideren inconstitucional. Por medio de esta cuestión se hace posible la supremacía jurídica de la Constitución en todos los ámbitos del ordenamiento sin que se rompa el principio de la sumisión de los jueces a la ley; esto es, se hace posible que los jueces estén sometidos, al mismo tiempo, a la Constitución y a la ley.[143]

En efecto, la forma como se relacionan los jueces, en cualquier sistema y organización, es variada y polifacética; por eso, cuando en un lugar dado existe un tribunal constitucional, es preciso darle una fisonomía a sus poderes con el fin de evitar conflictos con sus pares de competencia general.

La finalidad de todos es la misma: preservar que la Constitución se aplique y haga efectiva. En algunos casos, con el simple poder de decir si la norma es o no ajustada al principio de supremacía, y en otros, con mayor alcance, procurar que la protección sea sobre todos los derechos fundamentales.

En todo caso, dice Pérez Tremps, esa variedad de soluciones técnicas tiende, también, a poner de manifiesto la necesidad de que el sistema venga presidido por una finalidad intrínseca al estado de derecho: garantizar la unidad interpretativa de la constitución ya que siendo ésta una, y siendo el ordenamiento uno, no cabe que existan mecanismos dispares de interpretación constitucional independientes. Allá donde no hay órganos de

---

[142] García Belaunde, Domingo, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, en Revista La Ley, 1998-F, 1175 y ss.

[143] Aragón Reyes, Manuel, "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", en la obra colectiva *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, compiladores Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez, UNAM-Porrúa, México, 2004, pp. 151 y ss.

justicia constitucional especializados, esa unidad interpretativa viene garantizada por la propia estructura del poder judicial y por la existencia, como es lógico, de un tribunal o corte suprema. Sin embargo, allá donde sí existe un tribunal constitucional especializado, el riesgo de dualidad interpretativa existe. Y la solución procesal que se dé para evitarlo, por razones lógicas, debe partir de la supremacía funcional del órgano de justicia constitucional. Dicho de otra forma, si se ha creado un órgano especializado de justicia constitucional es precisamente porque se supone que a él le corresponderá fijar la última palabra en materia de interpretación constitucional.[144]

20.3. Sin embargo, cuando se propicia que "todos los jueces" apliquen la Constitución y desarrollen progresivamente una tutela eficaz y continua para los derechos humanos, no importa afirmar con ello que también sean "todos los jueces" quienes digan el sentido y orientación que tiene una norma.

Vale decir, cuando aparece el conflicto de constitucionalidad, y hay órganos especiales para actuar en ellos con el fin de definir el problema, va de suyo que mantener la competencia del juez ordinario es contradictorio y hasta peligroso.

Contradictorio, porque si el Estado crea un organismo para resolver las cuestiones constitucionales, éste debe tener la última palabra. Recortar ese poder, es anular el mecanismo. Y es peligroso porque cada juez tiene consideraciones y subjetividades que torna la apreciación en un juego de riesgo conforme la personalidad de cada individuo.

20.4. Un análisis profundo de ésta situación merece un espacio y atención especial. Por ejemplo, hoy los derechos valen más que la ley; no estamos abonando el campo de la legalidad sino de la jurisprudencia; tal como con fineza lo dice Aragón Reyes [...] "para interpretar y aplicar los derechos no sirve la *scientia iuris*, sino que se precisa la *iuris prudentia*, capaz de incorporar la realidad a la norma a través del caso y de utilizar la equidad para buscar la solución normativa a través del principio de proporcionalidad".[145]

Agrega el egregio profesor español, que es cierto que el derecho constitucional europeo tiende a ser un derecho por principios (y no por reglas) y que ello puede conducir a la consideración de los jueces como órganos más del derecho que del Estado. Es decir, no sólo desligados de la ley, sino de todas las instituciones políticas estatales. Ello significaría entender que Estado y derecho son entidades separables y que los jueces, más que al derecho emanado del Estado, se deben al elaborado (de manera conceptual) por la propia cultura jurídica.

Parece razonable sostener, en fin, que el actual sistema constitucional europeo fomenta una aproximación al modelo estadounidense de la función del juez, en el que como decía Hamilton en *El Federalista*, se concibe a los tribunales como un "cuerpo intermedio entre la sociedad y el Estado".

---

[144] PÉREZ TREMPS, *La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina*, cit., p. 85.

[145] ARAGÓN REYES, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, cit., p. 154.

Si tenemos por cierta esta presunta verdad, el juez constitucional (de cualquier sistema) comienza a tener una fuerza y poder que supera el límite de la división tripartita tradicional. Es más, los tribunales constitucionales podrían estar fuera del sistema y ser un órgano extra poder con una superioridad incontrastable.

Como lo afirma el propio Zagrebelsky: no hay nadie mejor que los jueces para que los derechos fundamentales se concreten, y hasta sería mejor que solo fueran ellos quienes los realizaran, toda vez que los políticos están deslegitimados y el que gobierna suele no tener mesura ni la prudencia necesaria.[146]

En fin, sin tomar partido por el poder que se visualiza, ni por la restricción que otros fomentan, es cierto que sea este un tema de pura actualidad.

Pérez Tremps, desde lo procesal, indica algunas técnicas a través de las cuales pueden buscarse el efecto unificador de la interpretación constitucional. Cabe destacar dos. Por una parte, que el ordenamiento otorgue efectos especiales (*erga omnes*) a las decisiones del tribunal constitucional. La segunda es la de articular, de una manera u otra, y con mayor o menor amplitud, la posibilidad de que el tribunal constitucional "revise" las decisiones de los jueces y tribunales ordinarios.

Sin menospreciar la utilidad de la primera, es la segunda técnica, la de la "revisión", la que mejor garantiza esa unidad interpretativa y la que mejor permite que los valores y principios constitucionales, y sobre todo los derechos fundamentales, impregnen la acción de todos los órganos judiciales. Como contrapartida, la posibilidad de revisión puede suscitar problemas técnicos y políticos, en especial, entre los órganos especializados de la justicia constitucional y los de la jurisdicción ordinaria. No obstante, una meditada articulación entre ambos puede ayudar a evitar esos problemas o a superarlos.

21. El rol político de los tribunales constitucionales

21.1. El siguiente aspecto que preocupa a la doctrina desde hace muchos años, está en desentrañar si los tribunales constitucionales actúan políticamente al establecer un criterio normativo fundamental.

Es evidente que cuando se instituyen órganos jurisdiccionales que fiscalizan la supremacía de la Carta Magna preexiste una decisión política que trasciende y cobra fuerza con los poderes que al juez constitucional le asignan.

Siendo así, sería contradictorio pensar en la creación de un sistema débil, sometido o subordinado a los demás, cuando el modelo que inspira la fundación radica, precisamente, en las potestades que se admiten inherentes.

21.2. Ahora bien, en el marco de esas posibilidades, la teoría del derecho se interroga si la discreción judicial (que en definitiva es la característica de toda interpretación) puede sustituir la voluntad legislativa; y en su caso, si ello no constituye un supuesto de legislación negativa, gobierno de los jueces, o acción política.

---

[146] Aragón Reyes, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad,* cit., p. 158.

> López Guerra propone este interrogante: con la actividad de los tribunales constitucionales ¿hay un secuestro de la potestad legislativa reservada al Parlamento, o incluso de la misma voluntad del constituyente?, respondiendo que, a diferencia de su actividad como legislador negativo, en estos casos el tribunal constitucional no deja opciones al legislador para que reforme libremente el *statu quo*.
>
> Pero cabe también preguntarse si el moderno Derecho Constitucional deja otra opción. La concepción de la Constitución como norma vinculante, y no meramente programática implica que el cumplimiento de sus mandatos no puede dejarse a la discreción del legislador. Y sin duda los mandatos de las modernas Constituciones suponen obligaciones de hacer, directa o indirectamente derivadas del texto constitucional. Y ello no sólo en el cada vez más amplio campo de los mandatos "sociales" sino en áreas como el *due process of law*, la tutela judicial, o la realización del principio de igualdad. La inactividad del legislador no puede, desde esta perspectiva, truncar la fuerza normativa de la Constitución. Por ello, la función del tribunal constitucional aparece quizás forzosamente, como una función de sustitución del legislador, cuando este no lleva a cabo tareas que se derivan obligatoriamente de los mandatos constitucionales.[147]

Es evidente que en un sistema de división de poderes, el poder judicial tiene funciones de equilibrio y control, tal como sin inconvenientes se ha dado con el paso del tiempo en todo el continente americano.

21.3. La discrecionalidad razonada ha permitido trabajar sobre el caso concreto, y sin extender los efectos de la sentencia más allá de quienes han sido justas partes, la declaración de inconstitucionalidad nunca ha sido tal, sino una simple inaplicación de la ley al supuesto analizado.

En esta perspectiva, la interpretación es una parte de la función judicial, y no sufre recortes según resulte la magistratura que la ejerce. Vale decir, es un poder conferido a todos los jueces que deben analizar si el Estado constitucional se preserva con las leyes que se aplican, o en caso contrario, si vulneran los derechos de las personas y debe, por lo tanto, evitarse.

En cambio, cuando para esa función se crean tribunales constitucionales, dentro del Poder Judicial o fuera del mismo, el dilema surge con la naturaleza jurídica de sus actos. Muchas veces la respuesta ha sido conferir un rol político a esas cortes

> En efecto, dice Pérez Tremps, la función jurisdiccional exige siempre fortaleza: un país con un buen sistema jurisdiccional es un país seguro jurídica y políticamente, con todo lo que ello significa. Por eso, construir un poder judicial, en general, y una jurisdicción constitucional, en concreto, con amplia legitimidad detrás, aunque pueda comportar para el resto de los poderes del estado un riesgo de decisiones puntuales no favorables, acaba resultando una "inversión" política en la estabilidad del sistema difícilmente mejorable.[148]
>
> También Aragón Reyes sostiene que, el poder de los jueces constitucionales, sin duda alguna, contribuye al deslizamiento prácticamente inevitable de la democracia constitu-

---

[147] LÓPEZ GUERRA, *Democracia y Tribunales Constitucionales*, cit., p. 123.

[148] PÉREZ TREMPS, *La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina*, cit., p. 88.

cional hacia su configuración como una forma mixta de gobierno en la que la democracia de la ley se encuentre corregida por la "aristocracia" de los jueces.[149]

Sin embargo, para reducir los riesgos de desequilibrio del sistema, que, por la naturaleza de las cosas (o mejor dicho, por la naturaleza del derecho actual) tendería a hacer prevalecer la jurisprudencia sobre la legislación, es preciso abogar por unas medidas de reequilibrio (curativas) o contrapeso (preventivas) a cargo de la propia cultura jurídica, consistentes en la utilización de la teoría jurídica y no de la filosofía moral en la aplicación de la Constitución o, en suma, en potenciar el normativismo y reducir la jurisprudencia de valores.

21.4. Claro está que semejante consejo tiene reparos y resistencias, que solo pueden atemperarse con reglas de limitación o autocontrol del órgano, con el fin de evitar arbitrariedades y fomentar un trabajo más cristalino y consistente.

Así afirma Pérez Tremps que:

> el tribunal, corte o sala constitucional que mantiene unos criterios claros y trasparentes en su jurisprudencia con ello no sólo gana credibilidad sino que también está sentando las bases para una actuación coherente y, por tanto, no arbitraria porque la institución no podrá decir hoy blanco y mañana negro si no es con un alto coste de credibilidad. Es verdad que cualquier órgano judicial y también los de justicia constitucional deben a veces matizar e incluso cambiar sus criterios; ello está en la esencia misma de su función, Pero será de nuevo la correcta motivación la que deberá explicar la rectitud intelectual de ese cambio alejando cualquier duda de arbitrariedad.[150]

No se puede soslayar en el análisis la evolución del modelo concentrado europeo, que pensando originariamente para actuar preventivamente y con criterios de abstracción a través del recurso de inconstitucionalidad, ha tornado hacia una dinámica de actuación sobre derechos subjetivos individuales (a partir del creciente e incesante recurso de amparo) que lo aproxima al modelo difuso respecto a la consideración del derecho aplicable.

22. La llamada "omisión inconstitucional"

22.1. En este capítulo ingresa una de las proyecciones más avanzadas de la justicia constitucional, porque en cierto modo, provoca tensiones entre el ejercicio tradicional de la democracia representativa y la actividad que tienen los tribunales y jueces constitucionales.

El problema radica en atender las potestades que se pueden ejercer cuando el conflicto constitucional se encuentra en la omisión legislativa, es decir, cuando la norma que se necesita no se sanciona, ni existe deliberación parlamentaria que visualice el interés por ella. En tal caso ¿puede el juez urgir la actividad legislativa? ¿Podrá sustituir con la sentencia el incumplimiento reglamentario?

---

[149] ARAGÓN REYES, Manuel, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad,* cit., p. 160.

[150] PÉREZ TREMPS, *La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina,* cit., p. 91.

> Como puede suponerse —dice Bazán—, la tarea judicial que lleve a definir si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión no debería prescindir de un balance serio y realista de las diversas pautas en juego: normatividad y primacía de la Constitución; connotaciones axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión genera; lapso de tiempo por el que viene manteniéndose la inactividad del órgano silente; margen de acción (o de inacción) del legislador o de la autoridad pública comprometida; espectro de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectivización de una solución material y financieramente posible; e, *inter alia*, el deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.[151]

22.2. Hay dos corrientes bien definidas en la especie. Quienes actúan inspirados por el "realismo jurídico" de Holmes o Frank, que aceptan por cierto que el derecho es lo que dicen los jueces, admiten que los jueces constitucionales tienen el deber de preservar que la Norma Fundamental se cumpla y realice, de forma tal que si ella queda obstruida por la inactividad del legislador, se tiene poder suficiente en el control de constitucionalidad para urgir o suplir la actividad que se requiere.

No se trata de integrar con la función jurisdiccional cualquier olvido sino de actuar ante la deliberada (intencionada) obligación que desde la Norma Suprema se indica. Por ejemplo, no reglamentar una garantía presentada como programática (*v. gr.:* protección de datos personales).

Asimismo, la idea del plazo razonable para obrar está implícito en la consideración del asunto, porque no cualquier tardanza tolera la integración judicial, sino aquella que por la propia inactividad provoca el acto lesivo constitucional.

> No obstante, Ruiz Miguel sostiene que, si el término para dar cumplimiento a un mandato legislativo no está fijado por el poder constituyente, no es legítimo que otro poder lo establezca…[…]. Parece que el Parlamento, a quien se le encomienda la tarea de legislación positiva, que conoce la complejidad del problema y que, por si fuera poco, está directamente elegido por el pueblo debería ser el más indicado para determinar el momento y afirmar si una dilación es o no es razonable. No cabe extender el problema de la inactividad legislativa al tratamiento que se le da a la cuestión administrativa o judicial, pues la ley determina con precisión los plazos en los que deben actuar la administración o los jueces.[152]

En este lado de las opiniones, no se discute el poder jurisdiccional, sino el límite de la intervención. Algunos observan que ello depende del tipo de omisión. En las *absolutas*, hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. En las *relativas*, el legislador, al propulsar la norma para "obedecer" el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y

---

[151] BAZÁN, Víctor, *Las omisiones inconstitucionales y su corrección a través de distintas técnicas normativas y modalidades de sentencias constitucionales,* ponencia presentada en las II Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Constitucional, San José, Costa Rica, julio/2004.

[152] RUIZ MIGUEL, Carlos, "Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 2, julio-diciembre 2004, Porrúa, México, pp. 159 y ss.

olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros, pudiendo tentativamente las hipótesis ser refundidas en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional (o del tratado internacional sobre derechos[153] —les acuerden tal valencia), el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo quiebren —en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario— el principio de igualdad, o —como afirma Fernández Rodríguez— cuando se produzca una regulación deficiente a causa de la falta de "complitud" (*sic*) de la norma.[154]

22.3. Por una vereda opuesta caminan los que interpretan que este poder jurisdiccional constituye un auténtico desafío a la democracia. Para ello se oponen a los criterios que desde perspectivas y enfoques diferentes, señalan quienes ven en la Constitución un orden moral a cumplir (Dworkin), un contenido mínimo de derecho natural (Hart), un conjunto de valores superiores (Zagrebelsky), sosteniendo que existe un valor jurídico relativo en la Norma Fundamental y que ella refuerza la división de poderes y funciones, sin promover invasiones entre unos y otros.

> Dice Ruiz Miguel que el gran jurista que diseñó las líneas maestras de la teoría del "valor jurídico" de la Constitución y de la "*judicial review*" de la legislación, ya advirtió que la eficacia de las normas constitucionales no es siempre la misma. Según Marshall, ciertamente y como regla general "no puede presumirse que haya sido intención del constituyente establecer cláusulas en la Constitución que queden sin efecto, por lo que una construcción que defienda esta tesis es inadmisible". Ahora bien, esta regla admite una excepción según Marshall, para quien las normas constitucionales tienen eficacia normativa "a menos que el texto liberal así lo exija". Es decir, el propio padre del control judicial de la constitucionalidad de las leyes admite en el texto fundacional de la sentencia *Marbury vs. Madison* que el propio poder constituyente puede establecer normas con la intención de que no tengan efecto (mediato o inmediato).[155]

---

[153] Recuerda Victor Bazán que por medio de la reforma constitucional argentina de 1994 se ha atribuido *jerarquía constitucional* a once instrumentos internacionales (art. 75, inc. 22). La nómina primigenia contenida en tal norma incluye a los siguientes documentos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño. A tal lista se han añadido, con idéntica alcurnia, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley Nac. N° 24.820 —sancionada el 30/04/97, promulgada de hecho el 26/05/97 y publicada el 29/05/97—) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (instrumento al que se le ha conferido esa valía mediante la Ley Nac. N° 25.778 —sancionada el 20/08/2003, promulgada el 02/09/2003 y publicada el 03/09/2003—).

[154] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Cívitas, Madrid, 1998, p. 116.

[155] RUIZ MIGUEL, *Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión,* cit., p. 157.

Este sector colige en las omisiones inconstitucionales un derecho del legislador que puede llegar de la prudencia o de la propia política de partidos, tal como lo permite el sistema democrático; por eso, cada poder constituido tiene una función prevalente y una competencia asignada, de manera que si entre ellas disputan, en definitiva, los más afectados serán la Constitución y el Estado.

Para comprender la oposición se cuestiona la legitimidad del instituto por alterar las facultades discrecionales del poder legislativo; regresando en el discurso a la vieja polémica sobre la representación democrática de los jueces y el derecho de éstos a crear derecho allí donde el pueblo no les ha conferido autoridad delegada.

22.4. La cuestión presenta interesantes proyecciones en orden a considerar el problema dentro de los motivos de estudio del derecho procesal constitucional. Quizás el más importante provenga del alcance que tiene la función del juez constitucional al tiempo de interpretar el silencio legislativo y su influencia sobre la eficacia de los derechos y garantías constitucionales.

Recordemos que la doctrina más autorizada ha diferenciado cuánto corresponde al principio de preservar la supremacía según se trate de salvaguardar la *supremacía jurídica* (supralegalidad) de lo que es *supremacía política*, en el sentido de distinguir los objetivos de la ley de aquellos que corresponden a programas de desarrollo políticos.

Ahora como se lo que se trata es de resguardar la supralegalidad, cuando la eficacia de un derecho depende del programa o de la acción, está claro que el control jurisdiccional de los silencios legislativos no es sino la forma más radical de hacer valer dicha supremacía, examinando la validez de las normas implícitas que resultan de los silencios del legislador y sus leyes.

Si se profundiza el tema de supremacía constitucional, parece atinado sostener que la trascendencia de la supremacía jurídica o supralegalidad es superior al que tiene la supremacía política o supremacía constitucional, de manera que el fundamento de la acción de inconstitucionalidad por omisión a raíz de los silencios legislativos, reposa en lo primero antes que en el contralor de la inactividad.

La conexidad entre la función y el ejercicio del control es evidente, porque de otro modo, bastaría con dejar sin ejecución o no reglamentar lo dispuesto, para despojar al derecho de toda energía y validez.

Ni importa que la Constitución se defina como Norma Madre, Ley de Leyes, Lex Superior, Norma Fundamental o Norma Básica, cuya implicancia es propia de la filosofía constitucional; porque cuando la cuestión se pone en la perspectiva de la eficacia, cobra validez la afirmación que sostiene que:

> es la Constitución el fundamento real de todas las acciones que debe llevar a cabo el legislador para desarrollar el texto de la norma suprema del Estado. Siendo la Constitución la norma jerárquicamente superior en un ordenamiento jurídico y estando ella sobre la Ley, es que los actos que emita el legislador no pueden ser contrarios a la normatividad dada en la Constitución ya que, es a través de esta norma suprema, que se han establecido sus facultades, por ello, si el legislador con su silencio generara situaciones contrarias

a la Constitución, éste silencio sería una causa posible de una declaración de inconstitucionalidad por Omisión del legislador o de sus leyes, [...] ello por cuánto la voluntad normativa del Pueblo soberano ha dejado de residir en un sujeto (Monarca, Nación, Pueblo, Parlamento, etc.) y ahora descansa en una norma, que es la Constitución, como norma suprema de ese ordenamiento, es que ningún sujeto u órgano puede irrogarse la soberanía del pueblo y dictaminar leyes o generar situaciones, vale decir las situaciones generadas por el legislador contrarias a la Constitución, que alteren la soberanía popular expresada en la Constitución.[156]

22.5. Acompañando este razonamiento —dice Sagüés—, es visible asimismo que la Constitución ha querido que la vigencia de los derechos enunciados por ella no quede a la merced de la voluntad del órgano normalmente emisor de normas, de sancionarlas o no sancionarlas. La solución, por cierto drástica, ha sido dejar a la magistratura constitucional (en su máximo nivel) la cobertura transitoria de la norma fáltante. Para ello, la Constitución "judicializa" el conflicto (que décadas atrás era una *political questíon,* o cuestión política no justiciable), y lo inserta dentro de las competencias de la Corte Constitucional. Por supuesto, —afirma el profesor argentino—:

[...] la primera crítica a este régimen es la hipotética violación al principio de división de poderes, dado que la Corte Constitucional estaría cumpliendo aquí funciones nomogenéticas encargadas por la Constitución, inicialmente, a otros órganos. Vale la pena observar que se trata aquí de una impugnación de tipo académico y conceptual, ya que no es una violación de la Constitución, desde el momento en que es la misma carta política la que programa al sistema.[157]

Cuando a fines de los años sesenta el Tribunal Constitucional federal alemán asumió francamente el tema de la inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales, alertó que los jueces, para remediarla, debían tener en cuenta tanto un claro mensaje constitucional incumplido, como el transcurso de un tiempo ya irrazonable sin que se lo obedeciera, y, por último, la posibilidad de que el Poder Judicial pudiese cubrir material y jurídicamente el vacío lagunoso, prescindiendo del legislador. Tales directrices conservan hoy vigencia. No es tarea simple atender jurisdiccionalmente la cobertura de esa inconstitucionalidad por omisión. Supóngase que la constitución encomienda al Poder Legislativo establecer un régimen de participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, con colaboración en su dirección y en el control de la producción, y que el Congreso permanezca renuente en esa obligación. Una magistratura constitucional que decidiese aquí poner punto final a la mora legislativa tendría frente a sí un trabajo hercúleo para elaborar soluciones individuales, y más todavía para redactar una norma general subsidiaria, en un asunto de por sí opinable y harto controvertido, con múltiples y distintas fórmulas de instrumentación, donde entran en juego diferentes índices de rentabilidad según las actividades y el tipo de establecimiento considerados, opuestos crite-

---

[156] CASSIANO LOSSIO, Ivan, *La acción procesal constitucional de inconstitucionalidad por omisión a raíz de los silencios legislativos,* Pontificia Universidad Católica del Perú, Revista de la Maestría en Derecho Procesal, n° 74.

[157] SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario", *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, 2009, pp. 71-79.

rios políticos de redistribución de la riqueza, mediciones y resultados diversos acerca del impacto económico de las posibles cuotas y modos de repartir, etc.[158]

22.6. En materia legislativa, la inconstitucionalidad por omisión se ha incorporado en las Constituciones de Portugal (art. 283), Brasil (art. 103.2), Venezuela (art. 336), el Estado de Veracruz en México (art. Art. 65), y en la provincia de Río Negro de Argentina (art. 207.2). A nivel de leyes se encuentra en la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica.[159]

En suma, la polémica está allí y debe estudiarse detenidamente. Es éste otro de los problemas puntuales que debe abordar el derecho procesal constitucional.

---

[158] SAGÜÉS, ob. cit., en nota anterior, p. 72.

[159] Un excelente estudio explica la evolución de las teorías y sus actuales resultados. Ver: SAGÜÉS, María Sofía, "Garantías de Control de la inconstitucionalidad por omisión", en *Derecho Procesal Constitucional*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, tomo IV (pp. 3087 y ss.), Porrúa-Colegio de Secretarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, México, 2003.

Sección 3ª La jurisdicción como sistema

23. Los modelos para el control de constitucionalidad

23.1. La teoría de la jurisdicción en el derecho procesal constitucional queda expresamente expuesta en los modelos (o sistemas) para controlar el ejercicio del Poder, que reducido al tema de fiscalizar la supremacía constitucional y la aplicación de las normas fundamentales, son:

a) Político

b) Jurisdiccional

En ambos casos la idea es común, el Estado de Derecho se preserva con el principio de legalidad. Pero cuidado, es ésta una respuesta convencional, absolutamente desajustada de la realidad contemporánea, como veremos más adelante.

Compartimos con Astudillo que:

> [...] el derecho procesal constitucional representa la realización histórica de una decisión política tendiente a introducir un derecho procesal *de la* Constitución, para positivizar, regular y racionalizar al proceso constitucional como garantía de la misma. Constituye, en ese sentido, una decisión originaria del Poder Constituyente y no de uno de los poderes constituidos, lo que lo hace aparecer como un auténtico "derecho procesal constituyente" ... Esto quiere decir que la Constitución utiliza al propio derecho constitucional para protegerse, hecho que le produce una situación de privilegio, pues a la vez que está exenta de control, vincula a las normas inferiores del ordenamiento a un efecto control normativo, cuya efectividad se alcanza en la medida en que sea un verdadero control constitucional...[160]

23.2. *Modelo político*

Efectivamente el estudio histórico señala que el "*modelo político*" tiene en cuenta el Poder de la representación popular, antes que sugerir una hipótesis de poder exagerado de los tribunales. Los jueces, en realidad, no ejercían poder alguno, pese al insistente argumento que los hace partícipes del absolutismo monárquico.

Cuando la revolución francesa tuvo que encontrar un sistema para vigilar el ejercicio del poder, no quiso delegar responsabilidad alguna en los jueces. No lo hizo porque desconfiara de ellos (pese a que el valor filosófico de la desconfianza indirecta es muy útil para demostrar el origen de los tribunales constitucionales), sino porque

---

[160] ASTUDILLO, *Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional,* cit., p. 299.

el verdadero conflicto estaba en la competencia de poderes entre la autoridad y el parlamento.

Así como el constitucionalismo clásico de fines del siglo XVIII dejó atrás el absolutismo monárquico que sentenciaba "*the King can do not wrong*", el paso inmediato se dio reconociendo la soberanía popular y la representación política, que significaba la responsabilidad del gobierno y el presupuesto necesario para consentir formas de control.

De este modo, el imperio de Bonaparte hizo presa fácil a los jueces. Los subordinó al principio de legalidad dándoles una función mecánica y burocrática. Sólo aplicaban la ley, y ésta será una de las explicaciones que lucen en los tratados franceses de derecho procesal de siglo XIX cuando se explanan las funciones de la jurisdicción.

> Desde otra perspectiva, pero en la misma línea, señala Zaffaroni que usualmente se afirma que la jurisdicción estaba sometida al poder real, lo que no es verdad, porque el poder real estaba muy limitado al poder de los llamados "parlamentos", que peleaban por su competencia —que era fuente de ingresos—, todo lo cual había generado un caos de competencias y jurisdicciones. Se trataba de un ejercicio de poder que competía con el real y lo superaba, dejándolo reducido a las causas de interés político, pero que desorientaba al usuario del servicio. Ésta era la situación que la Revolución Francesa quiso revertir, haciendo del juez un funcionario estatal, sometiendo por completo su función al poder del Parlamento y prohibiéndole toda interpretación que no fuese exegética y creando la casación como forma de corregir a los jueces que se apartaban de la letra de la ley. La ficción dominante era que la ley "hablaba" por la boca de los jueces.[161]

Anulado el poder de interpretación, la representación popular se arrogaba la voluntad para legislar sin controles. Por eso, *mutatis mutandi,* en realidad el *modelo político* es una forma de evitar el control de constitucionalidad.

23.3. Advertidos de este desajuste, recién con la constitución de 1958 Francia crea un *Conseil Constitutionel*, cuya organización se regula en la ordenanza del 7 de noviembre de 1958, con varias modificaciones al presente.

Explica Cappelletti que:

> el control se desenvuelve del siguiente modo. Cuando un texto legislativo o un tratado internacional está ya elaborado definitivamente, pero no promulgado todavía, el Presidente de la República, el primer ministro o el presidente de una u otra cámara del Parlamento (o sea de la *Assemblèe* al *Conseil Constitutionnel*) pueden diferir el texto legislativo mismo o el tratado al *Conseil Constitutionnel*, a fin de que éste se pronuncie sobre su conformidad con la Constitución. Para algunas leyes llamadas "orgánicas" ("lois organiques"), de las cuales se puede decir, *grosso modo*, que conciernen especialmente a la organización de los poderes públicos, la pronunciación del *Conseil Constitutionnel* es emitida por mayoría de votos en seguida de un procedimiento que se desenvuelve en secreto, sin audiencias orales, sin contradictorio, un procedimiento en el cual no existen verdaderas y propias partes aun siendo admitida, en la práctica, la presentación de memorias

[161] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Dimensión política de un Poder Judicial democrático*, en *Jueces y Derecho*, compiladores: Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez, cit., pp. 113 y ss.

> escritas por parte de los órganos interesados. Si la pronunciación del *Conseil Constitutionnel* es en el sentido de la inconstitucionalidad, la ley no podrá ser promulgada, ni podrá por consiguiente entrar en vigor, si no enseguida de una revisión de la Constitución.[162]

En la práctica la actividad de vigilancia no es jurisdiccional porque trabaja esquemáticamente y sin forma de proceso, aunque haya un "juicio de constitucionalidad".

Sin embargo actualmente las cosas han cambiado, al incorporarse una suerte de "bloque de constitucionalidad" que le permite al Consejo obrar en forma posterior al hecho legislativo (también cuando lo *fáctico* repercute en ese bloque constitucional). Al ser un control "a posteriori" la novedad es manifiesta y altera la idea pilar del modelo político "preventivo".

> Informa Pegoraro que la Ley 2003 - 276 del 28 de marzo de 2003 ha extendido el parámetro de constitucionalidad y ampliado en consecuencia la actuación del *Conseil Constitutionnel*, provocando un auténtico salto cualitativo del sistema francés. Ya no se trata de un mecanismo al que le preocupa únicamente las "competencias" porque convive con el referido a las libertades, la igualdad, o la ponderación de principios y valores.[163]

De este modo, el control "*a priori*", de alcance general y sin otra relación que el análisis de la legalidad constitucional (obviamente, abstracto) pierde caracterización con la evolución del modelo, al aproximarse al sistema jurisdiccional en sus dos vertientes clásicas (difuso y concentrado).

23.4. *El modelo jurisdiccional*

El modelo jurisdiccional tiene una dicotomía que en cierta forma los polariza ideológicamente. Recordemos la noción de "confianza" en los jueces para elaborar el discurso.

Europa, tras la revolución francesa, reporta la idea del control parlamentario que tiene en miras preservar la soberanía del pueblo que legisla con sus representantes, dando premisas hacia el futuro, y generando con las normas fundamentales un plan de permanencia que robustece un sistema normativo estable de garantías consolidadas.

Si la "voluntad divina del pueblo" se expresa en leyes dictadas por las mayorías que gobiernan, no pueden los jueces cambiar el destino con interpretaciones particulares. El juez solo aplica la ley, de otro modo, se convierte en legislador y no tiene legitimidad democrática para hacerlo.

El problema que se apunta fue la tensión de aceptar que el peso de las mayorías volcara el destino de las naciones. Teóricamente lo sostiene Locke en 1776-1787 para enfrentar las ideas de democracia y constitucionalismo.

---

[162] CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, prólogo de Héctor Fix zamudio, UNAM, México, 1987, p. 165.

[163] PEGORARO, Lucio, "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional —Proceso y Constitución—*, nº 2, julio-diciembre 2004, Porrúa, México, pp. 131 y ss.

Lousteau Heguy dice que:

> [...] hay dos corrientes que dan una respuesta diferente a esta posible contradicción. La primera sostiene que la contradicción existe, y que crea una censura casi insuperable, tal como lo afirma Holmes. Esta confrontación ha sido y es todavía uno de los temas centrales del pensamiento político moderno. Holmes representa una de esas dos corrientes. Su conclusión, luego de formularse los interrogantes expresados, es que la tensión entre constituciona-lismo y democracia se refleja en la "pugna entre los demócratas, para quienes la Constitución es un fastidio y los constitucionalistas para quienes la democracia es una amenaza", y que le hace afirmar que el constitucionalismo es esencialmente antidemocrático [...].
>
> La corriente contraria ha intentado demostrar que los frenos constitucionales pueden ser compatibles con la democracia, tal como lo afirma, entre otros John Hart Ely. Según Kendall, el elaborado sistema de *cheks and balance* de la Constitución es una evidencia de que los constituyentes de Filadelfia estaban suficientemente advertidos de que la Historia ha contestado negativamente a cuestiones sobre la regla de la mayoría. Por eso Dworkin interviene en la polémica para decir que el control de constitucionalidad implica una lectura moral de la Constitución.[164]

23.5. Durante el siglo XIX la codificación y el constitucionalismo servirán de fundamento a esta corriente y ha servido de proverbial retahíla para impedir la dictadura de los jueces. El esquema del "anticontrol" judicial se conformaba con la burocrática preservación de la norma sin analizar más que el problema de adecuación a fines y competencias, antes que a valores y justicias intrínsecas.

Recién a fines de ese siglo surge Kelsen proponiendo que se haga un control directo a través de magistraturas especializadas: los *Tribunales Constitucionales*.

Ya avanzaremos sobre este modelo. Pero veamos ahora cómo repercutían las cosas en América.

Estados Unidos había seguido la tradición jurídica inglesa, de manera que el *common law* era la ley fundamental a respetar. No quería decir ello que fuera un texto, porque no lo había, sino una expresión de la voluntad real que el legislador podía completar, mas nunca alterar. El juez era el intercesor entre el rey y los súbditos, y aceptaron en la evolución de más de cuatro siglos, que había un conjunto de principios superiores que debían acatarse por ser derechos naturales del hombre.

El problema del abuso, fuera del soberano o de la asamblea (parlamento), era respondido por Edward Coke sosteniendo que, el mejor instrumento de lucha contra la opresión eran los jueces. Había que confiar en ellos.

Esta idea se mantuvo en Inglaterra y sus colonias hasta 1688 cuando la revolución proclamó la supremacía parlamentaria. Pero en América, aquél llamado a la fiabilidad de la justicia no se había perdido, y fue el sentido acordado años después con el principio de la supremacía constitucional y la revisión judicial de los actos inconsecuentes con dicho presupuesto de validez.

---

[164] LOUSTEAU HEGUY, Guillermo, *Democracia y control de constitucionalidad*, Dunken, Buenos Aires, 2002, pp. 66 y ss..

> Una vez más enseña Cappelletti que esa supervivencia del principio de la confianza sucede porque en 1776 cuando las colonias inglesas de América proclaman su independencia, uno de sus primeros actos fue aquel de sustituir a las viejas cartas coloniales con las Constituciones, entendidas como *leyes fundamentales* de los nuevos estados independientes. Y como, anteriormente, nulas y no aplicables habían sido consideradas por los jueces las leyes contrarias a las cartas coloniales y a las leyes del reino; así, no es de asombrarse ciertamente que la misma nulidad y no aplicabilidad debiese afirmarse después, y con mucha razón, para las leyes contrarias a las nuevas y victoriosas cartas constitucionales de los estados independientes.[165]

23.6. La confianza en los jueces tiene un significado que excede la declamación intrínseca. Permite despojar la actuación burocrática y mecánica del control político, para llevarlo al campo del conflicto particular.

Es un control distinto, acontece cuando los hechos suceden y exigen la intervención judicial para encausar el desatino con la Constitución. Lo pueden hacer todos los jueces en ocasión de actuar en las causas de su competencia.

Este modelo fue llamado "americano" o "difuso" aunque sería más preciso caracterizarlo como de revisión judicial de los actos (*judicial review*) para evitar regionalizar un sistema que, en realidad, no es aplicable en todo el continente.

La síntesis muestra el esquema siguiente:

- Sistemas
  - Político
  - Jurisdiccional
    - Tribunales Constitucionales (concentrado)
    - Jueces (difuso)

23.7. *Jueces y tribunales constitucionales*

Entre jueces constitucionales y Tribunales Constitucionales no hay diferencias importantes. La función es la misma pero el sentido de *actividad jurisdiccional* puede ser puesto en duda.

No queremos decir con ello que nosotros lo hagamos, sino que a veces se considera que los sistemas clásicos definidos para controlar la constitucionalidad se dividen en *jurisdiccionales* y *políticos,* según la tarea la realicen magistrados o funcionarios, respectivamente.

Quienes observan conservadoramente el poder de la jurisdicción, sostienen que los jueces resuelven conflictos intersubjetivos, condición que no está en las cuestiones de constitucionalidad porque en éstas se trata, solamente, de interpretar lo que dice la Norma Fundamental frente a un acto que se muestra impreciso para ajustarse en ese molde.

La fundamentación de la sentencia constitucional no puede llevar a lecturas propias, porque la Constitución no es lo que los jueces dicen que es (no hay discrecionalidad) sino lo que ella misma dispone.

---

[165] CAPPELLETTI, *La Justicia Constitucional,* cit., p. 167.

En ese sentido, los motivos son de derecho, jamás de justicia; por tanto, la jurisdicción constitucional es *sui generis*: es jurisdicción, sí, pero una jurisdicción especial, porque tiene una función específica.

Esta perspectiva acentúa el rol funcional antes que la potestad ejercida.

> Kelsen sostenía que la función del Tribunal Constitucional no es una función política, sino judicial, como la de cualquier otro tribunal, aunque tiene matices que los distingue. Desde el punto de vista teórico, la diferencia entre un tribunal constitucional y uno ordinario (civil, penal o administrativo) consiste en que si bien ambos producen y aplican derecho, el segundo produce sólo actos individuales, mientras que el primero, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de la norma constitucional, no produce, sino que anula una norma general, realiza un acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como un legislador negativo.[166]

23.8. En cambio, quienes apuntan hacia el "poder" de los tribunales constitucionales desconocen la calidad de "jurisdicción". La oposición se da en dos sentidos.

En el plano teórico, porque decir el derecho supone también señorío para ejecutar lo resuelto, y la sentencia constitucional declara pero no ejecuta, a sabiendas que ésta es una afirmación poco válida y solo factible por vía de principio.

23.9. En el plano político porque si el tribunal no forma parte de ninguno de los tres poderes constituidos su naturaleza jurídica es incierta y hasta contradictoria con el principio de la división de poderes.

Además, se corre el riesgo de que, a través de la interpretación, el poder convierta al tribunal constitucional en un órgano sustitutivo de la producción legislativa, convirtiendo al sistema en un legislador negativo, como lo había dicho Kelsen, pero en otro sentido.

Este argumento, que fue la base que sustentó Carl Schmitt para debatir la inspiración del jurista checo, es hoy el punto neurálgico del modelo, porque antes que examinar las funciones (por otra parte claras y sin demasiadas resistencias) es preferente analizar el contexto de aplicación, porque desde allí se podrán constatar las posibilidades reales de alcanzar los objetivos.

> Schmitt apoyaba su posición negativa contra los Tribunales Constitucionales aduciendo que solamente el Presidente del Reich puede ejercer la función de guardián de la Constitución, en razón de que es el único que ejerce un poder neutral, intermediario o regulador, tal como lo había propuesto Benjamín Constant con motivo de la lucha sostenida por la burguesía francesa para lograr una Constitución liberal frente al bonapartismo y a la Constitución monárquica.
>
> Las divergencias de opinión y diferencias entre los titulares de los derechos políticos de carácter decisivo o influyente no pueden resolverse, generalmente, en forma judicial, salvo en el caso de que se trate de castigar transgresiones manifiestas de la Constitución. Dichas divergencias o bien son zanjadas por un tercero, situado por encima de los liti-

---

[166] *Cfr*. GOZAÍNI, Osvaldo A., *Introducción al Derecho Procesal Constitucional,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, pp. 55 y ss.

gantes y revestido de un poder político más excelso —y entonces, ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado—; o bien son dirimidas o resueltas por un organismo que no es superior, sino coordinado, es decir, por un tercero neutral —y, entonces, nos hallamos ante un poder neutral, un *pouvoir neutre et intermédiaire*, que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención—. Si lo que interesa no es un efecto accesorio ejercido por otras actividades políticas, sino, más bien, organizar una institución, una instancia especial que tenga por objeto garantizar el funcionamiento constitucional de los diversos poderes y la Constitución misma, parece oportuno, en un Estado de Derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión a uno de los poderes existentes, porque en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez a todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución.[167]

Por esta causa es necesario —concluía Schmitt— estatuir un poder neutral específico junto a los demás poderes, enlazarlo y equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales.

23.10. De todos modos, jueces y tribunales constitucionales tienen la función de juzgar, porque lo *jurisdiccional*, es una actividad de intermediación en cualquier conflicto donde se tiene resolver.

La particularidad que se resiste no es la función de juzgamiento, tal como lo hace Schmitt, cuestionando el riesgo de dar poder a quien puede usar de él sin controles. Por otra parte esta tesis tiene su propio antagónico en dar el control a quien tiene que ser controlado. Un evidente "auto control" impropio en la teoría política y opuesto claramente a un régimen democrático.

No obstante, esta posición se explica determinando el contexto histórico. Pedro de Vega García (prólogo a la traducción española de *La Defensa de la Constitución* de Carl Schmitt) afirma que, en Europa, las Constituciones irrumpen en el seno de una sociedad dividida social, económica e ideológicamente. La burguesía pretende introducir con ellas un sistema de valores que dé al traste con la concepción del mundo aristocrático-feudal del Antiguo Régimen. La tensión aristocrático-burguesía se traduce, en el orden de consideraciones que ahora nos interesan, en el hecho de que los ataques a la Constitución sean, ante todo, ataques políticos. Se trata de negar políticamente, desde una concepción diferente del mundo, el sistema de valores y los principios democráticos-liberales que, a nivel jurídico, el constitucionalismo pretende establecer. Nada tiene de extraño que, en estas circunstancias, se pretenda la defensa de la Constitución, sea en su existencia o ideología, o lo que es lo mismo, la defensa de la legalidad constitucional, se plantee y se resuelve por medios políticos.

Esto quiere decir que la jurisdicción es un poder de juzgamiento y un deber de resolución. Un poder que se ejerce y una obligación hacia las personas que confían en la función para satisfacer una necesidad legítima.

---

[167] SCHMITT, Carl, *La Defensa de la Constitución,* traducido por Manuel Sánchez Sarto, prólogo de Pedro de Vega García, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 74 y ss.

23.11. Ahora bien ¿cuál es la necesidad legítima que se satisface en el control de constitucionalidad?, la respuesta pareciera ser simple: fiscalizar la supremacía de la norma fundamental; pero una contestación tan sencilla no es suficiente, porque el control va más allá.

> Una muy buena simplificación de los sistemas la presenta Sachica quien explica: Hay que insistir en que el control de constitucionalidad tiene un valor relativo y no pragmático, el de una necesidad lógica no política. Recuérdese que la Gran Bretaña, modelo de la democracia, no requiere este mecanismo, porque su sistema jurídico no hace la distinción formal entre ley ordinaria y la ley constitucional y, el Parlamento cumple, sin diferenciarlas, la función constituyente y la legislativa mediante iguales procedimientos y el mismo tipo de actuaciones. De lo que se deduce que este control es extraño a los sistemas de derecho consuetudinario, cuyo dinamismo espontáneo no puede aceptar trabas formalistas al desarrollo político con pragmatismo realista, para atarse a un molde institucional inmodificable.
>
> Así las cosas, tampoco en los regímenes de confusión de poderes, como los de corte soviético que practicaron la extinguida URSS y sus satélites. El poder único, concentrado y totalitario, no permite plantear un conflicto normativo porque es un poder monolítico. Es el clima de pluralismo político el que genera fórmulas de control entre los distintos centros de poder.
>
> Igual sucede en los sistemas jurídicos que tienen por principio la supremacía legislativa. Porque, si la ley es la expresión de la voluntad general, de la voluntad soberana o del pueblo soberano, representado por la asamblea legislativa, tal acto de soberanía no es susceptible de control alguno; es una decisión suprema cuyo efecto imperativo nadie puede cuestionar ni eludir. Por eso en Francia, hasta 1958, no existió el control de constitucionalidad y, en cambio, el control de legalidad de los actos de gobierno y la administración era la sustancia del sistema político, en el sentido de ofrecer un mecanismo protector de la libertad y los derechos de los gobernados (no de la Constitución).[168]

24. El método para realizar control de constitucionalidad

24.1. La forma como accede un juez o un tribunal constitucional al conocimiento de causas es muy diversa y depende del sistema como se organiza el control de la supremacía fundamental.

Se suele dividir, por tradición, en actuaciones de revisión, también llamadas *a posteriori*; de aquéllas otras donde la intervención es *a priori*, es decir suscitadas antes de que se produzca la aplicación normativa.

El primer tipo se promueve en causas judiciales "concretas" donde se plantea la cuestión de inconstitucionalidad entre partes en conflicto; por lo que la decisión se adopta con efectos vinculantes para ellos y sin extender la cosa juzgada más allá. Por ser posterior a la aplicación de la ley o norma cuestionada, la actuación jurisdiccional es "*reparadora*" del problema de legalidad.

En cambio, en los modelos de intervención anterior a la sanción de la ley (*político*) o antes de que ella sea aplicada (*jurisdiccional*), la horma donde se adapta es

---

[168] SÁCHICA, Luis Carlos, *La Corte Constitucional y su jurisdicción*, Temis, Bogotá, 1993, pp. 94 y ss.

fuera de un conflicto particular, porque el análisis o test de constitucionalidad se hace de manera "abstracta", por eso la decisión que se adopta es general y para todos. Se dice que es una actuación *preventiva*.

Ahora bien, dentro de esta estandarización de procedimientos, la cuestión de inconstitucionalidad tiene modalidades. En tal sentido se distingue:

a*) el control preventivo, propiamente dicho.*

b) *el control represivo directo*

c) *el control represivo indirecto*

d) *el control ocasional*

a) *Control preventivo (puro)*

No es un sistema jurisdiccional, porque funciona anticipándose a la puesta en actividad de una norma cualquiera permitiendo que se revise su constitucionalidad antes de haber finalizado el procedimiento de aprobación definitivo. Alcanza a los proyectos de leyes y aun a las normas que siendo sancionadas les resta el paso de la promulgación.

Al ser particular del *sistema político* el estudio lo practican funcionarios que integran una organización particular (*v. gr.: Conseil Constitutionnel,* francés).

Las ventajas que presenta este sistema es que evita posibles daños generados por la eficacia normativa, pero tiene el inconveniente de tornar el sistema en un medio suasorio que impida la vigencia de la ley a partir de las actitudes interesadas de un sector que reclame la revisión preventiva a través del recurso o la acción de inconstitucionalidad.

b) *Control represivo*

Son actuaciones *ex post facto*, y se llaman represivas en el sentido de la forma como se paralizan los efectos de una norma. Está en claro que no se reprime la función legislativa, ni la aplicación por el juez de una disposición, reglamento o ley que crea ajustada en sus valores a la Constitución.

Se trata de observar cómo se revisa la legalidad fundamental desde que la ley entra en vigencia, es decir, *a posteriori*, de los procedimientos dirigidos a su operatividad.

Aquí el fenómeno del control tiene múltiples variables pues depende del sistema difuso o concentrado que la motive.

Sin perjuicio de estos aspectos importantes que hacen a la vida interna de la metodología, existen procedimientos comunes que pueden trazar paralelos.

Ellos son, el *control represivo directo* que actúa a través del recurso de inconstitucionalidad o por la acción de inconstitucionalidad, y el control *represivo indirecto* que cobra eficacia a partir de la cuestión de constitucionalidad planteada en un proceso en marcha, la que se introduce por excepción o incidente.

c) *Control ocasional*

Se denomina ocasional por lo contingente. La cuestión de inconstitucionalidad exige presupuestos y condiciones de admisibilidad. Se parte de interpretar que al obligar a los jueces a interpretar el sentido de las normas, se debe acreditar el interés

y la oportunidad. Es decir que se debe demostrar el interés directo, el perjuicio sufrido, la actualidad del daño, entre otras condiciones.

Es un modelo propio de los sistemas de control difuso que requieren de condiciones puntuales para admitir la revisión judicial de las normas. Por eso es ocasional, en el sentido de resultar hipotética y subordinada a requisitos de procedencia.

También es indirecta pues el conflicto se produce en relación con una circunstancia determinada, lo cual conduce a que debamos referir más que a una inconstitucionalidad, a una inaplicabilidad de la norma al caso concreto donde se plantea.

Como antes dijimos, son actuaciones *reparadoras* del vicio de constitucionalidad, lo que determina en cada ordenamiento jurídico una vía jurisdiccional destinada a trabajar sobre el error.

Estas herramientas procesales pueden estar en las mismas leyes, o disponerlas la Norma Fundamental; otras emergen del sistema de control de constitucionalidad dispuesto, sin perjuicio de las variaciones que cada uno encuentra en su dinámica funcional.

Esta metodología está mucho más extendida que el sistema de revisión *a priori*, y queda precisada como función jurisdiccional bajo las dos vías clásicas de intervención (sistemas difusos o concentrados).

En líneas generales y sin particularizar características, el caso constitucional puede articularse por:

a) *recurso de inconstitucionalidad*
b) *acción de inconstitucionalidad*
c) *excepción de inconstitucionalidad*
d) *incidente de inconstitucionalidad*

24.2. De todos modos las distancias entre el derecho americano, tributario de la *judicial review* y el derecho europeo, influenciado principalmente por el sistema austriaco, muestran aproximaciones procesales pero sin incidencia en la naturaleza jurídica de la actuación que suscitan.

En efecto, como hemos visto anteriormente, en el derecho norteamericano se establecieron los fundamentos y causas para el control de la constitucionalidad, otorgando al Poder Judicial la facultad de resolver el ajuste de las normas ordinarias con la supremacía constitucional, sin que ello importase crear una auténtica justicia constitucional, pues sus tribunales carecen de la función privativa de conocer del problema de la inconstitucionalidad de las leyes, ya que actúan en esta materia dentro de la esfera de sus atribuciones ordinarias.

Así es que la cuestión de inconstitucionalidad se plantea de modo "incidental" en un proceso común, y sin posibilitar a la sentencia extender efectos más allá de quienes han sido partes procesales.

Tal encuadre fáctico permite confirmar que el control constitucional así bosquejado resulta esencialmente posterior, incidental y especial.

Sin embargo, dice Fix Zamudio, pueden hallarse vías directas que se califican como *writ de injuction, mandamus, habeas corpus,* etc., pero estos instrumentos no responden estrictamente a la función constitucional que pretendemos esclarecer, pues se utilizan

para todo tipo de conflictos y controversias y no privativamente para las de carácter fundamental.

Por el contrario, el sistema europeo, representado principalmente por los Tribunales Constitucionales de Austria, Italia, Alemania Occidental y Yugoslavia, sí implica de manera clara y definida, la configuración de una jurisdicción constitucional en sentido propio, puesto que los problemas de inconstitucionalidad se encomiendan de manera directa a órganos que poseen esencialmente la facultad de decidir, de manera privativa y con efectos generales, sobre la conformidad o contradicción de las leyes secundarias y de los actos de autoridad con los principios de la Ley Suprema.[169]

25. Vías procesales para el control de constitucionalidad

25.1. Las formas programadas para que se concrete el control de constitucionalidad depende del modelo o sistema político previsto para llevarlo a cabo. Las formas son procesos completos o herramientas dentro de un procedimiento donde se produce el conflicto de constitucionalidad.

25.2. *Recurso de inconstitucionalidad*

La inconstitucionalidad se puede suscitar de manera *indirecta*, cuando el problema aparece en el curso de un proceso en trámite o es causa concurrente dentro de un conflicto, en cuyo caso el conflicto de constitucionalidad se resuelve dentro de la instancia.

Particularizados los ordenamientos normativos, confluyen con herramientas similares Estados Unidos, Brasil y Argentina. En ellos, el recurso (extraordinario, es decir, última posibilidad de impugnación constitucional luego de transitar etapas de proceso ordinarias) solo tiene andamiento mientras exista el llamado "caso constitucional".

En Argentina, especialmente, por "caso" se entienden las "cuestiones federales" que de plantearse oportunamente permiten encontrar un recurso especial que habilita a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a estudiar la cuestión de inconstitucionalidad (art.14 de la ley 48). Ello obliga a puntualizar cuáles son esos presupuestos legales y que causas determinan posibles extensiones a la vía excepcional.

"Por eso en Argentina es tan importante el recurso extraordinario, al punto que la doctrina lo concibe como un verdadero proceso constitucional, pese a que solo es una vía de impugnación".

Dice Sagüés: "[…] Es evidente, por último, que el recurso extraordinario del derecho argentino integra el estudio del derecho procesal constitucional, ejemplificando un caso, quizás el más notorio en el ordenamiento jurídico nacional, de "proceso constitucional" que se tramita ante la magistratura judicial".[170]

Debe dejarse en claro que las "cuestiones federales" son temas de derecho y no de hecho, pues éstas últimas proceden por excepción cuando se demuestra la arbitrariedad de las sentencias.

---

[169] FIX ZAMUDIO, Héctor, *Justicia Constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1993, pp. 256 y ss.

[170] SAGÜÉS, *Compendio de derecho procesal constitucional,* cit., p. 12.

Además, el recurso de inconstitucionalidad es extraordinario, circunstancia por la cual debe posibilitar que la cuestión de constitucionalidad sea resuelta en instancias previas y, en lo deseable, por sus máximos tribunales locales de justicia.

> Ello obliga a ver si la sentencia es "definitiva" —dice Morello—, esto es, que termine absolutamente el proceso sin posibilidad alguna de continuación; y que en dicha causa se haya sustanciado una "cuestión justiciable" o su contenido exceda el ámbito de la simple interpretación de normas comunes, locales o procesales, para configurar un desconocimiento directo e insusceptible de otra reparación, de preceptos, derechos y garantías que revisten carácter preeminente de acuerdo con la Constitución.[171]

La ley 23.774 incorporó otros recaudos como el "gravamen federal suficiente" y que la cuestión "sea trascendente y sustancial", que de no explicarse por el recurrente, le permiten a la Corte aplicar el *writ of certiorari,* que se constituye en un verdadero método de selección de causas.

25.3. También la cuestión de inconstitucionalidad se puede plantear de manera *directa*. En estos casos el control se activa por un mecanismo procesal inmediato que permite revisar la norma impugnada sin necesidad de transitar etapas de conocimiento y debate ordinario.

El remedio es preventivo y tiene un carácter predominantemente declarativo, circunstancia por la cual tiene cierta similitud con la acción de *mere certeza* o pretensión meramente declarativa.

La importancia de esta senda directa de reclamo constitucional estriba en que por lo general no requiere de ningún derecho subjetivo concretamente alterado por la disposición que se ataca; es suficiente para los fines perseguidos demostrar la agresión a una ley, decreto, ordenanza o reglamento que estatuya sobre la base de disposiciones fundamentales de las que toma su validez.

La pretensión directa no produce resultados generales sino parciales o singulares pues la sentencia se declara útil para el caso concreto donde se produce la cuestión constitucional.

En cambio, en los sistemas concentrados el recurso directo de inconstitucionalidad se impone en la dimensión práctica de su funcionamiento habitual y característico.

No requiere de casos concretos, bastando la mera denuncia de ilegitimidad para sofrenar la aplicación de una norma tildada de contrariar los objetivos fundamentales.

Dicha abstracción motiva serios desencuentros con la moralidad de los peticionantes, quienes pueden y suelen utilizar esta forma adjetiva para impedir la prosecución de un proceso ordinario donde están sometidos.

Pero lo importante está en los efectos del pronunciamiento al alcanzar efectos *ex nunc*, esto es que la sentencia alcanza para el futuro de la norma impidiendo que se proyecten sus consecuencias o que se apliquen sus disposiciones.

---

[171] MORELLO, Augusto Mario, *El recurso extraordinario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 237.

25.4. *Acción de inconstitucionalidad*

La acción de inconstitucionalidad es una pretensión que se deduce ante el órgano que concreta la revisión de legalidad y legitimidad fundamental.

De suyo, contrae proximidades con las acciones previstas en otros ordenamientos que establecen el control jurisdiccional difuso a través de procedimientos de impugnación directa, como los vistos recientemente.

Las particularidades adquiridas obran en la dimensión de su praxis. En efecto, el llamado "amparo constitucional" constituye una de las garantías específicas de protección de los derechos humanos al prometer un medio rápido y expedito de tutela.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, señala en el artículo 8 que: "Toda persona tiene el derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales nacionales competentes que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley".

Estas acciones propuestas para el efectivo resguardo y protección constitucional golpean las puertas de cada Estado, logrando que en ellos se otorgue esa vía directa de oposición.

La acción de inconstitucionalidad puede ser el amparo mexicano, el *habeas corpus* de varias naciones latinoamericanas; el mandato de segurança del derecho brasileño; el recurso de protección chileno, la tutela colombiana, o las acciones de garantía del Perú.

25.5. *Excepción de inconstitucionalidad*

La excepción de inconstitucionalidad presenta rostros disímiles. Mientras uno muestra su deducción en jurisdicciones concentradas a manera de defensa que tiende a evitar la aplicación de una norma en un proceso ordinario generando la obligación del órgano a remitir "en consulta" al Tribunal de Garantías respectivo; la otra faceta se ofrece para los sistemas difusos donde la cuestión de inconstitucionalidad se proyecta como verdadera excepción de fondo.

El primer supuesto tiene un claro ejemplo en España. Aquí la excepción pertenece exclusivamente al titular del derecho que resulta agraviado por la aplicación de la norma inconstitucional. Los tribunales pueden obrar de oficio y formular la consulta al Tribunal Constitucional. Cuando fuese el Ministerio Fiscal el que alega, la cuestión se debe presentar en forma de recurso directamente al órgano de control.

La condición general en los sistemas concentrados es que ningún juez ordinario puede declarar inconstitucional una norma, por lo tanto cuando esa posibilidad aparece, sea de oficio o a pedido de parte, debe remitir el litigio al cuerpo de jurisdicción constitucional.

Queda así emplazada la excepción o el incidente dentro del proceso principal.

Sostiene López Guerra que este tipo de control reúne notables ventajas frente al control abstracto.

> Al producirse la alegación de inconstitucionalidad de una norma en relación con un supuesto fáctico de aplicación, es más fácil para el órgano de justicia constitucional apreciar el verdadero alcance de su decisión, al disponer de un punto de referencia real y concreto. Por otro lado, reduce el número de legitimados a quienes realmente vean afectados sus

> derechos o intereses en forma directa. Ello explica que esta vía sea, en algún caso, como en Italia, el procedimiento por excelencia para el control de normas, lejos del carácter abstracto del recurso directo…[172]

En los procesos que mecaniza el *civil law*, especialmente cuando se trata de sistemas donde el control de constitucionalidad es difuso, sucede un hecho particular.

Frente a la excepción de inconstitucionalidad deducida en un juicio ordinario el juez interviniente asume competencia positiva en el sentido de tener que resolver sobre la admisibilidad y procedencia de tal pretensión.

La vía, no obstante, es restringida pues se tiene como verdad apodíctica que este tipo de declaraciones hipotéticas no pueden alterar las instituciones vigentes ni proyectar la jurisdicción constitucional fuera de quienes son sus auténticos intérpretes. En pocas palabras: sólo procedería en casos de no existir formas o remedios paralelos por los cuales se lograra el mismo efecto o finalidad.

25.6. Incidente de inconstitucionalidad

El incidente es un proceso autónomo despojado de las severidades del principal y, esencialmente, de las pretensiones que en el mismo operan. Significa, básicamente, resolver cuestiones vinculadas con el *thema decidendum* pero con autonomía suficiente por la entidad e importancia de su temática.

Como se observa, el incidente es de alguna manera el precursor de las "cuestiones de inconstitucionalidad", que generan prejudicialidad y proceso independiente con un órgano o tribunal específico.

En Italia, la vía incidental es la más común para resolver la forma del control de constitucionalidad.

El procedimiento consiste en plantear la crisis de legalidad en el proceso ordinario, obligando al juez a formar incidente.

La cuestión incidental no reconoce limitaciones materiales por el tipo de proceso, lo cual equivale a sostener su alegación en juicios civiles, comerciales, penales, administrativos, etc. La iniciativa le corresponde, indistintamente, al juez, a las partes, y al mismo Ministerio Público.

> El sistema italiano establece distintas condiciones para la tramitación del procedimiento incidental, requisitos que son causales *sine qua non,* aunque alguna de ellas, en cierto modo, son de relativa exigibilidad. La primera de ellas obliga a que se trate de una cuestión expresamente alegada, sea de oficio o por petición de una de las partes. La segunda es la relevancia de la cuestión ("*qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione judiciale*"), lo cual compromete el vínculo de las normas que han o deben fundar el fallo ordinario respecto de su posible inconstitucionalidad y, por tanto, necesidad de contralor.

Si la cuestión fuese manifiestamente infundada, permite el rechazo *in limine*, debiendo motivarse el auto denegatorio por el tribunal de garantías.

---

[172] LÓPEZ GUERRA, Luis, "Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá", en *Justicia constitucional comparada,* UNAM, México, 1977, pp. 67 y ss.

En cuanto al procedimiento ante el órgano constitucional, someramente descriptos, explica la necesaria actuación en miras a verificar, sucesivamente, la relevancia, el fundamento y la motivación de la cuestión planteada por el magistrado común de origen; examen que de resultar obstativo cancela los pasos siguientes.

Caso contrario, concluidos los primeros pasos donde las partes del proceso, y los órganos públicos interesados pueden asumir intervención en el proceso constitucional, se designa el juez o magistrado ponente para que estudie el problema y convoque a audiencia pública.

Por lo tanto, no es este un proceso contencioso, y las sentencias pueden ser estimativas o desestimatorias. Cuando se declara la inconstitucionalidad de una norma, ley, o de un acto con fuerza de ley, la misma deja de tener eficacia desde el día que sigue a la publicación del fallo.

25.7. Las consultas de constitucionalidad

Opera como en el control preventivo, con la diferencia que se trata de sistemas jurisdiccionales al contar con un Tribunal de Garantías específico que tiene entre sus misiones, esclarecer el contenido y alcance de normas y demás disposiciones que son puestas a revisión en su constitucionalidad.

La consulta proviene de los órganos políticos del Estado, o del mismo Poder Judicial con particularidades en cada caso.

En Costa Rica, por ejemplo, la Asamblea Legislativa está obligada a consultar a la Sala Constitucional los proyectos de reforma de la carta magna. Esta consulta no suspende trámite alguno para la aprobación, ni tiene efectos vinculantes salvo que demuestre la existencia de vicios de legalidad.

El dictamen no obsta para que posteriormente la norma o normas cuestionadas, una vez operativas, puedan ser impugnadas por otras vías de control constitucional.

En cambio, cuando la consulta llega por la *duda constitucional* que a un juez se le presenta en oportunidad de tener que aplicar una norma, la situación difiere pues el Tribunal asume competencia prejudicial que suspende el curso del proceso en trámite.

> En España, explica Marín Pageo, la cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento puesto en manos del juez ordinario para resolver las dudas que le suscite la eventual disconformidad a la Constitución de una norma con rango de ley, instrumento que el juez sólo debe usar cuando tenga dudas razonables sobre el extremo reseñado; y aún cuando la parte puede proponer que se plantee la cuestión, la decisión del juez al respecto seguir siendo libre y la cuestión misma seguir siendo instrumento a disposición del juez y no de la parte que lo pidió.[173]

El trámite judicial de la consulta suele ser muy sencillo. Se indica al Tribunal cuales son las normas, actos o conductas cuestionadas y los motivos que provocan la duda constitucional. El proceso se suspende hasta que se emite el dictamen.

---

[173] MARÍN PAGEO, Encarnación, *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Cívitas, Madrid, 1990, p. 88.

La ley fundamental española concreta el punto en los términos siguientes: "Cuando un órgano judicial considere en algún proceso que una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley que, en ningún caso, serán suspensivos".

26. Clasificación de los modelos

26.1. En los términos tradicionales como se definen los sistemas que hacen efectivo el control de constitucionalidad de las leyes, la división geográfica polariza entre América y Europa modelos diferentes. El primero puramente judicial y en cabeza de todos los jueces; el restante jurisdiccional atípico con tribunales especiales. Uno es el sistema *difuso* el otro se llama *concentrado.*

Sin embargo esta división no condice con la evolución que ambos mecanismos exponen, donde son innumerables las variantes que se registran, encontrando aproximaciones entre los modelos y transformaciones que pueden inscribir una nueva modalidad.

Por ejemplo, el control *preventivo* propio del sistema político, comienza a utilizarse en América con las consultas de constitucionalidad; lo mismo sucede con la interpretación del conflicto constitucional porque la mentada *generalidad* del sistema europeo no deja de atender la aplicación en un caso concreto; tanto como en el modelo americano se comienza a señalar los inconvenientes de la cosa juzgada constitucional *concreta* y de *alcances limitados.*

> Las sugerencias más radicales, dice Pegoraro, orientadas a superar las clasificaciones tradicionales basadas en las fases de control, la difusión o concentración del mismo, los procedimientos seguidos por el juez de las leyes, la eficacia de las decisiones de los tribunales, son las que insisten en la dicotomía entre control preventivo y sucesivo; o, utilizando las categorías históricamente plasmadas en la legislación de desarrollo de la *Grundgesetz*, entre control abstracto y control concreto. A lo que se añade más recientemente una posterior hipótesis clasificatoria, orientada a identificar sustancialmente dos modos diversos de operar el control de las leyes, según que se desarrolle con motivo de su aplicación o no.[174]

En efecto, quizás el punto más importante quede radicado en la actuación procesal, en la medida que el *proceso constitucional* determina el tipo de control a ejercer, la oportunidad cuando la acción se pone en movimiento, las potestades del órgano fiscalizador, y las características de la interpretación que se efectúa.

Con ello pierde consistencia la costumbre de fraccionar los modelos conforme una geografía particular, por otra parte, ausente de todo criterio científico y alejada de la realidad pragmática como Latinoamérica ha desarrollado su justicia constitucional.

---

[174] PEGORARO, *Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos,* cit., pp. 131 y ss.

En consecuencia, una clasificación demasiado simplificada tiene el riesgo —como bien apunta Pegoraro— de dejar en zona de penumbra las diferencias, destacando solo las semejanzas por analogía, pero ocultando así cuanto de original y particular evidencia la experiencia concreta.[175]

26.2. Si recordamos, también, la forma como se incorporan al derecho interno los derechos fundamentales reconocidos en Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, habrá que reconocer que el principio de la supremacía de la Norma Básica del Estado puede quedar alterado, cuando el *prius* lo señalan dichas normas supranacionales.

La sumatoria tampoco puede desprenderse de las limitaciones u obstáculos que se ponen a la actuación jurisdiccional de control, que pueden ser de tipo legislativo (*v. gr.:* cuestiones federales de la ley 48, Argentina) o discrecionales (uso del *certiorari* americano para seleccionar las causas donde se quiere concretar el control). Cada uno de ellos significa una posibilidad distinta y un alcance particular, porque ante situaciones fácticas similares la interpretación judicial puede comprender que la "trascendencia" es diferente, provocando así, el riesgo de vulnerar el derecho a la igualdad constitucional.

26.3. Lo mismo acontece con el alcance del control, el que a veces se restringe a la "ley", evitando normas, resoluciones o actos administrativos que se dejan para el análisis singular de jurisdicciones especializadas (*v. gr.:* justicia administrativa).

Finalmente, en tren de establecer particularidades y precisiones en el método procesal, deben señalarse las características del órgano jurisdiccional o político que practica el control, en la medida que las potestades comunes que explicaba Kelsen han perdido virtualidad, toda vez que los sistemas híbridos se confabulan en destacar que los Tribunales Constitucionales son diversos, y que el sistema difuso lejos está de ser tan pleno y libre como se cree.

26.4. En síntesis, la clasificación propuesta es la siguiente:

a) Tribunales Constitucionales	*Plenos* (ejercen todas las competencias de la justicia constitucional) *Semiplenos* (ejercen el control constitucional de la Norma Fundamental pero comparten la jurisdicción con otros poderes jurisdiccionales locales propios de los sistemas federativos o de comunidades autónomas) *Concurrentes* (la actuación de control se practica por una Corte Especializada admitiendo que otros hagan la misma función "jueces" manteniendo la revisión jerárquica)
b) Controles	*Monofuncionales* *Polifuncionales*

[175] PEGORARO, *Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos,* cit., p. 133.

Esta clasificación la propone Pegoraro, explicando que, en relación con el núcleo histórico de las funciones ejercitadas, algunos Tribunales han recibido competencias ulteriores, que en ocasiones refuerzan el papel aún más allá de su normal actividad de control de la constitucionalidad de las leyes y de las competencias de los entes territoriales. La clasificación a este respecto no puede ser nítida, vista la variedad de soluciones escogidas y analizadas anteriormente. En general, a la primera categoría pertenecen los Tribunales de los ordenamientos del *common law* cuyas competencias siguen siendo sustancialmente tradicionales; a la segunda, los europeos clásicos como Alemania, Italia, España, incluso Francia), y los del este del viejo continente.[176]

- *c)* Por el modelo Procesal
  - De alcance general (abstracto y de alcance a todos)
  - Concreto (actúa sobre un caso)
    - cosa juzgada *inter. partes*
    - cosa juzgada *erga omnes*
- *d)* Por la forma
  - Control directo
    - Preventivo
    - Reparador
  - Control indirecto
    - incidental
    - recursivo
    - acción autónoma

[176] PEGORARO, *Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos,* cit. p…

Sección 4ª El control de constitucionalidad

27. Introito

27.1. La distancia que trazamos entre la *jurisdicción constitucional* (criterio orgánico u objetivo) y la *justicia constitucional* (criterio axiológico o subjetivo), es necesario para precisar la función que tienen los jueces que realizan esa tarea tan particular que representa fiscalizar el principio de supremacía constitucional.

No nos referiremos a los sistemas de designación ni a los modelos que los diferencian, sino que apuntamos a la actividad específica de controlar la constitucionalidad de las leyes.

27.2. Para comprender suficientemente el emplazamiento, habrá de recordarse que las modalidades de procedimiento y las potestades que se ejecutan, difieren según el sistema aplicado. Es decir, son desiguales porque el modelo procesal es asimétrico, no porque tengan finalidades distintas.

Esto supone comenzar desde un punto de partida diferente, teniendo en cuenta que en Europa los tribunales constitucionales nacen como resultado de la "desconfianza en los jueces ordinarios"; y en América se ha perseguido continuar una línea sinuosa que pretende "confiar en los jueces".

Decimos "pretende" porque no hay, estrictamente, un sistema americano; toda vez que el precedente madre del modelo: "*Marbury vs. Madison*", está diseñado para la técnica judicial de Estados Unidos de América y, más precisamente, para el *common law*, donde el valor del precedente (*stare decisis*) condiciona la labor de interpretación de los jueces al marcarles un camino del cual no se podrán apartar.

Por eso, el mentado sistema o arquetipo, en realidad es una "revisión judicial" (*judicial review*) que tiene la impronta de permitir que todos los jueces (método difuso) fiscalicen la supremacía constitucional, aunque el margen de actuación sea acotado por el procedimiento que aplican.

27.3. En cambio, Latinoamérica ha confundido el esquema y por tanto los serpenteos son recurrentes. Utilizó el espacio de la "confianza en los jueces" para sostener que el sistema americano era difuso, cuando en los hechos la práctica siguió a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que es uno de los modelos más claros de la obligación judicial de aplicar la ley sin poder interpretarla.

Dicho en forma contundente: la misión del juez solo fue aplicar la ley, jamás interpretarla, sencillamente porque allí se desconfiaba de ellos.

Pero como no fue ésta la idea americana, mucho tiempo llevó darnos cuenta que el pretendido sistema, con insistencia preocupante, declinaba sus objetivos: *confiamos en los jueces, sí; pero la herramienta (procedimiento) fue un obstáculo permanente para hacer realidad la esperanza dispuesta para creer que la justicia sea un Poder, y no un simple ejercicio de administración.*

De ahí la perplejidad que muestra con claridad que no existe un sistema americano, o al menos, latinoamericano.

Dice García Belaunde que:

> dicho modelo difuso es tan complicado que resulta confuso. El término "difuso" tiene ya sus años, y se empieza a usar desde los años 30, y es frecuente su utilización en la doctrina hispánica desde los años sesenta. Consiste en un calificativo que se da al sistema o control de constitucionalidad que tiene su origen en los Estados Unidos y en donde se conoce técnicamente como revisión judicial…[…] Es un sistema de control de la constitucionalidad, mediante el cual, sin derogar una norma, simplemente se inaplica para el caso concreto, sin crear precedentes —salvo cuando existe toda una continuidad y reconocimiento del más alto tribunal—. Este sistema de control todavía existe en los Estados Unidos y por su influencia ha pasado a otras partes del mundo.[177]

Damos crédito, entonces, a la propuesta del maestro peruano García Belaunde para interpretar con él que, el valor que tiene la clasificación tradicional (sistema europeo concentrado y sistema americano difuso) se resuelve por su carácter *originario*, pues nacieron con una relativa autonomía, fruto de especiales circunstancias, y se desarrollaron siguiendo una lógica interna, dentro de su contexto.[178]

27.4. Lo cierto es que hay una desvirtuación absoluta y en consecuencia, aparecen explicaciones necesarias para esclarecer cuál es el real sistema americano.

> García Belaunde propicia llamarlo "sistema dual o paralelo", que advierte la existencia en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, de los dos sistemas —americano y europeo—. Otros prefieren llamarlos "modelos derivados", es decir —explica García Belaunde— los que partiendo de éstos, han ido más lejos y han creado una nueva realidad, no tan sugestiva ni tan novedosa, pero no por ello menos útil […].[179]

En verdad, hay una mixtura de modelos y procedimientos que receptan las realidades y necesidades de cada lugar, dando lugar así a variantes bien diferentes.

28. El núcleo de la jurisdicción constitucional

28.1. El principio de supremacía constitucional elabora tras sí una idea común para los sistemas de control. La Constitución es una Norma Fundamental, y contiene

---

[177] GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Grijley, Lima, 2000, pp. 45 y ss.

[178] GARCÍA BELAUNDE, *Derecho Procesal Constitucional*, cit., p. 133.

[179] GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "El sistema dual o paralelo", en *Proceso y Constitución* (GOZAÍNI, Osvaldo A., director), Ediar, Buenos Aires, 2009, pp. 30 y ss.

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.[180]

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.

28.2. 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.

Bien señala Sagüés, que "para que sea posible ejercer un control sobre la constitucionalidad de las leyes, es preciso que la Constitución sea rígida total o parcialmente, ya que ese carácter hace que no sea como las leyes ordinarias, porque es suprema. Dicho en otros términos: La Constitución rígida es la súper ley".[181]

Este entendimiento constituye un baluarte de cuatro siglos que ha 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.

> Más adelante, veremos que este paradigma del derecho constitucional es uno de los argumentos centrales para aseverar la autonomía científica del derecho procesal constitu-

---

[180] García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1995, pp. 35 y ss.

[181] Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario,* tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1992 (3ª ed.), p. 13.

cional, cuyos fundamentos teóricos diferentes a los del derecho procesal venimos planteando en estas secciones.

28.3. El paradigma afinca en lo que Zagrebelsky denomina la "soberanía de la Constitución",[182] donde insistiendo en su conocida tesis, sostiene que esto se ha desmoronado porque la soberanía no es actualmente un rasgo característico.

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 lo se ha 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.

29. Actuación jurisdiccional y política

29.1. Efectuadas las advertencias que preceden cabe anotar cuáles son los modelos que activan el compromiso por fiscalizar el cumplimiento de los fines constitucionales. Originariamente los modelos obedecieron a necesidades políticas diferentes, donde el eje pasó por la intervención del parlamento, o de tribunales especiales que resistieron en Europa a los jueces comunes como vía para articular

---

[182] Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 13.

la función de control. Por su parte, Estados Unidos prefirió que fueran todos los jueces quienes actuaran dicha misión, de manera que se han generado funciones y modelos, a saber:

a) Político

b) Jurisdiccional { Tribunales constitucionales / Jueces ordinarios / constitucionales

29.2. Luego, los que desplazan la actividad en jueces, suelen llamarse esquemas: a) *Concentrados y b) Difusos*

Ahora bien, esta clasificación tradicional solo tiene valor para mostrar cuál es el órgano encargado de la tarea constitucional, pero poca utilidad presta al motivo de resolver cómo practican esa función.

> Por eso, suele preguntarse ¿realmente la distinción entre control sobre disposiciones y control sobre normas es realmente lo más importante de todo? ¿O más bien la circunstancia de que el control opere sobre un texto normativo antes que sobre la disposición aplicada (la norma) influye más que la extensión y la fuerza (o valor o "rango") de las normas objeto (o parámetro) del control? ¿Tal diferenciación es, sobre todo, más importante a efectos clasificatorios del hecho que se controlen competencias de entes y de órganos, o más bien (o también) lesiones de situaciones jurídicas de los ciudadanos? La respuesta podría ser afirmativa —sostiene Pegoraro—, pero asumir tales elementos como criterio único y exclusivo de diferenciación parece limitativo, y útil tan sólo para esbozar en sus grandes líneas la tipología (siempre más rica) del control de constitucionalidad.

Por tanto, una división cabal debe atender el sistema procesal que se aplica de modo que los ordenamientos son los catálogos principales merced a las posibilidades y alcances que en cada caso se admiten, ofreciendo dentro de un mismo modelo (por ejemplo, difuso), extensiones y limitaciones que los distinguen y hacen diferentes a pesar de estar en un mismo grupo clasificatorio.

29.3. En el modelo político se interpreta que la voluntad del pueblo se expresa a través de sus representantes en la asamblea parlamentaria; en consecuencia, es peligroso permitir la discrecionalidad judicial que adapte cada caso que analiza a una peculiar forma de interpretación.

El "gobierno de los jueces" a través de las sentencias, se pretende evitar de manera *objetiva*. Sólo deben aplicar la ley, jamás interpretarla, que equivale a decir, que no pueden darle una inteligencia particular.

Descifrar la ley está prohibido porque la soberanía del parlamento es invulnerable toda vez que en ella radica la legalidad y legitimidad delegada por el pueblo.

> La expresión "gobierno de los jueces" fue introducida en Francia por Eduardo Lambert, quien la hace figurar en el título mismo de su obra (1921). Él califica de ese modo el papel de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Dice Troper que la fórmula se utiliza en nuestros días, generalmente, con una connotación peyorativa, cada vez que se desea criticar el

> poder excesivo de los jueces, particularmente, aunque no de manera exclusiva, tratándose de las cortes constitucionales. Existe en Estados Unidos una expresión equivalente: *Government by the Judiciary*, pero su uso es mucho menos extendido; lo que se explica porque en el contexto del *common law* no es sorprendente que los jueces creen derecho y, por ello, constituyan una parte del gobierno, mientras que en Francia, Montesquieu mediante, la función del juez no constituye un poder, porque consiste en obtener la conclusión de un silogismo, del cual la ley es la premisa mayor y el hecho la menor.[183]

El trasfondo de esta línea conductiva se emplaza en la "desconfianza hacia los jueces", tal como se ha propuesto diferenciar al modelo respecto al sistema difuso de control de constitucionalidad.

La particularidad está en que, propiamente, no hay un encargado de vigilar el cumplimiento de los mandamientos de la Constitución porque el parámetro es puramente objetivo. Las leyes, cualquiera sea su origen, se aplican, nada más.

Históricamente es producto de las ideas que consolidó la época posterior a la revolución francesa, es decir, al tiempo de la codificación que señala y concreta los derechos subjetivos, con un fuerte acento en el derecho de propiedad individual; y el tiempo del constitucionalismo, que a través de las Normas Fundamentales orientaron, de una vez y para siempre (esa era la idea central) los derechos básicos de las personas físicas.

Es el mismo temperamento que afinca en el código procesal francés de principios del siglo XIX, dando reglas de protección únicamente a quienes podían acreditar la titularidad del interés reclamado.

También se corresponde con el tiempo dogmático del principio de legalidad. Lo escrito domina sobre lo inmanente; la ley es lo seguro, ofrece certeza. Cuando el juez aplica la ley dice lo justo; por eso cuando interpreta a voluntad, comete la más pecaminosa aberración, porque se aparta de lo que el pueblo quiere. El juez, recordemos, "es la boca de la ley".

29.4. Este esquema está abandonado actualmente, porque en esencia, es el "anti control", no existe fiscalización alguna, y ha tornado en Francia tras la formación del "Consejo Constitucional" que, adaptado, sigue siendo una forma de control político.

> Explica Zagrebelsky que se trata de un control "*a priori*" que confronta entre textos normativos, con independencia de su aplicación puntual a casos concretos, y, aunque haya habido aperturas a la exigencia de un juicio contradictorio, no contempla la representación de las razones de los titulares de los derechos frente a las razones de los "señores" de la ley. En el estilo de la doctrina francesa sigue prevaleciendo la idea de un derecho "de una sola vertiente", un derecho como legislación (ordinaria o constitucional), y la ciencia del derecho es aún, de entre todas las tendencias existentes en los distintos países europeos, la más ligada a actitudes iusprivatistas de estricto servicio al derecho establecido.[184]

---

[183] TROPER, Michel, "Del gobierno de los jueces al gobierno por los jueces", traducción de Bernardo Bolaños, en *Jueces y Derechos (Problemas contemporáneos)*, Porrúa-UNAM, México, 2004, pp. 177 y ss.

[184] ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil,* cit., p. 66.

Es un control preventivo susceptible de ser activado, exclusivamente, por autoridades políticas. Por ejemplo, si se trata de leyes ordinarias, solo pueden impugnar —antes de la promulgación—, el presidente de la república, el primer ministro, el presidente de la Asamblea nacional y el presidente del Senado.

Dice Favoreau que:

> entre los años 1970/1973 el Consejo Constitucional dictó cuatro fallos que operaron una verdadera revolución, al reconocer fuerza jurídica al Preámbulo de la Constitución. Así, de una sola vez, se ha conferido valor de derecho positivo a la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano,* del 26 de agosto de 1789 y al *Preámbulo de la Constitución* de 1946 que contiene dos elementos: por una parte, la remisión a los "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República", y por otra parte, la enumeración de una decena de apartados de nuevos derechos o principios, habitualmente designados como *principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios en nuestro tiempo*.

De todos modos, siendo que en este capítulo corresponde observar el procedimiento constitucional del modelo, solo cabe agregar que el sistema político ha evolucionado hacia una *jurisdiccionalización* que se advierte al agregar un estándar nuevo en la vigilia del cumplimiento de las leyes.

La novedad aparece con el llamado "bloque de constitucionalidad" (el Preámbulo de la Constitución y la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, recién citados), que determina una variante importante en el control "a priori", porque admite ser un control "*a posteriori*" ocasional.

29.5. Modelo jurisdiccional es aquél que destina en los jueces el control de la supremacía de la Norma Fundamental y de las demás disposiciones que se consideran aplicables merced a su valor implícito, habitualmente encolumnadas en lo que la doctrina española ha llamado "bloque de constitucionalidad" (*v. gr.:* art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina).

Hay dos sistemas ya comentados. Uno que se denomina *concentrado* porque asigna a *Tribunales Constitucionales* dicha función, y otro nominado como *difuso* que permite a todos los jueces (ordinarios y constitucionales), cualquiera sea el grado donde actúen, ejercer la mentada fiscalización.

a) *Control difuso*

La sentencia pronunciada por la Corte Suprema de EEUU en el famoso caso "*Marbury vs. Madison"* (1803) afirmó que si una ley resulta contraria a la Constitución, o hubiere conflicto entre la norma legal y la constitucional que obligue a desestimar una u otra, era deber de ese cuerpo superior de justicia determinar el derecho aplicable, por ser una función esencial del poder de la jurisdicción.

De este modo, sin crear ninguna justicia especializada, permitió a todos los jueces concretar en cada proceso la fiscalización de la supremacía de la norma fundamental.

La característica común de ellos es que activan un control "*a posteriori*", a diferencia del control *a priori* o preventivo que permiten otros modelos.

De esta forma, una vez decidida la cuestión de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada, se pueden dar tres tipos de actividades:

a) *Control de la norma a través de un proceso planteado directamente por el interesado (control directo, o por vía de acción)*

b) *Control de la norma promovido en una instancia abierta, de manera que actúa como incidente de inconstitucionalidad o excepción,*

c) *Control de la norma resuelto de oficio, sin que las partes lo pidan, permitiendo una declaración de inaplicabilidad (efecto individual válido sólo entre partes litigantes), o de inconstitucionalidad (efecto* erga omnes*), esto es, aplicable a todos a quienes la norma va dirigida.*

En Argentina no existe un sistema común para el control de la constitucionalidad de las leyes, toda vez que cada provincia (Estado) cuenta con una estructura judicial piramidal que se encarga de resolver en su ámbito los conflictos constitucionales que suceden.

También en estas provincias coexisten códigos procesales y normas fundamentales (constituciones locales) que desenvuelven mecanismos diferentes entre ellas para realizar la misma tarea de fiscalización.

> Además, no hay sistema alguno de cooperación para la armonía o unificación constitucional, de modo tal que se puede afirmar que el carácter federal lleva a que en cada jurisdicción, el control esencial de constitucionalidad, es para el cumplimiento de las leyes supremas locales; luego, si la cuestión constitucional contrae alguna de las llamadas cuestiones federales (es decir, los conflictos donde se encuentra vulnerada la Constitución Nacional) puede llegar a intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ahora bien, el sistema difuso amplía las potestades de intervención e interpretación hacia todos los jueces, pero hay que tener mucho cuidado para entenderlo como "sistema americano", en la medida que Latinoamérica no tiene el esquema procesal de Estados Unidos.

Es cierto que en toda América priva la doctrina de la *confianza en los jueces* con todo lo que ello implica y trasciende al sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes; pero en el "*common law*" se presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones del "*civil law"* que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

La fuerza del juez americano está en sus potestades, antes que en las leyes. Tiene un sistema donde el poder se tiene y se ejerce, sin limitaciones obstruccionistas afincadas en principios estancos (como la bilateralidad y la contradicción) o en solemnidades inútiles que solamente sirvieron para hacer del proceso una regla de comportamientos y actitudes, de acciones y reacciones, de alegatos y réplicas, en los cuales la verdad de los hechos quedó bastante difuminada.

Ahora bien, si nuestra idea latinoamericana tiene origen o pretende asentarse sobre el modelo anglosajón, habrá que señalar que no es el sistema procesal dispuesto en nuestros códigos.

En definitiva, el *control difuso* que se pretende acomodar a nuestra idiosincrasia es distinto al proceder de los jueces americanos. *Primero* porque tienen un sistema desigual; *segundo*, porque el respeto institucional sugiere una confianza diferente; *luego*, porque perviven conceptos que trasuntan ideologías del positivismo jurídico donde anidan concepciones jurídicas que se creen inmutables, operando como resabios de una concepción otrora dominante, hoy ausente de contenidos reales.

Con ello queremos anticipar que los requisitos comunes que se encuentran para requerir el control de constitucionalidad, o en su caso, para actuarlo de oficio, pueden ser absolutamente desiguales.

Valga como ejemplo el valor del precedente, que en el *common law* es jurisprudencia vinculante; mientras que en el *civil law* heredado de Europa admite una revisión constante que actúa jerárquicamente hasta llegar al más alto tribunal de justicia, el que en definitiva, se convierte en el último bastión del control de constitucionalidad.

b) *Control concentrado*

La instalación de tribunales constitucionales austriaco y checo en 1920 y tiempo después el español (incorporando el recurso de amparo como principal herramienta) muestra una variación notable respecto al principio afincado en el control político, al reposar en la Constitución la estabilidad de todo el sistema.

De este modo, el control de constitucionalidad abandona su inactividad formal, para convertirse en una vía específica. No una herramienta disponible de contenido puramente técnico, sino una auténtica garantía procesal.

La función se presta a través del proceso, pero la dinámica del procedimiento tiene singularidades que permiten clasificarlos.

La nominación como "control concentrado" proviene de la aceptación formal que destina la tarea de controlar la supremacía de la Norma Fundamental, en un órgano creado para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, que se sitúa fuera del aparato jurisdiccional clásico (la magistratura ordinaria).

De este modo, "las cortes o tribunales supremos pueden ser jurisdicciones constitucionales pero no son, en sentido estricto, tribunales constitucionales. Esta noción se identifica con el modelo europeo de tribunal constitucional".[185]

La divulgación del método se expandió por Europa apelando al criterio de asignar a estos órganos especiales dicha tarea fundamental para la tutela de los derechos de las personas. Sin embargo, en esa propagación no se establecieron modelos comunes para el funcionamiento, determinando mayores o menores limitaciones en el acceso, o diferentes esquemas para orientar el desarrollo.

También muchos sufrieron la influencia política del Estado, sea en la constitución del tribunal, o por la interferencia legislativa que reglamentó el procedimiento, características que han llevado a sostener que estas cortes se muestran carentes de

---

[185] *Cfr.* FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica,* Fundap, Querétaro (México), 2002, pp. 28 y ss.

los requisitos principales para que puedan constituirse en un juez de la legitimidad constitucional, o más sencillamente, un órgano supremo de garantía.[186]

> No obstante, hay un criterio general que hace que todos los medios de control estén orientados en un solo sentido, y que todos respondan, objetivamente, a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos. Por eso, sostiene Aragón Reyes que, una de las características del control jurídico, y por ello del control jurisdiccional, es que el parámetro lo constituyen normas abstractas, predeterminadas, que le vienen impuestas al órgano controlante y que éste se limita a aplicar en cada caso. Dicho en otras palabras, el parámetro está formado por normas jurídicas, o más exactamente, por el derecho en su expresión objetiva: el ordenamiento jurídico (que incluye no sólo normas, sino también "principios" jurídicos). El carácter objetivado del control se corresponde, pues, con el carácter objetivado del parámetro. Sin embargo, tal "objetivación" (indisociable de la "abstracción" y "generalidad" del derecho) no significa la homogeneización total de los distintos elementos que pueden componer el parámetro. Es bien sabida la diferencia entre "normas" y "principios" y su distinto papel en el ordenamiento, así como la capacidad de la costumbre (que no deja de ser una norma, aunque no esté escrita) para operar, bajo determinados supuestos, como fuente, o, en fin, el papel de la jurisprudencia (como fuente directa, indirecta, interpretativa, complementaria, etcétera, según el *status* de que goza en los diferentes sistemas jurídicos).[187]

c) *Los tribunales constitucionales tienen tres esquemas originarios y adaptaciones que se han desarrollado a partir de ellos.*

El primer caso es *Austria,* cuyo tribunal constitucional nace del ideario de Hans Kelsen con dos fechas claves: 1920 que constituye la introducción formal en la Constitución y 1929 con el perfeccionamiento efectuado tras la experiencia procesal.

La misión del órgano es compatibilizar entre dos normas abstractas dando preferencia y aplicación a la que sea mejor conectada con la Ley Suprema del Estado. La sentencia del Tribunal tiene efectos *ex nunc*, no *ex tunc*, por eso es constitutiva.

Desde sus orígenes actúa "a priori", verificando la compatibilidad de la ley antes de ser promulgada. La actuación se deduce a través de un recurso que suspende inmediatamente la aplicación de la norma.

Luego, con las adaptaciones que le formula Kelsen, tiene tres actividades principales: es un *tribunal electoral* (con competencia en elecciones políticas, administrativas y profesionales; así como también interviene para resolver cuestiones de procedencia en "iniciativas populares"); es un *tribunal de conflictos*, con poca actuación en casos concretos, y además es un *tribunal federal*, es decir, que se encarga de velar por el respeto del equilibrio federal.[188]

---

[186] ROLLA, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002, pp. 45 y ss.

[187] ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución, democracia y control,* Porrúa-UNAM, México, 2002, pp. 113 y ss.

[188] FAVOREAU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Madrid, 1994, p. 49.

El estudio constitucional no tiene en cuenta el caso donde se han de aplicar los resultados, porque la concordancia se realiza en abstracto.

Suele decirse que la sentencia convierte al tribunal en un "legislador negativo" en el sentido de innovar sobre una ley vigente haciéndole perder vigencia.

Este modelo tiene gran predicamento después de finalizada la primera guerra mundial, siendo diferente el alcance tras la segunda conflagración, cuando los tribunales que se crean optan por convertir al "legislador negativo" en una fórmula diferente convirtiendo la fuente normativa que ahora descansará en la Constitución.

Las características más importantes están en la *legitimación para solicitar* la intervención del Tribunal Constitucional, en la medida que el principal propulsor es el gobierno y sus representantes, antes que las personas afectadas directa o indirectamente.

Informa Favoreau que desde 1975 los individuos pueden impugnar la constitucionalidad de una ley federal, con la condición de que sus derechos hayan sido violados por la ley en cuestión, y que esta ley sea aplicable sin la intervención de una decisión judicial o administrativa.[189]

El recurso lo pueden promover los gobiernos provinciales, los tribunales administrativos, el Superior Tribunal del Estado, y los diputados del Consejo nacional (se necesita la tercera parte de ellos).

También se admite la actuación "de oficio" cuando haya dudas sobre la constitucionalidad de las leyes.

> En principio, el Tribunal sólo resuelve dentro de los límites de las conclusiones de los demandantes: no puede pronunciarse *ultra petita*. Esto es válido incluso cuando promueve de oficio la inconstitucionalidad de una ley o de una disposición legislativa. De hecho, al Tribunal le resulta muy difícil respetar estas reglas —dice Favoreau—, sobre todo cuando las anulaciones parciales cambian el sentido de la ley. En este último caso, podrá dar un plazo al legislador para rehacer dicha ley. La revisión constitucional de 1975 le ha dado poder para resolver *ultra petita* en caso de que la ley haya sido dictada por un órgano legislativo incompetente o si la ley se ha publicado de manera irregular.[190]

El segundo modelo es la *Constitución Italiana de 1947*. Se establece un Tribunal Constitucional con la misión de juzgar las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de la ley del Estado y de las Regiones; los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y los conflictos entre el Estado y las Regiones y entre las Regiones; las acusaciones promovidas contra el presidente de la República, con arreglo a las normas de la Constitución.

El Tribunal es polifacético al incorporar magistrados, académicos y abogados en ejercicio profesional. La necesaria independencia del cuerpo se asegura con ciertas prerrogativas, poseen especial inmunidad penal (art. 3, ley Constitucional de 1948) y la imposibilidad de ser perseguidos por opiniones expresadas en el ejercicio de su función (art., 5º ley Constitucional de 1953).

---

[189] FAVOREAU, *Los tribunales constitucionales,* cit., p. 53.

[190] FAVOREAU, *Los tribunales constitucionales,* cit., p. 55.

A su vez el art., 136 establece que:

> Cuando el Tribunal Constitucional declara la ilegitimidad constitucional de una norma de la ley o de un acto con fuerza de ley, la eficacia de la norma cesa desde el día siguiente al de la publicación de la resolución, luego es notificada a las Cámaras y a los Consejos Regionales. El efecto de las decisiones del tribunal se debe considerar como una anulación, no admitiéndose ningún recurso contra la decisión del tribunal.

No obstante el cuadro normativo, el funcionamiento comenzó recién en 1955 (30 de noviembre) y la primera sesión fue celebrada el 23 de abril de 1956, siendo el primer fallo del 14 de Julio de 1956.[191]

Esquemáticamente el tribunal actúa: *a)* antes de promulgar la ley, a modo de *control preventivo*, limitando esa actuación a las leyes regionales que puedan estar en conflicto con normas superiores; y *b)* después de sancionada la ley, con actuaciones *a posteriori,* en tres vías: por *acción* a través del incidente de inconstitucionalidad (prejudicialidad); por *excepción* en casos que se han debido reglamentar por su incesante acumulación.

El siguiente modelo es el *Tribunal Constitucional Federal Alemán* que conoce:

> 1. De la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otros interesados dotados de derechos propios por la presente Ley Fundamental o por el reglamento interno de un órgano supremo de la Federación; 2. En las diferencias de opinión o dudas relativas a la compatibilidad formal y sustantiva de la legislación federal o de los Lander con la presente Ley Fundamental o la compatibilidad de derecho federal a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de la tercera parte de los miembros del Bundestag. 3. En las diferencias de opinión sobre los derechos y deberes de la Federación y los Lénder y el ejercicio de la vigilancia federal. 4. En otras controversias de derecho público entre la Federación y los Lénder, entre los Lénder o dentro de un Land, siempre que no esté abierta otra vía judicial; de los recursos que puedan ser interpuestos por cualquiera que se crea lesionado por el orden público en uno de sus derechos fundamentales…, de los recursos interpuestos por Municipios y Agrupaciones Municipales con la alegación de que el derecho a la autonomía administrativa …ha sido violado por una ley…

El mecanismo procesal trabaja sobre el deber de la jurisdicción ordinaria de suspender todo procedimiento donde se debiera aplicar una norma sospechada de inconstitucionalidad.

La remisión la ordena al juez más allá de la opinión de las partes; aunque se admite el recurso directo cuando se interpone dentro del año de haberse sancionada la ley que se impugna.

Las potestades del tribunal son muy amplias, destacándose el poder discrecional para seleccionar las causas, y una vez en ellas, determinar los motivos que se analizarán aunque las partes hubieran efectuado pretensiones distintas.

La sentencia tiene efectos retroactivos cuando decide por la anulación.

---

[191] FAVOREAU, *Los tribunales constitucionales*, cit., p. 85.

> Ciertos fallos llamados de "anulación parcial cualitativa" consisten, sin amputar el texto, en declarar que la ley es nula en la medida en que se aplica a dicha situación. Así, por ejemplo, una legislación sobre el transporte de personas se declaró nula en lo relativo a los taxis y los coches de alquiler, pero sigue vigente para los demás medios de transporte…[…] A partir de 1958, el Tribunal Constitucional ha imaginado una variante en la declaración de nulidad: *la declaración de inconstitucionalidad* sin anulación subsiguiente… […] Última técnica es la *anulación diferida*, se trata de casos en que la ley no es inconstitucional en su origen, pero progresivamente lo va siendo, debido a la evolución de los hechos o del derecho: el tribunal constitucional no anula la ley, sino que la pone en precario al indicar al legislador que ya solo es constitucional "provisionalmente", por razones que se explican en la exposición de motivos, y le ordena que modifique la ley, fijándole en ocasiones un plazo concreto (Favoreau).

El *modelo español* continúa en el análisis.

La Constitución de 1931 trae la impronta kelseniana, y en el art., 121 establece un Tribunal de Garantías Constitucionales con jurisdicción en todo el territorio, con competencia para entender en:

a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes.

b) El recurso de amparo de garantías individuales cuando hubiese sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.

c) Los conflictos de competencia legislativa y cuantos otros surjan entre el Estado y las regiones Autónomas y las de éstas entre sí.

d) El examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República.

e) La responsabilidad penal del Jefe de Estado, del Presidente del Consejo y de los Magistrados del Tribunal Supremo, así como del Fiscal General de la República.

Este sistema solamente funcionó en 1931 y 1936. La Constitución de 1978, modificó sustancialmente el sistema, creando una poderosa jurisdicción constitucional que avanzó sobre los modelos —igualmente tenidos en cuenta— de los ordenamientos italiano de 1947 y alemán de 1949 (éste último manifiestamente rector sobre el mecanismo creado en España).

Se reconoce explícitamente el valor normativo de la Constitución, pero pone sobre la mesa de estudio un ingrediente antes no considerado: la actuación de los jueces comunes en el control de constitucionalidad.

El control por el respeto a los derechos fundamentales le corresponde a las autoridades administrativas y jurisdiccionales, las que tienen potestad suficiente para entender en los recursos de amparo.

Según Favoreau:

> se excluye el amparo contra una ley, pero es posible contra los actos no legislativos de las asambleas parlamentarias; el que, entonces, carece de carácter subsidiario, y debe intentarse dentro del plazo de tres meses desde la sanción. El amparo contra los actos o comportamientos administrativos sólo puede intentarse tras el agotamiento de las vías de recurso ordinarias, y en un plazo de veinte días a contar desde el último fallo relativo

a un recurso ordinario. Por último, es posible el amparo contra un acto u omisión de un órgano judicial desde el momento en que este acto u omisión está en el origen inmediato y directo de una lesión de los derechos y libertades contemplado en los arts. 14 a 30 de la Constitución, y a condición de que se hayan agotado las vías de recurso, como la apelación o la casación.[192]

Esta supuesta interferencia ha llevado a reflexiones comparativas que pueden sintetizarse en observar que la premeditada "desconfianza en los jueces" que fue el bastión para crear tribunales constitucionales o de garantías constitucionales no es tan certeza como se presumió originalmente.

Lo mismo se puede decir en la otra parte del mundo, porque la "confianza" americana en sus jueces, podría afirmarse que solo dio resultados en Estados Unidos, mientras que Latinoamérica se ha volcado, por ahora mayoritariamente por Estados —no en población—, hacia el modelo concentrado.

Muy oportuna es la atinada explicación de Canosa Usera cuando dice que, en esta cuestión, la solución se ha buscado no en la reproducción del modelo estadounidense sino en la evolución del modelo centralizado —en Europa— o del modelo del control difuso con la introducción de mecanismos de control centralizado —en América—. Pero estas soluciones, por lo menos del lado europeo, no cierran todas las cuestiones abiertas desde que las Constituciones se proyectan, con su indiscutida supremacía, sobre todos los poderes públicos, incluyendo a los jueces. Quizás los complejos sistemas que se están constitucionalizando en Iberoamérica resuelvan los problemas planteados, sobre todo cuando el mismo órgano, la Corte Suprema que se encarga de resolver en última instancia en los casos de control difuso, es también el órgano al que se encomienda protagonizar el control centralizado. Este proceder ataja los problemas, muy graves, de articulación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria.

En Europa, sin embargo —agrega—, dicha articulación no se ha consagrado, está en el aire, irresuelta y el caso español es paradigmático e ilustrativo de las contradicciones a las que la nueva manera de concebir la Constitución y su relación con la jurisdicción ordinaria conducen.

Porque, de un lado, la Constitución es también aplicada por los jueces, y de otro, los Tribunales Constitucionales interpretan y aplican la legislación infraconstitucional. Se ha diluido la rígida separación entre la esfera de la constitucionalidad y la mera legalidad, siendo así que tanto el Tribunal Constitucional como los Tribunales ordinarios aplican indistintamente normas de ambas esferas. El juez ordinario es ya, también, juez constitucional, por cuanto aplica la Constitución.[193]

---

[192] FAVOREAU, *Los tribunales constitucionales,* cit., p. 95.

[193] CANOSA USERA, Raúl, *Dificultades para la articulación de la Justicia Constitucional y la Jurisdicción ordinaria en España*, en el libro colectivo coordinado por CASTAÑEDA OTSU, Susana Inés, "Derecho Procesal constitucional", tomo I, Jurista, (2ª ed.), Lima, 2004, pp. 153 y ss.

d) *Síntesis*

Como se ve la diferencia entre los modelos previstos para el control de constitucionalidad de las leyes admite una lectura común respecto al objeto que tienen, y difieren en el orden temporal como actúan.

La distinción más simple está en señalar:

Control "*a priori*" (preventivo)	Control "*a posteriori*" (sucesivo)
(abstracto)	(concreto)

control preventivo/sucesivo

(ocasional)

Sin embargo, esta diferencia no es sustancial porque el sistema europeo concentrado al verse desbordado por la acumulación de causas debió recurrir a formas procesales del sistema difuso americano, de modo tal que las cuestiones de legitimación, el interés a tutelar, la oportunidad del planteo y la trascendencia de la causa, han sido incorporados en muchos países.

Por eso, las *formas* comenzaron a tener una importancia antes inadvertida; así se encuentran:

Vía directa	Incidente de inconstitucionalidad Recurso de inconstitucionalidad	control abstracto
Prejudicialidad	Cuestiones de inconstitucionalidad	control concreto

Inclusive, el modelo concentrado tiene fisonomías que los particularizan, así hay tres modelos posibles, uno de los cuales es producto de la penetración del sistema europeo en América, que altera profundamente al control difuso, ofreciendo una perspectiva propia que deja a la *judicial review* en tercería o como modelo propio para el control de constitucionalidad en Estados Unidos de América.

Teniendo en cuenta esa característica, existen tribunales:

Concentrados: España, Italia, Bélgica, Rumania, etc.

a) Semi concentrados: Alemania, Austria.

b) Desconcentrados (es decir que permiten concretar la fiscalización constitucional a todos los jueces, pero actuando en última instancia la Corte Suprema de Justicia de cada país; *v. gr.:* EEUU y Argentina)

29.6. En la Justicia latinoamericana corresponde observar lo siguiente.

Una característica que no puede pasar inadvertida en Latinoamérica es la constitución política de cada Nación y la autonomía que se otorga a los Estados que las componen, porque así como en México y Argentina se admite que cada región, provincia o departamento tenga su propia Norma Fundamental local, en otros lugares rige el centralismo o el concepto unitario que registra en una sola Constitución, la del Estado nacional, la supremacía absoluta del orden jurídico establecido.

De este modo, el emplazamiento del control de constitucionalidad es muy diferente y conflictivo, porque si bien es cierto las autonomías regionales y sus normas deben estar adaptadas a las disposiciones de la Constitución Nacional, también lo es que las interpretaciones de ellas pueden diferir según quien les otorgue inteligencia y aplicación.

A sabiendas de esta problemática, México ha optado por dejar en la Suprema Corte de Justicia la actuación (diríamos concentrada, o como si fuera un tribunal constitucional) exclusiva para fiscalizar el respaldo al principio de la supremacía; mientras que Argentina, en un sistema complejo y entramado que muestra singularidades en cada provincia, deja la palabra final a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero en un sistema que visualiza esta intervención como extraordinaria y contingente, merced a las dificultades que tiene el acceso a este tribunal.

Esta diversidad también aparece en toda América latina que muestra una clara tendencia a la constitución de tribunales constitucionales, aunque no sea un sistema puro como el continental europeo, desde que presenten particularidades que hacen trabajar los sistemas en un juego de armonías entre poderes de todos los jueces y control final de las Cortes o salas especializadas, como veremos ejemplificativamente a continuación.

Explica Ferrer Mac-Gregor que:

> uno de los fenómenos más representativos del constitucionalismo y procesalismo contemporáneo constituye la tendencia hacia la creación de tribunales constitucionales, entendiendo como tales a los órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consista en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional. Esta tendencia cobra relevancia en el ámbito iberoamericano, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, al surgir o consolidarse órganos de esta naturaleza con distintos matices y modalidades:
>
> *a)* Sean como tribunales o cortes constitucionales ubicados fuera del aparato jurisdiccional ordinario (Chile, Ecuador, España, Guatemala, Perú y Portugal);
>
> *b)* sean como tribunales o cortes autónomas dentro de la propia estructura del poder judicial (Bolivia y Colombia);
>
> *c)* sean como salas especializadas en materia constitucional pertenecientes a las propias cortes o tribunales supremos (El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela), o
>
> *d)* sean como cortes o tribunales supremos ordinarios realizando funciones de tribunal constitucional, aunque no se manera exclusiva (Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay).[194]

La experiencia nos indica que el modelo americano originario (*judicial review*) sedujo a buena parte del continente americano, pensando que el poder difuso para la interpretación constitucional fortalecía la única institución no electiva del sistema democrático.

---

[194] FERRER MAC GREGOR, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica,* cit., pp. 37 y ss.

Con esa confianza depositada en la intervención puntual, precisa y oportuna, se dejó en manos de todos los jueces una potestad muy amplia, sin advertir que el sistema procesal donde ese señorío se entregaba estaba muy lejos de tolerar alguna función que no fuera la de aplicar la ley, nunca interpretarla.

Nuestros códigos latinoamericanos fueron recipiendarios de la doctrina española emergente de la ley de enjuiciamiento civil de 1855 y de 1881, siendo en ambos casos un modelo estanco que trabajó sobre la base de un juez presencial, poco activo, cuya única función era que la ley rigiera en caso concreto en análisis, y donde los tribunales de apelación fueron los formadores de la ideología o doctrina legal.

Como se ve, un modelo bien diferente al poder del juez de primera actuación, como tiene el *common law* americano, que hace prevalecer la autoridad de la sentencia (*stare decisis*) por sobre la declamación doctrinaria.

Por eso el modelo americano bien pronto se redujo a una ilusión perdida, y clara demostración de ello fueron las dictaduras que aparecieron en toda América sin posibilidad de frenos o resistencias a través de la justicia ordinaria.

> Margaret Popkin en un logrado trabajo ha mostrado la evolución de la independencia judicial en Latinoamérica desde la llegada de gobiernos democráticos y la instauración de exigencias constitucionales en los mecanismos de selección de jueces y magistrados. Por medio de estas iniciativas de reformas se ha logrado alcanzar importantes avances, pero además se han encontrado una serie de obstáculos y limitaciones. El señor Coomaraswamy (Relator de *la Comisión Especial para la independencia e imparcialidad de jueces y abogados* —ver anexo—) descubrió que las inquietudes respecto a las amenazas, el acoso y la intimidación de los jueces "son fundadas" y concluyó que en algunos países la Corte Suprema "no ha cumplido sus obligaciones respecto de esos jueces" en parte porque "nunca ha formulado una declaración pública condenando las amenazas, hostigamientos e intimidaciones".
>
> Las reformas judiciales se han resistido porque se prefiere un poder judicial que se pueda controlar fácilmente. Inclusive, las propias Cortes Supremas se han resistido a democratizar el poder judicial y a reconocer la necesidad de permitir que cada juez tome decisiones respecto al caso que está en sus manos, únicamente sobre la base de su propia interpretación de la evidencia y la ley aplicable. Aunque las Cortes Supremas reconocen que están sobrecargadas con tareas administrativas en detrimento de sus responsabilidades jurisdiccionales, se han resistido a las reformas que tendrían como consecuencia que renuncien a su poder administrativo, disciplinario o de realizar nombramientos para el resto del poder judicial.
>
> Se ha constatado que el hecho de cambiar a los miembros de la Corte Suprema no resuelve la falta de independencia interna si los tribunales menores permanecen totalmente sujetos al control de la Corte. De manera similar, al mismo tiempo que se introducen las reformas para mejorar la independencia judicial, se debe tener en cuenta la necesidad de asegurar la rendición de cuentas en el ámbito judicial. Así, si el poder judicial debe tener un pleno control de su presupuesto, es necesario crear mecanismos para evitar el uso inadecuado de los fondos y garantizar la transparencia en su uso.[195]

---

[195] POPKIN, Margaret, *Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: Una perspectiva comparativa*, edición de la Fundación para el Debido Proceso Legal, *passim*.

Ahora bien, en los años 80 del siglo XX América Latina comenzó un proceso de democratización que aun en los Estados así constituidos con anterioridad significó un cambio en los modelos para lograr que la Constitución se aplicara y rigiera los destinos de cada lugar.

La dispersión de ideas y la ausencia de unidad integradora entre los países lleva a crear modelos distintos, idealmente pensados para cuestiones internas, casi —diríamos— de propia identidad cultural e idiosincrasia.

Por eso, cada lugar pensó "hacia adentro" sin observar la influencia que tendría poco tiempo después las sentencias, recomendaciones y opiniones consultivas proveniente de los órganos del sistema interamericano, que crearía todo un mecanismo de valores y principios superiores a las Cartas Fundamentales, que complementaría e integraría la defensa efectiva de los derechos humanos.

Esta realidad muestra porqué la desigualdad registrada en el control de constitucionalidad latinoamericano. Probablemente el peso del presidencialismo sea un obstáculo para generar un sistema de fiscalización estricto (véase para este ejemplo lo sucedido con el presidente de Perú Fujimori y el Tribunal Constitucional despojado de autoridad cuando resuelve en contra de intereses creados), y porqué no, una especie de resignación sobre la ambigua "confianza en los jueces" que en los hechos no existe.

De todos modos, hay un sistema "confuso" de control de constitucionalidad americano que tiene como guía el modelo kelseniano sin darle tantas atribuciones.

En síntesis, existen los siguientes sistemas:

a) *Órganos creados extrapoder* (es decir, sin adscribir a ninguno de los poderes constituidos, de manera que el conflicto que tienen es acerca de la naturaleza jurisdiccional de sus resoluciones): Guatemala (1985); Chile (1980); Ecuador (1998); Perú (1993).

b) *Órganos creados dentro del Poder Judicial* (la controversia principal que tienen es articular su relación con el Tribunal Supremo del Estado): Bolivia (1994); Colombia (1991).

c) *Salas Constitucionales dentro de las Cortes Superiores* (se debate el problema de la instancia única para debatir las cuestiones constitucionales): El Salvador (1983); Nicaragua (1987/95); Costa Rica (1989); Paraguay (1992); Venezuela (1999).

d) *Funciones constitucionales de la Corte Suprema del País* (en este caso hay dos tendencias: una que deja los conflictos abstractos de inconstitucionalidad en la órbita exclusiva y excluyente del superior tribunal de justicia —*v. gr.:* México—; y otros que permiten que las cuestiones constitucionales se debatan en instancias ordinarias locales y federales, dejando la interpretación final y definitiva en la Corte Suprema de Justicia de la Nación —*v. gr.:* Argentina y Brasil—).

Sección 5ª Las sentencias constitucionales

30. El acto jurisdiccional

30.1. La jurisdicción desde sus pronunciamientos, muestra ciertas condiciones de expresión, contenido y finalidad que culminan por caracterizarla. El simple hecho de emitir una sentencia no interesa para concretar el acto jurisdiccional, éste necesita integrarse a un complejo de necesidades, o modos de ser, que hacen a la esencia misma del juicio y a la legalidad que la fundamenta.

Dichos recaudos ocupan intrínseca y extrínsecamente al acto jurisdiccional, como atiende la génesis y función que desenvuelven esos pronunciamientos.

Pero, ¿cuál es el acto jurisdiccional? ¿Es sólo la sentencia?, ¿O también, los actos del procedimiento? y aún así, ¿Es la sentencia el verdadero acto que nos ocupa?

30.2. Cada uno de estos interrogantes obliga a asumir una postura personal pues el problema presenta cuestiones que exceden las planteadas, para dirigirse hacia el teorema del acto jurídico y la teoría general del derecho (en su aspecto dinámico).

Por esto, es importante aclarar previamente que las nociones de acto jurisdiccional, acto jurídico y acto procesal, si bien tienen una raíz común se distinguen claramente en sus presupuestos, contenidos y funciones.

Materialmente existe una línea divisoria concreta que se da en el plano de la circunstancia de emisión. Del acto jurídico surgen derechos y obligaciones libremente concertados u obtenidos de una norma que lo procede; el acto procesal se vincula con esta idea, pero asume una fisonomía propia en orden al interés de los sujetos procesales (partes); en cambio, el acto jurisdiccional es fundamentalmente enjuiciamiento y se presenta como una resolución.

Desde esta perspectiva, la sentencia constitucional es absolutamente diferente y permite adoptarla como la auténtica expresión de la autonomía del derecho procesal constitucional.

31. Forma del acto jurisdiccional

31.1. Son actos jurisdiccionales todos aquellos que emite el juez en el curso del proceso, admitiendo la tradicional clasificación en providencias simples o de mero trámite; interlocutorias o decisorias de incidentes o controversias sobre puntos ajenos al *thema decidendum*, y sentencias que resuelven definitivamente la pretensión.

Externamente estos actos deben ajustarse a una técnica de manifestación que constituye el modelo previsto por el ordenamiento para diseñar el llamado principio de legalidad de las formas. Estas circunstancias especiales se vinculan con el lugar, el tiempo y la condición, y su importancia está en que no se puede atribuir al acto jurisdiccional ningún efecto jurídico sino está determinada su forma; de donde resulta, dice Carnelutti [...] "que toda atribución de juridicidad a un acto se resuelve en su regulación; esto es, en la prescripción de lo que debe existir físicamente a fin de que alguna cosa exista jurídicamente".[196]

31.2. La forma constituye el modo de expresión del acto, pero su consagración a ultranza puede conducir a un ritualismo exagerado, contrario a los principios fundamentales del proceso justo o debido (art. 18, Constitución Nacional argentina). Dentro de estas modalidades, común es reparar en la exigencia del idioma nacional, en la escritura mecánica o informática, en la uniformidad del estilo de presentación, entre otras.

Internamente, la formalidad del acto jurisdiccional exige que la mayor parte de las providencias interlocutorias y sentencias que emita provengan del juez o tribunal; admitiéndose —excepcionalmente y generalmente reglado— que el secretario u otros auxiliares (*v. gr.:* oficial de justicia en una diligencia) asuman decisiones propias dentro del proceso. Son ejemplos de esto último, las resoluciones tomadas en el curso de una audiencia, las providencias de mero trámite, la certificación de actos cumplidos ante el tribunal, etc.

31.3. Ahora bien, si el acto jurisdiccional como decisión, es lo que caracteriza la función que se ejerce, para el derecho procesal constitucional surgen algunos interrogantes puntuales: ¿Qué es una sentencia constitucional? Acaso ¿no serían todas las sentencias el producto de una decisión constitucional? ¿Porqué individualizar una sentencia constitucional como diferente de los demás pronunciamientos judiciales? ¿Es, entonces, una sentencia distinta?

Para responder cada una, se puede partir del simple concepto que relaciona el órgano con la decisión, y así, sostener que es sentencia constitucional la que proviene del tribunal constitucional. De este modo, dejaríamos de lado las resoluciones que adopte un juez del sistema difuso de control de constitucionalidad.

También se puede vincular al proceso con la sentencia que en él se dicta y afirmar que son sentencias constitucionales las que se vierten en los procesos constitucionales (*v. gr.:* amparo, *habeas data*, *habeas corpus*). Siguiendo esta línea, un juicio entre particulares tramitado como amparo podría lograr una sentencia constitucional.

Mejorando la perspectiva, una sentencia será constitucional cuando el conflicto resuelto verse sobre "cuestiones fundamentales", siempre y cuando sean controversias normativas, antes que dilemas de hechos o actos lesivos específicos. De este modo, sería sentencia constitucional la que declara inconstitucional a una ley, mien-

---

[196] CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones de derecho procesal civil,* tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 472.

tras que no lo sería aquella que resuelve justificar el accionar de la autoridad pública cuestionada ante un supuesto acto ilegítimo.

Como se ve, el gran problema a resolver está en el contenido y efectos de la sentencia, si se tiene en cuenta para ello que, al ser el resultado que se obtiene de un conflicto normativo, antes que intersubjetivo, el decisorio termina el proceso interpretando o integrando el derecho constitucional que fuera puesto en análisis como consecuencia del "caso constitucional".

Algunas veces el dilema no aparece, cuando existe en la organización judicial un tribunal constitucional es obvio que sus decisiones tienen este carácter. La problemática podría surgir en los procesos especiales (*v. gr.:* amparo) donde la resolución del conflicto particular no es, necesariamente, una sentencia típicamente constitucional.

31.4. La sentencia de un Tribunal Constitucional, expone Nogueira Alcalá, más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho.[197]

De todos modos, para comprender cuando hay sentencias constitucionales y en qué momento ellas no lo son, pese al órgano especializado que las dicta (tribunales constitucionales); o bien, evitar deducir que si el proceso es constitucional también lo será la sentencia; o, en su caso, sostener que si el conflicto interesa a cuestiones constitucionales (las llamadas cuestiones federales del derecho argentino) allí la decisión será constitucional, para todo ello es menester diferenciar el sistema de control de constitucionalidad y la misión que tienen los jueces al realizar esa actividad.

32. Contenido del acto jurisdiccional

32.1. En el derecho procesal civil, el meollo de la cuestión radica en resolver si el juez al dictar la sentencia está creando el Derecho, o sólo aplicándolo luego de un silogismo donde ha subsumido las premisas de la norma a los hechos destacados. En verdad, además de este planteo, el juez resume en sus actos una zona muy amplia de facultades que exceden la simple dimensión de conflictos entre los hombres.

---

[197] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*, ponencia presentada en las II Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Constitucional, San José, Costa Rica, julio/2004. En esta línea explicita correctamente Bocanegra que "…el papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas, muchas veces de importancia decisiva, lo que sitúa al Tribunal Constitucional, aún cuando sus sentencias continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios" (BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1982).

Acertadamente se reflexiona que [...] "no todo conflicto debe ser visto y tratado como una controversia judicial",[198] pues los problemas puntuales del hombre moderno sobrepasan el interés dispuesto en el marco de la *litiscontestatio*.

Recordemos la evolución encontrada por la doctrina para calificar como "tutelas diferenciadas" las resoluciones jurisdiccionales que no contentan con la aplicación mecánica del sistema de procedimientos rituales. El hoy, nos demuestra que el activismo judicial se integra al protagonismo y participación que la sociedad le reclama.

Este llamado a la reflexión se inserta en la duda que presentan los distintos modelos pensados para la función jurisdiccional. O el sistema de la desconfianza que persigue un juez aplicador mecánico de la ley; o el que inspirado por la confianza que en él se deposita puede realizar su tarea fuera del marco de la norma pero completo de justicia y equidad.

32.3. Sin embargo, también es cierto que el origen de los modelos ha variado en el curso de los tiempos, siendo posible aceptar a través de los índices estadísticos de confiabilidad en la justicia, que la *desconfianza* Europea torna hacia un respaldo mayor, donde las potestades jurisdiccionales aumentan pese a que se contienen en los límites de la división por competencias; mientras que los jueces americanos son genéricamente presa de severas críticas por su falta de independencia e imparcialidad, que ha tornado el sistema de la *confianza* en un espejismo absoluto.

En este contexto, uno se puede tentar con planteos teóricos y reiterar el interrogante clásico acerca de ¿cuál es la misión constitucional de los jueces?, para caer en posiciones restringidas a la aplicación de la ley; o en otras más elásticas que admiten la interpretación de la norma; o pensar en un magistrado con potestades suficientes para constituir un órgano más en la estructura del poder político, de manera que también el juez resuelva y decida con criterios económicos, políticos y sociales; entre otros muchos criterios.

Asignada la tendencia, cuadra posicionar al tribunal en el marco previsto como opción valorativa (y como tal, subjetiva y plenamente opinable) y proyectar cómo puede desempeñarse en el proceso, para que éste sea, el *debido proceso* premeditado como principio general, antes que una sumatoria de reglas.

32.4. En el terreno propio del derecho procesal constitucional se observa que el poder del Tribunal Constitucional, que de alguna manera es superior al de la propia estructura democrática de la toma de decisiones, se ha tratado de justificar desde sus comienzos, cuando Kelsen advirtió que la democracia era un compromiso de todos, de manera que el tribunal constitucional no cumplía una función anti-mayoritaria. Fue Habermas quien resolvió el quid como una cuestión de democracia deliberativa y procedimental, destacando así el papel del tribunal constitucional como un órgano que permitía el diálogo directo con el legislador.

---

[198] MORELLO, Augusto M., *Problemática actual de la justicia*, Doctrina Judicial, 1989-II, p. 1053.

Implícitamente, la mencionada "desconfianza" se proyecta también al tipo de sentencias constitucionales, sobre todo las anotadas como "aditivas" o "manipulativas" que, aun sin quererlo (¿o sí?) convierten al tribunal constitucional en un legislador con más fuerza y poder que el propio Parlamento, al que no solo condiciona con el fallo, sino que lo inhibe hacia el futuro; como asimismo lo consigue respecto al poder administrador que debe seguir la línea impuesta; y al mismo Poder Judicial que se encuentra vinculado por la eficacia y extensión de la sentencia.[199]

32.5. En Argentina la situación no se ha planteado en términos tan severos, pues la eficacia "erga omnes" de la sentencia constitucional no ha tenido recepción jurisprudencial ante la claridad del art. 116 de la Constitución Nacional que exige que la "*causa verse sobre puntos regidos…"* por ella; de manera que la controversia siempre termina siendo resuelta como un conflicto entre partes.

No obstante, después de la reforma constitucional de 1994 y la aplicación concreta del art. 43 constitucional en distintas situaciones, han llevado a una ampliación en los efectos de la sentencia, que si bien no podríamos ubicarlos en la categoría de fallos "erga omnes", sí tienen suficiente expansión para alcanzar a un sector, clase o grupo idéntico de afectados.

33. El juez legislador

33.1. El efecto expansivo de la sentencia, que se conoce como eficacia "*erga omnes*", propio de las sentencias constitucionales, es la supuesta conversión del juez

---

[199] Afirma Tania Groppi que la difícil legitimación de la justicia constitucional es evidente también en la experiencia italiana. No obstante la general aceptación y aprecio del funcionamiento de la Corte Constitucional, no son infrecuentes las críticas a veces bastante ásperas sobre sus sentencias, emitidas en nombre de la democracia mayoritaria. Más allá de las palabras, un síntoma de estas dificultades está constituido por los varios proyectos de reforma constitucional dirigidos a incidir en las funciones y la composición de la corte. Entre ellos, uno ha llegado a buen fin: la ley constitucional número 2 de 1967 ha reducido la duración en el cargo de los componentes de la corte de 12 a 9 años y ha introducido la prohibición expresa de *prorrogatio* de sus miembros, tumbando así la orientación asumida por la corte, que había por el contrario reconocido, en su propio reglamento, aplicable la institución a los jueces constitucionales. Otros proyectos de reforma, por el contrario, no han completado su iter, pero son de todas formas significativos: por ejemplo el elaborado en el 2001 por el ministro para las reformas constitucionales Bossi, dirigido a atribuir a sujetos políticos (Parlamento y regiones), por mayoría, el nombramiento de nueve de los quince jueces de la corte (en lugar de los cinco electos actualmente por el Parlamento, por mayoría calificada), o bien el presentado en 1998 como consecuencia de una intervención aditiva de la corte en materia de pruebas penales (sentencia número 361 de 1998), dirigido a impedir a la Corte Constitucional la adopción, en el futuro, de sentencias con carácter manipulativo. Además, como síntoma de la misma dificultad podría aducirse el hecho de que en 1999, por primera vez, el Parlamento italiano ha desatendido una sentencia de la Corte Constitucional, aunque fuera recurriendo a un instrumento normativo apropiado, como lo es la reforma constitucional. La ley constitucional número 2 de 1999 constituye un ejemplo de la utilización, por parte del Parlamento, de ese "derecho a la última palabra" que representa en verdad el último recurso de la política: en otros términos, de una reforma constitucional hecha "contra" la Corte Constitucional (Groppi, Tania, "¿Hacia una justicia constitucional 'ductil'? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y Jueces comunes en la experiencia italiana", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 107, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, *passim*).

en legislador; tema ampliamente controvertido en la conocida polémica entre Kelsen y Carl Schmitt, que sigue sin resolver.

El "gobierno de los jueces", que recordemos una vez más fue la expresión utlizada en Francia por Eduardo Lambert para calificar la actuación de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es una fórmula que tiene connotación peyorativa, cada vez que se desea criticar el poder excesivo de los jueces, particularmente, aunque no de manera exclusiva, tratándose de las cortes constitucionales.

Un enunciado equivalente: *Government by the Judiciary*, tiene uso pero menos extendido; lo que se explica porque en el contexto del *common law* no es sorprendente que los jueces creen derecho y, por ello, constituyan una parte del gobierno, mientras que en Europa, la función del juez no constituye un poder, porque consiste en obtener la conclusión de un silogismo, del cual la ley es la premisa mayor y el hecho la menor.

33.2. Por eso, suele preguntarse ¿realmente la distinción entre control sobre disposiciones y control sobre normas es realmente lo más importante de todo? ¿O más bien la circunstancia de que el control opere sobre un texto normativo antes que sobre la disposición aplicada (la norma) influye más que la extensión y la fuerza (o valor o "rango") de las normas objeto (o parámetro) del control? ¿Tal diferenciación es, primordialmente, más importante a efectos clasificatorios del hecho que se controlen competencias de entes y de órganos, o más bien (o también) lesiones de situaciones jurídicas de los ciudadanos? La respuesta podría ser afirmativa —sostiene Pegoraro—,[200] pero asumir tales elementos como criterio único y exclusivo de diferenciación parece limitativo, y útil tan sólo para esbozar en sus grandes líneas la tipología (siempre más rica) del control de constitucionalidad.

33.3. En realidad la coincidencia de los modelos encuentra una sutil pero trascendente distancia cuando se observa el rol del juez en la actividad del control constitucional. Es cierto que ni en Europa ni en Estados Unidos hay una jurisdicción que divida el campo de los casos donde la cuestión versa sobre el principio de legalidad (fiscalización sobre las leyes) y aquél que corresponde, estrictamente, al juicio de constitucionalidad; en los hechos, es el juez o el tribunal constitucional quien practica ambas actividades.

De este modo, la división teórica que elaboró Kelsen se ha difuminado, permitiendo que desde los procesos de amparo, o a partir de los planteos incidentales, se pierda la resolución "*in abstracto*" que debía pronunciarse hacia la generalidad; para solucionar desde el caso particular con alcances "*erga omnes*".

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

---

[200] PEGORARO, Lucio, "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional —Proceso y Constitución—*, nº 2, julio-diciembre 2004, Porrúa, México, pp. 131 y ss.

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

34. La sentencia como acto jurisdiccional

34.1. En el conjunto de los actos jurídicos procesales se destaca nítidamente la sentencia, momento preciso donde se realiza la función jurisdiccional y que entroniza el poder que ostenta.

Calamandrei sostiene que "[…] el juez ejerce jurisdicción solamente cuando decide sobre la existencia de voluntades concretas de ley de la que son destinatarios los sujetos de la relación controvertida"[201] y en esto parece coincidir la mayor parte de los estudiosos, aun contando con discrepancias bien fundadas.[202]

El problema radica, entonces, en los demás actos del proceso judicial que, siendo procesales o judiciales no serían jurisdiccionales en la inspiración de esta doctrina. Lo cierto es que dicha conclusión resuelve la naturaleza del acto más importante del proceso, pero desmerece su fundamento intrínseco al dejar fuera de esa condición (jurisdiccionales) a los otros actos del procedimiento, toda vez que el proceso es en sí mismo un conjunto que no puede reducirse sólo a un momento. Además, los litigios que terminaran sin sentencia por una contingencia de trámite, no tendrán explicación alguna, por cuanto no habrían sido jurisdiccionales los sucesos que le precedieron.

En este aspecto, coincidimos con Ibañez Frocham cuando señala que:

> […] todos los actos cumplidos por el tribunal en ejercicio de su función, inclusive los que la ley difiere al secretario como inmediato auxiliar de la jurisdicción son *jurisdiccionales*.[203]
>
> El aditamento que hace Couture referido a la cosa juzgada como elemento característico del acto jurisdiccional, puede superarse bajo la preclusión de todos los actos del proceso, que al ser secuencias sucesivas que no regresan, asumen la teleología del proceso como unidad de actos dirigidos a obtener un pronunciamiento de la jurisdicción. Ahora bien, emplazada la sentencia como un acto del proceso, puede observarse que en ese acto responde quien hasta allí aparecía como director (o espectador, en un procedimiento dispositivo rígido), dando lugar a uno de los fenómenos más notables en el tránsito hacia el derecho.[204]

34.2. La posición del juez frente a la norma reproduce el análisis crítico que hace al juicio jurisdiccional, en este conjugarán componentes de variada importancia, de

---

[201] CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre el Proceso Civil*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 45.

[202] BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal,* Harla (2ª ed.), 1995, p. 265.

[203] IBAÑEZ FROCHAM, ob. cit., p. 56.

[204] COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal,* Depalma, Buenos Aires, 1987 (3ª edición póstuma), pp. 265 y ss.

hecho y de derecho, de modo tal que el acto resolutivo podrá señalarse como un hecho jurídico y como un acto jurídico.

Así lo entiende Couture al destacar que la sentencia es un hecho [...], "porque un hecho es todo fenómeno resultante de una actividad del hombre o de la naturaleza"; y también un acto, porque "es en sí misma un juicio; una operación de carácter crítico", donde "el juez elige entre la tesis del actor y la del demandado (y eventualmente una tercera) la solución que le parece ajustada al derecho y a la justicia. Esa labor se desenvuelve a través de un proceso intelectual cuyas etapas pueden irse aislando separadamente y al que la doctrina llama formación o génesis lógica de la sentencia".[205]

La construcción del pensamiento pone de manifiesto distintas valoraciones en torno a esta elaboración; pero todo lleva a demostrar la complejidad del acto donde el magistrado no resuelve en base a fórmulas estereotipadas o esquemas de aceptación general; en realidad el resultado es el fruto de la recopilación tomada del proceso, donde concilian temperamentos disímiles como los que enfrentan la pretensión y la resistencia; percepciones íntimas y deducciones que llegan a la sentencia por una discrecionalidad técnica y normativa que expresa la voluntad judicial.

> La naturaleza jurídica de este acto de voluntad no consiste en una simple aplicación de la ley al caso concreto, lo que acaso podría servir para explicar el juicio lógico, primer elemento de la sentencia pero no su segundo elemento; tampoco es, no obstante, una *lex specialis*, un mandato análogo al de la norma pero de formulación concreta y particular en vez de general y abstracta. Lo cierto es que la sentencia opera sobre una realidad absolutamente distinta, en su esencia, a la de la ley; sobre la pretensión de una parte; y esta específica realidad es la que explica el acto que ahora analizamos; el segundo elemento de la sentencia lo constituye en efecto la actuación o la denegación de la actuación de una pretensión.[206]

34.3. La reducción del fenómeno jurisdiccional al hecho de juzgar ha provocado un debate dialéctico que reconoce largos años de antinomia entre dos interpretaciones distintas: el juez al dictar sentencia ¿crea o aplica el derecho?

La tendencia inicial elaborada por la "jurisprudencia de conceptos", trataba las proposiciones jurídicas como normas creadas en consecuencia de un esquema universalmente aceptado. El centro de gravedad fue la tarea del juez, quien sólo cumplía una actividad puramente gnoseológica. Debía subsumir el caso bajo el concepto jurídico para aplicarlo sin otra interpretación.

Wach refirió al acto de juzgar como un mero silogismo donde el juez se limita a declarar la voluntad de la ley ante un caso concreto. "La sentencia firme no es nunca y bajo ninguna circunstancia otra cosa que la aplicación del Derecho. Es la voluntad de la ley concretada, que como tal siempre vincula. La sentencia es siempre decla-

---

[205] COUTURE, *Fundamentos de derecho procesal civil,* cit., p. 89.

[206] GUASP, Jaime, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil española*, tomo I, Aguilar, Madrid, 1946, p. 954.

ración en función de protección del Derecho, pero nunca en función de producción del mismo".[207]

Estos criterios afincaban un positivismo a ultranza y fue un pensamiento rector en las opiniones vertidas durante el siglo XVIII. Condenar o absolver, nada más, sostenía Montesquieu, y Feuerbach precisaba aún más la fuerza del concepto, al señalar que el juez debía ceñirse a "deletrear la ley".[208]

Como se ve, estas ideas no podrían transmitirse con igual sentido a las sentencias constitucionales desde que ellas son naturales de los tribunales constitucionales aparecidos recién en el siglo XX. De todos modos, la aplicación de reglas y principios podrían mantener las bases teóricas sobre lo definitivo que supone una sentencia del juez o tribunal constitucional.

34.4. Ihering asoma con cierta reacción a esta postura, generando un movimiento innovador que, de todos modos, no consigue variar el espíritu conservador señalado. Dice, entonces, sobre la conexión entre el derecho y los intereses de la vida (jurisprudencia de la realidad) distinguiendo dos formas de manifestación: una inferior y otra superior. La primera, interpreta la norma jurídica, aclara su contenido, explicita sus alcances en base a una metodología de raíz común con la investigación en otras ciencias. La jurisprudencia superior comienza con la autonomía de los conceptos jurídicos, con su tratamiento como "ordenamientos jurídicos". Por esta independencia los institutos jurídicos pasan de ser sumas de proposiciones jurídicas o elementos de tales proposiciones a ser entidades existentes, individualidades lógicas a satisfacer mediante la idea de ser y de la vida individuales. Las ulteriores tareas de la jurisprudencia superior consisten en la investigación precisa de la estructura, las propiedades y las relaciones de y entre los "cuerpos jurídicos" cristalizados a partir de las proposiciones jurídicas.

Siempre en terreno de esta concepción, Alfredo Rocco modifica el enunciado precedente para indicar como silogismo judicial el proceso de emisión de la sentencia. En efecto:

> [...] la norma jurídica es un mandato que, por estar expresado en forma abstracta, tiene necesidad de ser concretada, que es lo que hace precisamente el juez en la sentencia. Pero evidentemente, en esta operación el juez no añade ninguna partícula de voluntad propia a la voluntad ya manifestada por el legislador. La operación por la cual, dada una norma general, se determina cuál es la conducta que debe seguir en el caso concreto el particular sujeto a la norma es una pura operación lógica y, como se suele decir, un silogismo, en el cual tomada como premisa mayor la regla general, como menor el caso concreto, se deduce la norma de conducta que hay que seguir en el caso particular. El juicio lógico no cambia ciertamente de naturaleza por sólo tener por objeto una declaración de voluntad, esto es, una norma jurídica. La actividad mental del juez sigue siendo una actividad puramente teórica, aunque se ejercite sobre un problema de la actividad

---

[207] WACH, Adolf, *La pretensión de declaración*, traducción de Juan M. Semon, Ejea, Buenos Aires, 1962, p. 72.

[208] GIMENO SENDRA, José Vicente, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Cívitas, Madrid, 1981, p. 112.

de otro, o sea, sobre una declaración de voluntad ajena. La operación de juez no es, pues, sustancialmente diversa de la de cualquier particular, que quiera deducir de la regla general la regla particular al caso concreto. Única diferencia es el distinto valor del juicio, o sea, la diversa eficacia jurídica del producto de aquella actividad. El derecho objetivo atribuye, en efecto, a la sentencia del juez, dados ciertos supuestos, una fuerza obligatoria que no posee la opinión de un particular. Pero tampoco aquí la voluntad del juez entra en juego, sino la ley que reconoce dicho objeto jurídico al juicio lógico del juez.[209]

34.5. Pero esta corriente mostraba fisuras notables cuando los hechos no tenían en el derecho un cuadro de aceptable inserción. Al mismo tiempo, la variación de los valores, otrora consolidados en los ordenamientos codificados, recibían la mutación constante de los reclamos presentes. La estabilidad de la norma no correspondía a la transformación de la sociedad, y no era lógico esperar una permanente adaptación legislativa.[210]

Había que indagar en la ley el motivo de su implementación; la finalidad de sus preceptos, y aún, ante el silencio legislativo debía el juez cubrir esas "lagunas del derecho", creando de alguna manera a la misma norma jurídica.

La etapa codificadora del siglo XIX y aún los ordenamientos más modernos admitieron esta "jurisprudencia teleológica", si bien delinearon su aplicación con prudencia, dejando que la ponderación judicial pudiera resolver ante el hecho concreto.

Se destacan así tres comportamientos hipotéticos: la libre estimación, la limitación a la subsunción, y la complementación coherente y dependiente del precepto. En la primera, el juez no tiene ataduras y obra como si fuera él mismo el legislador, con los inconvenientes que reporta la diferencia de criterios. La segunda alternativa se limita al esquema sostenido clásicamente, donde se prioriza la seguridad jurídica. La última posibilidad, no limita al juez a la realización de la norma reconocida, sino que le permite completar o suplir las normas insuficientes y dar a las imprecisas la determinación de que carecen. No obstante, al hacerlo no debe proceder según sus propias valoraciones, sino que tiene que estar vinculado por las intenciones del legislador, por la valoración de los ideales e intereses que están en el fondo de la norma legal.

Esta es la fuente donde abrevará la jurisdicción constitucional.

34.6. Aparece entonces Kelsen, colocando al juez como verdadero creador del derecho, toda vez que, inspirado en su *Teoría Pura* enfoca al orden jurídico como un

---

[209] ROCCO, Alfredo, *La sentencia civil,* traducción Ovejero, México, 1945, p. 127.

[210] Ello no obstante —dice Gimeno Sendra— "[…] el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico y su corolario, la obligación de los jueces de resolver en todo caso los conflictos aplicando el derecho objetivo sigue manteniéndose como uno de los postulados de todo Estado de Derecho, cuando la realidad demuestra la existencia de lagunas o de leyes desfasadas, debido en parte, a la imposibilidad del legislador de prever la totalidad de las situaciones sociales que conforman la vida moderna y el anquilosamiento, en ocasiones, del Poder Legislativo que no sabe adaptarse con la rapidez requerida a los nuevos cambios sociales o a las concepciones de valores de la sociedad". (*Fundamentos de derecho procesal,* cit., p. 113).

todo, donde sin paradoja puede ver un acto del Estado tanto en un contrato como en una sentencia, dado que ambos son creadores de derecho imputable a la unidad del ordenamiento jurídico;[211] participa Legaz, considerando que el juez al aplicar la norma general crea una norma nueva, individual.[212]

Entre los procesalistas, la idea partía de Von Bülow distinguiendo entre leyes generales y especiales, que por la vía del proceso transformaban el derecho abstracto en un mandato concreto y singularizado.[213] Esta fusión entre la ley y la sentencia ("no sólo la ley, sino la ley y la función judicial dan al pueblo su derecho") mortificó a la doctrina pues, de alguna manera, retomaba un aspecto que se consideraba superado como era la identificación entre el derecho y la acción.

No se trataba ya de observar si la sentencia era o no un complemento, sino de evidenciar cómo se instalaba en el derecho y cuáles eran los efectos que producía.

Guasp, por ejemplo, la vinculó estrictamente con la pretensión y decía que "[...] la sentencia es aquél acto del órgano jurisdiccional en que este emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo y, en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión".[214]

34.7. Esta configuración del fenómeno muestra también la presencia de dos elementos inconfundibles en el acto de juzgar: de un lado, es evidente que existe un silogismo inicial donde se compara la pretensión con el derecho y la posición objetiva de respaldo que pueda fundamentar la primera. Por otro camino, efectuado este proceso de constatación, da lugar a un acto de voluntad que discrimina la valoración que el conjunto de preceptos merece.

Tanto Couture[215] como Serra Domínguez[216] han explicado esta evolución en la cual sucesivamente aparecen en el escenario del juzgamiento y de la sentencia, motivaciones históricas (antecedentes fácticos), lógicos (subsunción de los hechos en el derecho) y críticos (voluntad concreta del juez) los que se pueden resumir en tres manifestaciones concretas de la tarea creadora del juez al dictar la sentencia judicial.

a) *La sentencia asume en ocasiones la función de crear el Derecho a través de la ausencia normativa que tiene el conflicto en cuestión*

No obstante, esta afirmación es superficial e hipotética porque la inseguridad jurídica no es la regla y cada caso concreto permite tener distintas soluciones ante identidad de problemas. Es decir que, aún cuando pueda el magistrado resolver una situación dada pergeñando las soluciones sin respaldo normativo donde adecuar las

---

[211] KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1969 (8ª ed.), p. 182.

[212] LEGAZ, Luís, *Filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1953, p. 423.

[213] VON BÜLOW, Oskar, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Ejea, Buenos Aires., 1964, p. 3.

[214] GUASP, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil.*, tomo I, cit. p. 950.

[215] COUTURE, *Fundamentos de derecho procesal civil*, cit., pp. 304 y ss.

[216] SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 63-117.

contingencias afrontadas, ello simplifica el acto de justicia en una norma de equidad, donde más correcto será hablar de un juicio de equilibrio, razón y prudencia, que de una creación pretoriana que convierta en legislador a quien no tiene potestades para ello.

b) *En otras oportunidades el juez "completa" a la norma que aplica, integrando sus disposiciones ya sea por la vía analógica o por interpretación singular*

"En teoría general se habla de autointegración o de heterointegración para significar que la primera obtiene la soldadura del sistema con la ley misma; la segunda, con el medio diverso, que es la intervención del juez".[217] En esta categoría podemos encontrar la integración por los estándares o "cláusulas generales abiertas",[218] como la moral y las buenas costumbres, orden público, diligencia de buen padre de familia, buena o mala fe, etc.

c) E inclusive, podría llamarse *acto de creación del derecho*, la modalidad que se impone al cumplimiento de una sentencia que reconoce una situación de derecho predeterminada y concreta. En este sentido, "la norma individual de la sentencia ha de contener necesariamente 'algo más' que la norma general, y ese 'algo más' es de creación judicial. Si el término creación parece excesivo, se puede hablar de elaboración, formulación o realización; lo importante es comprender que el juicio añade a la ley".[219]

34.8. La tarea desenvuelta pone en evidencia que la tarea del juez o tribunal deriva en una decisión con alcances normativos. Si abroga la ley es incontrastable la afirmación; si promueve la inconstitucionalidad tiene igual alcance; si exhorta al cambio, justifica la ponderación.

Lo cierto es que cuando se trata de sentencias constitucionales uno podría replantear las preguntas: Que es la sentencia ¿aplicación o creación del derecho conforme a la Constitución? Y, en el fondo, se podrá observar que el problema es idéntico al de la jurisdicción ordinaria, porque admite respuestas en ambos sentidos. Sin embargo, la norma jurídica no es el derecho, aunque pueda serlo objetivamente. Es decir, la función judicial decide las disposiciones a aplicar y en el mismo acto resuelve si subsume sin otra interpretación que la ya dispuesta, el caso a la norma; o bien, adopta teleológicamente el sentido normativo al conflicto que enfrenta. Así, entonces, habrá un acto de lógica pura y otro de volición estricta que se dan sucesiva y ordenadamente.

La consagración normativa no deja de ser un ensayo general del problema, y una hipótesis de solución ideal; pero, en el plano de la realidad, entrecruzan vivencias y experiencias particulares que recogen el sentido final del temperamento a seguir.

---

[217] CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y Proceso*, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 20.

[218] GIMENO SENDRA, *Fundamentos de derecho procesal,* cit., p. 116.

[219] MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al derecho procesal,* Tecnos, Madrid, 1976, p. 53.

34.9. La estabilidad de la ley es blanco de críticas cuando aspira a respuestas totalizadoras y permanentes. La constante transformación de la sociedad obliga a recrear la norma y a completar sus premisas ajustando aquella realidad del ayer a los inconvenientes del hoy y a la permeabilidad del mañana. Por eso se explican las confrontaciones jurisprudenciales y no por ellas hay insatisfacción o inseguridad jurídica.

La creación pretoriana obedece en respuesta al ritmo cansino que tiene la actitud legislativa. El derecho, pues:

> [...] está considerado como un sistema estable de normas, a pesar de su continua adaptación a las circunstancias. La tarea de nuestros juristas resulta ser, por ello, de doble filo: por un lado, han de hallar la solución justa de cada caso; por otro, han de referir la más espontánea de sus soluciones a una doctrina general que se trata de hacer derivar de los artículos del Código.[220]

Evidentemente, en la libertad de selección y en la amplitud del criterio que obtiene el juez para juzgar, están asentados los mejores fundamentos para discernir cierta capacidad creativa. Los juicios de valor y de ajuste son igualmente libres y discrecionales, aun con el riesgo de tornarse injustos, de manera que, *mutatis mutandi*, el verdadero meollo es la discrecionalidad y no la creación.

Cada una de las construcciones jurídicas que personifiquen una sentencia llevará ínsita esta cuestión, y por eso, importará más la justicia que el equilibrio normado, aún con el riesgo de la interpretación volátil o extravagante.

35. Tipos de sentencias constitucionales

35.1. En definitiva, como se puede advertir, el gran problema a resolver está en el contenido y efectos de la sentencia constitucional, si se tiene en cuenta para ello que, al ser el resultado que se obtiene de un conflicto normativo, antes que intersubjetivo, el decisorio termina el proceso interpretando o integrando el derecho constitucional que fuera puesto en análisis como consecuencia del "caso constitucional".

Así lo explicita correctamente Bocanegra al señalar que:

> [...] el papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas, muchas veces de importancia decisiva, lo que sitúa al Tribunal Constitucional, aún cuando sus sentencias continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios.[221]

La tipología de cada sentencia dictada en cuestiones de inconstitucionalidad admite ramificaciones de acuerdo con los temperamentos y orientaciones dispuestos;

---

[220] PUIG BRUTAU, José, *La Jurisprudencia como fuente del derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial,* Bosch, Barcelona s/f, pp. 136 y ss.

[221] BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1982, pp. 113 y ss.

pero nada explica sobre la actividad y los poderes del juez en su laboriosidad intelectual, como en su la tarea de sustanciar y ejecutar lo fallado.

Por tanto, nos parece importante reseñar ambos aspectos, pero separadamente a fines de evitar eventuales confusiones.

35.2. Las sentencias del proceso constitucional definen, como en tantos otros juicios, la admisión o la denegatoria de las pretensiones que se debatieron en los autos.

La particularidad que tienen se divide según el proceso tenga o no carácter contencioso, permitiendo que el juez o tribunal estime doctrinariamente las razones por las cuales entiende o no que la norma o disposición motivo del pleito, es constitucional o inconstitucional.

Esta característica polariza las opiniones doctrinarias que oscilan entre aceptar la "naturaleza dispositiva" de los fallos; o reconocer que su único efecto es meramente declarativo sin posibilidad de ejecución por sus medios.

De todos modos, el modelo donde opera el control de legalidad determina las posibilidades que encuentra el magistrado, pues el perímetro que dibuja el sistema difuso circunscribe la sentencia con efectos *res inter alios acta*, y sin extensión a terceros de la cosa juzgada; mientras que en los sistemas concentrados la generalidad potencia el interés y la *res judicata* adquiere efectos *erga omnes*.

Inclusive, el valor del pronunciamiento difiere, al ser obligatorio en unos (jurisdicción concentrada y modelo del precedente obligatorio de Estados Unidos) y suasorio en otros (sistema jurisdiccional difuso de Argentina, por ejemplo).

Es muy interesante el planteo teórico de Pérez Tremps para demostrar la articulación de los sistemas:

> [...]. En efecto, los sistemas de articulación de los distintos órganos jurisdiccionales en la tarea de aplicación de la constitución varían mucho de unos ordenamiento a otros, sobre todo, hay que insistir, allí donde existe un órganos especializado de justicia constitucional, un tribunal constitucional. En todo caso, esa variedad de soluciones técnicas tiende, también, a poner de manifiesto la necesidad de que el sistema venga presidido por una finalidad intrínseca al estado de derecho: garantizar la unidad interpretativa de la constitución ya que siendo ésta una, y siendo el ordenamiento uno, no cabe que existan mecanismos dispares de interpretación constitucional independientes. Allá donde no hay órganos de justicia constitucional especializados, esa unidad interpretativa viene garantizada por la propia estructura del poder judicial y por la existencia, como es lógico, de un tribunal o corte suprema. Sin embargo, allá donde sí existe un tribunal constitucional especializado, el riesgo de dualidad interpretativa existe. Y la solución procesal que se dé para evitarlo, por razones lógicas, debe partir de la supremacía funcional del órgano de justicia constitucional. Dicho de otra forma, si se ha creado un órgano especializado de justicia constitucional es precisamente porque se supone que a él le corresponderá fijar la última palabra en materia de interpretación constitucional.
>
> Las técnicas a través de las cuales pueden buscarse ese efecto unificador de la interpretación constitucional son diversas. Cabe destacar dos. Por una parte, que el ordenamiento otorgue efectos especiales (*erga omnes*) a las decisiones del tribunal constitucional. La segunda es la de articular, de una manera u otra, y con mayor o menor amplitud, la

posibilidad de que el tribunal constitucional "revise" las decisiones de los jueces y tribunales ordinarios. Sin menospreciar la utilidad de la primera, es la segunda técnica, la de la "revisión", la que mejor garantiza esa unidad interpretativa y la que mejor permite que los valores y principios constitucionales, y sobre todo los derechos fundamentales, impregnen la acción de todos los órganos judiciales. Como contrapartida, la posibilidad de revisión puede suscitar problemas técnicos y políticos, en especial, entre los órganos especializados de la justicia constitucional y los de la jurisdicción ordinaria. No obstante, una meditada articulación entre ambos puede ayudar a evitar esos problemas o a superarlos.[222]

35.3. Ahora bien, el juez constitucional realiza básicamente una función de inteligencia normativa, dando a los preceptos fundamentales una lectura y escala axiológica que se confronta con las disposiciones cuestionadas a efectos de advertir su admisión y operatividad.

De suyo, es posible que la deficiencia técnica o legislativa, obligue a tareas de integración, donde se cubran los vacíos legislativos; o bien, se disponga una comprensión del texto a modo de sentencia creadora de las omisiones que generan la inconstitucionalidad por ausencia de texto expreso necesario.

Tantas probabilidades señalan la necesidad de clasificar las sentencias, las que reflejan a través de los efectos que producen.

b) *Sentencias que admiten la inconstitucionalidad*

Una vez comprobada la falencia constitucional, el juez o tribunal puede:

- *declarar la inconstitucionalidad de la norma,* o bien…
- *otorgar un plazo determinado al legislador para que provoque las reformas sugeridas con la finalidad de evitar la permanencia en el texto de preceptos incompatibles con la norma superior*.

En el primer caso (inconstitucionalidad simple), la ilegalidad puede comprender a todo el texto analizado (inconstitucionalidad absoluta o plena), o centrarse en aspectos de la regulación (inconstitucionalidad parcial).

Los efectos difieren, pues mientras la ilegitimidad total evita que la norma se aplique (al caso concreto, o para todos los casos, conforme el modelo de revisión constitucional); en la nulidad parcial se permite la validez del resto.

En el segundo caso, la apertura de un plazo de corrección constitucional, es un modelo atípico que encuentra su factibilidad en el sistema político legislativo donde vaya inserto.

La idea principal consiste en dar una técnica tendiente a evitar que se califique al juez constitucional de legislador negativo, brindando al órgano legislativo la oportunidad de enmienda, dentro de un plazo prudencial, bajo apercibimiento de nulificarse la ley si transcurrido ese plazo no se procede en consecuencia.

---

[222] PÉREZ TREMPS, *La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina*, cit., Foro Constitucional Iberoamericano nº 2/3, abril-junio 2003.

El primer modelo interrumpe inmediatamente la vigencia normativa; el segundo, suspende condicionalmente.

c) *Sentencias que interpretan el texto cuestionado*

Dentro del marco de las sentencias que admiten la inconstitucionalidad, se encuentran aquellas que proyectan su eficacia a las disposiciones que se conectan con la norma declarada ilegítima.

Aquí la apertura también es doble. Por un lado, la inconstitucionalidad se da cuando el texto se interpreta fuera del contexto dispuesto y obliga a declarar su aplicación errónea; y por otro, cuando el contenido o la norma resulta viciada por los efectos que genera.

En ambos casos, son cuestiones de interpretación que deben analizarse al concierto del sistema de lectura y comprensión normativa que el tribunal o magistrado aplique.

Por eso, suele ocurrir que la sentencia, mas que declarar la inconstitucionalidad, advierta sobre la errónea interpretación, o la indebida aplicación de ella.

"En estos casos —dice Piza Escalante— el juez constitucional dispone de una determinada interpretación o aplicación de un texto que ha creado una norma que roza con la Constitución, por lo que declara que la norma producto de esa interpretación errónea o de esa aplicación indebida es inconstitucional".[223]

La dificultad de este sistema reside en la excesiva discrecionalidad que admite, la cual puede conducir a situaciones ambivalentes, o elevar el criterio de la supremacía a límites inasibles.

d) *Sentencias que integran el vacío constitucional*

También la inconstitucionalidad puede declararse por omisión de obrar legislativo, que nos lleva al vacío constitucional que cercena los derechos y garantías del conjunto o de las individualidades.

El quid no cifra aquí en lo que "se dice", sino en la ausencia, en lo que se calla o dilata en demasía socavando la expectativa lógica de quien requiere ese derecho.

Sostiene Sagüés que la inconstitucionalidad por omisión es de clases diversas y con perfiles propios, tales como: 1º) comportamiento omisivo de actos individuales (ejemplo, mora administrativa); 2º) falta de emisión de normas generales por parte de quien debe pronunciarlas (ejemplo, falta de reglamentación de disposiciones constitucionales no operativas sino programáticas).[224]

Este modelo lo tienen las actuales constituciones provinciales argentinas de las provincias de Río Negro y Tucumán. También, de manera expresa, la Constitución de Portugal cuyo artículo 283 especifica que el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de medidas legislativas

---

[223] PIZA ESCALANTE, Rodolfo, "La jurisdicción constitucional costarricense", en *Justicia Constitucional comparada*, cit., pp. 157 y ss.

[224] SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativo y ejecutivo. Su control judicial,* en ED, pp. 124-865 y ss.

necesarias para tornar realizables a las normas constitucionales, y, en su caso, ante la comprobación, ha de comunicar la existencia de la inconstitucionalidad por omisión al órgano legislativo competente.

La sentencia no dispone crear la norma faltante; simplemente denuncia la laguna normativa, aunque por las características del fallo, puede asegurarse que se trata de una verdadera norma individual dictada para el caso donde el problema se plantea.

Suelen denominarse *sentencias exhortativas* pues demandan a otros poderes de gobierno la asunción de actitudes que la justicia no puede realizar.

Otra modalidad de estas sentencias son las nominadas como *aditivas*, es decir, cuando una determinada normativa no establece entre sus disposiciones transitorias un régimen de excepción para aquellas personas que, a su entrada en vigencia, tenían derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la legislación precedente.

Sostiene Hernández Valle que, "de esa manera se genera una violación manifiesta en el principio de irretroactividad de las leyes y demás actos públicos, que sólo tiene remedio mediante una sentencia de esta tipología. Es decir, creando una norma que deje a salvo los derechos adquiridos de los recurrentes".[225]

Queda por aclarar que el concepto de sentencia "aditiva" se toma de la idea de enriquecimiento al texto que consigue la sentencia con sus argumentos.

e) *Sentencias que admiten la inconstitucionalidad y sustituyen el ordenamiento declarado ilegítimo*

En estos casos existen alternativas disímiles, según la declaración de inconstitucionalidad sea parcial o absoluta.

Cuando es en el primer sentido, se produce una "integración" o "sustitución" normativa, que completa el texto cuestionado con frases o adiciones necesarias para su cabal interpretación.

En igual dirección, pueden eliminarse párrafos, términos o enunciados que confundan el sentido axiológico o teleológico de la disposición.

Como se advierte, no estamos ante una declaración de invalidez parcial, sino de una "*manipulación*" judicial con el alcance y definición de un conjunto preceptivo.

Por eso, suelen llamarse *sentencias manipulativas* a este modelo de pronunciamientos, cuya característica principal consiste en el interpretativismo que de las palabras se hace, tomando las que son útiles y descartando las que no llevan a la finalidad buscada.

Por lo común, tienen efectos *erga omnes lo* cual supone dotarlas de cierta normatividad peligrosa.

Una proyección del sistema estriba cuando la sentencia deroga virtualmente las normas impugnadas, poniendo en su lugar las que estaban vigentes con anterioridad.

---

[225] HERNÁNDEZ VALLE, "Los poderes del juez Constitucional", en *Justicia Constitucional comparada*, cit., p. 41.

Este proceder va acompañado de una rogatoria al órgano legislativo para que rápidamente provoque el cambio previsto y, en consecuencia, consagre el nuevo orden legal requerido.

f) *Sentencias denegatorias*

Como se indica por sus términos son aquellas sentencias que deniegan la impugnación de inconstitucionalidad, a cuyo fin se basan en argumentos tomados del modelo de interpretación aplicado, o bien, recurriendo a los precedentes que condicionan la libre valoración (*stare decisis*).

No obstante, la negativa puede hallar facetas distintas si el criterio obstativo nada dice y se remite a declarar la validez normativa; o bien, incurre en apreciaciones que interpretan la cuestión dándole un giro valorativo antes no tenido en cuenta.

Esta segunda categoría, por así llamarlas, presenta divisiones posibles.

> En otros términos, dice Hernández Valle, este tipo de sentencias declara la imposibilidad de interpretar una norma en un sentido determinado como inconstitucional e indican, al mismo tiempo, la forma correcta en que debe interpretarse aquélla para que sea compatible con el bloque de constitucionalidad. Es decir, la interpretación que realiza el juez constitucional de la norma impugnada, en estos casos, es siempre una interpretación conforme a la Constitución.[226]

Son sentencias desestimatorias interpretativas, también nominadas como "*condicionales*" pues vinculan al fallo donde se asienta la cuestión, con el establecimiento de una orientación precisa que da a entender, de modo más o menos explícito.

Finalmente aparecen las "*sentencias correctivas*", donde el tribunal condiciona el rechazo del asunto de constitucionalidad a una interpretación que surge como alternativa y es producto de su propia función intelectiva.

36. Efectos expansivos de la cosa juzgada

36.1. Argentina tiene particularidades propias del federalismo que inciden notoriamente en la armonía legislativa. En materia procesal hay tantos códigos como provincias; se suman las regulaciones locales de la ciudad autónoma de Buenos Aires, y los códigos procesales constitucionales allí donde han logrado situarse (Tucumán).

La justicia federal no admite una acción directa de inconstitucionalidad, como lo tienen las legislaciones provinciales, de manera que sólo el recurso extraordinario de inconstitucionalidad (actuando sobre la base del art. 14 de ley 48) puede conseguir una decisión expresa y positiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.[227]

---

[226] HERNÁNDEZ VALLE, "Los poderes del juez Constitucional", en *Justicia Constitucional comparada*, cit., p. 43.

[227] Con este sistema, la intervención apelada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la convierte en el fiel y último intérprete de la Constitución, actuando, en consecuencia, como si fuera un Tribunal Constitucional. Vale decir, la noción de Superior Tribunal de la causa en los conflictos que tramiten en jurisdicciones provinciales no impiden a la Corte Nacional su actuación si existen en el caso cuestiones federales que pueda ella resolver por la vía del recurso extraordinario.

También el proceso constitucional de amparo puede ampliar el reducto del acto lesivo que sufre o perturba al afectado para actuar en la dimensión de la constitucionalidad normativa.

La cuestión fue, que en uno u otro, siempre la exigencia del caso (art. 2, ley 27) acotaba a las partes el alcance de la cosa juzgada; condición que varía con el amparo colectivo implícito en el art. 43 de la Constitución Nacional que impacta, en esencia, con la ampliación de la legitimación procesal activa que trasciende la esfera del simple afectado.

36.2. De todos modos la cosa juzgada en los procesos constitucionales se relaciona con el objeto tutelado dejando subsistentes las vías concurrentes o paralelas de mayor conocimiento que pudieran corresponder a cualquiera de las partes o demás interesados.

Por eso, cuando una sentencia versa sobre "cuestiones constitucionales", el alcance de la cosa juzgada puede abarcar a terceros, pero ello no se trata como un "efecto *erga omnes*", sino como una expansión de la *res judicata*.

Nuestro sistema de control de constitucionalidad impide darle a la sentencia efectos a terceros que no hayan tenido oportunidad de ser oídos, lo que significa que no se puede condenar a quien no fue parte o tuvo suficiente oportunidad para serlo.

Ello no dificulta a que la expansión se resuelva desde los presupuestos de la legitimación procesal, en la medida que el concepto de "derechos de incidencia colectiva" que está contemplado en el mencionado art. 43, permita ampliar la sentencia hacia todo beneficiado ("*pro homine*"). En caso contrario, si la sentencia desestima la pretensión, ella no comprenderá a los sujetos extraños al proceso.[228]

36.3. La cuestión es más compleja cuando el caso no se refiere a conflictos de naturaleza constitucional, pero el universo de sujetos es de significativa importancia como para resolverlos individualmente. Hablamos de los llamados "procesos colectivos", donde también la expansión de la sentencia se proyecta sin definir precisamente a los sujetos, aunque pueda indicar el grupo, sector o clase que se beneficia.[229]

---

[228] Señala Sagüés que la reforma constitucional de 1994 posibilitó que la sentencia admisoria dictada en un proceso de amparo promovido por alguien habilitado (el afectado, una asociación, el Defensor del Pueblo) en tutela de un derecho de incidencia colectiva, del consumidor, del usuario, de la competencia, etc., abarque a sujetos que no han tenido participación en ese proceso, ya sea beneficiándolos, ya perjudicándolos [...]. También es del caso prevenir que si la sentencia es desestimatoria del amparo, ella no va a comprender a los sujetos extraños al expediente. Esto fue observado en el recinto de la Convención Constituyente por el convencional Juan Carlos Hitters, quien aseguró que si en un amparo interpuesto, por ejemplo, por un vecino contra actos contaminantes de un río, mediaba una sentencia de rechazo, ello no impedía que otro vecino promoviese otra acción similar. Contra el último, no tenía efectos de cosa juzgada la resolución pronunciada en el primero (*Cfr*. SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo", en *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (art. 43 de la Constitución Nacional)*, AA. VV., Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 27/8).

[229] La directiva central de la sentencia que se dicta en las acciones colectivas es dar una solución a todo el grupo o sector afectado. Cuando la decisión es declarativa, el beneficio es inmediato y no exige de procedimientos adicionales para lograr que se aplique con plenitud, porque la cosa juzgada se extiende

Ahora bien ¿porqué es un efecto expansivo de la cosa juzgada y no un efecto *erga omnes*?

36.4. Las sentencias constitucionales, propiamente dichas, asignan las características siguientes al pronunciamiento de efectos "*erga omnes*":

a) *Son retroactivas* (*ex tunc*)

Es decir, que actúan hacia el pasado permitiéndose suprimir las situaciones creadas al amparo de la norma que se declara inconstitucional, con algunas pocas excepciones. Esta característica, algunos autores pretenden desvincularlo del efecto propio de la cosa juzgada, donde es más relevante atender el resultado de los recursos que se articulen contra la sentencia constitucional. Por eso, se tiene al efecto "*erga omnes*" como un valor, un criterio axiológico que obliga a la revisión de las situaciones pasadas como una manifestación de justicia intrínseca del fallo.

No obstante la retroactividad que caracteriza el modelo, no puede afirmarse que es general y aceptado sin dobleces. En los hechos, las legislaciones de quienes deciden la opción por Tribunales Constitucionales suelen establecer prevenciones ante el riesgo de socavar el principio de la seguridad jurídica y el derecho de defensa en juicio.

Por eso, los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos no tienen solo una posición sino varias, como lo muestran las leyes orgánicas de Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia, Rumania, entre otros, donde los efectos de las sentencias son, por regla general, *ex nunc*, mientras en Alemania, Bélgica, España, Portugal, se consideran los efectos *ex tunc* como criterio genérico.

---

hacia todos. Si el pronunciamiento es condenatorio, en cambio, cada uno de los afectados podrá resolver a través del procedimiento de ejecución de sentencia la extensión particular de la sentencia. El quid a desentrañar está con las demandas rechazadas o desestimatorias, donde ha sido común utilizar el criterio de la cosa juzgada formal (es decir que permite reiterar la demanda) frente a sentencias denegatorias; y de cosa juzgada material (que impide repetir el proceso) cuando hay sentencia que recibe y acoge la pretensión.

Esta es una solución clásica que en Latinoamérica tiene precedentes en la Ley de Acción Popular Constitucional de Brasil (1965), que tiende a evitar una eventual colusión entre las partes de un proceso colectivo, por el cual se lograría formar un precedente en contra de toda la comunidad. Esta regla se conoce con el nombre de *secundum eventus litis*, que indica el alcance de la *res judicata* de acuerdo con el resultado obtenido en el proceso. A ella se agrega otra particularidad que es el efecto *in utilibus* que significa beneficiar al afectado que litiga individualmente, suspendiendo el curso del proceso personal hasta que tenga sentencia la acción colectiva.

En consecuencia, el modelo muestra tres alternativas posibles: *a)* Si la acción colectiva obtiene sentencia favorable, la eficacia del pronunciamiento es para todos los miembros del grupo colectivo; *b)* Cuando la demanda se rechaza por falta de fundamentación suficiente, el juez deberá indicar en los fundamentos del fallo las razones que lo llevan a tomar esa determinación. Los efectos son también generales, aunque se puede replantear con nuevos hechos. *c)* Si la acción colectiva se deniega por falta de producción probatoria, la sentencia solamente tiene validez para las partes, y la cosa juzgada las somete solamente a ellas. Por ello, cualquier otra persona, grupo o entidad representativa, puede repetir la demanda aun cuando se acepta que para evitar reiteraciones abusivas, haya un plazo de caducidad para estos ejercicios (*cfr*. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Conflictos comunes en los procesos colectivos. El problema de la pretensión y la cosa juzgada*. Ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal [Mendoza, 2005]).

La influencia de Kelsen en esta cuestión ha sido muy clara. Sostenía el mentor de estos tribunales constitucionales que la decisión de la autoridad constitucional significa la casación del acto, y la decisión opera con efecto retroactivo al tiempo en que el mismo fue realizado.

> Esta interpretación se impone porque la decisión es el resultado de un pronunciamiento que tiene por objeto la nulidad del acto —que es en principio, simplemente afirmada por el interesado— y que, por tanto, la nulidad no puede ser considerada, de ninguna manera, como adquirida antes de la terminación del procedimiento, pudiendo éste conducir a una decisión en que se niegue; porque la decisión debe necesariamente tener un carácter constitutivo, incluso si, conforme su texto, se enuncia que el acto era nulo. Desde el punto de vista del derecho positivo, esto es, de la autoridad que decide el susodicho acto nulo, no existe más que anulabilidad, y en este sentido es que puede presentarse la nulidad como un caso límite de la anulación con efecto retroactivo.[230]

Igual dilema se ha planteado en Latinoamérica al observar las legislaciones locales. Bolivia, en la Ley 1836 (1998) se preocupa por indicar los contenidos de la sentencia, reglamentando los efectos temporales y las afectaciones individuales que pueda tener.

Colombia, determina que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control "tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario".[231]

Ecuador, directamente priva de efectos retroactivos al fallo, que por sí mismo es irrecurrible. Pero desde la fecha de publicación en adelante, tiene efectos derogatorios.

---

[230] KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)", tomado del *Anuario del Instituto de Derecho Público*, París. Publicado también en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France e ˆ`al Etranger*, París. *Cfr. Teoría General del Estado*, trad. Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1934.

[231] La sentencia C-037/96 de la Corte Constitucional colombiana fijó algunos criterios de modulación de los fallos en el tiempo, precisando que: "Los efectos concretos de la sentencia de inexequibilidad dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución —que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc, esto es, retroactivos— y el respeto a la seguridad jurídica —que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc, esto es únicamente hacia el futuro—". En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana hay diversas sentencias que han determinado efectos *ex tunc*, así ocurrió con el fallo C-149 de 1993, en que la ley 6 de 1992, había establecido un impuesto retroactivo, el que fue declarado inconstitucional, pero como muchos contribuyentes ya habían cancelado el gravamen, se ordenó la devolución inmediata de las sumas canceladas. En otros casos, la Corte Constitucional ha declarado la inexequibilidad del decreto con fuerza de ley desde el momento mismo en que se había declarado la inexequibilidad del decreto que había establecido el respectivo Estado de Excepción de Emergencia, como es el caso de la Sentencia C-187 de 1997. Asimismo, en fallo C-619 de 2003, se determinó que el efecto del fallo que resolvió la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 900 de 2003, que había sido dictado por el gobierno en virtud de un Estado de Excepción Constitucional prorrogado declarado inconstitucional por el propio Tribunal en sentencia C-327 de 29 de abril de 2003, tenía el carácter de determinar la pérdida de vigencia del mismo desde el momento de su expedición (*Cfr.* NOGUEIRA ALCALÁ, ob. cit., *passim*).

Perú dispone en el art. 40 de la Ley *Nº 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional* una consecuencia similar, es decir, no afectar las situaciones juzgadas ni revivir normas derogadas o que se hubieran declarado inconstitucionales.

Venezuela, por su parte, regula la eficacia definitiva de los fallos de la Sala Constitucional imponiendo que sea ésta quien determine los efectos de la decisión en el tiempo.

b) *Afectan derechos consolidados*

La norma que se declara inconstitucional deja de tener vigencia, y como la decisión es retroactiva, alcanza a todas las relaciones jurídicas nacidas en orden al problema que se resuelve. En Italia, donde la actuación del Tribunal Constitucional es incidental (es decir, que se origina la cuestión constitucional por un planteo entre partes) la inconstitucionalidad afecta no solo al proceso donde se proclama, sino también a todas los derechos que la norma derogada alcance.

Ello significa que la ley se expulsa inmediatamente del ordenamiento jurídico, sin darle posibilidad al legislador de revisar el texto cuestionado; o de sancionar otra en su lugar; menos aun se puede circunscribir el tema al caso resuelto. Por tanto, la propia sentencia adquiere un valor normativo, o "fuerza de ley" como dice el Tribunal Constitucional alemán.

En España, se ha hecho la advertencia que el efecto expansivo no puede comprender a las resoluciones firmes adoptadas en expedientes administrativos, por exigencia del principio de seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional español, con cierta prudencia, maneja para sí los efectos temporales, pero ha declarado que sus sentencias aun siendo "*erga omnes*" no alteran las situaciones consolidadas que se han producido al amparo de la ley que ahora se entiende que es inconstitucional. La única excepción que persiste es el caso previsto en el art. 40.1 de la Ley Orgánica para los supuestos de normas de carácter sancionador, donde altera un acto administrativo firme si de ello resulta un beneficio para quien ha sido previamente sancionado.

c) *Tienen efectos derogatorios o anulatorios*

Las sentencias derogan la ley, norma o reglamento interpretado. Esta anulación inmediata marca una diferencia muy importante a la hora de trazar distancias con otros modelos y con las implicancias que ello significa.

En primer lugar aparece el problema del efecto temporal, porque la abrogación es consecuencia directa, de manera que produce una laguna legislativa que no es de fácil resolución.[232]

---

[232] Afirma Tania Groppi que en Italia las consecuencias temporales de las decisiones estimatorias no surgen de la sentencia, sino del artículo 136 de la Constitución y son indisponibles por la corte. Combinándose con el carácter *erga omnes* de los pronunciamientos, tal indisponibilidad genera cuestiones de no fácil solución, como se comprende cuando se considera que toda decisión de anulamiento, eliminando las normas inconstitucionales, crea un vacío, una laguna que puede proyectarse en el tiempo. Esto en numerosos casos (cuando el respeto de la Constitución no exige la eliminación de la norma legislativa sino la sustitución con otra que tenga un contenido conforme con la Constitución misma) no cierra el problema de constitucionalidad, sino que lo abre, arrancando un proceso interpretativo-creativo para re-

En Europa, señalados los inconvenientes de esta eficacia inmediata del fallo constitucional, llevaron a reglamentar puntualmente el problema. Alemania, en el art. 78 de la ley que regula al Tribunal Constitucional estableció la doble eficacia de las sentencias, en el sentido de declarar la incompatibilidad con la Norma Fundamental y la nulidad subsiguiente; sin embargo, cuando la decisión genera "situaciones jurídicas insoportables", muestra cierto nivel de discreción y solo declara la inconstitucionalidad aplicable en el caso, sin resolver la nulidad normativa.

En Austria, no se quieren correr riesgos, y las sentencias tienen efectos "*ex nunc*" (hacia el futuro), aunque obliga al Canciller Federal o al Gobernador Regional competente a publicar sin demora la derogación. El artículo 140.7 reglamentario determina:

> Anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal constitucional, quedarán vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguirá aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, excepto aquella que haya dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiere dispuesto otra cosa en su fallo derogatorio. Si el Tribunal Constitucional hubiese fijado en dicho fallo un plazo conforme a lo previsto en el párrafo 5, la ley se aplicará a todos los hechos que se consumen antes a que expire el plazo, con excepción precisamente del caso que dio origen a la sentencia.

El segundo orden de planteos se suscita con el tipo de sentencia emitida. Puede exhortar al Parlamento para que considere los fundamentos del fallo y adopte el temperamento correspondiente; podrá fijar una fecha o tiempo para que se cubra el vacío normativo; hasta puede actuar como legislador y crear el derecho desde la fundamentación de la sentencia,[233] entre otras de las tantas actitudes que puede adoptar conforme se clasifiquen los tipos de sentencias constitucionales.

d) *La sentencia cobra fuerza normativa (propiamente, es casi una ley)*

La duda constitucional puede ser resuelta, a grandes rasgos, con dos tipos de sentencias: las denominadas *estimatorias*, que declaran la inconstitucionalidad; y las

---

parar la constitucionalidad violada. Es solamente a través de la acción del circuito corte-jueces-Parlamento, del resultado de su acción conjunta, como se supera la inconstitucionalidad. Y no por medio de la acción solitaria de la corte (ob. cit., p. 34).

[233] Jiménez Campo habla de la suplencia jurisdiccional del legislador, evidenciando que la suplencia de éste se plantea en aquellos ámbitos en los que la Constitución, por sus innovaciones materiales, no puede considerarse integrada, a través de la legalidad preconstitucional. En este ámbito de lo radicalmente nuevo se sitúan los tres supuestos reales en los que, por el momento, el Tribunal Constitucional (español) ha realizado el reconocimiento y amparo del derecho fundamental pendiente de regulación legislativa y, por ello mismo, mediatizado en su eficacia plena: derecho a la objeción de conciencia del art. 30.2 (STC 15/982), derecho a la libertad de expresión e información (art. 20.1) por determinada modalidad televisiva (STC 31/994, seguida por otras resoluciones análogas) y, en fin, "derecho" al cumplimiento de la limitación en el empleo de la informática que establece, para la protección del honor y la intimidad, el art. 18.4 (STC 254/993). En todas estas resoluciones constató el Tribunal, con unas palabras u otras, el incumplimiento o la omisión del legislador llamado por la Constitución para la regulación del derecho en cada caso comprometido […] (JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías,* Trotta, Madrid, 1999, p. 59).

desestimatorias que rechazan, total o parcialmente, la cuestión constitucional. Las primeras tienen varios tipos, y son las que adquieren carácter vinculante y fuerza legal propia.

Las sentencias constitucionales trascienden la doctrina legal, que es la característica de las sentencias pronunciadas por jueces del sistema difuso.

La llamada legislación negativa propia del pronunciamiento anulatorio de la ley, en los hechos ha cambiado con el tiempo y la evolución de los Tribunales Constitucionales. Hoy, podría decirse, que son creadores de normas jurídicas. El poder de la interpretación (propio y funcional en el sistema difuso de control de constitucionalidad) se expande no solo a la tarea de adecuar el precepto, la regla o la norma de que se trate al principio de la supremacía, sino que convierte al órgano en un instructor del Parlamento o Legislatura, a quienes, en definitiva, aconseja u ordena como realizar la norma constitucional.[234]

e) *La sentencia constitucional hace cosa juzgada en la parte dispositiva y en los fundamentos acordados*

La cosa juzgada constitucional difiere de la *res judicata* ordinaria (procesos comunes). Mientras la primera tiene efectos materiales y permanentes solamente cuando la sentencia es estimatoria (en caso contrario, la cosa juzgada es formal y admite cuantos replanteos se formulen); la segunda se extiende y proyecta a todas las cuestiones de hecho y de derecho que hubieran sido debatidas.

Además, la construcción de la cosa juzgada constitucional involucra los fundamentos de la sentencia, mientras que los fallos del sistema difuso la *res judicata* únicamente está en la parte dispositiva.

De todos modos, esta es una característica genérica que no goza de plena aceptación. En Colombia, el art. 243 de la Constitución, establece en la parte pertinente que hay cosa juzgada implícita cuando los conceptos de la parte motiva guardan una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

De no quedar bien definida esa relación, el fundamento hasta puede ser considerado "obiter dicta".[235]

---

[234] Para López Guerra los Tribunales Constitucionales han dejado de ser exclusivamente (si alguna vez lo fueron) "legisladores negativos", para convertirse en gran manera en creadores de normas jurídicas, por la vía de la interpretación. Ello supone que, aparte de la (escasamente ejercida, en términos relativos) función de revisión de decisiones del poder legislativo, cumplen una función complementaria respecto de ese poder, en mayor medida aún que otros Tribunales. Desde el punto de vista clásico (expresado, por ejemplo, en el preámbulo de la Constitución española de 1978, que considera a la Ley como "expresión de la voluntad popular") ello representaría una separación del principio democrático, ya que los Tribunales Constitucionales no se limitan, como los Tribunales ordinarios, a interpretar la ley, sometidos a los cambios que en esta quiera introducir el legislador, sino que, además, pueden dar instrucciones al legislador sobre cómo debe llevar a cabo su función legislativa, si no quiere incurrir en inconstitucionalidad (LÓPEZ GUERRA, Luís, *Democracia y Tribunales Constitucionales, passim. Cfr. Estudio preliminar a Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2000 (2ª ed.) pp. 13-35).

[235] La Sala Constitucional, en la sentencia C 37/96 sostuvo como doctrina constitucional: Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevo-

Por otra parte, la cosa juzgada constitucional no es jurisprudencia, propiamente dicha, sino doctrina constitucional que expone desde la decisión y sus fundamentos la más pura y genuina interpretación de la Norma Fundamental del Estado.

En el sistema americano, la revisión judicial de la legislación adquiere desde la doctrina del precedente obligatorio (*stare decisis*) y el efecto "*erga omnes*", un alcance aproximado, que no tiene nuestro país al tener únicamente los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación un valor ejemplificativo.

f) *Actúa como una casación constitucional*

Finalmente, las sentencias de los Tribunales constitucionales actúan como una verdadera casación. Llevan la impronta de la naturaleza jurídica de estas actuaciones, sea como depuración y uniformidad en los criterios de interpretación, o como reaseguro del principio de igualdad y seguridad jurídica.

Este es el sentido de la eficacia "*erga omnes*", y al mismo tiempo, refleja la creación del derecho desde la interpretación constitucional.

Quizás esta singularidad sea el meollo principal de las actividades que concretan los Tribunales Constitucionales. Las reservas de otrora que afincaban en observar su actuación como un "legislador negativo", han cambiado para advertir la tarea de recreación y armonía que celebran permitiendo la aplicación efectiva y concreta de las disposiciones constitucionales.

Por eso es preciso reconocer en los modelos de sentencias la dinámica que llevan sus decisiones (interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, etc.) que los configuran como legislador positivo, porque la sentencia constitucional no se limita a suprimir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que incorpora una norma nueva al ordenamiento. Con esta lectura, hasta las propia fuentes del derecho se trastrocan.

36.5. Por su parte, la sentencia que se dicta en un proceso constitucional del sistema difuso alcanza efectos de cosa juzgada que se aplican solo al caso analizado, y se caracteriza por:

---

cable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

Pero si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley.

Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (Art. 241 C.P.)

a) *No tener efectos retroactivos (ex nunc)*

La eficacia "inter partes" de la sentencia significa que el juez no anula la ley que interpreta, sino que declara la inaplicación de ella por encontrar una nulidad o vicio que la invalida. El fallo, en consecuencia, "declara" la ilegalidad o denuncia la inconstitucionalidad, resolviendo hacia atrás únicamente en el caso concreto que analiza. El peso de la jurisprudencia seguramente podrá ser una pauta de seguimiento para otros casos similares, pero ningún tribunal está obligado a renunciar al poder de interpretación que tiene.

El juez argentino, arquetipo del sistema difuso, puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero el alcance de su pronunciamiento siempre es hacia el futuro, con mínimas excepciones.

Es cierto que esta característica es propia de la eficacia de la cosa juzgada y que se distingue del alcance "*erga omnes*" en función de la atención singular o genérica que tienen respectivamente. Pero también lo es que el efecto *ex-nunc* es normal en la sentencia constitutiva pero no pertenece a su esencia, en palabras de Chiovenda.

Cuando se habla de sentencias constitucionales en el sistema argentino, hay que tener mucho cuidado de ver la jurisdicción que interviene, pues en el orden federal no hay otra posibilidad que el pronunciamiento dictado en un caso concreto; mientras que en otras, por ejemplo, en la ciudad autónoma de Buenos Aires (art. 113 inciso 2º de la Constitución local, reglamentado por la Ley 402) por tomar solo un caso, puede plantearse la cuestión constitucional abstracta lo que incide en las repercusiones del fallo.[236]

---

[236] Sostiene Alejandro Verdaguer que la posición asumida por el Superior Tribunal en el caso "Defensoría de Pueblo", permitía descartar la posibilidad de que esta acción fuera abstracta, es decir prescindente de un "caso". Sostuvo tal criterio en razón de que frente a la acción planteada por la Defensora del Pueblo, que tuvo una importancia institucional y política nada desdeñable (recuerde el lector la discusión que se planteó en los medios de comunicación respecto a la problemática de la prostitución y su oferta en la vía pública, lo que motivó la modificación del art. 718 del Código Contravencional y su impugnación por parte de esta última funcionaria, quien entendió que la nueva redacción de ese artículo era contraria a las normas contenidas en la Constitución nacional, y demás los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la Constitución local), el Superior Tribunal resolvió, por mayoría, desconocer la legitimación de la Defensora del Pueblo. A tal conclusión, que era de por sí suficiente para rechazar la acción de inconstitucionalidad planteada, se le sumó otra que entendimos relevante para desentrañar el *quid* de la acción en estudio. El voto de la mayoría, al finalizar el párr. 18 señaló lo siguiente: "Hasta tanto el legislador no reglamente los presupuestos procesales de esta acción resulta aplicable la más que centenaria exigencia establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que los tribunales deben limitar su intervención a las causas en que exista un interés jurídicamente reconocido para accionar (CSJN, *Fallos*, 156:318, y 242:353, *LL*, 94-165; 243:176, *LL*, 96-370; 245:553, *LL*, 103-296; 256:104, *LL*, 112-558 y 110; 303:393; 304:1088; 306:1125; 307:2384; 308:1489, *LL*, 1987-A-496; 310:2342; 311:2589; entre otros)". Esta explícita referencia a la centenaria jurisprudencia de la Corte Suprema, como a la existencia de un "interés jurídicamente reconocido para accionar" sólo permite una interpretación posible: la existencia de un caso como presupuesto de la acción. Es interesante destacar que si bien el término "interés" tiene más de una acepción, en el terreno de la acción meramente declarativo (art. 322, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación) —que como sabemos es el sustento de la acción

De ambas cuestiones surge una nítida separación entre un fallo dictado con alcances "*erga omnes*" con implicancias retroactivas, de aquél que se pronuncia en el caso concreto donde es válido solo para las partes y sin otro efecto que el proyectado desde la cosa juzgada.

b) *No afectar derechos adquiridos*

En nuestro ordenamiento jurídico la irretroactividad de las leyes está consagrada en el art. 3º del Código Civil. La Constitución Nacional no se refiere al problema, por lo cual si se diera a una sentencia éste carácter, su inconstitucionalidad sería posible por la incompatibilidad que tenga con otras garantías fundamentales, como el derecho de propiedad o el derecho de defensa en juicio.

En México, en cambio, que tiene una estructura federal muy similar a la nuestra, el art. 14 de la Constitución Política dispone que: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

Siguiendo estas líneas podría pensarse que si la ley no afecta derechos adquiridos podría ser retroactiva, de manera que en igual sentido una sentencia podría alcanzar situaciones consolidadas bajo el amparo de una norma que se declare inconstitucional. Sin embargo, esto solo es factible al distinguir entre situaciones jurídicas abstractas y concretas, según el acto afecte o no el *status quo* precedente. Y aun así, en Argentina, la irretroactividad es absoluta ya sea porque "la retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales", y porque "[…] a los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias" (art. 3º del Código Civil).

En consecuencia, la distancia con el modelo europeo es muy clara, sobre todo cuando se observa que la inconstitucionalidad declarada por un Tribunal Constitucional importa, asimismo, la nulidad de los actos que fueran consecuencia de aplicar la norma viciada. Mientras que en el sistema difuso local no se da esa relación entre inconstitucionalidad y nulidad pues no hay una ni otra. Se declara la inaplicación de la norma en el caso, y la sentencia tiene efectos hacia el futuro.[237]

---

de inconstitucionalidad en el orden nacional (a falta de una regulación expresa)— usualmente fue utilizado por nuestro máximo tribunal como contraposición a la cuestión "abstracta". Para la Corte Suprema, quien plantea una acción de inconstitucionalidad (nos estamos refiriendo a la nacional) debe demostrar un "interés", es decir acreditar que la declaración que se persigue no importe una indagación meramente especulativa y responda a una causa en los términos de los arts. 108, 116 y 117 de la Constitución nacional (Verdaguer, Alejandro, *La acción de inconstitucionalidad en la Ciudad de Buenos Aires,* Astrea, 2001, documentado rescatado de la página web de la editorial).

[237] Inclusive en países donde se cuentan Tribunales Constitucionales del que hemos denominado modelo "híbrido", por la confusión entre los modelos que interactúan (*v. gr.:* Perú), la doctrina ha señalado: "La capacidad que tiene el Tribunal Constitucional de modular en sus sentencias el alcance de la nulidad se traduce en la progresiva limitación de los efectos retroactivos de la misma, dando lugar a sentencias prospectivas que establecen los efectos de la nulidad exclusivamente hacia el futuro, sin que se retrotraigan en ningún caso al comienzo de la vigencia de la norma declarada inconstitucional cuyos efectos jurídicos ya consolidados no se cuestionan. Esto ha dado lugar a que tanto la doctrina como el mismo Tribunal

c) *La sentencia hace cosa juzgada solo en la parte dispositiva*

Es doctrina tradicional repetir a Chiovenda para sostener que

> la autoridad de la cosa juzgada se dice que sólo recae en la parte dispositiva de la sentencia, pues los motivos o razones que ha formulado el juez para llegar a tal conclusión no tienen valor… […] La sentencia vale como expresión de la voluntad del Estado y no por sus premisas lógicas: éstas deben desenvolverse por el juez en los motivos del fallo y como una garantía para los ciudadanos; pero no adquieren valor de cosa juzgada…[238]

Conocida es también la polémica que desde Savigny se ha planteado para saber si únicamente la parte dispositiva de la sentencia y no el contenido es lo que deviene firme e inmutable, y que tanto impacta en la formación de las sentencias constitucionales donde los criterios no han sido uniformes.[239]

De este encuadre aparece una consecuencia ineludible a los fines de evaluar el impacto de la sentencia constitucional en uno u otro mecanismo. Los Tribunales Constitucionales al resolver un caso (concreto o abstracto) definen para el futuro y definitivamente, porque la sentencia fija un criterio que es de seguimiento obligatorio para los tribunales inferiores; casi como sucede con el control de constitucionalidad del modelo americano con el *stare decisis.* Mientras que en Argentina, solo la parte dispositiva es la que pasa en autoridad de cosa juzgada, y el resto de los fundamentos solo adquiere valor ejemplificativo.

En suma, uno anula el problema y fija un temperamento general de carácter obligatorio que fundamenta en las consideraciones e interpretaciones de la sentencia. Los otros (control difuso sin precedente obligatorio) mantienen el problema al resolver una por una las situaciones de crisis planteada.

Constitucional hayan establecido una cierta asimilación entre la nulidad derivada de las sentencias de inconstitucionalidad y la derogación, toda vez que en definitiva en ambos supuestos se produce el cese de la vigencia de la norma legal *pro futuro,* sin efectos retroactivos…". (*Cfr*. GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción, "El control de constitucionalidad y sus acciones procesales", en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, obra coordinada por Susana Ynés Castañeda Otsu, Jurista, Lima [Perú], 2004 (2ª ed.), p. 355).

[238] CHIOVENDA, Giusseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo 2, Reus, Madrid, 1925, p. 424.

[239] En Colombia, por el caso, la Sala Constitucional se interroga: "¿Que parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?: La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita: Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución. Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos. En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar —no obligatorio—, esto es, ella se considera *obiter dicta*. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutiva, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia (Febrero 5/996 Corte Constitucional, Sentencia C-037/96).

d) No provoca la nulidad de la ley[240]

En tren de establecer más diferencias adviértase que los fallos del control difuso de la constitucionalidad son declarativos, por vía de principio, y no derogan la ley porque tan solo dejan de aplicarla en el caso concreto. Para la abrogación se necesita un acto político o la intervención del legislador.

En cambio el control concentrado anula la ley al declarar la inconstitucionalidad, y por eso el debate actual sobre el peso institucional de los Tribunales Constitucionales.

36.6. Las distinciones trazadas, en grandes líneas, resultan de confrontar las sentencias que dictan los tribunales constitucionales (europeos y americanos) respecto del juez argentino que, actuando el principio de la supremacía constitucional, resuelve en sus pronunciamientos una situación de hecho.

Cabe recordar que la relación entre jueces constitucionales y justicia ordinaria no es un vínculo de subordinación; por eso, en la búsqueda de armonía entre los tribunales, suceden múltiples cuestiones que provocan tensiones ante situaciones muy puntuales, como el tema de la ejecución por parte de la justicia ordinaria de las sentencias dictadas por la jurisdicción constitucional.

Esta influencia de los tribunales constitucionales sobre el Poder Judicial no deja de generar sobresaltos.[241] Uno de los debates principales gira en torno al efecto "*erga omnes*" de las sentencias. Por ello fue preciso establecer las diferencias.

---

[240] En los ordenamientos provinciales esta característica no es uniforme. En Río Negro cuando el tribunal en un juicio contencioso declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto en materia de litigio de una norma local o municipal, puede en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial.

En Tierra del Fuego dispone el art. 159: Cuando el Superior Tribunal de Justicia declare por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma jurídica materia de litigio, podrá resolver la suspensión de su vigencia en pronunciamiento expreso dictado por separado, el que será notificado en forma fehaciente a la autoridad que la dictara y dado a conocer en el diario de publicaciones legales dentro de los cinco días de emitido.

En San Luis el artículo 10 (*Declaración de inconstitucionalidad*) dice: "Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la ley suprema de la Nación o a esta Constitución, carece de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio, aún cuando no hubiere sido requerido por las partes. La inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico y vigente.

En La Rioja se establece que la interpretación que efectúe el Tribunal Superior en sus pronunciamientos sobre el texto constitucional, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones, es de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores. La ley establecerá la forma y el procedimiento para obtener la revisión de la jurisprudencia.

Coincide con el art. 209 de la Constitución de San Juan.

[241] Entre muchas situaciones, Nogueira Alcalá recuerda un caso sucedido en Colombia donde se debatía entre una sentencia de la Sala Constitucional y el valor de la cosa juzgada. En efecto, la Corte debió analizar la constitucionalidad del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que contenía normas que configuraban el sistema de financiamiento de viviendas a largo plazo. Esta fue

La generalización del pronunciamiento que beneficia "a todos" suele encontrar resistencias cuando se opone al valor de la cosa jugada. Por eso, la regla de los efectos "*ex tunc*" compromete instituciones del debido proceso[242] al vulnerar derechos que se encuentran consolidados.

---

encontrada inconstitucional, pero surgió en el Pleno la objeción acerca de la posible cosa juzgada que existía en la materia, ya que la Corte Constitucional, desde 1994, había dictado una sentencia donde sostuvo que todo el Decreto 663, del cual hacían parte las disposiciones actualmente impugnadas, era constitucional. La Corte Constitucional examinó minuciosamente la sentencia del año 1994, en la que constató que el tratamiento sobre la norma no había sido completo y que la referencia a la inconstitucionalidad del Decreto 663 solo aparecía en la parte resolutiva del fallo, no teniendo la parte motiva o los considerandos del mismo la mas mínima referencia al contenido de dicho Decreto y a su confrontación con la Constitución. Así, la sentencia de la Corte Constitucional C-700 de 1999, debió reconocer que respecto de dicha disposición normativa en la sentencia de 1994 había sólo una apariencia de cosa juzgada (NOGUEIRA ALCALÁ, *Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*, cit., *passim*).

[242] Explica Nogueira Alcalá que, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, para que exista una cosa juzgada constitucional material, es necesario que las partes no puedan reabrir el debate constitucional sobre la misma materia en otro procedimiento. Así, puede señalarse que, en los países que tienen una jurisdicción constitucional concentrada, la sentencia del Tribunal o Corte Constitucional adopta el carácter de cosa juzgada formal y material o sustancial, salvo los casos en que ella sea revisable, mediante algún procedimiento o trámite por el propio Tribunal Constitucional, o cuando el Estado ha reconocido jurisdicción en la materia a un Tribunal *supra* o transnacional a cuyas sentencias se le ha reconocido carácter jurídico vinculante. En tal caso, la sentencia del Tribunal Constitucional sólo tendrá carácter de cosa juzgada formal mientras no transcurran los plazos que permiten impugnar el fallo, teniendo sólo el carácter de cosa juzgada material si transcurren los tiempos sin que lo decidido en dicha sentencia sea impugnado en sede *supra* constitucional. Si la sentencia como acto estatal es impugnado por violación de derechos humanos, entre ellos el derecho al debido proceso, siendo dictada sentencia estimatoria en la instancia supranacional, la sentencia del Tribunal Constitucional debiera ser revisada [...]. Por otra parte, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, puede darse el caso que los fallos del Tribunal o Corte Constitucional que determinen la constitucionalidad de un enunciado normativo constitucional no tengan fuerza de cosa juzgada material, si a través de un procedimiento posterior, otras partes pueden volver a sostener la inconstitucionalidad del mismo enunciado normativo por la misma razón, situación que posibilita la revisión del criterio antes utilizado por el mismo Tribunal Constitucional sobre la conformidad de dicho enunciado normativo con la Carta Fundamental, generando una nueva doctrina con nuevos fundamentos. No debe olvidarse como recuerda Néstor Pedro Sagüés que la cosa juzgada constitucional mas que cumplir una función pacificadora poniendo fin a un conflicto, tiene por misión fundamental defender la supremacía de la Constitución.

De esta forma, si presentado un primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional a requerimiento de un órgano estatal, hay un pronunciamiento de constitucionalidad del enunciado normativo impugnado de inconstitucionalidad, volviendo posteriormente a impugnarse la constitucionalidad del mismo enunciado normativo por otro órgano legitimado activamente para ello, admitiendo la Corte o Tribunal Constitucional en este segundo caso la inconstitucionalidad de dicho enunciado normativo, el cual es eliminado del ordenamiento jurídico con efectos ex tunc (retroactivos), en dicha hipótesis no podría señalarse que el primer fallo tuvo efectos de cosa juzgada constitucional material, ya que este fue enervado por la segunda sentencia en que el mismo Tribunal cambio de criterio (NOGUEIRA ALCALÁ, *Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*, cit., *passim*).

37. La situación en Argentina

37.1. El art. 116 de la Constitución Nacional sostiene que: "*Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución…[…]".*

A su turno, el art. 117 dice que: "En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente".

De este cuadro de competencias queda en claro que la competencia federal le corresponde a "todos los jueces", con las excepciones indicadas para la Corte en instancia originaria y exclusiva. Inclusive, el art. 31 de la misma, agrega un elemento más de ponderación para dejar en claro que "todas" las causas y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a la Ley suprema de la Nación.

37.2. Sin embargo no surge de manera explícita el procedimiento que debe darse, por lo cual, la doctrina más calificada sostiene que,

> […] aunque el art. 31 proclama la supremacía constitucional, nada dice acerca del procedimiento, alcance del control o sujetos destinados a impedir la violación de aquella preeminencia. En cambio, sin pronunciarse expresamente sobre el punto, el art. 116 de la Constitución Nacional dispone que "*corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación…".* Así la interpretación armónica de ambas normas da sustento, no solo al control de constitucionalidad de las disposiciones inferiores a la ley de base, sino a que sea la Corte Suprema, el tribunal atribuido en última instancia para ejercer aquel control. Después de la reforma constitucional de 1994, el art. 43 reconoció expresamente la procedencia del control de constitucionalidad difuso y en causa concreta, en materia de amparo.[243]

En los albores de nuestra organización política e institucional, fue famosa la polémica entre Sarmiento y Alberdi sobre quién debía fiscalizar y resguardar a la Constitución Nacional,[244] oscilando las ideas entre el modelo de la Constitución Americana con obligatoriedad de seguimiento de los fallos del supremo tribunal, y el mecanismo difuso que dejaba en manos de la Corte la instancia resolutiva final en instancia apelada; criterio, éste último, que primó en definitiva.

De este modo, quedó en la Corte Suprema de Justicia de la Nación la palabra final en cuestiones de constitucionalidad y en los tribunales inferiores de la Nación el control y fiscalización del principio de la supremacía constitucional. Siempre, claro

---

[243] GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. La Ley (2ª ed.), Buenos Aires, 2003, p. 285.

[244] *Cfr*. MANILI, Pablo L., LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo A., "¿Quién debe ejercer el control de constitucionalidad en Argentina?", en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles* (Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 534).

está, con relación a un caso concreto, evitando abstracciones y pronunciamientos dogmáticos.[245]

37.3. En consecuencia, establecer una eficacia hacia todos desde una sentencia de tipo constitucional (por ejemplo, cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley) es contraria a nuestro sistema constitucional, pues siempre la eficacia es refleja de la cosa juzgada (esto es: en el caso concreto), y cualquier proyección a terceros debe ser producto de cuestiones de información previa y posibilidad efectiva de comparecer en la causa.

Con ello queremos reafirmar que la sentencia constitucional puede alcanzar a terceros, si es que a estos se los ha notificado y emplazado previamente; salvo en procesos muy especiales, como los colectivos o aquellos donde la tutela se dispensa hacia intereses difusos, donde los problemas de legitimación (pertenencia del derecho debatido) resuelven la crisis de identidad permitiendo la expansión de la cosa juzgada.

Y aún así, ésta exige que aquel que quiera aprovechar los beneficios del límite expandido, deba ocurrir a los tribunales y acreditar la personalidad que invoca. Sencillamente porque en nuestro sistema judicial no existe la regla de preguntar al que quiere acceder a la justicia: ¿Ud. qué quiere? Para interrogar en su lugar ¿Ud. quién es?

---

[245] La Corte Suprema de Justicia de la Nación repetidamente sostiene que ella es la intérprete final y último de la Constitución Nacional, por lo cual el superior tribunal de la causa a los efectos de los recursos extraordinarios regulados por las leyes 48 y 4055, será el anteúltimo órgano jurisdiccional en expedirse sobre la cuestión federal debatida (de la sentencia de la Corte según la doctrina sentada en "*Di Nunzio*", 03/05/2005, La Ley 2005-C, 553, a la cual se remite) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/10/2005, "*Leyva, Ramón* I.", DJ 04/01/2006, 24 - La Ley, 2006-C, 118, con nota de Lino Enrique Palacio.

El Poder Judicial ejerce un verdadero control de constitucionalidad cuando verifica si los actos de los otros dos poderes se han cumplido dentro de sus respectivas esferas de actuación, pues decidir si un asunto ha sido conferido a otro poder del Estado, o si la acción de ese poder excede las facultades que le han sido otorgadas (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/05/1998, "*Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional*", La Ley, 1998-C, 574 - DJ 1998-2, 738 - Fallos 321:1252 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de Derecho Administrativo, dirigido por Julio Rodolfo Comadira).

Asimismo, la Corte repite que no se va a pronunciar en cuestiones de "carácter general" o "de un modo abstracto", o "sólo a raíz de un afán de consulta" o "con fines académicos". Por el contrario, reafirma el criterio de sentenciar únicamente en asuntos concretos, donde deba determinarse un derecho debatido entre partes adversas, de manera que no corresponderá una declaración sino hay en el asunto un derecho controvertido (*Cfr*. MORELLO, Augusto Mario, *La Corte Suprema en acción,* Abeledo Perrot-Platense, 1989, p. 426).

Sección 6ª La interpretación

38. El derecho constitucional como fuente del derecho procesal constitucional

38.1. Coinciden en este tramo de la exposición dos actividades que son, en esencia, la labor más importante que define la autonomía del derecho procesal constitucional. Nos referimos al constitucionalismo, que produce una innovación trascendente en la ideología del poder, y en la función procesal que se asigna a los jueces para que puedan interpretar la ley.

Recuérdese que este fenómeno, tiempo después, fue la causa que dio origen a los tribunales constitucionales.

38.2. El derecho constitucional —dice Sabsay—:

> [...] es el producto de un movimiento de ideas que se desarrolla en Europa, principalmente en Francia a lo largo del siglo XVIII... Se trata de un enorme desafío al ejercicio desmesurado de la autoridad al que se le debe oponer un dispositivo institucional adecuado para la consagración de un gobierno limitado. Solo con un andamiaje de esa naturaleza resultaría posible proteger el espacio conformado por las libertades de los individuos. Es más, éste debería operar como un primer y claro freno a todo exabrupto que pudieren cometer los titulares del poder, ya que sus actos encuentran este marco preliminar de restricción, que es posible establecer en los textos constitucionales y demás normas de desarrollo.[246]

Con el constitucionalismo sucedió algo eventualmente inesperado como fue la dimensión que adoptó el concepto de soberanía y la asunción de garantías y derechos "hacia dentro", en el sentido de tomar cada Estado para sí un conjunto de deberes y libertades que se consagraron como normas fundamentales.

Las normas se instalaron con destino de permanencia y la estructura fue asumida como arquetipo de equilibrio en la estructura del poder. La idea primera fue que la ley (la Constitución era la ley suprema) debía aplicarse sin retórica alguna, como lo explicaba la escuela exegética. La forma de preservarla fue entronizando el principio de la supremacía constitucional.

Es verdad que la construcción no fue asimétrica porque en todos los casos la limitación al ejercicio del poder fue el eje donde centraron las ideas; de allí que el

---

[246] SABSAY, Daniel A., "Los orígenes del constitucionalismo", en *Constitución de la Nación Argentina* (SABSAY, Daniel, Director; MANILI, Pablo L., coordinador), tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 86.

pensamiento preconstitucional de Montesquieu al difundir la necesidad de fraccionar el ejercicio del poder en tres actividades independientes, fue tomado a pie juntillas por los ordenamientos constitucionales, pero no fueron tan acordes con los modelos de realizar el control.

38.3. Las formas constitucionales fueron predominantemente escritas, de tipo codificado (acorde con la tendencia de la época), permitiendo renovaciones (constituciones flexibles) o procurando que ellas fueran estándares inalterables (constituciones rígidas).

La fuerza de la historia se constata en las cartas constitucionales al punto que, en el caso de Argentina:

> [...] no es fácil describir en dos palabras la tipología tradicional-historicista. Quizás nos baste recordar —dice Bidart Campos— que la Constitución de un Estado no es mero producto o creación de las normas jurídicas, ni acaso organización prevista racionalmente, sino estructura apoyada en la costumbre, en la tradición, en la realidad histórica de un pueblo. Que tal estructura esté descripta en normas escritas, y aun codificadas, poco tiene que ver con el problema, porque en tal caso, la Constitución escrita no hace más que formular y expresar la organización históricamente insertada en la singular circunstancia fáctica de una comunidad.[247]

La atinada reflexión deja al descubierto el peso de los hechos para comprender el modelo o sistema que cada cual fue adoptando para el control de constitucionalidad.

38.4. ¿Cómo influye este espacio del derecho constitucional en nuestra ciencia? Una vez más es necesario recurrir al vínculo entre la Constitución y el proceso para ver si ambos solamente se relacionan y articulan, o dicho programa de acción que está en las normas fundamentales para ponerse en práctica necesita organizar el mecanismo jurisdiccional (o político) y las herramientas que a tal fin serán aplicadas.

Es este aspecto donde las garantías comienzan a ser presentadas en las Cartas Superiores, y dinamizadas por la actividad de jueces y tribunales. En ambos casos, el rol de la interpretación es básico y esencial, entendiendo esa función como una parcela de estudio del derecho procesal constitucional.

Pero la interpretación constitucional sucede después del modelo tradicional aplicado para la interpretación de las leyes que diseñó Kelsen al fomentar los tribunales constitucionales. El magnífico resumen de García Belaunde puede ser extractado a grandes líneas, de modo que siguiendo sus reflexiones, hay que tener en cuenta que:

> [...] durante mucho tiempo sólo se utilizó un tipo de interpretación para todas las ramas del derecho, y en forma tardía, sobre todo a mediados del siglo XX, se puso en evidencia

---

[247] BIDART CAMPOS, Germán J., "La tipología de la Constitución argentina", en *Constitución de la Nación Argentina* (SABSAY, Daniel, Director; MANILI, Pablo L., coordinador), tomo I, cit., p. 74.

> la necesidad de la interpretación constitucional como tarea específica … Esto se acentúa en el caso de leyes especiales que regulan determinados procesos constitucionales … Otro aspecto a considerar es cuáles son los órganos que interpretan y cómo lo hacen, de acuerdo a su conformación, competencias y formas o maneras de reclutamiento de sus miembros.[248]

Lo cierto es que los estudios constitucionales europeos no tomaron a la interpretación de las normas constitucionales sino después de haber desarrollado la llamada "jurisdicción constitucional", a diferencia del caso americano que desde 1803 (Marbury vs. Madison) lo toma como punta de lanza del sistema difuso de control constitucional.

> Este desinterés inicial cambia rotundamente para invertir la relación después que se instalan en Europa los tribunales constitucionales. De todos modos, la génesis adquirida con la interpretación legal tenía importantes aportes como el alemán encabezado por Federico Carlos de Savigny con su "escuela histórica del Derecho", o la más progresista y audaz de Germán Kantorowicz denominada como "escuela de derecho libre", hasta llegar a la monumental y conocida obra de François Geny.
>
> En América, en cambio, se dio un desarrollo menos formal, al punto que autores calificaron las tesis europeas como "bizantinas". Roscoe Pound sostenía ello y fue puntal de las teorías del realismo y del sociologismo jurídico, en cuyo campo destacan las figuras de Oliver Wendell Holmes, Benjamín Cardozo, Jerome Frank y Karl Llewellyn, entre muchos otros.[249]

Por eso, la tesis de Kelsen es tomada como base científica del derecho procesal constitucional, aunque no estuviera en la mente del jurista checo esta creación.

Las dos ideas que soportan la tesis constitucional que se lleva al campo de lo procesal son: *a)* que la Norma Fundamental es el vértice superior de la pirámide jurídica como se construye todo ordenamiento legal; *b)* la defensa de las violaciones que se hagan de ella debe hacerse a través de un órgano *ad hoc,* que es el tribunal constitucional.[250]

38.5. El tema de la interpretación jurídica fue objeto de distintos niveles de enfoque (filosofía; teoría del derecho; derecho constitucional; derecho privado, etc.) y con un altísimo grado de exponentes (Savigny; Betti; Cossio; Carnelutti; García Maynez; Recaséns Siches entre muchos más), pero asentado en el derecho constitucional fue cobrando interés preferente y expuesto como uno de los centros neuronales de la ciencia.

---

[248] García Belaunde, Domingo, "La interpretación constitucional en Latinoamérica", en *Constitución de la Nación Argentina* (Sabsay, Daniel, Director; Manili, Pablo L., coordinador), tomo I, cit., p. 104.

[249] *Cfr*. Fix Zamudio, Héctor, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado,* Porrúa, 2009 (6ª ed.), pp. 151 y 152.

[250] García Belaunde, Domingo, "La interpretación constitucional en Latinoamérica", en *Constitución de la Nación Argentina* (Sabsay, Daniel, Director; Manili, Pablo L., coordinador), tomo I, cit., p. 105.

En verdad, el desarrollo se debió a la "justicia constitucional", pues siguiendo el argumento de Pierandrei "[…] la interpretación de las normas constitucionales debe adecuarse a la naturaleza fundamental de las disposiciones de la ley suprema y tomar en consideración los motivos políticos y los principios esenciales que se encuentran en la base de estos preceptos".[251]

Bien dice Fix Zamudio que:

> […] la interpretación constitucional se ha transformado paulatinamente en una labor altamente técnica que requiere de sensibilidad jurídica, política y social y, por tanto, ha sido inevitable que desembocara en el establecimiento de una justicia constitucional, de manera que actualmente impera el principio de que son los jueces ordinarios (en el sistema llamado indirecto o difuso) o los magistrados constitucionales (en el régimen concentrado o de los tribunales constitucionales) los capacitados, por la índole de sus funciones, para interpretar con mayor precisión las disposiciones fundamentales y hacerlas vivir realmente en el medio social para el que fueron dictadas.[252]

Es evidente, entonces, que la interpretación se convirtió en una tarea esencialmente jurisdiccional, y cuando ella afincó en la lectura de las normas constitucionales fue preciso hurgar métodos y sistemas que lo aislaran de la interpretación jurídica de la ley.

Jueces del sistema difuso, o tribunales constitucionales han conseguido desde las sentencias constitucionales conformar un cuadro de resultados que no ensamblan en la teoría general del proceso ni en las facultades constitucionales regladas por la organización suprema de un Estado.

Han sido leyes las que esclarecieron alcances, pero fue más el activismo judicial desenvuelto en valores, principios y relaciones con los derechos humanos, los que formaron un nido propio que solo tomó del derecho constitucional la fuente donde abrevar; y del derecho procesal la técnica de laboreo; pero sus contenidos es independiente y forma parte del derecho procesal constitucional.

Según Fix Zamudio:

> […] la interpretación que realizan los jueces constitucionales tiene un contenido muy extenso de valoración jurídica, si se toma en consideración que las disposiciones fundamentales poseen un alto grado de abstracción que llega a su máxima amplitud respecto de las normas de principio o de carácter programático, y por ello las decisiones judiciales integran el contenido de estas disposiciones, que en su mayor parte formalizan principios y valores que el órgano constituyente (originario o reformador) ha considerado esenciales para la comunidad política.[253]

---

[251] PIERANDREI, Franco, "L´interpretazione delle norme costituzionali in Italia", en *Scritti di diritto costituzionale*, tomo II, G. Giapichelli, Turín, 1964, pp. 54 y 655.

[252] FIX ZAMUDIO, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado,* cit., pp. 167 y 168.

[253] FIX ZAMUDIO, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado,* cit., p. 174.

39. Las técnicas de interpretación

39.1. La interpretación es una tarea destinada a esclarecer, a poner en claro los dichos de una norma que va a insertarse en la realidad. Significa desentrañar el contenido que el texto tiene con relación a esa realidad.[254]

En la búsqueda de una intelección correcta, pueden seguirse distintos caminos. Uno de ellos conduce a la denominada *interpretación auténtica*, que responde al verdadero concepto de la interpretación, porque proviene del mismo sujeto que emite la disposición;[255] en otro se puede derivar la lectura a terceros que prestaran su opinión particular sobre el alcance que puede asignarse. De este tipo son la *interpretación judicial* y la *doctrinaria*.

A su vez, cada una de estas posibilidades tiene un sistema que se aplica de formas distintas. Puede analizar el espíritu de las normas (fin querido); deducirlo del sentido gramatical; o derivando sus conceptos de la lógica empleada en cada uno de los elementos, pudiendo entonces corresponder a los antecedentes que le dieron origen (interpretación histórica) o a la comparación con otras similares para concluir consecuencias semejantes (interpretación sistemática) que correspondan a la unidad del orden jurídico.

Esta enumeración, lacónica y concisa, reseña particularidades para interpretar cualquier tipo de normas, por ello puntualizan en la teoría general del derecho.

39.2. El problema es que cuando la técnica se emplea en el proceso, es necesario confrontar las disposiciones en estudio con las normas procesales, que como tales, son habitualmente descriptivas del proceso; sólo tienen utilidad cuando a éste referencia y precisa. Por lo tanto:

> [...] por su propia naturaleza, sólo tienen razón de ser en cuanto son aplicadas al proceso, salvo escasas excepciones susceptibles de producir efectos indirectos en el derecho material (por ejemplo, las normas relativas a la valoración de las pruebas, que, pese a su carácter procesal, pueden, indirectamente, por su simple existencia, conducir a un arreglo o transacción que evite el proceso y modifique la relación jurídica entre las partes).[256]

La diferencia descriptiva que tiene la norma procesal respecto de la civil, impide que se apliquen iguales sistemas de interpretación. No obstante, sean sustanciales o adjetivas, las normas se interpretan por los jueces como una misión más en la tarea de decir y crear el Derecho. Esto es justamente lo que debe distinguirse: de un lado, la interpretación de la norma procesal que si bien asienta en los principios generales que pondera el valor de toda normativa, cuenta con particularidades que diseñan una metodología propia; por otro, la interpretación judicial de las leyes, vale decir, la

---

[254] COUTURE, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 15.

[255] GUASP, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 65.

[256] SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de derecho procesal*, cit., p. 11.

interpretación en el sentido más puro de adecuar la sensibilidad de las normas con el medio donde va a insertarse y en el cuadro coordinado de todo el ordenamiento jurídico.

Serra Domínguez considera que es en esta última donde adquiere relevancia la labor del juzgador, porque al aplicar la ley en un caso concreto, forzosamente debe preguntarse cuál es el sentido, significación y alcance de la norma.[257]

39.3. Divididas las cuestiones, analicemos lo que ocurre cuando el juez interpreta una norma procesal. Es en este campo donde el intérprete realiza una función eventualmente técnica pero sin rigideces en la aplicación de las normas en juego. En efecto, precisamente es en el área de la interpretación donde se debe insistir acerca del rol funcional de la jurisdicción, propiciando una lectura abierta de las normas, sin privarles el sentido que llevan. Una orientación a la justicia antes que a la aplicación simplificada.

No ha de extrañar, por consiguiente, que el menoscabo de la verdad jurídica objetiva quede patentizado si el tribunal de grado deja de resolver sobre el mérito en razón de la insuficiencia de las constancias de la causa, circunstancia que, reunida con otras conclusiones jurisprudenciales, construyen una verdadera obra de interpretación que persigue evitar los apartamentos equívocos del juez al motivar sus pronunciamientos.

> Se privilegia el norte esencial del quehacer hermenéutico cuando se postula que la sentencia lo menoscaba: *a)* ante el evidente apartamiento de las circunstancias comprobadas de la causa; *b)* si se hace prevalecer la interpretación de las normas procesales sobre la necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva, que es concorde con el adecuado servicio de la justicia y compatible con la garantía del art. 18 de la CN; *c)* cuando se violenta por irrazonable y mecánico acatamiento a las formas o a la rigidez operativa de la técnica procesal, el plafond propio con que juegan esas disposiciones, circunscribiendo su margen de maniobra. Entonces se recae en un exceso ritual manifiesto que destruye al fallo del fundamento suficiente para sustentarlo.[258]

39.4. En este contexto se incluye la obligación del juez de estar a las realidades que lo circundan, dando preeminencia a los fines que informan las leyes, más que a letra fría del precepto que, no obstante su consagración introducen una limitación angustiante que frena la posibilidad de realizarla.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina tiene dicho que:

> [...] por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, la conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no debe prescindir,

---

[257] SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de derecho procesal*, cit., p. 12.

[258] 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 I, Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 499.

por cierto, de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere.[259]

Como agudamente lo destaca Puig Brutau:

[…] puede tener más fuerza creadora el valor persuasivo que se desprende de los fundamentos de unas decisiones justas que el autoritarismo abstracto de una disposición legal cuya razón de ser se haya olvidado.[260]

La interpretación de la norma procesal da cuenta de una relación inmediata entre quien aplica, crea y recrea las normas que utiliza. Si las normas procesales abastecen la movilidad del proceso, lo diseñan y estructuran, el destinatario de ellas resulta el órgano que las realiza. Es cierto que la adjetivación en los procedimientos registra transformaciones creativas o mutantes según quien las aplique, por lo que resulta criterioso establecer el control de aplicación a través del mecanismo de los recursos (*v. gr.:* nulidad, casación, etc.).

Por lo demás, la autonomía que persuade la dicción de las normas procesales no priva la utilidad de cualquier sistema para investigarla. En verdad, es común observar en este esquema un método que va recorriendo, secuencialmente, cada aspecto de la norma.

39.5. La relación o nexo de la actividad interpretativa dentro de un proceso constitucional moviliza ambas cuestiones. Se estudia la compatibilidad constitucional de la norma cuestionada y operan, al mismo tiempo, el juego funcional de las normas procesales que permiten llevar a cabo esa función.

Ambas son parte de nuestra ciencia, porque la interpretación constitucional es parte de ella como ya se explicó, y porque las normas procesales que actúan dentro de los procesos constitucionales ponderan en el desempeño de jueces y tribunales especiales una diferencia evidente con la del juez ordinario. No se trata ya de dividir la razón entre quien vence y queda derrotado, sino de racionalizar si la norma tiene posibilidades de aplicación sin menoscabar la Ley Superior.

39.6. Con afán de síntesis podemos señalar en la interpretación constitucional una de las principales fuentes de la autonomía del derecho procesal constitucional.

César Landa sostiene que:

[…] la autonomía procesal no es un dogma, sino un medio para la realización de la Constitución y para que el Tribunal Constitucional no acabe sumergido en la sobrecarga procesal, sino que se convierta en una magistratura garante de la libertad. Por ello, el Derecho procesal constitucional también requiere partir y remitirse a principios generales del derecho procesal, pero que no sean contradictorios con la justicia constitucional, sino que se desprendan de la Constitución.

---

[259] Fallos 241:227; 244:129; 263:230, entre otros.

[260] PUIG BRUTAU, José, *Introducción al derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 257

Por ello, el autor peruano precisa que:

> [...] El derecho procesal constitucional debe forjarse en concordancia con los aportes de la teoría constitucional, en materia de derechos fundamentales e interpretación constitucional; por cuanto sólo a partir de la praxis del estado constitucional y del desarrollo de dichos derechos y su interpretación, la teoría constitucional se convertirá en un factor principal de reflexión y de movilización del Derecho procesal constitucional.[261]

La actividad disciplina en cualquier sistema de control de constitucionalidad y de aplicación normativa un rol que trasciende la mecánica relación entre el hecho y la ley; con la interpretación constitucional el juez trabaja con la supremacía de la Norma Básica del Estado, y como veremos en el punto siguiente, con los valores que le reporta el régimen de tratados y convenciones supranacionales.

La idea de la supremacía que en América desenvuelve Hamilton (1788) pone a la Constitución port encima de la ley, donde el conflicto judicial no puede llegar a resolverse con mella a sus dogmas y principios.

Quizás, por ello, sea tan importante el estudio en esta ciencia de la interpretación, no tanto como método, sino como resultado para la eficacia de las garantías que operan en una controversia ante los jueces.

Sin embargo, dice Colombo Campbell:

> [...] como es fácil comprender, no basta con proclamar que las normas contenidas en la Constitución son las de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, para que éstas sean respetadas por los poderes constituidos y obren así como límite de sus atribuciones y eficaz salvaguardia de los derechos del hombre. Siempre subsistiría la posibilidad de que los órganos que ejercen los poderes instituidos sobrepasen las disposiciones de la Carta Fundamental y, extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones, pongan en peligro la institucionalidad misma de la República. La sola declaración de la Supremacía Constitucional resulta, pues, insuficiente. Siendo así, al hablar de este principio debe incluirse, necesariamente, tanto la protección de las disposiciones escritas en la Constitución, como también y, especialmente, los valores fundamentales que están en la base de la misma, los que, por la vía de la decisión jurisdiccional, deben cobrar plena vigencia.[262]

El uso de la interpretación en el sistema difuso labora, necesariamente, con el control recursivo donde resulta imperioso mantener en el Superior Tribunal de Justicia del Estado la última palabra, desde que solo ella puede ser el fiel y último intérprete de la Constitución.

En cambio, en sitios donde existen tribunales constitucionales, el conflicto suele plantearse entre la validez y eficacia de la interpretación que hace el juez ordinario, aunque, como dice Colombo Campbell

> [...] el control de constitucionalidad, implica la configuración de un mecanismo de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto, articulado en una Constitución

---

[261] LANDA, César, *Teoría del derecho procesal constitucional,* Palestra, Lima, 2004, p. 13.

[262] COLOMBO CAMPBELL, Juan, *Funciones del derecho procesal constitucional*, Ius et Praxis, v.8, n°2, Talca, 2002.

y que se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de producción normativa y, por recaer, salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes, se articula formalmente como la garantía de la primacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico positivo. Esta labor de integración del Tribunal Constitucional que no es otra que la síntesis dialéctica entre pluralidad y unidad, la desarrolla al afirmar la supremacía de la Constitución. En este aspecto es ella, como expresión del pueblo —comunidad compuesta de las más diversas tendencias— la que desarrolla una decisiva función integradora, que se expresa en la consagración de valores que orientan y dan contenido al proceso integrador.[263]

40. Influencia del derecho supranacional

40.1. Los sistemas europeo e interamericano de promoción y defensa de los derechos humanos generan un nuevo mecanismo procesal de asistencia a los derechos del hombre. No se trata de una inmiscusión de tribunales supranacionales en el derecho interno de cada Estado, sino de organismos que cada Estado Parte reconoce y admite como entidades autorizadas a revisar el comportamiento habido en la jurisdicción local, respecto al cumplimiento de los derechos humanos consagrados en pactos y convenciones internacionales que se han incorporado, oportunamente, al derecho interno.[264]

40.2. En América latina, cuando un Estado es denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la acción no pretende que se revise la cosa juzgada lograda ante los tribunales soberanos, porque la petición se promueve con la finalidad de poner en evidencia lo que se cree ha sido una conducta contraria a los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otra norma similar.

En un procedimiento contencioso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe no sólo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad

---

[263] COLOMBO CAMPBELL, Juan, *Funciones del derecho procesal constitucional*, Ius et Praxis, v.8, n°2, Talca, 2002.

[264] La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostiene que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, en su caso, la de la Corte Europea de Derechos Humanos, constituye una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (disidencia parcial de los doctores Fayt y Petracchi) (CS, 1995/11/23, "*Viaña, Roberto*", La Ley, 1997-E, 1004 [39.764-S]). Al haber ingresado la República Argentina al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y más aun a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994 —Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 75, inc. 22 Constitución Nacional—, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una imprescindible pauta de interpretación, cuya significación, así como la de las directivas de la Comisión Interamericana, ha sido reconocida reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (voto del doctor Petracchi) (CS, 2003/08/21, "*Videla, Jorge R.*", La Ley, 2003-F, 87).

conculcados. En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hechos para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica.[265]

Los Estados no comparecen ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos como sujetos de un proceso penal, pues ésta no impone penas a los culpables de violar los derechos humanos —en el caso, se denunció al Estado peruano por el uso excesivo de fuerza en la represión de un motín carcelario que provocó la muerte de los reclusos—, ya que su función es proteger a las víctimas y determinar la reparación de los daños ocasionados por los estados sujetos a la responsabilidad internacional que se deriva de la violación.[266]

Si después del trámite ante la Comisión se resuelve promover una demanda ante la Corte Interamericana, la jurisprudencia que ésta emita deberá ser acatada por el Estado Parte, toda vez que la única limitante sería no haber aceptado la jurisdicción del tribunal supraestatal al tiempo de incorporarse al sistema interamericano.[267]

40.3. Lo mismo sucede con los informes que realiza la Comisión, cuando concreta observaciones y formula recomendaciones.

La labor interpretativa que debe cumplir la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su competencia consultiva, busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan efectivamente sus obligaciones internacionales en la materia.[268]

La conclusión llega del principio de progresividad de los derechos humanos que ha modificado el sistema de interpretación del derecho dando lugar a una regla preferente: *pro homine*, que significa que, cada Estado Parte, asume el compromiso de *respetar* los derechos y deberes habidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y *garantizar* su pleno ejercicio, acatando en situaciones de conflicto interno, la jurisprudencia interpretativa que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

40.4. Ahora bien ¿cuál es el problema que tiene el sistema? El fenómeno copernicano que ha revolucionado dicha interpretación judicial, encuentra claras resistencias en los tribunales supremos de cada nación. Es cierto que, como ocurre en Argentina, se admite la influencia y aplicación del sistema en el derecho interno,

---

[265] Corte IDH, 1983/09/08, "*Opinión Consultiva 3/83*", La Ley, 1999B, 232).

[266] Corte IDH, 2000/08/16, "*Durand y Ugarte*", La Ley, 2001-F, 977).

[267] Si un Estado se somete a la cláusula facultativa de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana —consagrada en el art. 62.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos—, queda vinculado a la integridad de ésta, y comprometido con la garantía de protección internacional de los derechos humanos, pudiendo sustraerse a la competencia de aquélla mediante la denuncia del tratado como un todo (Corte IDH,1999/09/24, "*Tribunal Constitucional de Perú*", La Ley, 2000-B, 72, con nota de redacción - RU, 2000-1-9).

[268] Corte IDH, 1994/12/09, "*Opinión Consultiva 14/94*", La Ley, 1999C, 272).

pero también lo es que, cada vez con mayor prevención se tiende a poner trabas a la ejecución de los informes y decisiones transnacionales.

Las resistencias tienen distintas motivaciones. Algunas de ellas argumentan que el sistema interamericano, y en líneas generales todos los mecanismos que provocan jurisprudencia tras fronteras (*v. gr.:* justicia comunitaria), socavan las libertades de gestión del poder ejecutivo, y resienten la creación legislativa al ponerle a ambos, condiciones establecidas en la interpretación dada para un derecho humano en particular (*v. gr.:* derecho de rectificación o respuesta; derecho a la vida; resistencia a la opresión, etc.). Otros sostienen que se otorga un poder demasiado lato y muy genérico a un tribunal especial (*v. gr.:* la Corte Interamericana de Derechos Humanos) exacerbando las potestades clásicas de la jurisdicción.

No obstante, el sistema funciona. Cambia las reglas de la interpretación judicial, o al menos, las amplía. Modifica presupuestos y condiciones procesales que anidan en la teoría general y que sufren el embate del cambio (*v. gr.:* legitimación procesal, carga de la prueba, alcance y condiciones de la sentencia, cosa juzgada, ejecución de las decisiones, etc.).

40.5. La aplicación de los derechos humanos en el derecho interno puede analizarse en la perspectiva del mecanismo local previsto para el control de constitucionalidad,[269] porque en definitiva el criterio de interpretación depende de quien sea el último intérprete para definir la orientación.

Entre el modelo europeo de control de constitucionalidad, en esencia dominado por tribunales constitucionales que ejercen jurisdicción concentrada, genérica y en abstracto; y el control americano con el sistema de la *judicial review* y la jurisdicción difusa, hay diferencias que influencian la interpretación judicial conforme vimos con anterioridad, pero siempre en orden a poner en práctica la supremacía fundamental.

40.6. Obsérvese que no decimos *supremacía de las normas constitucionales* sino de aquéllas que están en un escalón más arriba, es decir, las *normas fundamentales sobre derechos humanos*.

En este espacio actúa la jurisprudencia supranacional. No tiene en cuenta el hecho en sí (aunque lo estudia y sitúa en su circunstancia) sino la dimensión que tiene la violación de los derechos humanos, para considerar si son actuaciones aisladas que encuentran un caso particular, o son quebrantamientos sistemáticos que pervierten la aplicación en el Estado de las garantías judiciales y los derechos del hombre.[270]

---

[269] Recuérdese, como dice Ayala Corao, que la persona humana como sujeto de derechos fundamentales está hoy en día doblemente protegida por el derecho constitucional democrático y por el derecho internacional (*Cfr.* "*Derecho Procesal Constitucional*", obra colectiva coordinada por Eduardo Ferrer Mac Gregor, Porrúa, México, 2001, pp. 603 y ss.) de modo tal que la interpretación de los mismos juega en la dimensión de influencias para determinar los criterios a seguir.

[270] La Corte Interamericana de Derechos Humanos puede efectivamente examinar, en el contexto de un caso concreto, el contenido y los efectos jurídicos de una ley interna desde el punto de vista de la normatividad internacional de protección de los derechos humanos, para determinar su compatibilidad (Corte IDH, 1998/09/03, "*Cantoral Benavides, Luis A.*", La Ley, 1999-E, 111). No es facultad de la Corte

El ordenamiento jurídico aplicado es común al sistema (*v. gr.:* Pactos y Convenciones), y la lectura que del mismo se ha hecho está señalado por los órganos de aplicación y ejecución del régimen mencionado.

40.7. En el caso es menester apuntar que pueden darse situaciones diversas, a saber:

a) Que la jurisdicción local aplique el sistema del precedente obligatorio, de manera que habiendo emitido pronunciamiento un Tribunal Supremo, los órganos inferiores deberán seguir la inteligencia acordada.

b) Que cada juez sea soberano en la causa y sentencie conforme su leal saber y entender (*v. gr.:* jurisdicción difusa incontrolada).

c) Que el juez pueda aplicar su propia doctrina condicionado a la subordinación jerárquica (*v. gr.:* jurisdicción difusa controlada) de la doble instancia.

d) Que la jurisdicción local tenga tribunales constitucionales o similares que impiden la actuación del juez ordinario, asumiendo que los derechos humanos son cuestiones de naturaleza fundamental que obligan su intervención.

Cada una de estas situaciones pone en jaque la influencia de la jurisprudencia transnacional, pero no impide aplicarla conforme veremos a continuación.

40.8. Por ello, en la contertulia jurisdiccional, el conflicto entre tribunales constitucionales y jurisdicción ordinaria, si bien es trascendente, tiene poca relevancia cuando se trata de resolver en materia de derechos humanos, porque para ellos, la única jurisprudencia a aplicar es la que proviene de la jurisdicción que el propio Estado ha reconocido al tiempo de incorporarse al sistema.

> En todo caso, dice Pérez Tremps al analizar la relación entre jurisdicciones, esa variedad de soluciones técnicas tiende, también, a poner de manifiesto la necesidad de que el sistema venga presidido por una finalidad intrínseca al estado de derecho: garantizar la unidad interpretativa de la constitución ya que siendo ésta una, y siendo el ordenamiento uno, no cabe que existan mecanismos dispares de interpretación constitucional independientes. Allá donde no hay órganos de justicia constitucional especializados, esa unidad interpretativa viene garantizada por la propia estructura del poder judicial y por la existencia, como es lógico, de un tribunal o corte suprema. Sin embargo, allá donde sí existe un tribunal constitucional especializado, el riesgo de dualidad interpretativa existe. Y la solución procesal que se dé para evitarlo, por razones lógicas, debe partir de la supremacía funcional del órgano de justicia constitucional. Dicho de otra forma, si se ha creado un órgano especializado de justicia constitucional es precisamente porque se supone que a él le corresponderá fijar la última palabra en materia de interpretación constitucional.[271]

Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su función consultiva, interpretar o definir los ámbitos de validez de las leyes internas de los Estados Partes, sino respecto de su compatibilidad con la Convención u otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y siempre y cuando medie un requerimiento expreso por parte de alguno de esos Estados (Corte IDH, 1994/12/09, "*Opinión Consultiva 14/94*", La Ley, 1999-C, 272).

[271] PÉREZ TREMPS, ob. cit., p. 34.

41. El valor de la jurisprudencia transnacional

41.1. La incorporación del Estado al sistema interamericano o europeo de Derechos Humanos es determinante para encontrar el valor que se asigna a la jurisdicción transnacional. El reconocimiento sin limitaciones o con ciertas reservas orienta al intérprete y fija, al mismo tiempo, un temperamento para el poder judicial local.

De este modo, el punto de partida es el derecho internacional donde cabe señalar el principio de buena fe consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena, por el cual si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

> tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio (Carta de la OEA, arts. 52 y 111).[272]

De más está señalar que igual obligación tiene para acatar y seguir los fallos de la Corte Interamericana, que se reafirma con el art. 33 del Pacto de San José previsto para los asuntos donde se trata de observar el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes.[273]

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

La Corte Interamericana ha sostenido que:

> este método de interpretación se acoge al principio de la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación. Además, en materia de Tratados relativos a la protección de los derechos humanos, resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes, ya que tales tratados, como lo dijo esta Corte, "no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes", sino que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes (OC/2).

---

[272] Ayala Corao, ob. cit., p. 650.

[273] No obstante, es importante advertir que una cosa es acatar la jurisprudencia interpretativa de la justicia transnacional; y otra muy diferente, cumplir en el derecho interno las sentencias condenatorias que se han dictado contra el Estado. En el primer supuesto, se dan los inconvenientes prácticos al asignarse, muchas veces, valor declamativo o de simple orientación; en el segundo, los privilegios y excepciones que se establecen para el rápido cumplimiento de la sentencia convierten al obstáculo en una cuestión de responsabilidad del Estado.

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

Ahora bien, si fuera tan simple relacionar el mecanismo con la eficacia y practicidad no sería necesario este comentario ni cargar más tintas sobre el tema; el problema aparece con la realidad del principio porqué se advierte que las sentencias, opiniones consultivas, recomendaciones, informes, etc., que emanan del sistema, muchas veces tienen el valor de lo que declaran, y se toman como simples propuestas de mejoramiento, sin respetar el carácter obligatorio que tienen, especialmente, las sentencias.

Con relación a éstas es evidente el inconveniente procesal que sufren para la ejecución en el derecho interno, al no encontrar un trámite simple y expedito, sino todo lo contrario.

41.3. El punto de partida para ir definiendo el origen del inconveniente suele estar en el reconocimiento constitucional que se asigna a los Tratados, pues suele instalárselos en una categoría inferior a la misma Ley Fundamental, en el mismo rango, o a veces —pocas—, en una escala superior a la propia Norma Fundamental. Las reservas comunes que las naciones realizan cuando aceptan la vigencia interna de un instrumento como los descriptos anteriormente, tanto como —en su caso— la competencia y jurisdicción de los organismos de tutela, pone de relieve el carácter infraconstitucional de estos convenios sobre derechos humanos.

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

41.4. En principio cabe afirmar que no existen tropiezos entre la Constitución y los derechos humanos incorporados al derecho interno. Estos siguen en el espíritu de la Ley Fundamental y requieren su puesta al día, a veces por analogado, otras por expresa reglamentación. De uno u otro modo, lo cierto es que los derechos emergentes de las convenciones son declarativos de aptitudes que deben ser reconocidos sin demora a su simple pretensión, por ser principios de un orden que trasciende la voluntad del Estado cuando ésta se ha manifestado positivamente respecto a su reconocimiento.

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

41.5. La interpretación política de los derechos humanos (distinta a la valoración proveniente de la jurisdicción), indica que la obligatoriedad de un derecho reconocido

por una convención o tratado, depende del valor jurídico y jerárquico que, internamente, se asigna al valor susodicho. Por ello es útil distinguir entre derechos *programáticos* y *self executing*, porque se elimina la posibilidad de ambigüedades provenientes de conveniencias políticas.

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

41.6. Se llega así al problema en estudio ¿Qué deben hacer los jueces cuando deben aplicar y reconocer los fundamentos que pondera un derecho humano cualquiera?

En primer lugar, el tema obliga a reconocer cierto deber negativo del Estado, que le reporta la obligación de abstenerse de ejecutar o provocar actos que atenten contra las libertades fundamentales. Seguidamente, los poderes legislativos cumplen la función de adecuar las necesidades del medio y la sociedad brindándoles a través de una norma expresa, los derechos que reclaman para su justo ejercicio.

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

42. Obligatoriedad de los pronunciamientos[274]

42.1. El silencio de la Convención Americana al respecto no impide relacionar el tema con el art. 33 de ella, cuando establece que para "…conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención", la Comisión tiene potestades para emitir informes y recomendaciones.

De su lado, la *Corte Interamericana* ha emitido distintos pronunciamientos que se pueden identificar en períodos.

En el primero las "*recomendaciones*" no contaron con obligatoriedad, porque solamente se interpretaban "*conforme su sentido corriente*". Así lo expresó en dos sentencias: "*Caballero Delgado y Santana c/ Colombia"* (24/12/92) y "*Genie Lacayo c/ Nicaragua"* (27/1/97). En ambos casos se aplicó la regla de interpretación contenida en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En el segundo período, asentó como fuente a la Convención de Viena, y aplicó el principio de la *buena fe*, que antes mencionamos, donde expresa que si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si es de derechos huma-

---

[274] *Cfr*. LOIANNO, Adelina, *Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de las recomendaciones de la Comisión en el derecho interno*, en "Derechos Humanos", Fundación de Derecho Administrativo (5ª ed. Buenos Aires, 2005, pp. III-17 y ss.

nos, tiene la *obligación* de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones (caso "*Loayza Tamayo c/ Perú"* (17/9/97, considerandos 78 a 82).

42.2. La obligatoriedad de las decisiones tomadas por la que denominamos "justicia transnacional" (Comisión y Corte Interamericana), se ha reconocido en Argentina aun con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 que incorporó los Tratados y Convenciones sobre derechos humanos dándoles jerarquía fundamental (art. 75.22). Ello sucedió en el caso "*Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros"* (CS argentina, Julio 7/1992) cuando se dijo que la interpretación del Pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En "*Giroldi*"[275] enunció que: "A esta Corte le corresponde [...] en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales [...] ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional".

Pero fue en la causa "*Bramajo*"[276] donde concedió efectos jurídicos concretos a las recomendaciones contenidas en los informes de la Comisión. Aquí sostuvo que "la opinión de la Comisión... debe servir de guía o jurisprudencia para nuestros tribunales en lo que hace a la interpretación de los preceptos del Pacto de San José de Costa Rica".

Los términos categóricos del fallo permiten sostener que, se constituye *jurisprudencia* (vinculante) cuando la orientación se adapta plenamente al caso; o en su lugar, es un *precedente* (guía de orientación) de lectura obligatoria que no puede ser anulado con una interpretación contraria, salvo que fuera más favorable al derecho humano particular que el caso tratase (principio *pro homine*).

42.3. Un retroceso —dice Loianno— "se advierte en la causa '*Acosta*'"[277] cuando ante el pedido de aplicación de las recomendaciones contenidas en el informe 55/97 de la Comisión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó que, si bien el Estado argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión, en modo alguno implica "*consagrar como deber de los jueces el de dar cumplimiento a su contenido*". En consecuencia, si el Estado no tiene el *deber* de cumplir una recomendación, sus efectos jurídicos quedarían a criterio del propio Estado, lo cual se contradice con la propia jurisprudencia del Tribunal en la ya mencionado caso '*Bramajo*'".

Un artículo de producción relativamente reciente de uno de los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, admite que el sistema interamericano ha ejercido una fuerte influencia en el superior tribunal en dos sentidos: uno relacionado con la *interpretación* de los derechos humanos (citando el caso "*Barrios Altos*" donde quedaron establecidas considerables restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de la cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal —causa *Videla, Jorge Rafael*—); y otra vinculada con la *jurisdiccionalización de valores y prin-*

---

[275] *Giroldi Horacio E y otro,* CS, abril 7/1995, considerando 12.

[276] *Bramajo Hernán J.*, CS, septiembre 12/1996, considerando 15.

[277] *Acosta Claudia,* CS, diciembre 22/1998

cipios que llegan del Sistema Interamericano y que ejercen señalamientos directos en el control de constitucionalidad.[278]

La incidencia se ha manifestado en varias causas, pero con afán de síntesis pueden mostrarse los casos *Arancibia Clavel, Enrique* (CS, agosto 24/2004) que estudia y resuelve la posibilidad de punir delitos de lesa humanidad que se encontrarían despenalizados por el paso del tiempo, argumentándose que:

> …el principio de imprescriptibilidad —art. I, Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad—, no puede verse supeditado ni, por ende, enervado por el principio de legalidad —art. 18, CN—, pues los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse conforme al derecho internacional, en tanto éste es su ordenamiento jurídico, debiendo tenerse en cuenta que de nada serviría la referencia a los tratados hecha en la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional (del voto del Dr. Boggiano).

En la causa *Simón, Julio H. y otros* (CS, junio 14/2005) se continúa el criterio que adoptó la Corte Interamericana para calificar como delito de lesa humanidad a la desaparición forzada de personas (*Barrios Altos*), diciendo en la oportunidad que:

> …la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos alcances —en el caso, con relación a la impugnación constitucional de las leyes 24.392 y 23.521 de obediencia debida y punto final, respectivamente—, no pueden ser soslayados.

En ambas causas, la Corte Interamericana se había pronunciado desde el caso *Barrios Altos* sobre la lectura que tenía el juzgamiento de este tipo de delitos ante situaciones especiales como la prescripción de las acciones o las llamadas "leyes del perdón" como sucedió en Perú y Argentina, entre otros.

42.4. Sin embargo, la doctrina no fue pacífica para recibir sin observaciones ambos fallos. Algunos argumentaron acompañando la disidencia de Fayt en la causa "*Simón*", que la reforma constitucional no podía ser aplica retroactivamente, y en consecuencia, serían las normas que hubieran estado vigentes al tiempo de los hechos las que debieron imperar.[279]

Es el criterio que tiene la Corte Interamericana: Debe aplicarse el principio de irretroactividad de las normas internacionales —art. 28, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados— a los fines de la procedencia de la excepción preliminar opuesta por la Argentina, fundada en los términos en que aceptó la competencia de la Corte Interamericana, toda vez que dicho Estado se hizo parte en la Convención

---

[278] PETRACCHI, Enrique S., *Jurisdicción Constitucional y Derechos Humanos,* La Ley, 2005-E, 907.

[279] MANILI, Pablo L., "Primeras reflexiones sobre el fallo 'Simón'. Una disidencia ajustada a derecho", en *La Ley*, 2005-F, pp. 15 y ss.

Americana —y aceptó la competencia contenciosa de la Corte— declarando que las obligaciones contraídas sólo tienen efecto con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento (CIDH, 2001/09/07, "*Cantos, José M. c. República Argentina*", La Ley, 2002-B, 135).

Otros, apuntaron a la posibilidad de limpiar el pasado con normas específicas, aduciendo que:

> es inadmisible que los llamados delitos de lesa humanidad no puedan ser objeto de indultos, conmutaciones de penas o amnistías. Son potestades intransferibles que la Constitución le otorga al órgano ejecutivo y al Congreso, y cuya prohibición por un tratado internacional estaría vulnerando el art. 27 de la Ley Fundamental (art. 7º, Ley 24.309). Solamente por imperio del art. 36 de la Constitución, es inviable el indulto y la conmutación de penas cuando se trata de delitos, concretados en actos de fuerza, contra el orden institucional y el sistema democrático interrumpiendo la plena vigencia de la Ley Fundamental...[280]

Inclusive, la Academia Nacional de Derecho (Argentina) criticó a la Corte por el caso "*Simón*", reiterando la polémica anunciada al pronunciarse en los casos "*Arancibia Clavel*" y "*Espósito*", expresando que la Constitución no podía quedar sometida a una interpretación que prohijara el principio de la supremacía constitucional, desde que el art. 75.22 era claro al sostener que la recepción de los tratados y convenciones sobre derechos humanos estaba sujeto a tres condiciones: *a)* las condiciones de su vigencia (que alude a las reservas que introdujo el gobierno argentino al aprobar y firmar el tratado); *b)* no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución, y *c)* sólo pueden tomarse como complemento de los derechos constitucionales, para interpretación de los mismos".

42.5. Las dudas sobre el seguimiento se han acentuado en dos causas. La primera fue el resonado caso "*Cantos, José M.*" (noviembre 28/2002) en la que la Corte Interamericana entendió que el estado argentino había violado los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la propiedad privada, otorgando dos (2) meses para que se produjeran las respectivas reparaciones, y al quedar notificado el Estado, la Corte Suprema resolvió que, de atenderse la petición se infringirían cláusulas de inequívoca raigambre constitucional, lo que implicaría para el Superior Tribunal, una patente y deliberada renuncia a su más alta y trascendente misión, que es la de ser custodio e intérprete final de la Constitución.[281]

La oposición al acatamiento del fallo mantuvo una interpretación de las consecuencias que importaría tal ejecución, pues consideró que "bajo el ropaje de dar cumplimiento a una obligación emanada del art. 63.1 de la Convención Americana, se llegaría a la inicua cuanto paradójica situación de hacer incurrir al Estado argen-

---

[280] BADENI, Gregorio, "El caso 'Simón' y la supremacía constitucional, suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal", *La Ley* del 29 de julio de 2005, pp. 9 y ss.

[281] PETRACCHI, ob. cit., p. 908.

tino en responsabilidad internacional por afectar derechos tutelados en dicho instrumento internacional".[282]

La otra causa fue "*Lariz Iriondo, Jesús M.*" (octubre 10/2005), oportunidad cuando la Corte dice que "…en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos los actos que son calificados como 'actos de terrorismo' por los tratados internacionales puedan reputarse, tan solo por esa circunstancia, delitos de lesa humanidad", y en consecuencia rechaza el pedido de extradición efectuado por el Reino de España respecto de un miembro de la organización terrorista ETA.

En ambas situaciones se coligen condiciones diferentes. En la primera, se consideraron los efectos que tendría cumplir una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde existían en el derecho interno, realidades que quedarían conmovidas afectando, probablemente, derechos de mayor jerarquía. En la segunda, la Corte no tuvo guías de orientación y eludió seguir el vinculado por analogía. Vale decir, como el terrorismo no se define como delito de lesa humanidad el bien a proteger debió estimarse en los moldes del derecho interno, y en tal caso, la jurisprudencia transnacional no ocupó un espacio demasiado importante.

43. Subsidiariedad o aplicación directa

43.1. La presentación jurisprudencial argentina instala un debate a resolver: ¿la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros textos internacionales vinculado con derechos humanos, que realiza la Corte Interamericana, es obligatoria o solamente aporta un elemento o guía de orientación que actúa en subsidio de la consideración interna?

---

[282] PETRACCHI, ob. cit., p. 908. La petición efectuada por el Procurador del Tesoro de la Nación que persigue que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dé cumplimiento a una sentencia de la Corte Interamericana —que declaró que el Estado Argentino violó normas de la Convención y que debía abstenerse de perseguir el cobro de la tasa de justicia, una multa impuesta, reducir razonablemente los honorarios regulados y asumir el pago de costas en una causa donde fue parte— debe desestimarse so riesgo de infringir cláusulas de raigambre constitucional cuya titularidad corresponde a diversos profesionales intervinientes.

La reducción del monto de unos honorarios fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, —a los fines de cumplimentar una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que entendió que el alcance dado a las leyes 23.898, 24.432 y 21.839 con relación al monto del pleito, importaría el pago de sumas exorbitantes, que van mucho más allá de la equitativa remuneración de un trabajo profesional calificado— sin dar a los profesionales involucrados la posibilidad de resistir una eventual petición del interesado en tal sentido, vulnera elementales garantías constitucionales de los así afectados, toda vez que éstos no fueron parte en el proceso desarrollado en instancia internacional, lo que *llevaría a la inicua —y paradójica— situación de hacer incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca* —arts. 8, 21 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos— (CS, 2003/08/21, "Procurador del Tesoro de la Nación (en autos Cantos, José M., expediente 1307/2003", *La Ley*, 2003-F, 16 - DJ, 2003-3, 251).

Las dudas advertidas en el parágrafo precedente testimonian el problema. Cuando el tribunal supranacional resuelve un caso concreto, por ejemplo, sobre prescripción de los delitos de lesa humanidad, tenemos por cierto que esa jurisprudencia es *vinculante* pero *no obligatoria* para situaciones locales similares.

Vinculante porque el Estado argentino ha aceptado la jurisdicción transnacional, pero no es obligatoria porque no se trata de un caso donde nuestro país esté directamente afectado. En consecuencia, la orientación del pronunciamiento es una guía o pauta.

La Corte siempre se ha preocupado por aclarar que la "obligatoriedad" de sus fallos es para el Estado Parte que se encuentra denunciado.[283]

43.2. Diferente es la situación cuando la Corte se define en *jurisdicción consultiva*, precisamente porque es aquí cuando interpreta las normas del Sistema. Esta jurisprudencia es *obligatoria*, y si en el derecho interno existe contraposición, comienza a jugar el deber impuesto por la propia Convención respecto a adaptar las normas locales (y la jurisprudencia estaría alcanzada) para que sea operativa la efectiva defensa de los derechos humanos.[284]

El Estado u órgano que solicita una opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento, razón por la cual su desistimiento a tal pedido no reviste

---

[283] La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ordena al Estado peruano dar cumplimiento al *habeas corpus* concedido por un tribunal de garantías en favor de un individuo sometido a proceso en el fuero militar, así como la anulación de ese juicio y sus consecuencias por ser incompatible con la Convención Americana, tiene carácter obligatorio y, por lo tanto, su cumplimiento debe ser inmediato sin perjuicio de que las autoridades competentes se pronuncien acerca de la responsabilidad penal de dicho individuo con respecto a los hechos ilícitos que se le atribuyen (CIDH, 2000/01/29, "Cesti Hurtado", *La Ley*, 2000-F, 200).

A partir de la reforma constitucional de 1994 el art. 75 inc. 22 de la ley fundamental otorga jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, razón por la cual la jurisprudencia de Corte Interamericana pronunciada en causas en las que son partes otros estados miembros de la Convención constituyen una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos (voto del doctor Maqueda) (CS, 2003/08/21, "Videla, Jorge R.", *La Ley*, 2003-F, 87).

[284] El ejemplo suele distorsionarse cuando se lo interpreta como un ataque a la soberanía del Estado. Es el caso de la sentencia 1942 del Tribuna Superior de Justicia —Sala Constitucional— de Venezuela que luego de recibir "recomendaciones" de la Comisión Interamericana resolvió que …[…] *la Sala observa que los fallos o decisiones de organismos internacionales, supranacionales o transnacionales, que violen el derecho de defensa y otras garantías de naturaleza constitucional, como el debido proceso, son inaplicables en el país, a pesar de emanar de tales organismos internacionales reconocidos en la República*…[Por ello]… *si lo recomendado debe adaptarse a la Constitución y a las leyes de los Estados, es porque ello no tiene naturaleza obligatoria, ya que las leyes internas o la Constitución podrían colidir con las recomendaciones. Por ello el articulado de la Convención nada dice sobre el carácter obligatorio de la recomendación*… (el fallo in extenso se puede consultar en www.tsj.gov.ve, para ampliar ver: Ayala Corao, Carlos, *La sentencia 1942 vs. La protección internacional de la libertad de expresión*, en *El derecho procesal constitucional peruano*, libro homenaje a Domingo García Belaunde, Grijley, Lima, 2005, pp. 1145 y ss.

carácter vinculante para aquel tribunal, que puede continuar con la tramitación del asunto.[285]

En estos casos juega el principio general de protección *pro homine*, de manera que si la propia legislación es suficiente para abastecer el derecho de que se trate, la interpretación acordada es subsidiaria.[286] En caso opuesto, prima la jurisdicción transnacional.

Además, cabe recordar lo dispuesto por el art. 64.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece la posibilidad de la Corte Interamericana para emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales del sistema. Con esta potestad, los Estados Partes no han hecho más que establecer una suerte de lectura privilegiada que impide obstruirla con interpretaciones locales.[287]

Sin embargo, la conclusión se contrapone con el sentido jurídico que tiene una "consulta", toda vez que ella, *per se*, no podría tener más extensión que el consejo aportado.[288]

Una consulta no suele portar consecuencias jurisprudenciales porque no es esa la finalidad. El objeto es aportar un criterio, una guía que orienta al que requiere, un consejo que se ofrece al consultante.

> Es muy cierto la afirmación de Ruiz Miguel cuando sostiene que una consulta no resuelve como se hace en los procesos contenciosos que alcanzan la "cosa juzgada", aunque se admite alguna matización cuando la opinión no es afirmativa sino negativa (es decir cuando el dictamen dice que algo viola el derecho internacional) o cuando es "interpretativa", es decir, cuando de entre varias posibilidades interpreta que sólo una es conforme con el derecho internacional. "En estos asuntos, al no haber en principio 'cosa juzgada' es perfectamente posible desviarse de la opinión de la Corte… […]".[289]

43.3. Veamos qué sucede con las decisiones[290] que llegan de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

---

[285] Corte IDH, 1997/11/14, "*Opinión consultiva 15/97*", La Ley, 1998-E, 496, con nota de María Fernanda Pérez Solla

[286] Sostiene García Ramírez que, la jurisdicción internacional no excluye o subordina a la nacional; es subsidiaria de ésta: opera solamente cuando no ha sido posible satisfacer la pretensión a través de los medios nacionales dispuestos para este efecto. La propia Convención dispone la existencia de estos medios jurisdiccionales (*Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, México, 2002, p. 82).

[287] La Sala Constitucional de la Corte de Costa Rica consideró obligatorio para su gobierno el criterio adoptado en la Opinión Consultiva 5 de 1985 (OC 5/85).

[288] Dice Carlos Ruiz Miguel que, en la consulta el juicio emitido no tiene carácter obligatorio, carácter que sí está presente en el juicio emanado de la jurisdicción (lo que implica el efecto de la cosa juzgada)… La consulta tiene un carácter preeminentemente técnico y abstracto, mientras que la jurisdicción en principio se lleva a cabo para resolver litigios concretos… (*cfr*. "La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos ¿crisálida de una jurisdicción supra constitucional?", en *Liber amicorum Héctor Fix Zamudio*, tomo II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 1347).

[289] Ob. cit., p. 1352.

[290] Para ampliar ver nuestro trabajo "Las decisiones en los conflictos transnacionales", en *Revista Ars Juris*, nº 12, Universidad Panamericana, México, 1994, pp. 347 y ss.

A diferencia de la Corte, la Comisión tiene una naturaleza jurídica distinta. No posee "jurisdicción" en el sentido técnico que significa, ni son jueces sus integrantes, solamente son "miembros" (art. 34 del Pacto).

No obstante, el Sistema actúa interdependiente y coligado, de algún modo, ordenado con la regla del art. 29 del Pacto de San José que no se puede soslayar.

En consecuencia, la jurisdicción interna no puede desvincularse de la interpretación hecha por la justicia supraestatal. Lo cual supone tener un criterio ampliado, una búsqueda de la efectividad y eficacia que se nutre de los principios, valores, guías, etc. que han especificado los órganos corrientes que interpretan la Convención.[291]

La Corte Argentina dice:

> [...] La resolución del superior tribunal local, en cuanto rechazó el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la sentencia de condena —en el caso, por el delito de injurias—, desatiende la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la salvaguarda del acceso a la revisión de las condenas penales, la cual se satisface siempre y cuando el recurso no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal, examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).[292]

43.4. Otra contingencia se produce con el efecto que produce la sentencia transnacional (sea en jurisdicción contenciosa o consultiva) sobre situaciones jurídicas consolidadas, vale decir, cuando la decisión afecta hechos pasados o ya juzgados.

En tal caso es preciso que el Estado confronte con precisión la competencia *ratione temporis* que aceptó al incorporarse al Sistema Interamericano.

El art. 28 de la Convención de Viena (sobre Derecho de los Tratados) dispone al respecto que "las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo".

Claro está que en los delitos continuos o sistemáticos que produce un Estado alterando la práctica efectiva de tutela de los derechos del hombre, el principio anotado se restringe; lo mismo que ocurre cuando una norma particular sustituye la regla general, como es el caso de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.[293]

---

[291] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno", en *Liber amicorum Héctor Fix Zamudio*, tomo II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 828.

[292] CS, 2002/05/28, "*Caric Petrovic, Pedro y otros c. Báez, Juan C. y otro*", *La Ley*, 2002-E, 262 - *La Ley*, 2003-C, 363 - Con nota de Catucci, Silvina G.

[293] Es procedente el recurso extraordinario —art. 14, ley 48— deducido contra la sentencia que declaró extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por

44. Conclusiones

44.1. Todo lo expuesto confirma que la interpretación jurisdiccional de jueces y tribunales constitucionales trabaja con estándares particulares que radican en los contenidos dogmáticos del derecho procesal constitucional.

El desarrollo de la jurisdicción especial confirma el aserto, que se afirma y concreta con la aplicación de la jurisprudencia transnacional que, sin condicionar la libertad del sentenciante, permite resolver con principios y garantías de aceptación universal.

44.2. La función de las decisiones transnacionales, y en particular, la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, no tiene otro destino que promover la tutela efectiva de los derechos del hombre.

El respeto que el derecho interno a la jurisdicción supranacional, y el valor que asigne a sus compromisos internacionales, son la clave del dilema.

44.3. Con relación a las sentencias de la jurisdicción supranacional, ellas son de cumplimiento obligatorio para el Estado afectado.

Las condenas impuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no pueden obstaculizarse por decisiones internas del Estado demandado —en el caso, se desestimó la defensa fundada en que estarían prescripta la acción penal tendiente a investigar los hechos denunciados como violaciones a los derechos humanos—, pues de lo contrario se restaría eficacia a los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos que los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se han obligado a respetar (del voto razonado del juez Gil Lavedra).[294]

No lo son, en cambio, cuando el Estado solo accede al caso como miembro del Sistema, pero sin estar directamente alcanzado por la resolución. Vale decir, la jurisprudencia ilustra el problema y lo resuelve, siendo esa decisión una guía o pauta de orientación que se puede aplicar en el derecho interno.

44.4. Para finalizar quedan las *Opiniones Consultivas.*

En efecto, es preciso advertir que en un procedimiento contencioso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe no sólo interpretar las normas aplica-

---

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones son vinculantes para los tribunales argentinos, habiendo dicho tribunal responsabilizado al Estado nacional por la deficiente tramitación de la citada causa, ya que con la declaración de prescripción se lesionaría el derecho a la protección judicial de las víctimas de las violaciones constatadas por el nombrado tribunal, originándose nueva responsabilidad internacional para la Nación (CS, 2004/12/23, "*Espósito, Miguel A.*", RJLL on line).

[294] Corte IDH, 2003/09/18, "*Bulacio c. Argentina*", Sup. Penal, 2003 (diciembre), 3 - Con nota de García, Luis M., publicado en *La Ley*, 2004-A, 682). La reparación de las violaciones a derechos humanos dispuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en el caso, debido a la muerte de un menor por los golpes que le propinaron agentes policiales durante una detención ilegal, sin que la Justicia haya esclarecido los hechos ni identificado a sus autores— tiene la doble finalidad de proveer a la satisfacción de la víctima y sus familiares y restablecer el orden jurídico quebrantado por la violación en cuestión, lo que requiere la garantía de no repetición de los hechos lesivos (del voto razonado del juez Cançado Trindade). (CIDH, 2003/09/18, "*Bulacio c. Argentina*", citado).

bles, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, podrá disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados.

En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hechos para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica.

Nosotros creemos que esta interpretación es de seguimiento obligatorio, pues es una forma de jurisdicción aunque técnicamente no lo parezca.

Se ha dicho al respecto, que todo tribunal internacional y órgano poseedor de competencias jurisdiccionales tiene el poder inherente de determinar el alcance de su competencia. Así, toda vez que la Corte Interamericana decide responder o no una solicitud de opinión consultiva está ejerciendo el poder de determinar su competencia.[295]

Por eso, el tribunal sólo debe abstenerse de responder a una solicitud de opinión consultiva si encuentra que la consulta excede el alcance de esa competencia, sea porque busca debilitar el mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos menoscabando los derechos protegidos, o desvirtuar o perjudicar la jurisdicción contenciosa de aquel tribunal.

44.5. La síntesis de la actividad parece quedar emplazada en el llamado "control de convencionalidad" donde la interpretación constitucional se integra y complementa con los pronunciamientos y recomendaciones del sistema europeo o interamericano, dando lugar a un esquema totalmente novedoso para la aplicación de los estándares conocidos sobre derechos y garantías.

La guía surge de la propia jurisprudencia transnacional que reclama que los tribunales locales no se limiten a analizar si una ley es o no inconstitucional, sino que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana".

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.[296]

Tiempo después, en el año 2006, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú,* vuelve García Ramírez a sostener cuánto significa el control de convencionalidad

> [...] 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

---

[295] Del voto concurrente del juez Cançado Trindade -1997/11/14, "*Opinión consultiva 15/97*", en *La Ley*, 1998-E, 496, con nota de María Fernanda Pérez Solla.

[296] Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N°. 101.

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 de 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.

La evolución habida en relación con ello, fue bien explicada por Hitters,[297] a quien seguimos en detalle.

En efecto,

> el 7 de diciembre de 2004 en el caso Tibi,[298] García Ramírez volvió a poner la Pica en Flandes sobre esta problemática, sosteniendo, con buen tino, que la tarea de los jueces trasnadonales 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 constitudonalidad, 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".[299] Aclara allí el citado jurista mexicano que del mismo modo que un Tribunal Constitucional 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 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".[300]
>
> Lo expresado significa —en definitiva— 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*[301] 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…".[302]

---

[297] HITTERS, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109 y ss.

[298] Corte IDH, Caso *Tibi Vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114.

[299] Corte IDH, Caso *Tibi*, cit, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

[300] Corte IDH, Caso *Tibi*, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 4.

[301] Corte IDH, Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, N° 133.

[302] 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

En el año 2006 en el asunto *López Álvarez*[303] 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 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".[304]

"En el caso *Almonacid Arellano*[305] —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,[306] 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'".[307]

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 Ramírez en su Voto Razonado trabajó sobre esta álgida cuestión hablando de 'control de convencionalidad'.[308] 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.[309]

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,

---

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.

[303] Corte IDH, Caso *López Álvarez Vs. Honduras*, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, N° 141.

[304] Corte IDH, Caso *López Álvarez*, cit, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 30.

[305] Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

[306] Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano*, cit., párr. 124.

[307] Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano*, cit., párr. 124.

[308] Corte IDH, Caso *Vargas Areco Vs. Paraguay*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155.

[309] Corte IDH, Caso *Vargas Areco*, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 7.

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.[310]

OMISSIS CASO TRABAJADORES CESADOS DEL CONGRESO *VS.* PERU, REFERENCIADO ANTERIORMENTE

[…] El 20 de septiembre de 2007, en el caso *Boyce*,[311] 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 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.[312]

En el Caso *Heliodoro Portugal*,[313] 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.[314]

---

[310] Corte IDH, Caso *Vargas Areco*, cit, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 8.

[311] Corte IDH, Caso *Boyce y otros Vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, N° 169.

[312] Corte IDH, Caso *Boyce*, cit., párr. 77.

[313] 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.

[314] Hitters, ob. cit., pp. 109 y ss.

196 blanca

Capítulo III

La teoría de la acción

Sección 1ª

45. La acción como fundamento del derecho procesal

45.1. La acción es uno de los capítulos más importantes de la teoría general del proceso, porque desde ella se interpretan cuestiones como el acceso a la justicia, quiénes pueden ser partes en una controversia judicial, la capacidad exigida para postular ante los tribunales, entre otros temas de interés que se desarrollan en este capítulo.

Es evidente que el término "acción" contiene diversas acepciones que se apartan del vocablo original del cual proviene (latín: "*actio*" y éste de "*agere*": actuar), por eso confunde al investigador y produce la dispersión de conceptos según el ángulo que focalice el estudio.

A la teoría general del derecho procesal le importa la acción como actividad de las partes y, más concretamente, del que formula el reclamo al órgano jurisdiccional. También es el problema que debe resolver el derecho procesal constitucional, pero tiene variables y se apropia de los fundamentos. Veamos porqué:

45.2. Si en sus orígenes el hombre no necesitaba de la justicia dado que privaba la fuerza como respuesta y composición a los disturbios entre ellos; con la sociedad organizada, el Estado cobra una importancia singular, trascendente. Se adopta esa posibilidad de autotutela y legitima el uso de la fuerza en instituciones legalmente establecidas.

Los jueces son producto de esa organización que viene a sustituir la voluntad de los particulares. Se origina la jurisdicción, como un poder independiente al que se le debe respeto y sumisión; pero obligada al mismo tiempo a resolver con justicia y equidad los conflictos de intereses que suceden en esa comunidad organizada. El proceso civil germina sobre esta idea: todo proceso se inicia a solicitud de parte ante un tribunal que debe oír sus pretensiones.

45.3. Ahora bien, la escasez de los bienes de la vida, origina naturalmente el conflicto entre individuos. Aun obteniéndolos, pueden a su vez ser desconocidos o cercenados por otros, lo que da motivo para que el hombre reclame la protección jurisdiccional del derecho que ostenta.

El interrogante que plantea el derecho procesal es, si ese derecho subjetivo es el mismo derecho que permite el ejercicio de la acción, o, en su caso, si la acción deriva del derecho sustancial, o es su proyección. La cuestión trasciende la ciencia del proceso, insertándose en otras disciplinas como el derecho constitucional, el derecho político, e interesa sobremanera a la teoría general del derecho.

Por supuesto, es la escala donde apoya también el derecho procesal constitucional.

46. La *actio* del derecho romano

46.1. Saber si para actuar ante los jueces se necesita la titularidad en el derecho afectado; o basta con el interés legítimo o fundado para hacerlo, es una cuestión que tiene origen en el derecho romano.

Ello es consecuencia lógica de la organización y método que impuso a sus instituciones, sobre todo en lo referente a la unidad del sistema jurídico establecido que, en perspectiva política, importó la consagración del orden y la justicia.

La idea de "dar a cada uno lo suyo", en el marco de convivencia de una comunidad, fue la identificación práctica del principio de organización de la estructura de la sociedad. Nunca fue puesto en duda el Derecho como instrumento de realización externa de la utilidad de ese orden; imponiendo al desventurado que infringía lesión a ese presupuesto ideal, el castigo en su persona y, tiempo después, en sus bienes.

Por eso el Derecho gestó dos fines inmediatos: su servicio al destino del hombre, y su naturaleza francamente institucional de la paz que definió el orden social.

46.2. No obstante, jamás podría afirmarse esta conclusión como natural y consecuente de la obra del derecho romano. Tal confirmación supondría relegar la inseguridad de los antecedentes e, inclusive, la posibilidad de que el Imperio hubiera tomado como modelo la filosofía o esquema de otra sociedad. Recuérdese que, en materia procesal, las principales investigaciones son del siglo XIX, robusteciendo algunas hipótesis el descubrimiento de Niebuhr, en Verona, en 1816.

En suma, tal como dice Ihering y reproduce Mercader, si la creación del derecho responde a procesos largos y lentos que se da en instantes determinados, no sería razonable ir a buscar el momento histórico en que nace la acción.[315]

46.3. La ausencia de certidumbre obliga a una observación metódica y cauta respecto del derecho romano. La historia refiere a tres períodos que regularon diversamente sus sistemas judiciales.

Originariamente, las acciones de ley (*legis actionis*) reglamentaron la actividad procesal en base a tres principios inalterables: precisión, solemnidad y formalismo. Esto suponía que la invocación a la justicia guardaba cierta esencia divina, lo cual es evidente en el derecho civil donde la ley es sagrada y secreta, quedando en manos de los pontífices la posibilidad de conceder su señorío.

---

[315] MERCADER, Amílcar, *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico,* Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 33.

El individuo que deseaba la protección debía acudir a ellos para que les enseñaran los modos de presentación del reclamo, insinuándose la conveniencia de estar asistidos por patronos.[316]

Esta conjunción entre el ejercicio del derecho ostentado como miembro de la colectividad, y la acción ante la justicia, lleva a que los historiadores establezcan una absoluta identidad entre ambos.

La actitud oculta y jactanciosa que hacían los Pontífices de su función privilegiada, motivó serias resistencias en las familias Patricias y más tarde, también en los Plebeyos. Los progresivos ataques hacia esa ritualidad exacerbada que emanaba del secreto favorecido por el Estado, dieron lugar al primer cuerpo orgánico escrito de Derecho: las XII Tablas. No obstante, la interpretación y funcionalidad de estos preceptos no cambiaron de manos.

Empero, cuando accede la plebe al Colegio Pontificial, los privilegios se evaporan en secuencias sucesivas, hasta llegar a la publicación de las *legis actionis* que eran una especie de repertorios generales relativos al modo de entablar y resolver negocios jurídicos.

La actividad judicial, en tanto continuaba secularizada y solemne, para caer en un absoluto descrédito por la inutilidad que suponía su funcionamiento ritual.

La ley AEBUTIA suprimió las acciones de la ley dando lugar al procedimiento formulario que representaba un sensible cambio en las tradiciones. En primer lugar se apartó el carácter sacramental de la postulación, aunque el sistema no perdió su condición formal. El proceso judicial se cumple en etapas; la primera de ellas suscita la intervención del Pretor, quien como funcionario conocedor del Derecho, redactaba previamente modelos de presentación que estaban a disposición de los litigantes.

La fórmula era, en cierto sentido, un "esquema de acción" —como dice Wenger—, y trasunta propiamente la demanda:

> [...] De acuerdo con la opinión más corriente, la fórmula se originó en la costumbre del Pretor peregrino de redactar, con ayuda de las partes y de los testigos presenciales del acto de la *litis contestatio*, un resumen estricto, con el nombre de las partes, el objeto de la controversia, las razones alegadas, etc. que debía servir de norma al juez en la investigación de la verdad. El Pretor peregrino juzgaba a los extranjeros conforme al derecho de gentes y puesto que el sistema de las acciones de ley, era inaccesible a los peregrinos, la verdad es que no podían valerse de este procedimiento, exclusivo de los ciudadanos romanos.[317]

Las partes que contenían la fórmula representa, cada una, el esbozo de la pretensión reclamada: *a)* la *demonstratio* era el fundamento jurídico; *b)* la *intentio*, la petición concreta; *c)* la *adjudicatio* fue la alternativa del magistrado para resolver en

---

[316] El término "honorario" encuentra justificación en el honor que dispensaba el *advocatus* al individuo, que por no conocer el derecho ni su técnica de exposición, necesitaba de asistencia.

[317] CUENCA, Humberto, *Proceso civil romano,* Ejea, Buenos Aires, 1957, p. 55.

una u otra de las formas que se proponía y, *d)* la *condemnatio* era la potestad del juez de condenar o absolver.

De esta época es la definición de Celso: "*nihil alliud est actio quam jus quod sibi debeatur iudicio persequendi*" (la acción no es sino el derecho a perseguir en juicio lo que a uno se le debe), demostrando que la acción residía en el *ius persequendi*, permitiendo al Pretor conceder o negar la fórmula. Evidente fue que el actor tenía una opción de ejercicio independiente del derecho que asistía.

Cuando este procedimiento es reemplazado por la *extraordinaria cognitio*, se suprime definitivamente la fórmula y con él la separación entre el derecho y la acción.

Ahora el Estado unifica en la sentencia ambos conceptos, pues en ella descargó prácticamente toda la actividad litigiosa. Inclusive, la *litis contestatio* pierde su fisonomía contradictoria que hacía a la naturaleza esencial de la controversia, para sumirse en un acto más del procedimiento. Obsérvese que, la identidad referida llega al punto de permitir al magistrado —"por razones de equidad"— innovar en el planteo originario.

Sobre la base de este tercer período romano, se ha desenvuelto toda la teoría posterior de la acción; favorecida además por la entronización que se eleva del derecho positivo, especialmente, del derecho civil.

47. La escuela clásica

47.1. Precisamente, sobre la base orquestada por el derecho privado tiene origen la denominada doctrina civilista de la acción. El concepto arraigadamente privado que se asigna al proceso tiene como fundamento la equivalencia absoluta entre el derecho y la acción.

No se distingue entre ambas nociones, sencillamente porque sostienen que la acción no es otra cosa que el derecho mismo deducido judicialmente.[318] Otros sin llegar a la plena confusión, pensaron que tal ejercicio no era un derecho de la categoría jurídica tradicionalmente reconocida, pero suponía la posibilidad de realizarlo a través del juicio.[319] Criterio que comparte la doctrina civilista francesa, en especial Demolombe, Demante y Aubry y Rau.[320]

Entre los autores de habla hispana, comparten el concepto con alguna variante (derecho en ejercicio), Manresa, Reus y Miquel, en tanto Vicente y Caravantes dijo

---

[318] PLANIOL Y RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil Françcaise,* Tomo I, París, 1928, pp. 733 y ss. *Cfr.* GOZAÍNI, Osvaldo A., *Derecho Procesal Civil,* Tomo I (Jurisdicción, acción y proceso), volumen 1, Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 68. Del mismo autor, *Tratado de Derecho Procesal Civil,* tomo I, cit., pp. 63 y ss.

[319] POTHIER, *Pandet y Traité de la communauté,* reg.: iuris nº 1436, p. 70, cit. Mercader, ob. cit. en nota 72, pp. 52 y 53, nota 9.

[320] Demolombe, *Cours de Codice Civil,* Tomo IX nº 388. Demante, *Cours analytique de Codice Civil,* Tomo II, nº 151. Aubry et Rau, *Droit civil français,* Tomo VIII p. 118; todas citas de MERCADER, obra citada, pp. 52/53

que "la acción era el medio legítimo de reclamar en juicio los derechos que nos competen".[321]

47.2. Savigny fue el primero que intentó restituir al derecho la verdadera posición, dando primacía al derecho sustancial y dejando a la acción como una función de garantía. Si el derecho era violado, se ponía en movimiento la acción. De aquí su elocuente expresión por la que ve en ella "el aspecto particular que todo derecho asume a consecuencia de su lesión". Gráficamente era "el derecho en estado de defensa, pertrechado para la guerra que vivir en el proceso no como un derecho autónomo sino como un momento más en la vida del derecho".[322]

La idea es continuada por comentaristas de la talla de Garsonett, Bru y Japiot. También Glasson y Tissier, que apuntaron que "era el derecho mismo ejercido judicialmente; el derecho en su estado de lucha".[323]

Vélez Sarsfield, en Argentina, no se manifestó expresamente sobre el tema, pero la filosofía que surgen de los arts. 515, 2558, 2765, 2757, 3955 del Código Civil salido de su pluma y creación, parece indicar la sinonimia entendida entre la acción y el derecho.[324]

47.3. Resulta claro el trasfondo que capitaliza el derecho material en toda esta teoría. La relación subjetiva trabada en las estipulaciones particulares originó siempre un señorío de la voluntad sobre las cosas o la persona obligada, y por consecuencia, llevaban implícita la acción para hacerla efectiva. "El derecho era pura acción, y la acción el derecho subjetivo por antonomasia".[325]

Es propio de la teoría clásica emparentar la acción de pedir ante los jueces con el derecho de propiedad que, por su carácter subjetivo que impone afectación directa y titularidad, estaba presente en las codificaciones de la época. El Código Civil Francés testimonia la influencia.

De todos modos interesa observar que a medida que pasa el tiempo va ocurriendo cierta diferencia en los autores, sobre todo a partir de Savigny. La concepción enraizada que identifica el derecho de fondo con su reclamo jurisdiccional fue tomándose como algo diferenciado, así por ejemplo Glasson, en la 2ª edición (1908) de su obra sobre los procedimientos civiles, expresa que: "[…] la acción es la sanción de otro derecho sea un derecho real, personal o de crédito".[326]

---

[321] VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico y filosófico de la ley de enjuiciamiento,* Tomo II, Gaspar y Roig, Madrid, 1856, pp. 6 y ss.

[322] DE SAVIGNY, Federico Carlos, *Sistema de derecho romano actual,* traducción de Mesia y Poley, Tomo I, Góngora, Madrid, pp. 293 y ss.

[323] GARSONETT, *Traité théroque et practique de procédure,* Tomo I, París, 1989 (2ª ed.), p. 483. BRU, *Traité de procedure civile,* Tomo I, París, p. 530; JAPIOT, *Traité elementaire de procedure civile et comerciale,* París, 1935.

[324] *Cfr*. LASCANO, David, prólogo a la obra de Mercader, citada en nota 72, p. X.

[325] LASCANO, ob. cit., p. XI.

[326] GLASSON, *Précis théorique et practique de procedure civile,* 2ª ed., Tomo I, París, 1908, p. 223.

48. Autonomía de la acción. La teoría moderna

48.1. En 1856 comienza la separación entre los conceptos. Por entonces Windscheid,[327] pandectista alemán, publica en Düsseldorf su libro: "*La acción del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual*", sosteniendo que cuando los romanos ejercían el derecho de acción procurando de este modo la tutela jurídica, no identificaban el derecho vulnerado con el acto cumplido; en realidad dirigían una pretensión contra el adversario; que se transformaba en acción al hacerla valer en juicio. Esta pretensión ("anspruch") podía reconocerse por el Estado a través de la sentencia correspondiente, o por el mismo particular que decidiera por sí mismo componer el conflicto. Por eso la acción no era otra cosa que la pretensión jurídica deducida en el proceso.

Al diferenciar el concepto romano de la *actio* resalta que el cambio estaba en que el concepto moderno no era similar aunque existía un paralelismo. Para los romanos la *actio* era el *prius*, porque tenía un valor creador; en cambio , el Derecho el *posterius*, era solamente una consecuencia. El Derecho estaba al servicio de la *actio*. Para los modernos, el Derecho es el *prius*, la acción el *posterius*; el Derecho es lo que crea, la acción es lo creado. Por eso la acción está al servicio del Derecho. La actio moderna está en el lugar del Derecho, vinculada a un derecho subjetivo material violado, del que asegura su tutela. La actio es la expresión del Derecho. Las fuentes romanas reconocen la *actio* —dice Windscheid— a quien no ha sufrido aún ninguna violación.

---

[327] Windscheid nació el 26 de junio de 1817 en Düsseldorf y murió en Leipzig el 26 de octubre de 1892. Cursó estudios en las Universidades de Berlín y Bonn, doctorándose en ésta el 22 de diciembre de 1838. Hizo la "libera docencia" en 1840, y en 1847 fue nombrado profesor de Derecho romano y de Derecho civil francés de la Universidad de Bonn; en el mismo año fue llamado como catedrático a la Universidad de Basilea, de donde pasó luego a las de Greifswald (1852), Munich (1857), Heidelberg (1871) y Leipzig (1874), donde murió. En 1874 fue nombrado miembro de la comisión encargada de redactar el proyecto de Código Civil alemán, en la cual trabajó de 1879 a 1833. La obra que le dio más fama fue el Lehrbuch des Pandektenrechts (Tratado del Derecho de pandectas, Düsseldorf 1862-70; 9 ed., con interesantes adiciones de T. Kipp, Francfort del Main 1906), que influyó en gran medida sobre el CC alemán y que indudablemente constituye el mejor resumen de la doctrina pandectista. Por esta razón sus trabajos influenciaron extraordinariamente la labor doctrinaria de muchos países, como Italia, donde se hizo una traducción anotada por Fadda y Bensa, que luego continuó P. Bonfante. Además del Lehrbuch, escribió otras monografías que pueden considerarse preparatorias o desarrollos del mismo. Son: Die Lehre des romischen Rechts van der Varaussetzung, (La teoría del presupuesto (de los negocios jurídicos) en el Derecho romano), Düsseldorf 1850; Die Singularsuccessian in Obligatianen (La sucesión singular en las obligaciones), en Krit. Ueberschau, Munich 1853; Recht und Rechts-wissenschalt (Derecho y ciencia del Derecho), Greifswald 1854; Die Aktia des romischen Civilrechts van Standpunke des heutigen Rechts (La acción del Derecho civil romano desde el punto de vista del Derecho actual), Düsseldorf 1856; Die Actia. Abwehr gegen T. Muther (La acción. Réplica a Muther), Düsseldorf 1857; Grundriss zu Pandektenvarlesungen (Compendio entre las lecciones de Pandectas), Munich 1858; Wille und Willenserkliirung (Voluntad y declaración de voluntad), Leipzig 1878 (publicado también en Archiv I. de. civil. Praxis 1880), etc. Algunos discursos y monografías de w. fueron reunidos por P. Oertmann en la obra *Gesammelte Reden und Abhandlungen (Discursos y trabajos reunidos)*, 1904.

Con anterioridad a Windscheid, el romanista francés Ortolan advirtió los cambios de significados que el término *actio* tenía con relación a los diversos sistemas procesales, pero nadie había pensado poner en duda ni la sustancial afinidad entre la figura tradicional y la denominada "moderna", ni la legitimidad de subsumir ambas en una definición comprensiva. Los romanos entendían la acción como un poder de accionar en el proceso, de promover a través del juicio un resultado que comúnmente consistía en la tutela de una situación sustancial preexistente, o sea, en la actuación de la sanción por ella prevista.

48.2. Con la teorización de Windscheid se separan definitivamente los estudios históricos del Derecho romano, de los estudios de la dogmática civil y procesal, sustrayéndola en adelante de la directa influencia de las fuentes romanas.

Explicando la teoría, Chiovenda señaló que, para la época en que se emite la exposición, existía en Alemania una doble terminología: la *actio* y la *klage*. La primera representaba el derecho mismo, concebido como una potestad derivada de la reacción que surge contra la violación de derecho. A su vez, la *klage* era un concepto creado por los juristas medievales (*klagerecht*: derecho de accionar) que no tenía reconocimiento en el derecho romano. La idea partía de ver en la acción un derecho contra el Estado (querella, queja) tendiente a provocar la actividad del poder público; la actio romana era predominantemente una afirmación del derecho contra el adversario, en tanto que la *klage* era una invocación al juez.[328]

Windscheid, entonces, había descartado a la *actio* para asumir con la *klage* la fundamentación de su idea. En suma, la pretensión transformada en acción al hacerla valer en juicio, daba la posibilidad de exigirle al oponente un comportamiento determinado.

48.3. La posición mereció la crítica de Muther, quien en 1857 edita en Erlangen (Baviera): "*La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar*", sosteniendo que la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se obtiene la tutela jurídica (*rechtssutzanspruch*) y se dirige contra el Estado para la obtención de una sentencia favorable, y contra el demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha. La acción tiene como presupuesto la existencia de un derecho privado y su violación, pero aunque está condicionada por el derecho subjetivo es independiente de este y su regulación corresponde al derecho público.[329]

Con esta concepción se genera la famosa polémica que da origen a la autonomía de la acción. En realidad, compartiendo la opinión de Mercader, más que un debate ideológico existe una integración entre ambas teorías, porque la figura de la *anspruch* (pretensión) que Windscheid le asignó un solo sentido, fue completada por Muther en un doble aspecto: como acción dirigida hacia el Estado en demanda de protección jurisdiccional; y otra que se vuelve hacia el deudor para que cumpla la prestación a que se obligó.[330]

---

[328] *Cfr*. ALSINA, Hugo, *Naturaleza jurídica de la acción,* Revista de Derecho Procesal, 1952-I, p. 189.

[329] ALSINA, *Naturaleza jurídica de la acción*, p. 192.

[330] MERCADER, *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico,* cit., p. 62.

48.4. La obra de los Pandectistas sirvió para desplazar el procedimiento del cuadrante hasta entonces signado por el derecho material. Se demostró la heterogeneidad de éste respecto a cada medio de defensa de los particulares y, esencialmente, para revelar la importancia del proceso como ciencia autónoma diversa del derecho civil.

Referidos concretamente al problema de la acción, es probable que la lectura de esta confrontación no clarifique la distinción entre la acción y el derecho subjetivo, máxime cuando introduce un concepto nuevo como es la pretensión. Sin embargo, el camino de la escisión quedó trazado, y a partir de ahora las referencias serán de contenido moderno, sin relacionar al derecho romano.

49. Proyecciones de la polémica. La acción como derecho abstracto

49.1. En 1878 Degenkolb pretende ir más allá de la autonomía alcanzada; quiere conseguir la total y absoluta desvinculación entre el derecho y la acción.

Hasta entonces, toda la suerte del proceso había estado marcada por el derecho civil, tomando de él sus preconceptos y concreciones para deducir un determinado resultado. Para este autor, la acción no es el derecho, ni lo supone, simplemente es la afirmación de su existencia. De este modo, la expectativa de obtener una sentencia favorable es absolutamente contingente; tanto ejerce la acción quien resulta triunfador en el proceso como quien lo pierde.

La teoría quiere demostrar que la acción es un derecho abstracto, que le corresponde a cualquiera, tenga o no razón. Por eso, es posible pensar en una demanda infundada. En síntesis, la acción sería una facultad que de instaurarse se plantea contra el Estado y contra la otra parte, siendo suficiente para ello creerse asistido de razón.

49.2. Por primera vez, se explica la posibilidad de tramitar todo un proceso, desde la demanda hasta la sentencia, sin necesidad de relacionar al derecho que tiene quien lo ha promovido, de ahí el carácter abstracto.

En 1880, Plosz considera también a la acción como un derecho autónomo y abstracto, y en la misma línea aparecen Alfredo y Ugo Rocco, Carnelutti, Zanzuchi, Mortara, Kohler y Couture, todos ellos con matices particulares. Por ejemplo, Ugo Rocco participó de la corriente, pero le criticó su carácter pasivo, afirmando que tanto al actor como al demandado, la ley procesal les reconoce verdaderas "pretensiones" frente al juez, que se dividen en tantas "*facultas exigendi*" cuanto sean los actos que aquél está obligado a cumplir o realizar a solicitud de las partes.[331]

En este sentido, define a la acción como: "un derecho subjetivo público del individuo para con el Estado, que tiene como contenido sustancial el interés abstracto a la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos, que la incertidumbre o la inobservancia de la norma aplicable en el caso concreto, pueden oponer a la realización de los intereses protegidos".[332]

---

[331] ROCCO, Ugo, *Derecho Procesal Civil,* Porrúa, México, 1939, p. 161.

[332] ROCCO, ob. cit., p. 161.

Para Alfredo Rocco, la acción es un derecho subjetivo público contra el Estado, en orden a la actividad jurisdiccional de éste para eliminar la incertidumbre del derecho;[333] como se ve, prácticamente una identificación total con el pensamiento de su hermano.

Carnelutti califica a la acción como un derecho subjetivo público de las partes, que es independiente del derecho subjetivo material y netamente diferenciable de éste último tanto en el contenido como en el sujeto pasivo:

> el derecho subjetivo material —dice— tiene por contenido la prevalencia del interés en litis, y por sujeto pasivo a la otra parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la litis y por sujeto pasivo al juez, o en general, al miembro del oficio a quien corresponde proveer sobre la demanda propuesta por una parte.[334]

49.3. La teoría abstracta de la acción significó la consagración publicística de la ciencia procesal. El proceso encuentra su fundamento a partir de la iniciativa particular, y es el interés el que va a determinar la naturaleza jurídica. Años después, esta posición se relacionará con el derecho constitucional, cuando el derecho de acción resulta explicado como un derecho de petición a las autoridades.

La crítica de esta posición sostiene que ella confunde el proceso de acción con la mera facultad jurídica de obrar; además, para compartir la tesis es preciso poder dar razón a quien la tiene y a quien no la posee, pues éste último puede pedir que el juez declare si la tiene o no; pero en cualquier caso la acción obtiene como fundamento una pretensión que, si progresa, hace que aquella sea admitida, y en caso contrario determinará su rechazo.[335]

50. La acción como derecho concreto

50.1. La teoría anterior estableció una notoria diferencia entre el derecho y la acción, que obligó a un ajuste de conceptos más conciliable con la realidad. No era tan cierta la afirmación efectuada respecto a que cualquiera, con o sin razón, tenía derecho al proceso. En los hechos, quien formulaba una demanda portaba implícitamente un derecho subjetivo que consideraba afectado, y la daba razones más que bastantes para actuar ante la justicia.

Bien dice Ramos Méndez que: "[…] el litigante no presta atención a su derecho de acudir a los tribunales de justicia. Lo que verdaderamente interesa al particular es obtener un fallo judicial a su favor y para el caso incoa el proceso".[336]

Con esta realidad confrontada, Wach sostiene en 1885 el carácter concreto de la acción. En efecto, la acción resulta para el autor —que sigue la inspiración de

---

[333] ROCCO, Alfredo, *La sentencia civil,* traducción Ovejero, México, 1945, p. 127.

[334] CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones de derecho procesal civil,* Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1973, pp. 315 y ss.

[335] ALSINA, *Naturaleza jurídica de la acción*, pp. 196/7.

[336] RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 66.

Muther— un derecho de carácter público y concreto, en la medida en que, respectivamente, se dirige contra el Estado y sólo pertenece a quienes tienen derecho a una sentencia favorable.

En cambio se aparta de Muther al observar que la acción no tiene como presupuesto necesario la violación de un derecho subjetivo, como en las acciones declarativas donde es suficiente ostentar interés en su promoción, de manera que con ella fundaría el derecho a la tutela jurídica.[337]

Sin embargo, la vinculación que entabla entre la posibilidad de tutela sujeta a la razón de la demanda, que permite esperar con expectativa resuelta y favorable una sentencia a su favor, cae sin pensarlo en una natural incongruencia: fuera del derecho protegido, o del derecho que después ha de triunfar en la sentencia, la acción no existe.[338]

50.2. A pesar del reparo señalado, apoyándose en la teoría desenvuelta, numerosos autores siguieron la línea. Goldschmidt recibió la noción de tutela jurídica, pero le dio más importancia a la función del Estado que a la obligación personal del adversario. Denomina así a la acción como un derecho público subjetivo (con el contenido de pretensión de sentencia) dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica del mismo mediante sentencia favorable.

Agrega el profesor de Berlín que Wach había dicho que existe un deber del demandado de soportar los actos de tutela jurídica del Estado; pero este deber no es tal frente al demandante sino frente al Estado, y en verdad, al menos a primera vista, no supone sino la situación ordinaria de sumisión al Estado, aunque delimitada jurídicamente. En suma: el derecho a la acción, por la relación en que se encuentra con el estado de sometimiento a la soberanía estatal, ser un derecho contra el Estado, cuya carga recae sobre el demandado.

Por eso concluye que:

> [...] La acción procesal como objeto concreto del proceso, es un derecho justiciario de carácter material, no de carácter procesal. No es una pretensión (acción o derecho) preprocesal o supraprocesal más que desde el punto de vista de la concepción civilística corriente, que supone la existencia de presupuestos. Para la concepción procesalista, según la cual el fin del proceso es hacer evidente el derecho discutido, es, antes y durante el proceso, la posibilidad de obtener una sentencia favorable, y después de terminados los debates, la expectativa de la misma.[339]

La doctrina de Wach encontró eco también en autores como Hellwig, Weismann y Laband[340] entre otros, pero va a ser Chiovenda quien la desarrollará convincentemente.

---

[337] WACH, Adolf, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1962, p. 46.

[338] MERCADER, *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*, p. 56.

[339] GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil*, traducción Leonardo Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1936, pp. 96/7.

[340] HELLWIG, *Klagerecht und Klagemoglichkeit*, Leipzig, 1905; WEISMANN, *Lehrbuch des deutschen Zivilprocessrechts*, Stuttgart, 1903.

51. La acción como derecho potestativo

51.1. En 1903, Chiovenda expone la famosa prolusión sobre la acción en el sistema de derechos, en oportunidad de hacerse cargo de su cátedra en la Universidad de Bolonia (Italia). Vuelve el insigne maestro a colocarse en el punto de partida para demostrar que toda acción se ejercita cuando el derecho ha sido menoscabado.

En efecto,

> [...] las normas jurídicas tienden a actuarse. La coacción es inherente a la idea del derecho, no en el sentido de que para tener un derecho se deba poder actuarlo efectivamente, sino en el de que aquél tiende a actuarse mediante todas las fuerzas que de hecho se encuentran a su disposición. Siendo el fin principal de una obligación jurídica la ejecución de la ley, dícese cumplir la ley quien se conforma con sus mandatos. Pero no todas las normas que regulan las relaciones entre los sujetos jurídicos son ejecutables por el obligado, ni todas esas normas tienen una naturaleza adecuada para poderse ejecutar por el particular. En muchos casos la actuación del derecho es realizada por órganos públicos. Pero estos órganos ya proveen a la aplicación de la ley por su iniciativa, por deber de oficio, ya pueden hacerlo solamente a petición de parte; en estos últimos casos la actuación de la ley depende de una condición: de la manifestación de voluntad de un particular, el cual decimos que tiene acción.[341]

De esta forma califica a la acción como el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley. Este carácter potestativo que le atribuye, le corresponde frente al adversario sin que él pueda hacer algo para evitarlo, es decir, se sujeta a la acción pues desaparece con su ejercicio. Ello determina que tenga naturaleza pública o privada, según lo sea la norma cuya actuación produce; por eso "la acción es un bien y un derecho autónomo".[342]

51.2. Sin embargo, de la doctrina esbozada surge cierta confusión cuando vincula la acción con la obligación (esta última, en el sentido de que todo derecho supone una prestación, positiva o negativa, que se presenta como obligación en el momento del proceso), pues afirma que ellos "[...] son dos derechos subjetivos distintos, que unidos llenan absolutamente la voluntad concreta de la ley que llamamos derecho objetivo".[343]

Advertido de la proximidad, y preocupado por su desvinculación, insiste que la independencia y la autonomía de la acción se manifiesta con evidencia en los casos en los cuales la acción se encamina a obtener un bien que no puede ser prestado por ningún obligado, sino que únicamente en el proceso puede conseguirse, o tiende a un bien sin que exista o sin que se sepa que existe ningún otro derecho subjetivo en quien tiene la acción.[344]

---

[341] CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, cit, pp. 68 y ss.

[342] CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil,* cit., p. 69.

[343] CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, cit., p. 71.

[344] CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, cit., p. 73.

51.3. Con la teoría de los derechos potestativos se descarta el carácter público de la acción y se acentúa la condición de obtener sentencia favorable. La fuente de inspiración puede tomarse de la tesis de Wach aunque se aparta dudando de la existencia de un derecho contra el Estado y el adversario, corrigiendo la definición por un derecho que se tiene contra el oponente y frente al Estado.

El planteo fue receptado por Lanza, Brugi, De Luca, y principalmente por Calamandrei. El mérito de esta teoría radica en la sistematicidad de la investigación y en el método que por primera vez adquiere el estudio del derecho procesal. Este desarrollo, unido a la doctrina del proceso como relación entre partes y juzgador, consolida el cientificismo moderno.

51.4. Las observaciones que pueden formularse registran posiciones diversas según el tema puntual que se analice. Por ejemplo, con relación al carácter privado que se atribuye a la acción se funda en la particular relación entre la voluntad individual que ejercita el derecho y la organización jurídica. Al eliminar al Estado en la dirección de la tutela jurisdiccional que se persigue, se profundiza el contenido privado, y las críticas a ello provienen con sutilezas y matices.

La evolución posterior de las ideas llevar a controvertir el carácter público o privado de la acción; y a desentrañar el destinatario a quien se dirige. Si bien ello ocurre a partir de Chiovenda, es indudable que: "[…] la neta separación entre la pretensión sustancial o derecho de exigir una prestación, que se dirige contra el obligado (sujeto pasivo) y la acción como derecho subjetivo público (que se dirige contra el Estado para obtener de él la tutela jurisdiccional) se debe principalmente a Wach".[345]

52. La acción como derecho público o privado

52.1. La discusión sobre la naturaleza pública o privada de la acción se puede corresponder con el carácter de las teorías expuestas, de modo tal que sería pública para los autores que compartieron la naturaleza abstracta de la acción; y privada para quienes la analizaron como derecho a una sentencia favorable. Sin embargo, ello no puede ser más que una coincidencia, pues desde el punto de vista científico tal relación no importa un supuesto necesario.

Ocurre que, desde el planteo de Wach, hasta el desenvolvimiento teórico de Chiovenda, fue acentuándose el carácter privado de la acción, fundamentalmente porque se tenía en cuenta la voluntad individual del que ponía en marcha el mecanismo de tutela judicial. No obstante, la doctrina posterior, a partir sí del reflejo provocado por la tesis abstracta, inicia un camino distinto.

Ugo Rocco, Alfredo Rocco, Carnelutti, Zanzuchi revelaron los puntos de vista de esta adopción.

Zanzuchi dijo que, como consecuencia de la prohibición de la autodefensa, el Estado había asumido la obligación de hacer justicia y había concedido a los ciuda-

---

[345] REIMUNDÍN, Ricardo, *Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1966, p. 35.

danos el derecho de acción. Por ello, no predomina en ella el derecho subjetivo sino una potestad consistente en el poder de poner los presupuestos necesarios para el ejercicio, en el caso concreto, de la función jurisdiccional, que corresponde al ciudadano como tal y al Estado mismo en la persona de uno de los órganos, el Ministerio Público; y si la potestad se ha hecho valer en la forma dispuesta por la ley, nace a favor de quien la ha ejercitado un verdadero derecho subjetivo frente al Estado, y por lo mismo frente a uno de sus órganos jurisdiccionales, a que éste desarrolle su actividad jurisdiccional. El Estado tiene una obligación genérica y potencial de administrar justicia; el órgano invocado en el caso específico tiene una obligación actual y concreta. La potestad de actuar no corresponde sólo al demandante, sino también al demandado, y puede hacerla valer del modo establecido por la ley, es decir, mediante la contestación de la demanda.[346]

También Carnelutti señaló que la acción se dirigía contra el Estado y no contra el demandado. Cuando se incoa la demanda, se produce un efecto inmediato que consiste en la providencia que debe emanar de la jurisdicción; por consiguiente, no sería lícito hablar de sujeción a la ley sino de sometimiento a la jurisdicción.

52.2. De este modo, la acción conserva su carácter público y se distingue del derecho subjetivo porque en aquél prevalece el interés en la justa composición del litigio, en tanto en el derecho material prevalece el interés en litigio; en suma: el interés protegido mediante la acción no es el interés en litigio sino el interés en cuanto a la justa composición del litigio.[347]

En esta línea se ubica Alfredo Rocco, al diferenciar un interés primario que es el derecho subjetivo material tutelado por el ordenamiento jurídico y un interés secundario, abstracto, independiente del anterior, a que el Estado intervenga para que sea posible la realización de los derechos subjetivos. Este interés secundario sería la acción, que corresponde a todos los ciudadanos en cuanto tales e incluso, a los extranjeros, es decir a todas las personas, y que constituye un verdadero derecho subjetivo que, considerado desde el aspecto sustancial, es el interés a obtener la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos que la incertidumbre o la inobservancia de la norma pone a la realización de los intereses tutelados, y que a su vez está protegido por el derecho procesal objetivo.[348]

53. La acción como derecho cívico

53.1. A esta altura en los desarrollos analizados, la doctrina comienza a reelaborar sus principios; existen nuevos planteos generados, sobre todo, por la transforma-

---

[346] ZANZUCHI, *Diritto processuale civile*, tomo I, Milano, 1955; cit. MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al Derecho Procesal*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 123.

[347] CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Uteha, Buenos Aires., 1944, p. 356.

[348] ROCCO, Alfredo J., *La sentencia civil*, Milano, 1962, pp. 32 y ss. cit. MONTERO AROCA, ob. cit., pp. 118 y 119.

ción política de los Estados y la conmoción creada por el incesante intervencionismo estatal.

Fue así que los juristas observaron el papel que hegemónicamente cumplía el juez en el proceso, para desplazar la explicación de la naturaleza de la acción que otrora fuera a partir de las partes, ora se cumplía en la actividad jurisdiccional y en el fin que ello importaba.

> Una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el "que es la acción") —decía Couture— debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Este derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción.[349]

Por primera vez la acción es colocada dentro de los derechos cívicos, esencialmente como una forma del derecho de petición. Es cierto que ya se hablaba de un derecho genérico de recurrir a los tribunales,[350] concibiendo a tal ejercicio como un derecho abstracto. Pero es Couture quien fundará la importancia de esta posición sobre la base de considerar a la acción como un atributo de la personalidad y por ende, de carácter privado. No obstante, como al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, cobra inmediatamente carácter público.

53.2. Luego de diferenciar a la acción del derecho y de la pretensión, se dirige a demostrar que aquella nace con la supresión de la violencia privada, de manera que con la colectividad organizada ser posible advertir el carácter público de la acción. Esta, entonces, no procura la satisfacción de un interés particular sino también la satisfacción de un interés público.[351] En consecuencia, el derecho de acción es un derecho cívico fundamental que viene a impostarse en la parte dogmática de las Constituciones contemporáneas.

Carnelutti, quien durante varios años había planteado la problemática desde puntos de vista diversos, terminó por reconocerle a la acción carácter de derecho cívico, donde el interés protegido era el público, preocupado por la justa composición del litigio, desplazando al interés privado de las partes.[352]

Fairén Guillén, inspirado en la tesis de Carnelutti llega también a igual conclusión y afirma: [...] La acción es un derecho público subjetivo; el poder de mando en que él mismo consiste, esta atribuido a uno de entre todos los interesados: al ciudadano que la interpone, se trata pues de un derecho cívico singular".[353] De este modo, agrega, quien interpone acción, ejerce una función pública.

---

[349] COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 71.

[350] FURNO, *Disegno sistematico delle oposizione nel processo executivo*, Apéndice, Firenze, 1936, pp. 96/7.

[351] COUTURE, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 19.

[352] CARNELUTTI, ob. cit. en nota 102, p. 356.

[353] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Acción*, Revista de derecho procesal, 1950-I, p. 48.

En igual sentido autores como Almagro Nosete y Montero Aroca, en España, Devis Echandía en Colombia, y entre los argentinos Alsina, Bidart Campos y Di Iorio, han actualizado el criterio, para emparentarlo profundamente con el derecho constitucional y hablar sin giro alguno de la existencia de un derecho jurisdiccional.

Almagro pone de relieve la necesidad de la jurisdicción para la certeza del derecho:

> [...] Frente a la evidencia de que los derechos subjetivos pueden ejercitarse pacíficamente es preciso admitir que este ejercicio puede impedirse u obstaculizarse; bien sea porque sea dudosa la existencia del mismo, bien porque no están fijados sus límites y alcances, bien porque existen voluntades de incumplimiento, opuestas o resistentes a quien pretende el cumplimiento voluntario. Por tanto, habrá que conocer implícitos en la doctrina general de los derechos subjetivos dos fundamentales que se resumen en uno: el primero actúa como *prius* lógico del ordenamiento jurídico, un derecho a la certeza jurídica, a la seguridad jurídica, para saber el alcance da facultades y deberes; el segundo es un corolario de aquél, el derecho a la imposición coercitiva de prestaciones equivalentes cuando el derecho cierto no se satisfaga. Ambos integran el fin del derecho a la jurisdicción.[354]

En la misma línea Montero Aroca refiere a la constitucionalización del derecho de acción, trabando en su discurso distancia entre el derecho de petición y el derecho a la jurisdicción. El primero pertenece a la órbita del derecho constitucional y no genera un deber correlativo de respuesta. En cambio, el derecho de acción, provoca una relación inmediata entre particular y autoridad, sin afectar a un tercero. La acción es el primer paso de la pretensión y ésta implica siempre la existencia de un tercero, de otra persona frente a la que se formula la declaración de voluntad petitoria.[355]

53.3. Con Montero se llega a una notable variante; al derecho procesal no le interesaría tanto encontrar la esencia del proceso como sí el modelo de la jurisdicción. Por eso, partiendo de que el proceso es una categoría jurídica propia, lo que importa descubrir es su por qué, y la respuesta se halla en considerarlo un instrumento necesario.

En efecto:

> [...] Si los órganos jurisdiccionales han de cumplir su función, necesitan en primer lugar de un estímulo: la acción, y, después, realizar una serie de actos sucesivos en el tiempo, cada uno de los cuales es consecuencia del anterior y presupuesto del siguiente, a cuyo

---

[354] ALMAGRO NOSETE, José, *El libre derecho a la jurisdicción*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1970, pp. 95 y ss. Agrega el autor: "Este (el derecho a la jurisdicción) es un derecho subjetivo público de reclamar la intervención del órgano jurisdiccional, tiene carácter constitucional y sobre todo es una exigencia de derecho natural. El derecho a la jurisdicción es la instrumentación formal de un derecho fundamental y natural de la persona humana: el derecho de defensa jurídica, que a su vez es el sustituto de un proceso anterior y primario que es el derecho de legítima defensa [...]. La acción es, pues, derecho a la jurisdicción, pero también ejercicio del derecho a la jurisdicción" (cit. RAMOS MÉNDEZ, ob. cit. en nota 91, pp. 73/4).

[355] MONTERO AROCA, ob. cit., p. 162.

> conjunto llamamos proceso. Este, por lo tanto, es el medio jurídico para el cumplimiento de la función jurisdiccional.[356] Resulta así que la jurisdicción es el ente principal y el proceso el ente subordinado, y no parece razonable que la ciencia que los estudia se denomine con referencia al segundo.[357]

Sobre esta base Di Iorio plantea que la acción es un verdadero derecho subjetivo de carácter público en tanto va dirigido a una prestación estatal, y como todo gira y se asienta sobre esta función jurisdiccional, cabe concluir que: "[…] este derecho a la jurisdicción es precisamente la acción, es decir, un derecho subjetivo público de raigambre constitucional, que se ejercita de acuerdo a la reglamentación que al afecto se dicte".[358]

53.4. Ya en 1965, Bidart Campos habló del derecho a la jurisdicción, marcando tres tiempos de realización: antes del proceso, como obligación del Estado de suministrar justicia; durante el proceso manteniendo la idoneidad de vías procesales y la garantía de defensa en juicio en todas las instancias hasta llegar a la sentencia y, finalmente, en la integridad de requisitos que tendría que contener el acto resolutorio jurisdiccional para considerarlo válido. Durante este transcurso la explicación del fenómeno parte también de la jurisdicción. El presupuesto necesario es la jurisdicción, y ella tiene que existir para que existan la acción y el proceso; como tiene que haber jurisdicción y acción para que haya proceso.[359]

Alsina fue, en cierta forma, el precursor de toda esta corriente a nivel nacional. Su inspiración fue continuada por numerosos juristas de entonces y hasta hoy afloran sin otras variantes.

Decía entonces que:

> […] El ejercicio de la acción corresponde a cualquiera que pretenda la protección jurisdiccional, sin el requisito de la previa legitimación, el que ser considerado recién en la sentencia. Quien la ejerce tiende a la obtención de una sentencia favorable, es decir, al reconocimiento de una situación regulada por el derecho privado, pero esa protección sólo puede ser acordada por el órgano público encargado de la función jurisdiccional, el que resuelve la litis aplicando las normas del derecho objetivo. Desde este punto de vista puede decirse entonces que la acción tiende a la protección del derecho subjetivo mediante la actuación del derecho objetivo.[360]

Con el derecho a la jurisdicción pareció abandonado el dilema teórico de la acción. De algún modo el punto de partida era otro, ahora, radica en observar el papel de la jurisdicción.

---

[356] MONTERO AROCA, Juan, *Del Derecho Procesal al Derecho Jurisdiccional*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1984-1, pp. 40/1.

[357] MONTERO AROCA, ob cit. en nota anterior, p. 41.

[358] DI IORIO, Alfredo J., *Una nueva formulación de la teoría de la acción y las pretensiones procesales*, La Ley, 1988-A, p. 667.

[359] BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho a la jurisdicción en Argentina*, ED, 11-969.

[360] ALSINA, *Naturaleza*…, cit., p. 207.

54. Unidad de la acción

54.1. Cuando la acción superó sus interrogantes y encontró la autonomía necesaria para no confundirse con el derecho material, sucedieron las ideas persiguiendo emerger la naturaleza jurídica. Claro fue, como hemos visto, se polarizaron las doctrinas; por eso no faltaron quienes procuraron una síntesis del esfuerzo buscando una coordinación o un complemento entre las teorías.

Liebman soslayó la crisis entre el derecho y la acción para recordar que el orden jurídico estaba constituido por dos sistemas de normas distintas y coordinadas, que se integran y completan recíprocamente: el de las relaciones jurídicas sustanciales representadas por los derechos y las obligaciones correspondientes, a tenor de diversas situaciones en que las partes vienen a encontrarse; y el del proceso, que proporciona los medios jurídicos para tutelar y actuar el sistema de los derechos.[361]

54.2. Esa misma relación observa entre el derecho subjetivo y la acción, si bien ambos se distinguen en cuanto al objeto y función que cumplen. Precisamente, porque el derecho de acción es un derecho subjetivo diverso de los derechos sustanciales, reviste fisonomía propia. El va enderezado hacia el Estado, sin estar dirigido a una prestación suya: "es mas bien un derecho de iniciativa y de impulso, con el cual el individuo pone en movimiento el ejercicio de una función pública".[362]

Mercader, en un profundo estudio de los antecedentes romanos, plantea la posibilidad de equívoco en los desarrollos hasta aquí desenvueltos. Insiste en la crítica hacia el "gregarismo intelectual" que da por ciertas afirmaciones resultantes de investigaciones precluidas que no gozan de confirmación científica. De este modo, aún sin renegar de la certeza que trasunte el contenido de los estudios cumplidos, llega a destacar la conveniencia de conceder que el ordenamiento jurídico constituye un plexo unitario integrado por la naturaleza necesariamente acumulativa de toda y cada una de las normas.[363]

Prieto Castro participa también del nexo que tienen necesariamente acción y derecho. En la última edición de su tratado dice que:

> [...] Para completar el concepto del derecho procesal es conveniente efectuar su delimitación frente al derecho material (también llamado sustantivo), es decir, del que se ocupa de los objetos jurídico-materiales del proceso [...]. Los criterios de distinción entre una y otra clase de normas viene determinado por el contenido y la finalidad de las mismas, según la doctrina científica.[364]

54.3. De esta situación surge que la regulación de una materia instrumental tendrá carácter adjetivo, como todo lo atinente a los requisitos necesarios para la obtención de justicia o tutela jurídica y a la clase, forma y procedimientos para lo-

---

361 LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal*, Ejea, Buenos Aires, 1980, p. 111.

362 LIEBMAN, ob. cit., p. 114.

363 MERCADER, Amílcar, *El proceso y la unidad del orden jurídico*, J.A., 1968-III, sec. doctrina, p. 744.

364 PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 47.

grarla. En cambio, sería derecho material el que regula el fondo del proceso o de algún modo se refiera a él.[365]

De esta interrelación nace la armonía entre el derecho material y el derecho procesal, que conduce al fin último del proceso cual es la satisfacción de un derecho o un interés reconocido en la norma sustancial.

Serra Domínguez reduce el problema, centrando su hipótesis en el punto crucial que interesa al justiciable: la iniciación del proceso mediante la acción debe encaminar hacia una resolución jurisdiccional. Como tal la acción es sólo un hecho y siempre será un acto de parte dirigido a la obtención de una sentencia.[366]

55. Relatividad de las teorías de la acción

55.1. Calamandrei se interroga: ¿Cuál es la trascendencia de estas teorías sobre la acción? ¿Cuál de esta teorías es preferible?[367] Vincula la cuestión con el momento histórico y la circunstancia política que atraviese el preciso instante en que se emite la tesis, para dar cuenta de la relatividad que adquiere el concepto y de lo permeable que puede resultar su captación en la transformación de las cosas y del mundo.

Sin embargo, el maestro italiano no deja de lado la seducción que le provoca la teoría de Chiovenda, mostrándola como la más adecuada para el código generado en su país en 1940; pero con esto, no niega que también las otras teorías hayan podido en el pasado o puedan todavía en el porvenir aparecer como históricamente más adecuadas para explicar la realidad que afrontan.

55.2. Pareciera que después de Calamandrei nada quedaba por discutir; mucho menos cuando Liebman manifestó su conclusión respecto a que ninguna teoría había podido superar los argumentos que le eran opuestos. Muchos han aceptado la propia no tanto por estar convencidos de su exactitud como por estimarla simplemente mejor que las otras: "[…] Así se explica esta especie de punto muerto a que ha llegado la discusión, del que cada uno trata de salir con afirmaciones que tienen el sabor de una profesión de fe".[368]

Sin embargo, la desilusión en tan prestigiosos juristas llevó a repensar la cuestión. La mayoría optó por reducir notablemente el problema de la acción y su nexo o distracto con el derecho de fondo. Otros, en cambio, volvieron al planteo de origen, retornando con ideas monistas.

En nuestro país Palacio siguió a Guasp, adoptando la acción como un problema extraprocesal y concentrado su interés en el contenido de la pretensión.[369]

Morello aceptó la relatividad histórica del concepto, aun cuando destacó su inserción en el derecho constitucional (derecho de petición) y la supletoriedad que

---

[365] PRIETO CASTRO, ob. cit., p. 47.

[366] SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho Procesal*, cit., p. 154.

[367] CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 252.

[368] LIEBMAN, ob. cit., p. 122.

[369] PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 111.

tiene la noción de pretensión procesal. En suma, la acción para el maestro platense, "es nada más que el medio técnico jurídico que posibilita el planteamiento de pretensiones procesales".[370]

Esta síntesis de la acción como acto, muy próximo con el derecho a la jurisdicción, es defendida también por Cappelletti y Vigoriti.[371]

55.3. Focalizando el desarrollo alcanzado, puede verse que, aun sin quererlo, se retorna al quid de la identificación entre el derecho y la acción. Es evidente que tanto la relatividad del concepto, como el carácter extraprocesal que se asigna, no resuelven la naturaleza jurídica. Tampoco lo hace plantear el tema desde la mira de la actividad procesal de las partes en el proceso, para decir que tal ejercicio es un poder, una facultad, una posibilidad un simple hecho o un mero acto. El problema entre el derecho y la acción no puede ser tal, sino se comprende que la respuesta a los interrogantes de la justicia se encuentra en la unión que tienen las diversas disciplinas que integran un ordenamiento jurídico.

Esta depuración de ideologías resulta correctamente planteada por Fenech,[372] quien deduce la crisis de identidad a partir de la ausencia de una teoría general del proceso. Sostiene que los conceptos que debieron construirse en la teoría general del derecho lo hicieron en la teoría general del derecho privado (*v. gr.:* la capacidad y la relación jurídica), de modo tal que la confusión llevó a sus extremos más notables.

La fórmula de entendimiento hasta podría reducirse a una tautología: la acción no es más que la acción, esto es, la expresión de la actividad trascendente al sujeto: un "agere" dinámico y activo que exterioriza al individuo en movimiento, sin resultado material.[373]

55.4. La acción como acto encontró una feliz recepción en la doctrina, así, Guasp, Serra Domínguez, Moron y Palacio tomaron el concepto, aunque desplazando el núcleo hacia la noción de pretensión.

La realidad práctica de la acción la ejemplifican Briseño Sierra en México y Alvarado Velloso en Argentina.

> [...] La acción procesal es una instancia de típico contenido pretensional, por lo que no puede darse en el plano jurídico una acción sin la correlativa y conjunta pretensión (ello sí puede ocurrir en el plano de la realidad, donde es factible imaginar una pretensión sin acción) y que siendo elemental el concepto de acción y, por ende, no susceptible de clasificación alguna, todas las diferencias que el legislador establece y puede eventualmente

---

[370] MORELLO, Augusto Mario, "La acción, la jurisdicción y el proceso", en *Problemática actual de Derecho Procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 1971, p. 517.

[371] VIGORITI, Vincenzo, "I diritti constituzionali delle parti nel processo civile italiano", *Revista de Derecho Procesal* (Italia) 1971, p. 622.

[372] FENECH, Miguel y CARRERAS, Jorge, "Notas previas al estudio del Derecho Procesal", en *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1962, pp. 36 y ss.

[373] FENECH, ob. cit., p. 39.

establecer en orden de las tareas de procesar y sentenciar se basan con exclusividad en el concepto de pretensión.[374]

Esta conjunción necesaria entre acción y pretensión compromete a otro personaje, también necesario, para caracterizar al proceso jurisdiccional: el juez. En este aspecto la acción procesal ostentaría la singular particularidad de provenir de un sujeto (actor) que provoca la conducta de otros dos (juez y demandado) en tiempos normativamente necesarios. Por eso, tal ejercicio es definido como una "instancia proyectiva o necesariamente bilateral".[375]

55.5. Otra vez nos enfrentamos a una lucida exposición que muestra a la acción como un acto. Si se quiere, esa es la única y verdadera condición: la acción representa un estado dinámico; exterioriza la voluntad de un individuo. Ahora bien, esa reducción de la hipótesis, como decíamos, vuelve a dejar planteada su diferencia con el derecho.

Inclusive, algunos autores reciclan el desarrollo y otra vez caracterizan a la acción como un neto derecho de carácter privado, y hasta existen quienes resuelven el planteo sobre la base de la concepción monista.

Satta entronizó el contenido privado de la acción, preocupado quizás por el avasallamiento que paso a paso iba cubriendo el Estado sobre el desenvolvimiento de las situaciones particulares. Llegó a decir que la acción era fundamentalmente un derecho sustancial, una acción privada.[376]

La posición provocó una dura crítica de Carnelutti y Cristoffolini en la que intercedió Calamandrei con su conocida teoría sobre la relatividad del concepto. La destrucción que en el fondo surgía hasta la publicización de la ciencia del proceso fue arduamente criticada, pero no podemos relegar el objeto pensado por el profesor de Roma, quien luego de esas meditaciones elaboró y cimentó su teoría de la acción en la unidad de ordenamiento jurídico.

El carácter monista que se atribuye a Redenti se concreta en sostener que la acción tienie contenido y carácter sustancial. Es el mismo derecho que se hace valer en el proceso y constituye nada más que una posición diversa motivada por el incumplimiento.[377] Desde luego, tal concepción sólo podía tener andamiento en una acción fundada; por eso, tal como lo había hecho Savigny, definió al ejercicio como una pura actividad instrumental.

La idea es recogida por Pekelis quien exige un replanteamiento de las doctrinas tradicionales. Para él, la multivocidad del término acción, tiene, no obstante, una

---

[374] BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Tratado de Derecho Procesal*, tomo I, Cárdenas, México, p. 145.

[375] ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1989, p. 87.

[376] SATTA, Salvatore, "Soliloquios y coloquios de un jurista", en *Derecho Procesal Civil*, tomo III, Ejea, Buenos Aires, 1971, pp. 199 y ss.

[377] *Cfr*. PEKELIS, Alejandro, *Acción*, Revista de Derecho Procesal, 1958-I, pp. 115 y ss.; REDENTI, Enrico, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1957, p. 67.

comunidad de significado: la acción se entiende como una cierta situación de ventaja, en la cual se encuentra o puede encontrarse el respeto singular a la actividad jurisdiccional o procesal del Estado o de la sociedad jurídicamente organizada.[378]

55.6. Desde esta noción ocurre la potestad jurisdiccional como un medio sustitutivo de la fuerza, pero algo no cambia y es que sólo se activa el mecanismo de protección a pedido del interesado. En tal sentido, la voluntad particular no es otra cosa que la norma jurídica, la cual es precisamente la disciplina de la acción.[379]

El mecanismo de esta acción radica en el funcionamiento del ordenamiento jurídico como tal y en la consistencia misma del derecho objetivo. De allí que cualquier ejercicio de protección individual sea la suma de protección del sistema y, en consecuencia, —sostiene el autor— resulta errado encuadrar a la acción en el sistema de los derechos subjetivos. Más adelante, cuando señala que la acción es el único derecho subjetivo que corresponde en realidad a cada individuo, aclara el sentido de su construcción:

> [...] El llamado derecho subjetivo sustancial privado no es más que una situación refleja que crea la propia acción al actuarse. Esta situación secundaria y refleja no debería llamarse derecho subjetivo, aunque así se haga por razones históricas. Al fin y al cabo no se trata más que de una especie de sombra que proyecta en el mundo jurídico el derecho subjetivo primario que es la acción.[380]

56. Derivaciones teóricas: el derecho a la sentencia favorable

56.1. Uno de los principales debates se concentró en definir si el ejercicio de la actividad de petición suponía o no el derecho a una sentencia favorable. Von Bülow había dicho que la acción era la posibilidad concreta de dirigirse al Estado para obtener una justa solución a su conflicto (también, Muther, Wach). En cambio, hubo quienes sostuvieron que la acción no podía dirigirse sino contra el adversario, que era quien debía soportar la actuación de la ley y por ende, para alcanzar una sentencia que comulgase con la pretensión interpuesta era necesario estar asistido de razón.

Otros prefirieron reconocer la complejidad del acto y su participación y sentido en una y otra dirección.[381]

56.2. La síntesis muestra tres líneas de atención en la elaboración teórica. Después de aislar la noción de derecho subjetivo del correspondiente al ejercicio de la actuación judicial (derecho de acción), el objeto de análisis se referencia con relación a la naturaleza que tiene el principio de disposición que le corresponde al interesado cuando promueve una petición ante la justicia. Algunos sostuvieron que esa

---

[378] PEKELIS, ob. cit., p. 123.

[379] PEKELIS, ob. cit., p. 123.

[380] PEKELIS, ob. cit., p. 134; ver RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso,* cit., p. 101.

[381] FAZZALARI, Elio, *Note in tema di diritto e processo*, Cedam, Milano, 1957, p. 112. En Argentina, PODETTI, Ramiro J., *Teoría y Técnica del Proceso Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1963, pp. 335 y ss.

facultad era intrínseca al derecho (abstracto), y por eso, no tenía mayor importancia la razón o el fundamento de la demanda. Para actuar el derecho de acción era suficiente pedir al Estado la puesta en marcha del aparato jurisdiccional.

Después, se observará que el simple derecho de petición no era bastante ni podía quedar simplificado en el primer movimiento. La acción se extendía hasta el derecho a lograr una sentencia favorable, de manera que tenía un carácter concreto.

Ambas corrientes atendieron el derecho del que peticiona, y en esta línea se dieron en el siglo XX algunas normas fundamentales, como la Constitución española, que en el art. 24 reconoció en el derecho a la tutela judicial efectiva, dos partes importantes: el derecho de acción y el derecho a la jurisdicción.

La tercera línea estudia el significado que tiene la acción interpuesta ante el órgano jurisdiccional. Se trata de ver qué tipo de obligaciones nacen desde la petición y como se resuelve el hecho en sí mismo. Vale decir, si el solo ejercicio obliga a actuar todo el proceso, o la jurisdicción conserva potestades suficientes para regular el acceso y el derecho a llegar a una sentencia favorable.

57. Críticas teóricas

57.1. Llegados a esta instancia cuadra interrogar ¿para qué sirve esclarecer la naturaleza jurídica de la acción?, pues aparentemente, cualquier respuesta derivada de las posiciones antes resumidas nos conducen a similares resultados. Habrá un proceso incoado, un procedimiento cumplido, una sentencia lograda y ¿con la acción, qué?

Estos interrogantes son los que despejan las teorías sucesivas a la formulación que hiciera Chiovenda cuando explicó a la acción como un derecho potestativo; es decir, que a partir de este autor el problema fue determinar la naturaleza pública o privada de la acción.

57.2. Sintéticamente la cuestión se presenta para definir las consecuencias que siguen al planteo teórico. Mientras algunos sostienen que ella se dirige al adversario debiendo continuarse con las reglas que cada ordenamiento establezca; otros indican que tal ejercicio se formula contra el Estado para que actúe su deber de administrar justicia en el caso concreto.

De este modo, ambas teorías tendrán múltiples reflexiones que trasuntarán la verdad de cada una; sin embargo, en cuanto a nosotros interesa, superaremos la etapa para avanzar un paso más.

El desarrollo doctrinario del siglo pasado se caracterizó, fundamentalmente en la ciencia procesal, en resolver que rol tiene el juez en el proceso: la acción se desplazó del interés de las partes, hacia la actividad jurisdiccional. Es decir, del estudio liminar de la acción, se pasó con mayor énfasis al estudio de la jurisdicción.

Una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el "qué es la acción") —decía Couture— debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Este derecho es la por-

ción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción.[382]

De este modo, al acto de pedir se lo vinculó con el derecho planteado a la autoridad. Por ello, la acción es colocada dentro de los derechos cívicos, como una forma del derecho de petición.

Es cierto, también, que ya se hablaba de un derecho genérico de recurrir a los tribunales, concibiendo a tal ejercicio como un derecho abstracto; pero es Couture quien fundará la importancia de esta idea sobre la base de considerar a la acción como un atributo de la personalidad y, por ende, de carácter privado.

No obstante, como al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, cobra inmediatamente carácter público.

58. La acción como sustento del derecho procesal constitucional

58.1. La acción no es más que un acto de contenido estrictamente procesal destinado a efectuar un reclamo a la autoridad jurisdiccional, para que actúe consecuentemente, contra un adversario a quien tendrá que emplazar para someterlo a las reglas del proceso judicial. Este acto de pedir informa al mismo tiempo una manifestación típica del derecho constitucional de petición. Como tal, el carácter abstracto que pondera se manifiesta en la posibilidad de optar por la vía del litigio, antes que en las soluciones individuales de tipo autocompositivas. Para obrar así, basta con el ejercicio de la demanda, se tenga o no razón o respaldo normativo alguno; el Estado garantiza el acceso.

Por eso, también, la acción es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica, y para que ésta se cumpla, la acción no solo afianza el primer espacio abierto, es decir, la entrada al proceso, sino, toda la instancia, lo cual significa llegar a la sentencia sobre el fondo del problema planteado. Pero entre el comienzo y el final se abren espacios que deben explicarse independientemente.

58.2. Por un lado aparece el derecho subjetivo público que dirigido al Estado le obliga a abrir las puertas de la jurisdicción. Sería esto, ni más ni menos, que el deber estatal a prestar la actividad jurisdiccional. Es decir, un deber de contenido abstracto que depende de la voluntad de los particulares, por eso, no hay juicio sin actor que lo promueva (*nemo iudex sine actore*). No hay otro vínculo en esta etapa que la emergente del acto de pedir y la obligación de proveimiento del Estado a través de sus jueces.

Empero, tal autonomía carece de total relevancia si queda en el marco de la posibilidad sin expresión concreta, al punto que correspondería adoptar el silogismo de que no hay derecho sin acción, y una acción sin derecho que amparar no tiene significación jurídica.

De esta manera, decir que la acción es un derecho sin otro resultado que la apertura de un proceso, no tiene justificativos lógicos, es preciso oponer estas con-

---

[382] COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* cit., p. 86.

secuencias con la otra parte de la cuestión. Hasta ahora, solamente se vería la cuestión constitucional: aquella que obliga al Estado a otorgar el acceso a la justicia.

58.3. De otro lado aparece la naturaleza procesal de la acción, con sus presupuestos necesarios para dar vida al proceso incoado y llegar a una sentencia válida entre las partes que no debe ser necesariamente favorable para quien demanda.

La acción cobra naturaleza procesal porqué mas allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional. Es el derecho a la jurisdicción de que nos hablan algunos autores españoles, con gran tino y verdad, al evidenciar el desarrollo de la teoría que tratamos de simplificar. Entonces, si por la acción existe el proceso, el desarrollo de éste también sucede por la actividad de las partes, de tal manera que la acción resulta del conjunto de las actuaciones de quienes están en el litigio.

En su juridicidad la acción es petición del juicio y, en último extremo, exigencia del derecho. Si el derecho no existe sin el juicio, éste no existe sin la acción. Según este razonamiento, el destinatario de la acción sería el Estado, pues a él se recurre persiguiendo la tutela jurídica (derivación del concepto sustitutivo del Estado que se apropia de la facultad de juzgar y por ende debe componer los conflictos que se le plantean); pero también, la otra parte: el demandado, es objeto de nuestro interés. Procuramos que se someta a una obligación.

58.4. La dificultad que surge de esta presentación aparece para encuadrar a la acción como derecho concreto o abstracto.

Pensamos que ni uno ni otro son conceptos que cubran totalmente la dimensión planteada. Ambos criterios interesan tanto al Estado como al particular según refieran a la relación sustancial que se traba entre las partes del proceso; o consideren el derecho subjetivo público que contra el Estado se tiene para obtener la tutela del derecho.

Si la acción fuera solamente un derecho contra el Estado quedaría sin sustento la cuestión de fondo que vincula a las partes con un derecho material; en tanto que invertir los conceptos, dejaría aislados a los contradictores ante un juzgador sin obligación que cumplir hacia ellos.

Todo parece indicar que la acción es un derecho que se dirige contra el Estado en su deber de afianzar la tutela jurisdiccional; y que concreta con la otra parte el vínculo necesario que caracteriza a la relación jurídica procesal.

58.5. Aceptado este contenido corresponde fijar el alcance dentro del sistema de derecho.

Respecto al Estado, el deber correspondiente no puede ser otro que la "justa composición de la litis" (Carnelutti); y en este aspecto, la jurisdicción podrá obrar en el terreno propio de la actividad procesal, es decir, con facultades suficientes para denegar su intervención (*v. gr.:* cuestiones de competencia; rechazo *in limine* de la demanda; recusaciones o excusaciones; etc.). Por eso se advierte que en este campo no pude hablarse aun de un derecho a la sentencia favorable, ni a la sentencia de

fondo. En realidad, nos instalamos en la antesala del proceso, y para que la justicia de satisfacción plena a los preceptos fundamentales que de ella se esperan, ningún proceso podría cancelarse en esta etapa.

Todo nos lleva a justificar porque el derecho al proceso que la acción provoca no se detiene en este pasillo de espera que propicia el acceso. Cuando se promueve la acción procesal, se quiere desarrollar un proceso que resuelva las cuestiones de fondo, este es el derecho concreto que a través de la acción se pide.

Es un derecho frente al Estado, no porque acuse un capricho del justiciable, sino, como dice De la Oliva, "[…] porque se parte de la existencia del derecho a la tutela jurídica concreta y, desde este presupuesto, el destinatario de la acción, el sujeto pasivo de ese derecho, no puede ser otro que quien está en condiciones de otorgar la tutela, que es, justamente, el Estado".[383]

Ello no importa que al otorgar la acción, o derecho a tramitar en una instancia útil y efectiva, se conceda otro derecho paralelo al éxito. Esto es diferente, depende de otras condiciones que nada tienen que ver con el derecho de acción, y sí, con la pretensión procesal y material.

Para la acción no existen condiciones para ejercerla, en todo caso los requisitos corresponden a la pretensión, que es el objeto propuesto en la demanda ante la jurisdicción. Por eso el deber del Estado consiste en otorgar el acceso a la justicia toda vez que el acto de pedir tiene sustento constitucional.

De algún modo se trata de anular del temario del derecho procesal el problema del acceso a la justicia, porque éste no es una cuestión que pueda ser resuelta con condiciones formales de admisibilidad, toda vez que en el derecho de petición va implícito el derecho a la justicia.[384]

58.6. Como se ve estamos ante un conflicto de constitucionalidad: el acceso a la justicia; el derecho de peticionar ante las autoridades; el derecho a los jueces; es decir, que ninguno de ellos descansa en el remedio de escuchar lo que se pide porque, además de la prerrogativa fundamental que tiene toda persona para ser oído,

---

[383] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional,* Bosch, Barcelona, 1980, pp. 22 y ss.

[384] El voto concurrente de Cançado Trindade en el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dice claramente que el acceso a la justicia no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial; el derecho de acceso a la justicia, que se encuentra implícito en diversas disposiciones de la Convención Americana (y de otros tratados de derechos humanos) y que permea el derecho interno de los Estados Partes, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Dotado de contenido jurídico propio, configúrase como un derecho autónomo a la prestación jurisdiccional, o sea, a la propia *realización* de la justicia. El criterio adoptado correctamente considera que no se puede coartar el derecho de los peticionarios de acceso a la justicia en el plano internacional, que encuentra expresión en su facultad de indicar los derechos que consideran violados. El respeto al ejercicio de tal derecho es exigido de los Estados Partes por la Convención, en el plano de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, y no habría sentido si fuera negado en el procedimiento internacional bajo la propia Convención. El nuevo criterio de la Corte confirma claramente el entendimiento según el cual el proceso no es un fin en sí mismo, sino un medio de realización del derecho, y, en última instancia, de la justicia.

se necesita integrar la garantía con el deber de respuesta. Ahora bien, cuando se tratan de peticiones hechas ante una autoridad judicial, el tema se ha enfocado a una sola perspectiva: *la del litigante* [385]

Se ha instalado desde sus orígenes la idea que el Estado, a través de los jueces, solamente actúa cuando hay una causa concreta y específica que debe resolver un conflicto o una controversia entre partes. De este encuadre, quien pide tiene que acreditar el interés que tiene, porque no es cualquier derecho el que se tutela ante la jurisdicción, sino aquél que resulta verosímil y fundado.

Solo quien es dueño del interés (derecho subjetivo) puede acceder a la justicia, y para demostrar la personalidad que se tiene, es necesario superar los presupuestos de admisión reconocidos como legitimación *ad causam* y legitimación *ad processum*.

58.7. Estas condiciones necesarias para ejercer el derecho de acción se adoptan como reglas implantadas, de imposible alteración en el proceso civil, y se han justificado en la teoría general del proceso.

Sin embargo, en los procesos constitucionales el conflicto se suscita con normas antes que con personas, aunque estas puedan quedar alcanzadas por los efectos de la inconstitucionalidad.

A veces, en los juicios de amparo, por ejemplo, a sabiendas del emplazamiento formal que pone la valla de la legitimación, se pretendió esquivarlo con el carácter de *afectado*, pero ello sirvió únicamente para fortalecer el criterio restrictivo que terminó, en la mayoría de los casos, fortificando el carácter subsidiario del proceso constitucional; lo que es francamente inasible.

> Esta incoherencia, al mismo tiempo, es propia de la legislación y también se instala en nuestra Constitución Nacional, obligando a interpretaciones constantes que, por la dinámica que tiene nuestro sistema de control de constitucionalidad, permanentemente reitera contradicciones y resultados disímiles. Por eso, en nuestro *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, sostenemos esta premisa conductora: 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.

58.8. Algunas legislaciones han ensayado un esquema teórico distinto, separando el derecho de petición (como simple ejercitación del derecho de pedir) de la práctica

---

[385] Para ampliar este tema ver nuestro *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2004, capítulo II.

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 se esencial para la garantía, lo verdaderamente importante está en el modelo de la jurisdicción.

58.9. 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.

Por ejemplo, un juez argentino puede encontrarse al llegar a su tribunal que entre los expedientes a resolver tiene procesos constitucionales (amparo, *habeas data*, etc.), administrativos (impugnación de una licitación); sociales (diferencias de haberes mal liquidados), familiares (divorcio, tenencia de hijos), etc., y aplicar en todos los casos el mismo sistema procesal, con sus reglas y precisiones. En cambio, un juez español, por el caso, sabe que la competencia constitucional le corresponde al Tribunal Constitucional; que lo administrativo se deriva a la justicia administrativa; que lo social es del fuero respectivo, y así sucesivamente; en consecuencia, además de desprenderse de lo que no le es propio, reconoce que los sistemas (el tipo de enjuiciamiento) son diferentes y con reglas autónomas.

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.

58.10. Por otra parte, es necesario abordar desde esta perspectiva social, la entrada al proceso, porque los modelos estandarizados de conflictos entre partes, cada día más, pierden la esencia que los justifica. Actualmente sostener que la controversia solo interesa a las partes que litigan, es una mirada egoísta y unilateral que no observa la trascendencia que tienen los procesos en el desarrollo de un país.

Además, la clásica respuesta que se deduce de la cosa juzgada entre partes, también elude la dimensión *in genere* que puede tener la sentencia (*v. gr.:* la tutela del consumidor no admite soluciones únicamente para el afectado porque, habitualmente, el daño está masificado). Inclusive, la aparición de los procesos colectivos no significa alterar el modelo de entrada al proceso, como sí promover un cambio sustancial en los derechos que se han de considerar y resolver más allá del interés personal y acotado que supone continuar con la tutela del interés dañado (derecho subjetivo).

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.

Sección 2ª El acceso a la justicia

59. El derecho a ser oído

59.1. 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 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, diseño 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.

59.2. 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.

59.3. 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.[386]

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

59.4. 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 improponibles 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*

---

[386] GOZAÍNI, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2004, pp. 89 y ss.

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 [387]

60. El derecho de entrada al proceso

60.1. 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 esta 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.

60.2. 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.

60.3. 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

---

[387] GOZAÍNI, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, cit., pp. 90 y 91.

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.

> En este camino —dice Berizonce—, hay que distinguir cuidadosamente, primero, entre vallas económicas y obstáculos socio-culturales, dado que los remedios son obviamente diversos. Aquéllas requieren una igualación de oportunidades que no se agota con el "ingresar" o trasponer el umbral de la jurisdicción, con una demanda, denuncia o querella, sino que exige también una "igualdad de armas" y hasta una actitud de "acompañamiento" por parte del propio órgano jurisdiccional.
>
> Ha de comenzarse por instituir un régimen de asistencia jurídica abarcador, que asegure a todos y particularmente a los sectores más carecientes económica-mente, la posibilidad de contar con esa asistencia en cada uno de los tramos del proceso, y aun antes, facilitando la consulta y brindando el asesoramiento indispensable. Sin ello no sólo se genera el riesgo de la pérdida de los derechos, sino también —lo que no es menos grave en la estimativa global del servicio— el incremento de la litigiosidad que entorpece el desarrollo de la labor jurisdiccional.[388]

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.

61. La legitimación procesal

61.1. 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

---

[388] BERIZONCE, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia,* Platense, La Plata, 1987, pp. 23 y ss.

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.

61.2. 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.

> Claro está, dice Almagro Nosete, que el derecho de petición se diferencia del derecho a la jurisdicción, al ser éste una manifestación de aquél. No es posible asimilar el deber de impartir justicia que corresponde, en exclusiva, a los órganos judiciales, con el deber de informar, remover obstáculos administrativos, atender reclamaciones en vías de gestión, oír proposiciones o sugerencias, recibir quejas, que caracteriza la actuación de otros órganos del Estado no jurisdiccionales en relación con aquel derecho de petición. Además, así como la idea del derecho de petición viene ligada a un concepto de actuación pasiva, que se limita a pedir y esperar; y, en cierto sentido, a una actividad de concesión, el derecho a la jurisdicción implica una exigencia de resolución, que se extiende a conocer del fondo de asunto planteado, cuando proviene su incoación de parte legítima que se ha dirigido a un juez competente.[389]

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.

---

[389] ALMAGRO NOSETE, José, *Constitución y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 92 y ss.

61.3. 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 varias 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 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".

62. Las cuestiones de representación

62.1. 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.

En Argentina la Constitución Nacional exhorta a la inscripción para darles posibilidad de representación en juicio, con lo cual, sigue pensando en la necesidad de reconocer individualidades, de ahí su error manifiesto y la auto contradicción emergente con el llamado a la participación pública.

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.[390]

> 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.[391]

---

[390] BUJOSA VADELL, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo,* Bosch, Barcelona, 1995, p. 174.

[391] 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.[392]

62.2. Hay distintas formas de representación para los intereses colectivos.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 garantía básicas para establecer el contradictorio. La audiencia y alegación constiyen 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.[393]

63. La representación adecuada

63.1. 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, sólamente, de atribuir legitimación procesal activa que objetivamente permita la defensa de derechos grupales despro-

---

[392] BUJOSA VADELL, ob. cit., p. 177.

[393] BUJOSA VADELL, ob. cit., p. 186, nota 214.

tegidos. 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, la Constitución Nacional ha establecido el requisito del registro previo para darles representación.

No obstante, el sistema anglosajón prioriza 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*.

63.2. Hemos señalado ya la conveniencia de adoptar este parámetro en lugar del recaudo administrativo establecido, pues de concretarse 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 comentadas muestran como funciona esta modalidad de asistencia. Se despoja de preconceptos materiales y persigue la efectividad de la defensa:

> [...] 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].[394]

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

64. El "ente exponencial"

64.1. 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.

---

[394] BUJOSA VADELL, ob. cit., p. 194.

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 heteregoneidad más elástica que los moldes estatutarios.

Por eso, bien apunta Bujosa Vadell, que:

> 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…[395]

64.2. 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.

64.3. 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*,[396] donde la posibilidad de establecer un litisconcorcio necesario es plenamente posible.

---

[395] BUJOSA VADELL, ob. cit., p. 222.

[396] Así lo dijo a mitad de siglo Piero Calamandrei, cuando se refería a los casos en que los que están legitimados para solicitaren juicio la transformación de una cierta relación o estado pertenecen todos a

Así lo dijo a mitad de siglo xx Piero Calamandrei, cuando se refería a los casos en que los que están legitimados para solicitaren juicio la transformación de una cierta relación o estado pertenecen todos a una cierta categoría, cada uno de los cuales puede, por sí sólo, deducir en juicio aquella relación e estado, y obtener de ella la transformación con efectos que se extiendan también a los demás legitimados no presentes en la causa.[397]

65. La legitimación por categoría

65.1. Los procesos con pluralidad de partes no resuelven el problema de la representación procesal de los grupos, circunstancia que lleva a tener que admitir legitimación para obrar a quienes ostenten un interés suficiente o bastante. Pero desde este emplazamiento se puede otorgar personalidad a todos los integrantes del grupo, solo a uno, o al ente *in solidum*. Por lo cual, la crisis de identidad se mantiene y socava la necesidad de seguridad jurídica que el caso requiere.

La "categoría" se vincula con un sistema de reconocimiento al interés sectorial; dicho en otros términos: equivale a decir que el ente exponencial que actúa o invoca un derecho a proteger con su accionar, *debe actuar antes que en representación del afectado, en defensa del interés grupal* (*v. gr.:* asociación que se agravia por la venta en mal estado de un producto, sin patrocinar el daño individual sufrido por algún miembro de la colectividad sea o no integrante de la entidad).

65.2. La tutela que se persigue hacer valer es expansiva no particular, en cuyo caso, la representación vuelve al concepto de ser "adecuada", porque no se podrían otorgar legitimaciones de tanta amplitud como para generar una acción popular que en nuestro sistema es inexistente.

La jurisprudencia italiana diseña algunos criterios para localizar la categoría, los que permiten valorar la legitimación del sujeto colectivo. Uno es la *localización territorial*, dando preferencia a los grupos locales sobre los extraños (*v. gr.:* tendría ese carácter la demanda de una asociación vecinal sobre la de una entidad de carácter nacional). Otra es la *adecuación de los fines estatutarios*, conforme establece la pauta del art. 43 de la Constitución Nacional argentina.

Aun cuando algunos sostienen que este criterio resulta insuficiente pues requiere una lesión propia y esto puede ser difícil de determinar cuando están en juego intereses colectivos en sentido estricto, es decir, indivisibles entre los miembros del grupo. Cuestión distinta sería que la asociación, en vez de ser un miembro más del grupo, fuese en sí misma la formación exponente del interés colectivo, pero en tal caso no estaríamos ya ante un supuesto de interés difuso, sino simplemente de

---

una cierta categoría, cada uno de los cuales puede, por sí sólo, deducir en juicio aquella relación e estado, y obtener de ella la transformación con efectos que se extiendan también a los demás legitimados no presentes en la causa (*Cfr*. BUJOSA VADELL, ob. cit., p. 266).

[397] CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal,* tomo I, cit. p. 124.

una lesión del interés institucional, plenamente protegido en los ordenamientos jurídicos actuales.[398]

65.3. El siguiente es la *efectiva representatividad* y *exponencialidad,* que en realidad nada aporta porque es la misma vara con que se mide el interés para obrar del sujeto individual o colectivo.

Finalmente, la *institucionalización* y *publificación del interés* que representa la síntesis entre el interés propio y el grupal.

Pese a estos criterios, lo cierto es que no existe una tendencia jurisprudencial homogénea, porque en un primer momento se reconoce como determinante la previa existencia de personalidad jurídica para estar legitimado en la tutela de un interés difuso o colectivo (tal como lo estaría planteando nuestro art. 43, constitucional); de modo que al ser la personalidad jurídica el título cualificante, excluye la posibilidad de legitimar al grupo. Otros casos revelan que se potencia la necesidad de acreditar el interés, porque si se trata de un supuesto donde el Estado debe intervenir por ser la causa de "interés público", el Ministerio Fiscal posterga al ente exponencial. En estos supuestos, los grupos de formación espontánea son directamente relevados.

No obstante, sostiene Silvero Estagnan, que "estos avatares de la jurisprudencia no impiden que la doctrina italiana se refiera a la "legitimación por categoría", la cual se define por Denti, como la legitimación que se refiere conjuntamente a una serie indefinida de sujetos, titulares de una situación que necesariamente viene tutelada en su subjetividad plural".[399]

66. La legitimación para obrar y los derechos difusos. Posibilidades

66.1. El esquema corriente de la legitimación reclama en quien pide la actuación jurisdiccional varios atributos, a saber: pertenencia del derecho; daño efectiva y personalmente sufrido; representación suficiente, capacidad procesal y para ser parte, etc. El problema de este sistema es que ostenta un severo desajuste con la realidad; dicho en otros términos, provoca a los grupos una manifiesta indefensión que se proyecta a toda la sociedad.[400]

Algunos consideran que para resolver el problema y asumir esa defensa pública social se encuentra el Ministerio Público, pero bien conocemos de sus resignaciones y ambigüedades para saber positivamente donde está y a quien pertenece, inclusive con la reforma constitucional. Qué decir, entonces, de su independencia y parcialidad objetiva para asumir voluntariamente representaciones. Por otra parte, mantener la defensa de los intereses difusos en organismos públicos es también inadecuada, y probadamente insuficiente.[401]

---

[398] SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos,* Dykinson, Madrid, 1995, p. 267.

[399] SILGUERO ESTAGNAN, ob. cit., p. 280.

[400] GOZAÍNI, *La Justicia Constitucional*, cit., p. 311.

[401] Sostiene Cappelletti que, no obstante los esfuerzos de la Constitución italiana que pretende romper con una tradición multisecular, el Ministerio público está siempre muy ligado al Ejecutivo y no es institu-

El derecho comparado y la doctrina han elaborado alternativas que posibilitan la instauración procesal directa del interesado. Ellos, en alguna medida, aparecen receptados en la reforma constitucional.

En efecto, el primer concepto está en quien tiene el derecho subjetivo, calidad que no tiene importancia en el aspecto que ahora tratamos. A veces, esta condición directa se menciona como "*afectado"* provocando algunas confusiones que intentaremos esclarecer más adelante. Un segundo escalón lo tienen figuras representativas del interés social como el *ombudsman*, también llamado "*defensor del pueblo"*. El tercer mecanismo alterno es de cuño anglosajón, denominado "*private general attorney*" que implica un *mix* entre el Ministerio Público y la Defensoría ciudadana.[402] Finalmente, se asigna legitimación a las *asociaciones u organismos legalmente reconocidos* para la tutela de los derechos de incidencia colectiva, es decir, entidades que nuclean intereses sectoriales y propician su protección, los que hemos tratado precedentemente.

66.2. El *Ministerio Público* es una entidad representativa que la doctrina rechaza ampliamente la posibilidad que sea este organismo del Estado quien asuma la defensa judicial de los derechos difusos. Los argumentos por los que se lo excluye son la insufuciente preparación y la ausencia de una organización específica.[403] De todos

---

cionalmente idóneo para erigirse en defensor de intereses, constitucionales o de otra naturaleza, que a menudo necesitan de protección contra los abusos perpetrados precisamente por órganos políticos y administrativos. Esto es tan cierto que, cuando en el siglo pasado el Estado de Derecho quiso introducir un sistema de control judicial de los actos de la administración pública —un hecho de enorme importancia para la civilización jurídica, de la cual Francia ha sido la gran pionera— la iniciativa para tal control fue confiada a los sujetos privados, no al ministerio público.... Además, este organismo es una institución jerárquica y de carrera. Ello significa, en palabras pobres, que en esa institución se llega a los puestos de mando cuando se es anciano, después de haber vivido por muchos años en cierto sentido aislado, una "categoría social" en sí misma (ob. cit., pp. 15 y 16).

[402] "Las *relators actions* son un ejemplo de la combinación de iniciativa privada y control público, característica de algunos países de *Common law* (excepto en Escocia)...normalmente el órgano equivalente al Ministerio Público —en general, el *Attorney General*— hace valer un interés general o trata de impedir una actividad contraria a tal interés; los individuos particulares, en principio, no pueden actuar en su protección, pero pueden excitar a este órgano público para que actúe; si no lo hace, de forma subsidiaria, el propio particular puede ejercitar su pretensión en nombre y con el consentimiento (*fiat*) del *Attorney Genera*l. Por consiguiente, tal acción se ejercita [*on the relation]* con el particular que se ha dirigido a él. Esta posibilidad se desarrolló en aquellos casos que debían ser resueltos según la equidad (*equity*), y durante largo tiempo estuvo restringida a casos de daños públicos (*public nuisance*). En la actualidad se aplica para reprimir conductas ilegales en una amplia gama de situaciones de gran importancia: no se utilizan para defender intereses de los consumidores, sino principalmente para revisar la legalidad de la actividad de los poderes locales; para asegurar la reparación en casos de infracción de un *public right* (por ejemplo, *public nuisance*); asegurar la protección del medio ambiente (en particular contra proyectos urbanísticos), y para asegurar una administración apropiada de legados públicos y destinados a la beneficiencia" (BUJOSA VADELL, ob. cit., p. 247). *Cfr*. SAIX, ob. cit., p. 122.

[403] *Cfr*. BARRIOS DE ANGELIS, ob. cit., p. 135. GELSI BIDART, Adolfo, "El Derecho Procesal y la protección al consumidor", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 1, 1978, pp. 11-25. BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 71. FLAH, Lily R., SMAYEVSKY, Miriam, "Legitimación de los titulares de intereses difusos", en la obra conjunta de homenaje a Isidoro H. Goldenberg, *La responsabilidad*, cit., p. 193.

modos, no se descartan cuestiones naturales a la misión que ellas realizan que les impide asumir con absoluta objetividad la dimensión del tema que tratamos.

En efecto, menciona Barbosa Moreira —y podríamos asimilar los conceptos a lo que en Argentina sucede— que:

> [...] el Ministerio Público, en nuestro país, no tiene asegurado de modo cabal las condiciones de independencia de actuación que precisaría para eventualmente enfrentar a la Administración en juicio. Basta ver que tanto en el orden federal cuanto en el estadual, sus jefes "Procurador General de la República y Procuradores Generales de la Justicia de los Estados, respectivamente", son nombrados y pueden ser removidos *ad notum* por los titulares del Poder Ejecutivo "Presidente de la República, Gobernadores de los Estados".[404]

Es probable, también, que la opinión desfavorable que tiene este organismo se deba a que en el *Common law* —Inglaterra y Australia, precisamente— se autoriza expresamente a que sea el Procurador General (Ministerio Público) quien delegue sus atribuciones de defensa de los derechos difusos en favor de grupos o individuos reservándose el derecho de fiscalizar la gestión. De este modo, aglutina en la función protectora a varias entidades sobre las que ejerce apenas un control formal.

En cuanto a las funciones habituales de satisfacción y defensa del interés público, se observa una nota singular que obraría contra la posibilidad hipotética de asumir la representación de derechos de pertenencia difusa.

Se trata de la actuación *subsidiaria* del Ministerio, el cual si bien es cierto representa a la sociedad o a la comunidad global afectada, también lo es que actúa frente a la posible debilidad o flaqueza que tenga el derecho en crisis. Por eso, el Ministerio Público toma intervención en beneficio de los incapaces, de ausentes, para velar por el orden público, etc., pero nunca para sustituir una representación ya discernida, como sería en el supuesto de defensas iniciadas por asociaciones pertinentes.

Ahora bien, ante la omisión o inactividad de particulares o entidades específicas, ¿podría un Fiscal deducir la acción correspondiente?, creemos que sí, pero como en tantas otras cuestiones, buena parte de la eficacia y rendimiento de las instituciones depende de los hombres y sus actitudes. Y como la protección de los intereses colectivos o difusos no puede jugarse a la suerte de las personas, es preferible aceptar su actuación oficiosa sin desplazar otras legitimaciones coadyuvantes.

De otra parte, agrega Almagro:

> [...] los intereses difusos no son, a veces, intereses generales, sino intereses de clase o de grupos sociales determinados que originan conflictualidad ideológica, lo que puede, en ocasiones, hacer peligrar la neutralidad del Ministerio Público. En consecuencia no debe esperarse que sea la legitimación al Ministerio Fiscal en estas cuestiones el modo único, ni siquiera principal en relación con otros, de resolver los problemas que plantea la litigiosidad de los intereses difusos.[405]

---

[404] BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 71.

[405] ALMAGRO NOSETE, *Constitución y Proceso*, cit., p. 277.

66.3. El *Defensor del Pueblo* o en México, la *Comisión Nacional de Derechos Humanos,* son instituciones destinadas a proteger los derechos fundamentales de las personas. Los procesos constitucionales son su especialidad, y en algunas Constituciones, como Argentina (art. 86) le dan una fórmula muy amplia a sus posibilidades o radio de acción.

Al vincular estas disposiciones con los derechos difusos surgen varios interrogantes: ¿Puede el Defensor del Pueblo actuar en defensa de un interés homogéneo individual si el afectado no promueve una petición en tal sentido?; ¿Podrá invocar la representación constitucional que se le confiere cuando el acto lesivo provenga de particulares?; ¿Qué significa un precepto tan abierto como decir que el ombudsman *tiene legitimación*? ¿Qué alcance corresponde asignarle? ¿Se trata de un marco impreciso sujeto a una ley reglamentaria? o, en cambio, ¿es una disposición operativa que tiende a evitar frustraciones en el acceso a la justicia?

Cada uno de estos interrogantes se deben resolver para esclarecer el tema tan polémico de la legitimación procesal. Pero también, es necesario abordar la cuestión para considerar el carácter (la personalidad procesal) que asume el Defensor del Pueblo en los procesos donde interviene.

Los desaciertos resultan del enclave que el sistema procesal tiene para actuar en el proceso sobre el presupuesto de la *legitimación en la causa*, en la medida que la *legitimación para el procedimiento* esta previamente reconocida en la Constitución nacional. Es decir, la Norma Fundamental le permite intervenir en los procesos donde el interés a salvaguardar se encuentra entre las funciones que tiene previstas; pero la calidad procesal, esto es, la relación que tiene con el derecho material que resguarda, no es clara, sobre todo, porque tampoco está esclarecido el concepto de derechos o intereses difusos.

Si a ello le sumamos que el Defensor del Pueblo no tiene calidad de parte, en sentido estricto, más los alcances y efectos de la sentencia que en los autos se pronuncie (que reúnen en su torno los problemas de la legitimación en la causa) se advierte rápidamente la necesidad de encontrar soluciones a estos problemas.

La duda central está en resolver si el Defensor del Pueblo es un órgano de control como se diseña en los países que dieron origen a la figura, como Suecia y Noruega, donde no se permite —en principio— que el ombudsman actúe en la justicia como parte, porque su función esencial es facilitar a las personas su relación con la Administración (*función mediadora*); o se asigna un rol más activo que habilita la actuación ejecutiva y contrapuesta con los intereses del Estado, tal como se dispensa en otras legislaciones como la española que lo faculta a interponer amparos ante el Tribunal Constitucional, o la directa cita de nuestro país que sin establecer resignación alguna dice que el Defensor del Pueblo "tiene legitimación procesal".

Es evidente, entonces, que hablar de legitimación supone un plus al reconocimiento institucional; y por eso, la mención inserta en la Carta Magna es fundamental porque trasciende el perfil ideológico como trata el derecho procesal a las cuestiones de legitimación o acceso a la justicia. En estos casos, más que una personalidad que

identifique el derecho reclamado, se observa una representación que transforma la tipicidad habitualmente exigida.

En Argentina, la legitimación procesal que se otorga al Defensor del Pueblo es representativa. Tiene legitimación procesal, dice la Constitución, de forma que no se analiza ni piensa en el vínculo jurídico que debe portar quien deduce un reclamo ante la justicia, sino, antes que nada, en la importancia de los valores que defiende.

Podríamos afirmar que es un mandato preventivo, por el cual se propicia que los jueces, en el análisis de admisión de una demanda, prefieran en lugar de exigir la acreditación del derecho subjetivo, conferir legitimación por la esencia fundamental de la tutela que se solicita. Esta opinión se funda, además, en que el art. 43 distingue en la procedencia del amparo, las tres categorías de individuos que pueden reclamar ante el acto ilegítimo, la agresión discriminatoria, la protección del consumidor, la defensa al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o los de incidencia colectiva en general: *a)* el afectado, *b)* el Defensor del Pueblo, *c)* las asociaciones registradas.

También se agrega que la defensa a través del ombudsman, está indicado para los "intereses" (demás derechos, garantías e intereses, dice la Constitución argentina). Estos están referidos al conjunto de acciones que el individuo tiene derecho a sostener y no los encuentra entre los anteriores.

Dichos intereses pueden ser diversos y vincularse a la persona según la intensidad de protección y particularidad exclusiva que reúna en torno a él. Podrán ser directos y encuadrarse como "legítimos"; indirectos y mediatos, y como tales soportados en la categoría de los "intereses simples"; o estar inmersos en la órbita de los intereses masivos que no identifican a ningún titular específico porqué, el derecho es de todos, e instalarse como "intereses difusos".

Esta discriminación de intereses puede abordarse sin diferencias por el Defensor del Pueblo, porqué cuando el artículo 43 constitucional de argentina menciona a "toda persona", encuentra, por supuesto, al Ombudsman.[406]

Asimismo ocurre con el signado especial que tiene el protector del ciudadano respecto a intereses categorizados como de "incidencia colectiva", otorgando especial reconocimiento a los antes llamados intereses difusos que tienen ahora explícita positivización.

Todos los derechos humanos, sin interesar por ahora su determinación y perfil en normas internas o infraconstitucionales; también las declaraciones y garantías

---

[406] El Defensor del Pueblo posee legitimación activa, conforme lo previsto por el art. 43 y 86 de la Constitución Nacional, para intervenir en el proceso iniciado mediante una acción de amparo —en el caso, con el objeto de que el Estado no prorrogue el período de exclusividad de las licenciatarias del servicio básico telefónico nacional e internacional sin la previa realización de una audiencia pública—, pues su participación tiende a defender el derecho de los usuarios y consumidores de participar en el control de los servicios públicos, lo cual se vería afectado por una ilegítima omisión de la Administración (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 1998/06/23, "*Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones*", La Ley, 1998-D, 712 - La Ley, 1999-B, 487, con nota de Estela B. Sacristán - La Ley, 2000-E, 511, con nota de Iván F. Budassi - DJ, 1998-3-541 - ED, 178-794).

establecidas en la Norma Fundamental; los abusos e intolerancias de la Administración pública y el control para que esta última se desenvuelva con eficacia, son destinos prefijados para la tarea guardiana del ombudsman.

Ahora bien, este marco de consideración amplia y sin demasiadas restricciones no es tan eficaz para abrir sin restricciones la legitimación del Defensor del Pueblo en las causas relacionadas con los derechos del usuario y consumidor. Sucede que la intervención directa en juicios donde existen afectados que se pueden individualizar suele postergar la acción del ombudsman por interpretarse que no es de su función sustituir el interés ajeno aunque repercuta en toda la sociedad esa inactividad.

Es verdad que la tendencia legislativa propicia abandonar esta lectura, que en los hechos es más acorde con la evolución de la figura. Lo cierto es que, mientras en sus orígenes la institución fue un mecanismo de control sobre los actos de la administración pública, en la actualidad, se agrega la autorización para ejercer actuaciones ante la justicia, obrando con legitimación y sin necesidad de adecuar su representación en los moldes tradicionales de la legitimación para obrar.

a) *Formas de actuación*: La función de control se ejerce de oficio o por denuncias recibidas, en cuyo caso, la legitimación diseñada le autoriza a ostentar representación suficiente en cada caso, debiendo después resolver los alcances de la cosa juzgada. Si la acción se intenta solitariamente, su legitimación para obrar no admite discusión técnica por estar respaldada en la Constitución.

En la información institucional que se ofrece, se dice que en el ejercicio de las misiones que la Constitución Nacional argentina y la Ley le encomiendan, el Defensor del Pueblo de la Nación puede:

1º) Iniciar y proseguir de oficio una investigación

2º) Recibir denuncias y suscitar la exploración pertinente

3º) Involucrar en ello a cualquier repartición de la Administración Pública Nacional (en todo el territorio del país) y las empresas prestadoras de servicios públicos, aún las privatizadas, en relación a los siguientes temas:

a) mal funcionamiento;

b) ilegitimidad;

c) falta de respuesta a reclamos efectuados;

d) mala prestación, atención o trato;

e) insuficiencia de información;

f) violaciones a los derechos humanos, del usuario y del consumidor;

g) cuestiones atinentes a la preservación del medio ambiente.

También tiene competencia para actuar ante casos de incumplimiento de sentencias judiciales por parte del Estado.[407]

---

[407] Aun cuando en la causa "*Frías Molina*" (Fallos, 318:384) la Corte Nacional dijo que el Defensor del Pueblo carecía de competencia para formular exhortaciones sobre causas en trámite". Lo que llevó a interpretar que la Corte consideró que el defensor actuaba como un contralor administrativo de las funciones

Como se ve, el marco funcional que se colige es amplio, y no existen dudas sobre la posibilidad de actuar en los derechos difusos. Sin embargo aparecen limitaciones que se observan como frustraciones del fin constitucional. En primer lugar el interés que se ponga de manifiesto no podrá ser personal, porqué la función es preventiva y sancionatorio de las conductas negligentes o imprudentes que afectan al ciudadano. Lo cual incide, naturalmente, en la condición de parte y en las obligaciones que como tal pueden imponérsele (*v. gr.:* costas, multas, etc.).[408]

Es evidente que estas reticencias para conceder legitimación suponen ser consecuentes con el dualismo ancestral que exige acreditar derecho propio y perjuicio individual (guías del derecho de propiedad que otorga acción solamente a quien es titular del derecho subjetivo) para poder estar en juicio y constituirse en parte.

En la síntesis de las funciones que se desempeñan, existen tres aspectos que simplifican las acciones posibles:

i) El control sobre la administración pública persiguiendo que el ciudadano sea escuchado en los reclamos que tenga contra ella. Este poder de intervención responde a la queja planteada, o a la actuación de oficio que tiene origen en las investigaciones. Por lo general, el trámite culmina con recomendaciones que se dirigen al funcionario en miras a lograr un comportamiento positivo. A veces, se persigue el derecho a ser oído como institución protectora de los derechos del vecino, provocando resoluciones que admiten la participación del ombudsman en relaciones específicas (*v. gr.:* la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuestos por la Ley 25.561).

ii) La fiscalización sobre la legalidad de los actos de la administración y los que como leyes emite el Poder Legislativo. Este es un aspecto muy debatido que ha llevado a intentar modificaciones en los textos normativos orientando las facultades del Defensor para actuar en forma directa.

iii) Una tercera función pone en debate las posibilidades del ombudsman ¿puede perseguir la reparación individual del daño causado? La respuesta inmediata sería NO. Sin embargo, hay que diferenciar a la víctima del daño respecto a la proyección del perjuicio a otras personas relacionadas sea por el uso probable o el consumo posible de la cosa que da motivo al reclamo individual.

b) *Intervención procesal*: Cuando se piensa en el contenido de derechos o intereses a tutelar en la dimensión de los derechos o intereses difusos, no se especula

---

del Alto Tribunal, y por eso resultaba ajena a su competencia esa actividad; porque según la Ley Orgánica, la administración de justicia está excluida del control.

[408] La Corte Nacional argentina ha dicho que, el art. 43 de la Constitución reformada no ha consagrado una suerte de acción popular que desvincule absolutamente la ilegalidad del perjuicio, ni transformó la sujeción al principio de legalidad en un verdadero derecho subjetivo del particular con la subsiguiente posibilidad de articularlo ante el Poder Judicial, aun en ausencia de vinculación del pretensor con la relación jurídico material deducida en el proceso (CNFed. Contencioso administrativo, Sala I, 1995/10/20, "*Consumidores Libres Coop. Ltda. c. Estado nacional*", La Ley, 1995-E, 470, con nota de Juan Carlos Cassagne - DJ, 1996-1-337).

desde el individualismo, como si fuera aquél un derecho estrictamente subjetivo y personal. Lo colectivo está implícito en la mensura de la cuestión, porque son derechos derivados de una relación muy particular como es la masividad del conflicto, donde la demanda solitaria puede resultar estéril y hasta provocar un dispendio jurisdiccional que solo favorecería los intereses del inescrupuloso.

En esta perspectiva, los presupuestos procesales para estar en juicio no se miden con la vara del proceso ordinario, porque estamos ante un nuevo tipo de procedimiento como es el proceso colectivo, donde el acceso, el trámite y la definición se nutren con variables muy distintas.

Cuando se propicia integrar la litis para que la sentencia sea válida, no se advierte que es una modalidad propia del juicio entre justas partes; pero en el proceso colectivo la dinámica se mueve en torno a los intereses y no al derecho que tienen las personas individualmente consideradas. Si así fuera, todo se reduciría al problema de encontrar culpables y resarcir el daño causado.

c) *Intervención voluntaria adhesiva*: Si el Defensor del Pueblo "tiene legitimación procesal" (art. 86, Constitución de Argentina), y ella se consolida con las acciones positivas del art. 42 y en el modelo de participación que le asigna el art. 43, ambos de la Constitución Nacional, es natural que la intervención en juicio se debe apuntalar mirando el objeto reclamado antes que resolver si quien pide tiene o no derecho. En todo caso, esto se debería analizar al tiempo de dictar sentencia. Propuesta la demanda en ejercicio de la representación constitucional que ejerce en defensa de todos los ciudadanos, no es posible limitar el acceso a la justicia invocando que los derechos no son propios.

Como hipótesis de trabajo, se puede requerir que se integre a la litis, voluntariamente, convocándolos al proceso mediante la citación por edictos o cualquier otro medio fehaciente. Recordemos que se denomina intervención voluntaria a la incorporación al proceso de cualquier interesado, que acredite que la sentencia que entre las partes se dicte, lo puede afectar de manera directa.

Es una solución para quienes dudan de la legitimación directa del Defensor del Pueblo, pero una hipocresía con el mandamiento constitucional y las disposiciones que surgen de los tratados y convenciones internacionales.

En otro supuesto, si la pretensión la desenvuelve un particular y el objeto reclamado trasciende por sus efectos la dimensión personal del beneficio a lograr, el Defensor del Pueblo puede concurrir como tercero adherente o coadyuvante.

Si bien el art. 91 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina establece que esta modalidad de intervención debe ser accesoria y subordinada a la de la parte a quien apoya, lo cierto es que el ombudsman tiene un derecho conexo con el principal, pero autónomo al mismo tiempo. En tal caso, ese derecho que hace valer está conectado con la pretensión del usuario o consumidor en las modalidades de verificación y prueba, pero con resultados muy distintos desde que no persigue restituciones personales.

d) *Litisconsorcio con las asociaciones*: Lo mismo sucede respecto a los grupos que han de generar las asociaciones de consumidores, usuarios, de mercados, etc.,

previstos en el párrafo segundo del artículo 42, de la constitución argentina. Es decir, la *legitimación puede ser coadyuvante*, si obran asociadas o en litisconsorcio, o individual cuando estas entidades no tengan el registro u oficialización que debe reglamentarse.

e) *El problema de la calidad de parte del Ombudsman*: La legitimación constitucional que tiene el Defensor del Pueblo se refiere, obviamente, a la aptitud de ejercer ante la justicia jurisdiccional y administrativa, reclamos en nombre de los habitantes a quienes representa. El *Pueblo* es su grupo, y el interés general su preocupación. La dimensión donde opera, sin embargo, no visualiza con demasiado énfasis esta faceta, porque el proceso judicial permanece enquistado con el signo de la controversia, en el cual la sentencia determina una victoria y una derrota. Alguien que ganó frente a otro que ha perdido. Ni más ni menos que la dicotomía clásica de la lucha entre partes.

Cuando al ombudsman se lo convierte en parte procesal hay que tener en cuenta estas particularidades, porque es determinante resolver las características del proceso y los presupuestos donde actuará; mucho más si se tiene presente lo dicho en párrafos anteriores respecto a suscitar intervenciones en litisconsorcio.

Sección 3ª La defensa del derecho de todos

67. La defensa de los intereses supraindividuales

67.1. Cuando uno refiere a los derechos o intereses difusos, o adopta el nominado por la Constitución Nacional argentina y señala a los derechos de incidencia colectiva, la temática principal del estudio se puede resolver desde frentes diversos.

En primer lugar, corresponde acordar una interpretación sobre que son y a que refieren los derechos o intereses difusos. Luego, analizar el objeto que protegen. Seguidamente, cuales son las personas que pueden peticionar en su nombre, y las reparaciones que tienen derecho a reclamar. Paso siguiente será determinar el procedimiento aplicable, si judicial o administrativo, y en su caso, las modalidades intrínsecas que cada uno defina; evidentemente, también en estos casos, habrá de analizarse la decisión resultante y sus efectos consecuentes. Y, finalmente, como es bueno realizar en todo estudio, un recorrido del derecho comparado propone observar como organizan estos problemas otras legislaciones del mundo.

67.2. Aparecen así niveles sucesivos de aprendizaje encolumnados tras el derecho privado, el derecho constitucional, el procesal y el derecho penal o administrativo. Cada uno en sus contenidos asume la importancia de los ejes y cuestiones. Cada cual, también, los afronta con temperamentos coincidentes. En cada caso son otras fronteras y novedosas formas de conocer el interés jurídico protegido por el sistema jurídico tradicional.

La transformación de los derechos responde hoy a la necesidad de verificar que en el plano de cada disciplina, antes cerradas en definiciones previstas para las personas que se protegen, actualmente, son los intereses los que resuelven el replanteo y avizoran un cambio esencial en las modalidades instrumentales y tuitivas de cada derecho.

68. Los derechos difusos son una variación del derecho subjetivo

68.1. El proceso tradicional tutela intereses privados bajo la consigna de respetar el derecho de petición de quien es el legítimo titular del derecho invocado. Se trata, en definitiva, de reducir toda la cuestión del acceso a la jurisdicción, a un problema

de consistencia jurídica, que determina la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende.[409]

Es el sistema clásico de reafirmación del derecho subjetivo que surge con el constitucionalismo liberal de fines del siglo XVII y se consolida en los inicios del siglo XIX, con los derechos individuales. La entrada al proceso viene determinada por "alguien" a quien se conoce, se personaliza, y sobre el que se proyectan los requisitos de acreditar la pertenencia exclusiva del derecho invocado (legitimación *ad causam*). Por supuesto, también sobre él, los ordenamientos procesales requieren que la pretensión esbozada lo encuentre en una relación de causalidad suficiente y adecuada con los hechos que presenta. Es decir, se vincula sucesivamente a la persona, la cosa y las acciones para que tengan una relación jurídica que admita la tutela judicial.

El derecho subjetivo es el único que logra calidez receptiva en el sistema jurisdiccional, porque tiene y define una personalidad procesal. Se conoce a la persona, se sabe de sus derechos y de los conflictos que individualmente le aquejan y necesitan de resolución por la justicia. Resulta, entonces, la protección otorgada de una lógica indiscutible, donde predomina asimismo un factor ideológico que le sirve de soporte.

68.2. La certeza del derecho está asegurada a través del *status* de persona que convive en un contexto social. Así se desenvuelven los sistemas codificados, sobre todo los que nacen a partir el código civil francés, al que tanto apego tuvo Vélez Sarsfield. Es un sistema teórico por el cual el derecho está constituido por un sistema de proposiciones donde las normas atribuyen predicados jurídicos a sujetos determinados. El derecho privado no tiene matices. Todo se desliza desde la pertenencia y, por eso, se entroniza el derecho de propiedad, de indiscutida raiz individualista.

Bien pronto se advirtió que estos derechos subjetivos, originarios y exclusivos que se podían oponer frente al Estado, requerían de un reconocimiento superior. Así se incorporan como derechos de una primera generación, receptados, generalmente, en los dogmas fundamentales de las Normas Supremas de un Estado. Esta nueva columna significó una variable impensada. En efecto, al encontrarse adscriptos a un sistema organizacional "de todos", los derechos subjetivos, antes personales y exclusivos, comenzaron a ser de muchos, dando lugar a los denominados *derechos subjetivos públicos*.

68.3. Sin embargo, persiste la idea de reconocer las individualidades, aun cuando fueran agrupadas o compartieran sus intereses. Todo esto contribuyó para determinar la convicción que por detrás del concepto de derecho subjetivo existía una concreta y efectiva realidad que estaba desprotegida.

Bien se explica que la individualización del criterio de tutela y el apego a los resultados sustancialmente personalizados, realizado con instrumentos lógicos y en base a la existencia de un objeto sustancial conocido por la lógica jurídica normativa,

---

[409] ALMAGRO NOSETE, José, TOMÉ PAULE, José, *Instituciones de Derecho Procesal*, tomo I (Proceso Civil, 1), Trivium, Madrid, 1993, p. 220.

dejaba en el camino otras realidades contextuales que no tenían un claro perjudicado, aunque la afectación fuere evidentemente masiva.[410]

68.4. La necesidad de proteger esos intereses dispersos o *anónimos*, fue el tránsito hacia una nueva etapa. La solidaridad es el valor principal que se pondera, así como la libertad lo fue para los derechos fundamentales del Estado liberal y la igualdad para los derechos socioeconómicos y culturales.[411]

No debe interpretarse el fenómeno como un *debilitamiento* de los derechos individuales (subjetivos), sino su fortalecimiento a partir de la comprensión que supone reunir varios integrantes en conflicto por una misma situación.

68.5. El tránsito de la defensa de las individualidades que tipificó buena parte de los códigos de fondo, hacia la tutela de los derechos difusos, obedece a contingencias claras que señalaron globalmente la crisis padecida. Una de ellas llega con la grave repercusión de las guerras mundiales, las que advierten como las individualidades eran incapaces de frenar las intemperancias de la conflagración. Tanto como le sucedió al Pacto de Versalles de 1919 que, bajo la Sociedad de las Naciones, no pudo impedir el sacrificio general de derechos y el furibundo envilecimiento de la dignidad humana.

El resurgimiento de los derechos del hombre viene con las Declaraciones Americana y Universal de mediados del siglo XX, que dan lugar a una nueva categoría de derechos: los derechos humanos, entre los que se encontraban los que se llamó de la tercera generación. Estos, fueron destinados a tutelar una diversidad de conflictos de masa, una generalidad de perjuicios que no tenían un particular damnificado, sino a toda un grupo o categoría social.

68.6. Por eso suelen llamarse también intereses difundidos, expresando en consecuencia el aspecto de indeterminación, o propagación subjetiva del motivo a defender. Son los derechos a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, los derechos del consumidor de bienes y servicios, los derechos que provienen del arte, los derechos de las razas y de las culturas, entre otros notables por su dimensión.

Lo característico de ellos es que aparecen considerados en declaraciones sobre Derechos Humanos, pactos y convenciones internacionales; se trasladan después a las Cartas Fundamentales, y recién al final, consiguen organizar un sistema autonómico de cobertura normativa. A veces, el pasaje en el último tramo es inverso. Se dá primero la ley y después el reconocimiento constitucional.

La traspersonalización caracteriza el objeto, pero es la dimensión del grupo subjetivo lo que determina la verdadera noción de *difuso* o *colectivo*, pues entre ambos, hay cierta identificación que confunde y corresponde esclarecer.

---

[410] COLAÇO ANTUNES, Luis Felipe, *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*, Livraría Almedina, Coimbra, 1989, pp. 54/5.

[411] *Cfr*. PÉREZ LUÑO, Antonio, "Las generaciones de derechos humanos", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 10, 1991, p. 207.

El derecho o interés difuso se identifica por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado. Mientras que los derechos de incidencia colectiva (para adoptar el signado de la Constitución Nacional) reconocen y definen un sector particular del gravamen.

Por ello, resulta más correcto hablar de derechos o intereses cuya pertenencia es difusa o colectiva. En el primer grupo hallamos aquellos derechos que no tienen un titular efectivo, sino varios que tienen, algo así, como cuotas indeterminadas del interés que persiguen (*v. gr.:* medio ambiente, ecología, salubridad, etc.). Mientras que son colectivos los que pueden protegerse a través de asociaciones o grupos que asumen la representación correspondiente del interés agraviado (*v. gr.:* derechos del consumidor, defensa de la competencia, discriminación, etc.).

No obstante los límites son muy imprecisos y hasta resulta baladí establecer una diferencia entre las categorías.

> Vigoriti, por ejemplo, establece distancias entre los intereses a partir de la organización dispuesta para ellos. Para el autor, son difusos aquellos intereses que tienen una posición de ventaja reconocida a ciertos particulares sin identificar; mientras que colectivos son los que tienen una representación adecuada.[412]
>
> Una perspectiva diferente ofrece Bricola.[413] para quien los intereses difusos, que pueden coincidir con los intereses generales en cuanto a su extensión, se caracterizan por la fragmentación o pluralidades de situaciones subjetivas relativas a sujetos singulares. Mientras que los intereses colectivos son más acotados, al corresponder a una categoría, clase o grupo de sujetos, vinculados por una situación de conflicto con el poder económico.[414]

68.7. Ahora bien, los derechos difusos requieren una construcción técnica que le permita superar la eficacia moral o declamativa de los enunciados teóricos.[415] Para

---

[412] VIGORITI, Vicenzo, *Interessi colletivi e processo. La legitimazione ad agire*, Giuffré, Milano, 1979, pp. 17 y ss.

[413] BRICOLA, F., "La tutela degli interessi colletivi nel processo penale", en *Le azione a tutela di interessi colletivi,* Padova, 1976, p. 133.

[414] *Cfr*. COLAÇO ANTUNES, ob. cit., p. 21.

[415] No es intención en esta obra construir un debate dialéctico sobre el concepto que expresan los derechos difusos, pero es conveniente alcanzar una noción mínimamente aceptable que defina su posibilidad de defensa ante los tribunales. El problema no es sólo nominalístico porqué encuentra imprecisiones que, en reiteradas veces, obstaculizan su acceso a la justicia. Por ejemplo, hay casos en que la dimensión del problema encuentra afectados directos e indirectos que pueden personalizarse, mientras que otros no tienen esa homogeneización de situaciones complicando la asignación de legitimación procesal. Por tanto, para facilitar la obtención de una noción de interés de grupo debemos partir del concepto general de interés y de interés jurídico. De este modo, profundos estudios elaboran y ensayan propuestas diversas. Hemos preferido reseñar ellas en el profundo trabajo de Lorenzo Mateo Bujosa Vadell, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 69 y ss. que divide los criterios utilizados para definir en tres grupos: uno *objetivo,* que examina la calificación del bien como idóneo para ser objeto del interés del grupo. Es decir, determina la exietencia de un interés grupal cuando existe aptitud para el disfrute general. Aquí se habla de bienes insusceptibles de apropiación exclusiva y respecto a los cuales el goce de los individuos o grupos no es limitado por el goce concurrente de otros

ello, 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.

Si fueran derechos fragmentados se mantendría la idea de personificación del interés, tal como sucede con el derecho subjetivo. Pues habría que superar la barrera ideológica de la pertenencia, tanto como del daño identificado. Si lo primordial de los derechos difusos es la indeterminación, significan un *plus* a la protección ya reconocida de ciertas situaciones o intereses.

Por tanto, los derechos difusos son preponderantemente derechos híbridos, que poseen un alma pública y un cuerpo privado, que trasciende el derecho subjetivo particular y extiende el campo de la protección pública. Son, en definitiva, intereses pluriindividuales de relevancia pública cuya forma más natural y corriente de representación es la asociativa.[416]

69. Características de los derechos difusos

69.1. El reconocimiento constitucional fue el hecho normativo más importante en la lucha por obtener un espacio consolidado para los derechos difusos. El problema inmediato aparece en la coherencia que se espera con el sistema normativo inferior, las reglamentaciones consecuentes y los mecanismos locales de asistencia y protección.

La operatividad de los preceptos constitucionales es inmediata, pero la especificación de necesarias particularidades no puede postergarse. De todos modos, el problema en ciernes esta en dar vida a los intereses jurídicamente protegidos, a cuyo fin obra en primer lugar resolver la legitimación procesal que tendrán estas asociaciones o grupos sociales.

69.2. En el plano de las subjetividades, el derecho difuso muestra que originariamente responde a un individualismo presente (es la idea de fraccionamiento o cuota del interés), aunque genéticamente es supraindividual para su desenvolvimiento. También es colectivo el derecho que ostenta, debiendo definirse las características

---

miembros de la colectividad. El segundo criterio se llama *subjetivo*, advirtiendo que no hay titularidades específicas ni categorías determinadas, pues la defensa es colectiva y se practica a través del *ente exponencial* (que explicamos en el texto), o ente organizado. El nexo que une el grupo no es ya la existencia de un bien que pueda ser objeto de disfrute por un número indeterminado de personas, sino un factor eminentemente subjetivo: la conciencia de grupo entre estas personas, que las lleva a una unión más o menos estrecha. El tercero se llama *normativo*, y refiere a la existencia o no de un reconocimiento legal.

[416] Colaço Antunes sostiene que se tratan de intereses comunitarios de naturaleza cultural no corporativos. Ob. cit., p. 29. La Corte de Casación italiana, en 1978 concretó como intereses difusos a aquellos que por la idoneidad del objeto a ser considerado en el ámbito exclusivamente individual —a causa de su naturaleza y del carácter de la normativa—, se refieren no al sujeto como individuo, sino como miembro de una colectividad mas o menos amplia, coincidente en el límite con la generalidad de los ciudadanos, dando lugar así a una pluralidad de situaciones jurídicas análogas.

de los grupos o asociaciones que lo representen. Ya sea determinada por un número prefijado de miembros y condiciones de asociación; o, en su caso, sin fijar requisitos y permitir la representación eventual.

También, los derechos difusos son esencialmente fungibles, en la medida que la tutela diferida es aceptada a particulares o asociaciones "que propendan a esos fines".

Se ha destacado de estos intereses su carácter *conflictual*, es decir, el carácter antagonista de estas situaciones jurídico materiales de ventaja frente a otros intereses ya reconocidos.[417] Finalmente, por el espacio donde están situados, podemos sostener que son derechos participados en lo público y en lo privado, lo cual permite interpretar con mejor encuadre la relación entre grupos y entidades intermedias.

Lo público son los intereses, en cuanto dimensión cualitativa de las preocupaciones sociales. No se trata, en consecuencia, de la captación de los intereses individuales o colectivos que aspiran concretar la defensa de los derechos colectivos o públicos, en su carácter de ciudadanos o miembros de la colectividad local o nacional, aunque pudieran hacerlo invocando u derecho subjetivo propio.[418]

Las necesidades pueden ser individuales, es cierto; pero también lo es que, en el caso, fundamentalmente son colectivas o genéricas,[419] y se integran al concepto de perdurabilidad de las situaciones aflictivas. Esto es, que aun siendo invocadas por uno sólo de los afectados, existe un grupo también interesado por la magnitud de la crisis y su posible continuidad si la cuestión no se compone "para todos".

69.3. 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.

---

[417] BUJOSA VADELL, ob. cit., p. 81, donde advierte la frecuencia como se dá ese conflicto entre intereses. Por ejemplo, el ecologista en contraposición con los urbanizadores, la empresa, e indirectamente con los trabajadores de ambos, que sufren las consecuencias.

[418] "Debe insistirse en que la titularidad de los derechos sociales no debe considerarse privativa de los grupos, sino que, como ya se ha indicado, puede corresponder también a los individuos. Ya que la función de los derechos sociales no es tanto la de hacer titulares de sus facultades a los grupos, sino mas bien la de proyectar su titularidad al individuo que actúa y desarrolla su existencia concreta integrado en determinadas agrupaciones sin que, por tanto, sus intereses puedan marginarse por completo del bien colectivo" (PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 84.

[419] COLAÇO ANTUNES, ob. cit., p. 49.

70. Los intereses colectivos

70.1. 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.[420] 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.

> En particular, cabe que cada interés de los que se suman al conjunto sea tutelable, pero razones de ineficacia o de dificultad sociológica práctica en la consecución de tales intereses en solitario, motivan que en el orden ministerial, aunque no formal, queden indefensos. Los mecanismos procesales del futuro deben responder a las exigencias de esta tutela diferenciada. Los conceptos de comunidad incidental, litisconsorcio, alcance y eficacia de la cosa juzgada y por supuesto, legitimación, deben superar su carga de obsolescencia.[421]

70.2. 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 convenencia 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.[422]

---

[420] *Cfr*. PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "A problemática dos interesses difusos", en *A tutela dos interesses difusos*, 1ª ed., serie Estudios Jurídicos 1, Max Limonad, San Pablo, Brasil, 1984, p. 30. *Vide*: RIVAS, Adolfo Armando, *El Amparo*, La Rocca, Buenos Aires, 1984, p. 244.

[421] ALMAGRO NOSETE, *Constitución y Proceso,* cit., p. 191.

[422] BUJOSA VADELL, ob. cit., p. 97.

Vittorio Denti, oportunamente, dividió el campo de aplicación de los derechos difusos y los intereses colectivos. Mientras los primeros coparticipan del género común del "interés general" (o sea de aquellos que son insusceptibles de apropiación exclusiva pero que admiten titularidades colectivas o segmentadas); los restantes se inscriben en las llamadas "categorías" o "intereses de grupos". De este modo, el interés público no se diferenciaría del interés difuso por su objeto, sino por los sujetos a los que se imputan situaciones jurídicas que les conciernen.[423]

70.3. Este llamado a la modernidad de las instituciones sucede al reconocer la legitimación para obrar a un conjunto numeroso de personas asociadas en defensa de un derecho a la competencia, de consumidores, como usuarios o bajo una personalidad jurídica formalmente reconocida. Sobre este punto volvemos más adelante.

Por ahora es preciso señalar una fisonomía nueva entre los intereses colectivos que se incorporan a las constituciones. Ellos también admiten cierta clasificación, aunque baste indicarlos para darles operatividad y protección procesal efectiva.

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 referencian respondiendo al impacto que ellos provocan.

Una modalidad de ellos, 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.).

Almagro los analiza como *intereses sociales* (variante de los difusos), con la peculiaridad que cuando actúan, la tutela individual parece heroica ante el poderío del problema que enfrenta, siendo preferible esta acción del grupo para fortalecer la consecución de los fines de interés sectorial.[424]

71. Los intereses legítimos

71.1. 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

---

[423] *Cfr*. SAIX, Edgardo Ignacio, "Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 7, 1994, p. 117, donde cita el trabajo de Denti.

[424] ALMAGRO NOSETE, *Constitución y Proceso*, cit., p. 191.

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.[425]

71.2. 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.[426]

En Argentina, 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.

Una de las más notables fue el caso "*Ekmekdjian c/ Sofovich*".[427] que ratifica a los intereses legítimos por sobre las pertenencias exclusivas, aunque se difumina el temperamento en causas posteriores.[428] En la Constitución Nacional, el segundo párrafo del artículo 43 consolida la primera orientación citada, y si bien es cierto

---

[425] NIGRO, M., *Giustizia amministrativa,* Il Mulino, Bologna, 1979, p. 101. Ver, BUJOSA VADELL, ob. cit., p. 35.

[426] *Cfr*. Bujosa Vadell, ob. cit., p. 36.

[427] *Cfr*. Rev. *La Ley*, 1992-C, pp. 543 y ss; Rev. *El Derecho*, 148-354. Este caso sirve para mostrar una faceta distinta del interés legítimo, no encapsulado en la órbita tradicional como se lo conoce. La Corte, siguiendo la distinción que realiza el derecho norteamericano, distingue entre "intereses materiales", "intereses ideológicos" e "intereses sobre la vigencia de las leyes". Destaca así, los denominados en segundo término, que son aquellos que buscan la afirmación de principios morales o religiosos, y aunque *prima facie* no habilitan la instancia judicial (*standing*) si son triviales o insustanciales, esto no supone una exclusión absoluta cuando dichos intereses alcanzan suficiente fuerza y compromiso en la persona que la invoca. Esta admisión del "interés ideológico" como habilitante de la tutela judicial lo es, en el derecho comentado, para accionar en orden a revisar la acción u omisión de las agencias administrativas; y se adopta en el caso Ekmekdjian como derecho a replicar las ofensas proferidas por un programa de televisión que alteró los sentimientos de la comunidad católica argentina. Sostiene la Corte refiriéndose a la legitimación: "*a diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa, quien podrá excepcionarse de cumplir con otras pretensiones de igual o semejante naturaleza simplemente con la acreditación de la difusión de la respuesta reparadora"* (considerando 25).

[428] Entre otras, ver: "*Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo" (* CS, 1994/04/07, *La Ley*, 1994-C, pp. 291 y ss. con nota de María Angelica Gelli, *Reforma constitucional, control judicial y proceso democrático.* Se dijo aquí que "la condición de ciudadano no es apta en el orden federal para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción, por cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite

pone en primer término al "afectado", inmediatamente indica otros "interesados directos" para acceder al amparo.

71.3. Este derecho a lograr la protección judicial está resguardado de manera positiva en el derecho al debido proceso adjetivo, y en el límite negativo que pone la posible o eventual indefensión, los cuales conducen al deber de convocar directamente al proceso de amparo a "toda persona" legitimada para ello, por poseer derechos e intereses legítimos, para que logren constituirse en parte procesal y ejercitar el derecho al contradictorio.[429]

Nosotros interpretamos que, frente a la duda, ningún interés podría ser causa de rechazo de la actuación jurisdiccional, de manera que ante la presencia de un hecho que efectivamente muestre visos importantes para la tutela diferenciada, ese interés practicado es un *interés jurídico* que no cabe postergarlo por cuestiones de titularidad.

72. Los intereses simples

72.1. 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. 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.

72.2. 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.

> [...] No se trata de intereses repugnantes al derecho; su goce es lícito, aunque su pretensión no es exigible. Se los denomina intereses simples en contraposición a los intereses legítimos jurídicamente protegidos.[430]

Constituyen una reacción contra el corset predispuesto por la doctrina del derecho subjetivo, que afirmado en el pensamiento de Josserand entiende que quien

---

tener por configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve considerar presente el requisito de la "causa" o "controversia" que habilita la función mencionada.

[429] GOZAÍNI, Osvaldo A., *El Derecho de Amparo,* Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 15.

[430] ZANNONI, Eduardo A., "Derecho subjetivo e interés simple en la responsabilidad ciivil", en la obra conjunta de homenaje a Isidoro H. Goldenberg, *La responsabilidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 105.

reclama una indemnización sólo puede hacerlo si justifica la lesión, el perjuicio y la legitimidad del reclamo.

72.3. 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.

Es el campo que explica el concepto de *chance*, de manera que, resulta razonable afirmar que "en tanto el interés jurídico legalmente protegido es el contenido del derecho subjetivo, el interés simple es el contenido de la chance".[431]

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 publicita como tal; la falta de idoneidad de servicios profesionales, cuando precisamente se ofrecen aptitudes especiales; los cambios abruptos de políticas eonómicas; la vulnerabilidad de transparencia del mercado, etcétera.[432]

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.

73. La protección constitucional de los derechos difusos

73.1. De acuerdo con lo expuesto, cabe interpretar el sentido que la Constitución argentina 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.[433]

La cuestión trasciende un purismo metodológico, porque surgen de ella opciones de caracterización. Es decir, el interés difuso puede ser un *interés jurídicamente pro-*

---

[431] ZANNONI, ob. cit., p. 109.

[432] *Cfr*. GHERSI, Carlos A., *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1995, p. 32.

[433] BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño", en *Revista Jus*, nro. 34 p. 61.

tegido o un *derecho subjetivo —público o privado—*;[434] 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).

73.2. La referencia demuestra que los derechos difusos encuadran en la categoría de derechos subjetivos, en la medida que el artículo 43 de la Constitución referida 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).

73.3. 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 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.[435]

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 atribuído de modo exclusivo el derecho al proceso.

73.4. 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.

---

[434] BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 129. *Cfr*. GOZAÍNI, Osvaldo A., *La Justicia Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 171.

[435] GOZAÍNI, *El Derecho de Amparo*, cit., p. 86.

De colegir este temperamento, queda por señalar las condiciones y características que deben asumir los grupos o clases indicados por la Constitución Nacional.

74. Las asociaciones de defensa de los derechos difusos

74.1. Indica el art. 43, al finalizar el primer párrafo, de la Carta Magna de Argentina, que pueden deducir la defensa de amparo "[…] *las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización"*.

Esta es una de las posibilidades de representación tutelar, que se integran a un modelo anticipado de legitimaciones factibles como veremos más adelante.

La definición constitucional decide la suerte constitutiva de estos organismos intermedios: *sólo aquellos legalmente* constituídos serán reconocidas para la defensa de los derechos de incidencia colectiva. La ley 24.240 (de Defensa del Consumidor) contiene un precepto específico que califica la legitimación adquirida por estas agrupaciones.

74.2. En efecto, el art. 55 aclara que *las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor…*

El art. 56 agrega que:

> Las organizaciones que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor, deberán requerir la autorización a la autoridad de aplicación para funcionar como tales. Se entenderá que cumplen con dicho objetivo, cuando sus fines sean los siguientes:
>
> *a)* Velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional, provincial o municipal, que hayan sido dictadas para proteger al consumidor;
>
> *b)* Proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas o medidas de carácter administrativo o legal, destinadas a proteger o educar a los consumidores;
>
> *c)* Colaborar con los organismos oficiales o privados, técnicos o consultivos para el perfeccionamiento de la legislación del consumidor o materia inherente a ellos;
>
> *d)* Recibir reclamaciones de consumidores y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo;
>
> *e)* Defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u organismos oficiales o privados;
>
> *f)* Asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios, precios, condiciones de compra, calidad y otras materias de interés;
>
> *g)* Organizar, realizar y divulgar estudios de mercado, de control de calidad, estadísticas de precios y suministrar toda la información de interés para los consumidores (En los estudios sobre controles de calidad, previo a su divulgación, se requerirá la certificación de los mismos por los organismos de contralor correspondientes, quienes se expedirán en los plazos que establezca la reglamentación —Este es un párrafo vetado por el Decreto 2089/93).
>
> *h)* Promover la educación del consumidor;

i) Realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor.

Guarda interés en la definición de los eventuales requisitos que deberán acreditar estas asociaciones para la defensa de intereses colectivos, ver como el art. 57 de la ley que venimos citando, exige para obtener reconocimiento legal:

74.3. Son condiciones especiales:

a) No participar en actividades políticas o partidarias;
b) Ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial o productiva;
c) No recibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras;
d) Sus medios de comunicación deberán abstenerse de contener avisos publicitarios.

Para que las entidades intermedias califiquen y puedan representar al grupo afectado, es preciso anotar que el concepto no es igual a la idea de organización para la tutela de un interés público genérico. Por eso, trasciende el sentido de colectividad clásicamente ejemplificado en la familia, la escuela, la iglesia, los sindicatos o los partidos políticos. Se propicia otorgarles una representación amplia, especializada, por la cual puedan generar acciones de defensa de derechos particulares llamados por la Constitución como de incidencia colectiva.

No obstante aun se encuentra sin reglamentar las pautas y formas de organización, aunque el sistema dictado para los consumidores —que es uno de los derechos protegidos por el art. 43, constitucional— resuelve parte del problema.[436]

Por su parte, el Decreto reglamentario nº 1798/94 dispone en el art. 52 que se requerirá a las asociaciones de consumidores legalmente constituidas carta poder para reclamar y accionar judicialmente, exceptuándolas de tal requisito en aquellos casos en que actuaren en defensa de un interés general de los consumidores.

De este modo quedarían relegados aquellos entes intermedios que supongan simple reunión de interesados, en forma natural y espontánea, y con finalidades precisas, pero a las que les falta el recaudo de la continuidad institucional y la organización dispuesta.

74.4. La importancia que tiene para el derecho procesal estas formas de asociación específicas es trascendente pues les otorga una capacidad jurídica y un instrumento —garantía— para su funcionamiento y actuación ante la justicia —judicial o administrativa—.[437]

---

[436] Para Lorenzetti, la ley dispone que las asociaciones de consumidores se deben constituir como personas jurídicas para obtener la autorización administrativa pertinente para funcionar como tales. Por tanto admite su validez siempre que estén registradas y el objeto societario esté acotado por los fines dispuestos en la generalidad de los intereses que protege (LORENZETTI, Ricardo Luís, *Defensa del Consumidor-Ley 24.240*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1994, p. 400).

[437] El Tratado de Maastricht (art. 129 K) promueve una multiplicidad de acciones para tutelar la defensa de usuarios y consumidores, asumiendo la necesidad de otorgar un reconocimiento genérico a las aso-

Al mismo tiempo, se crean nuevos límites subjetivos, jurídicamente relevantes, a la hora de proyectar las consecuencias de una decisión. Esta extensión de la capacidad jurídica a los sujetos privados —individuos y asociaciones— *no personalmente perjudicados*, es la verdadera revolución del concepto de legitimación para obrar.[438]

Claro está que cada asociación moviliza intereses diversos que podrán o no ser estrictamente difusos. El caso de los consumidores es manifiesto, pues la ley refiere a otro tipo de situaciones como los *intereses pluriindividuales homogéneos,* en los que los intereses de los partícipes son individuales, pero coincidentes. Por ello, esta clase de pretensiones no impide la que deduzca el consumidor a título individual, o a través de la asociación. Mientras que los intereses difusos refieren, *lato sensu*, a los consumidores, es decir, a una generalidad de sujetos que, entre sí, son independientes.[439]

74.5. La mutua interdependencia de los intereses —difusos, individuales, pluriinidividuales, etc.— confronta la vinculación y unidad que debe implementar el sistema jurídico respectivo, pues ya no serán únicamente sujetos conocidos y directamente afectados los que reclamarán por las reparaciones, sino también, un nuevo cuadro de legitimados activos con personalidad jurídica suficiente.[440]

En consecuencia, a los fines de la legitimación procesal y, del efectivo acceso a la justicia, no bastará con el registro y aceptación de personería; habrá que agregar una fórmula mínima de sustento a estas proyecciones del derecho subjetivo que, siendo diferentes, resultan bastantes para otorgar un tratamiento diferenciado.[441]

---

ciaciones para que obtengan legitimación procesal inclusive a nivel transnacional. De igual preocupación es el problema del modelo procesal, porque se destaca la necesidad de definir las normas fundamentales para un proceso colectivo. Por eso —dice González Cano—, el *Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia*, elaborado por la Comisión Europea, de fecha 12 de febrero de 1996, incide especialmente, al auspiciar fórmulas procesales similares a las *class actions* anglosajonas (GONZÁLEZ CANO, María Isabel, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil,* Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 134 y ss.)

[438] CAPPELLETTI, Mauro, *Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil*, en Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XI, núms. 31/32, enero-agosto, 1978, p. 19.

[439] *Cfr*. LORENZETTI, ob. cit., p. 190.

[440] El problema de la definición es una constante en esta disciplina, al punto que se habla de un "bizantismo conceptual" expresado en las distintas voces como se conocen este tipo de intereses. Por ejemplo, pueden ser colectivos, difusos, de categoría, de grupo, sectoriales, supraindividuales, etc., sin que tenga demasiada incidencia cuando se trata de reconocer la aptitud para estar en juicio. En definitiva, la legitimación procesal puede tener el riesgo de requerirse desde la norma (como parece indicar el contenido del art. 43 de la Constitución Nacional, al exigir "asociaciones registradas") y cancelar así sus posibilidades de desarrollo; o presentar un reconocimiento normativo que sin darles un esquema predispuesto, admita la actuación de los intereses asignándoles suficiente capacidad jurídica.

[441] Es decir que, la existencia del interés no puede quedar condicionada normativamente —como afirma González Cano—. Ello sería contraproducente por dos motivos. En primer lugar, porque el legislador se vería obligado a una ingente y casuística labor normativa para hacer frente a todos y cada uno de los fenómenos derivados de la realidad socio-económica. Y en segundo lugar, porque no se podría acotar materialmente dicho surgimiento de fenómenos socio-económicos que dan lugar a situaciones de interés (ob. cit., p. 136).

75. Las asociaciones y el derecho a participar

75.1. Si el cuadro representativo de los intereses difusos se restringe a las asociaciones que se puedan controlar desde los registros, la idea base de participar "a todos" en la defensa de las preocupaciones generales por una vida mejor, constituirá pura utopía. Seguirá siendo el Estado el administrador de las necesidades, y porqué no desconfiar de las autorizaciones poco comprometidas como ilustraron las formas sociales intermedias del *ancien regime,* que fueron la estructura básica del feudalismo.

Transmite Cappelletti, citando a Rheinstein como en el iluminismo del siglo XVIII la visión individualista de la sociedad comenzó a prevalecer. La nación debía ser una e indivisible. El Estado era claramente concebido como compuesto por ciudadanos, mientras los grupos intermedios…fueron barridos; (los mismos) municipios llegaron a ser meras subdivisiones del gobierno estatal. Un sólo grupo intermedio entre el Estado y sus ciudadanos fue dejado intacto: la familia.[442]

75.2. Es imprescindible que para auspiciar el mecanismo funcional de estas entidades se relativice la actuación del Estado. Nos parece que nomenclar a estas asociaciones o grupos en modelos estadarizados no es buen remedio para la defensa que ellas pretenden cristalizar.

Estos entes intermedios, en los hechos, muchas veces son producto de contradicciones y conflictos que tienen los derechos pluriindividuales que se expresan en motivaciones culturales o espirituales del ciudadano. Las entidades, así, responden a esa necesidad de expresar la queja: son movimientos espontáneos en torno de cuestiones precisas como el ambiente, o el consumo. La misma realidad que se describe muestra la dificultad de asumirlas en un molde jurídico abstracto y estático.[443]

El sentido amplio que se propicia no pretende ser caótico a los fines de precisar la legitimación para obrar, bastaría con reconocer la fórmula que tiene el derecho comparado, conocido como *representatividad adecuada,* la cual proyecta definiciones útiles a la hora de resolver tanto el acceso, como los problemas de eficacia de la sentencia y extensión de la cosa juzgada.

En pocas palabras, dice Cappelletti:

> […] si la parte ideológica (individuo o asociación que lleva al juicio un cierto interés metaindividual) es adecuadamente representativa de toda la clase o grupo a la que aquel interés corresponde, será perfectamente legítimo que el proceso desarrolle sus efectos también respecto de las partes ausentes.[444]

75.3. Si estas asociaciones son justificadamente portadoras de una parte real del interés público reclamado, no tienen porqué acreditar una inscripción específica

---

[442] CAPPELLETTI, ob. cit., p. 29.

[443] COLAÇO ANTUNES, ob. cit., p. 65.

[444] CAPPELLETTI, ob. cit., p. 37.

cuando ellas mismas son titulares de una fracción del derecho del cual se invisten. En los hechos son afectados directos.[445]

Estas situaciones son competencia del juez, porqué corresponde a la justicia controlar los presupuestos de admisibilidad y no imponerlos el Estado mediante una burocracia limitativa.

No puede quedar soslayado, asimismo, otro hecho significativo del mensaje que transmite el art. 43 de la Norma Fundamental argentina al mencionar a estos entes intermedios. Más allá del recaudo reglamentario que dispone, existe una decisión expresa para auspiciar una forma más de participación democrática a través del reconocimiento institucional de los entes intermedios de gestión y representación de intereses sociales.[446]

Es una apertura nueva que relega el individualismo dominante de las legislaciones codificadas, y una cobertura suficiente para ser interpretada con amplitud como "fórmula mínima" de representación de la clase o del grupo al que se adscriba.[447]

---

[445] En España se establece que, "sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de su asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios". Los párrafos distinguen la determinación posible del grupo representado. Si es posible referirlo, la legitimación para la defensa de estos intereses colectivos corresponde al grupo de afectados a las entidades que tengan por objeto su defensa o protección y a las asociaciones consumidores y usuarios. Si no se halla determinado, la defensa de los intereses difusos corresponde exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que conforme a la Ley sean representativas.

[446] Claramente dice González Cano que, en los grupos la afectación y la habilitación legal son requisitos acumulativos y no alternativos, tanto en lo que respecta a grupos eventuales y esporádicos, sin relación previa entre sus miembros, y sin coordinación subjetiva (así el grupo de afectados por un hecho dañoso derivado del consumo), como en lo referente a grupos diferenciados ante el surgimiento del conflicto, y por tanto de carácter permanente o no ocasional (así, un grupo étnico o religioso) (ob. cit., pp. 145 y ss.).

[447] En España se ha logrado este reconocimiento, el cual no obstante, es fruto de una destacada evolución legislativa en la materia. La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios ya había sido atribuida por el art. 20 de la Ley 26/84, denominada Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, al reconocerles que podían "representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios". Sin embargo, dicha legitimación fue discutida casi desde el principio, y restringida por vía reglamentaria (R.D. 825/90, de 22 de junio). Algunas leyes autonómicas de defensa de consumidores y usuarios han recogido preceptos similares al antedicho, como el art. 21 de la Ley 11/98, de 5 de diciembre, de Castilla y León. No, en cambio, la Ley 11/98, de 9 de julio, de la Comunidad de Madrid (aunque se aplica supletoriamente), pese a que sí reconoce el beneficio de justicia gratuita (art. 25). Con posterioridad a la LGDCU, la Ley General de Publicidad (Ley 34/88, de 11 de noviembre), regulaba en los arts 25 y ss., las acciones de cesación y rectificación, reconociendo la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para su ejercicio.

La Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación, reconoció (entre otras especialidades procesales, la mayoría derogadas por la nueva LEC) una amplia legitimación activa para las denominadas acciones de cesación, retractación y declarativa (art. 16): Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tenga encomendada la defensa de los intereses de sus miembros; las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación; las asociaciones de consumidores y usuarios; el Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las CC.AA. y CC.LL.; los colegios profesionales; y el Ministerio Fiscal. Además, dicha legitimación activa no solo lo

75.4. Pero también estas asociaciones tienen un derecho a que se les reconozca la tutela que pretenden encausar, pues de otro modo, el proceso vulnerará los derechos cualificados en la dimensión constitucional en pos de asegurar un juicio entre "justas partes" antes que de "justas pretensiones".

Se trata de lograr una reconstrucción funcional de las intervenciones procesales, donde el *prius* no sea verificar a los sujetos legitimados, sino, antes bien, analizar el objeto que se pretende.

Sin embargo esta idea tiene una gran dificultad. Ella se asienta en que la naturaleza del proceso conserva la premisa de litigiosidad, en la que pervive la imagen de contienda entre intereses públicos o privados representados por quienes tienen el gravamen directo. Es esta la posición determinante que asocia la protección jurisdiccional con el poder de constituirse en sujeto activo del proceso, y a su vez, es la corriente asociada entre derecho subjetivo (dueño, afectado, lesión personal y directa, etc) y la posibilidad de ser parte.

Bueno sería, quizá, alentar un desplazamiento del individualismo dando lugar a una diferenciación de los intereses, en los cuales los difusos sean entendidos con suficiente cuidado.

75.5. El problema se refleja en la etapa de admisión, cuando la tendencia dominante es encontrar el aspecto subjetivo de la pretensión, esto es: analizar al que pide, antes que ver lo que pide. Por eso, la estructura más formal del interés para obrar se considera en la dimensión de la entidad o derecho representado y en la existencia previa de la institución. Sin embargo, bien se dice que éste es un dato indiciario, que tiene una enorme importancia para la protección y defensa, pero que no es un dato significativo del propio interés.

La perspectiva de encontrar una dirección normativa que se despoje de obstruccionismos estériles dando lugar a posibilidades ciertas de proteger posiciones subjetivas supraindividuales, tiene en las entidades intermedias una representación lógica y factible. De todos modos, y para ver el otro rostro de la situación, es importante transcribir la reserva que menciona Almagro respecto a esta ampliación de la capacidad para actuar:

> [...] Es posible que determinadas organizaciones o asociaciones no asuman en su seno, como asociados o vinculados, a todas las personas que integran el colectivo afectado por

---

era de forma directa, sino también mediante intervención adhesiva en un proceso promovido por cualquiera de ellas (art. 18).

La nueva LEC ha derogado este art. 18 y ha añadido un párrafo final en el art. 16 que permite, igualmente, a las entidades antedichas personarse en los procesos promovidos por cualquiera de ellas. Finalmente, la nueva LEC ha introducido una D. Adic. 4ª en la Ley 7/98, con una finalidad aclaratoria, disponiendo que las referencias de la LEC a las asociaciones de consumidores y usuarios comprende también, cuando se ejerciten acciones individuales y colectivas derivadas de Ley 7/98, a todo adherente, sea o no consumidor, y a las entidades del art. 16. Como puede observarse, la evolución legislativa en los últimos años ha deparado una ampliación progresiva de la legitimación de lo que podríamos denominar, entidades *representativas de intereses colectivos en general,* y particularmente, las asociaciones de consumidores y usuarios.

esos intereses. Surge entonces el problema de determinar cuál pueda ser la eficacia de la sentencia, de acuerdo con las características del contradictorio. Modernamente, se tiende a reconocer como portador del interés a entidades o asociaciones, aun de naturaleza privada, a las que se confiere legitimación para gestionar procesalmente estos intereses de clase o de categoría, mediante la fórmula del "ente exponencial"; es decir, de aquella entidad que asume la representación ideológica de un cierto grupo o colectivo.[448]

75.6. Superado el problema del reconocimiento jurídico a las entidades intermedias que agrupan intereses colectivos o derechos difusos resta observar el funcionamiento procesal de ellos cuando proponen o reclaman ante los tribunales.

La mención insistida en la Norma Fundamental otorgando derecho al proceso a "toda persona"[449] supone tanto como admitir a personas físicas como jurídicas, recortándoles a éstas últimas el acceso al exigirles la previa acreditación sobre sus fines.

Para Fairén Guillén estas actuaciones facilitan el reconocimiento de los grupos y de los intereses que defienden. Unos serán protectores de intereses colectivos cuando ostenten continuidad y organización institucional; y otros definirán una masa de intereses difusos cuyos integrantes personales no son individuos que necesiten de identificación: estos últimos protegen derechos difusos.[450]

En los hechos es difícil delimitar concretamente el límite señalado, pero también es cierto que admitiendo la actuación de las agrupaciones la neblina irá esfumándose para destacar claramente el rol de ellas y los intereses que actúan y defienden.

75.7. Ahora bien, ¿qué hace la jurisdicción cuando debe resolver la legitimación de estas entidades intermedias? ¿Cuál es la capacidad procesal que deben acreditar?[451]

---

[448] ALMAGRO NOSETE, *Constitución y Proceso,* cit., p. 192.

[449] También lo hacen muchos ordenamientos constitucionales, y específicamente, el art. 24.1 de la Constitución española.

[450] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Ensayo sobre procesos complejos. La complejidad de los litigios*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 244.

[451] La jurisprudencia muestra en la superficie alguna evolución. Por ejemplo, se sostiene que la legitimación que el art. 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional reconoce en materia de acción de amparo al Defensor del Pueblo, a los particulares afectados y a las asociaciones que procuran la defensa de los consumidores y usuarios y del medio ambiente, abarca los supuestos en que se encuentran comprometidos derechos de incidencia colectiva relacionados con el medio ambiente, la salud pública, los servicios públicos y no derechos subjetivos, individuales o exclusivos de los ciudadanos o usuarios (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 2000/03/16, "*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Edesur*", *La Ley*, 2000-C, 399 - Con nota de Palacio, Lino Enrique, publicado en *La Ley*, 2000-C, 395 - Con nota de Jiménez, Eduardo Pablo, publicado en *La Ley*, 2000-F, 137).

Sin embargo se aclara que la legitimación se obtiene, en la medida en que la asociación demandante actúe en los términos que resultan de su estatuto, en representación de los intereses comunes de los consumidores, cuestionando la legitimidad de un régimen que los afectaría —como es el caso de las tarifas telefónicas— siendo así, la legitimación invocada se tolera, sin perjuicio de lo que luego pueda decidirse sobre el fondo al momento de dictarse la sentencia definitiva (CNFed. Contencioso administrativo, Sala V, 1997/10/17, "*Consumidores Libres c. Telefónica de Argentina y otro*", *La Ley*, 1997-F, 273).

No obstante, también se afirma que, el art. 43 de la Constitución Nacional es operativo en cuanto otorga legitimación activa a las asociaciones que protegen la competencia, el ambiente y los derechos de

Recordemos que la llegada a la calidad de parte es un último estadío en una escala de rigideces técnicas a superar, donde la capacidad procesal es una de las más ríspidas. En efecto, cualquier asociación tiene una capacidad para obrar que depende de las normas establecidas en su organización interna. Mientras que la personalidad para actuar en juicio, generalmente, se asigna por la representación o el mandato.

La capacidad para ser parte de los portadores de intereses de grupo se ha concedido más fácilmente a aquellos que tienen una cohesión anterior al hecho, por ejemplo, los colegios profesionales; ahora, la exigencia de registro establece una limitación a la capacidad para obrar, la cual, a los fines de establecer la titularidad del interés alegado, no significa impedirles la presentación ante la justicia.

Ello es así porqué como los hemos dicho en párrafos anteriores las identificaciones entre capacidad jurídica para ser parte y capacidad de obrar-capacidad procesal no son exactas, pues en el proceso civil la capacidad es más amplia que la establecida en el código civil.

Inclusive, admitiendo que las entidades intermedias no necesitan del registro para formular reclamaciones, puede afirmarse que cuando se permite investir de titularidad de determinadas relaciones jurídicas a entidades que no son, *lato sensu*, personas jurídicas, no se trata de concluir que ellas tienen capacidad como tales (como personas jurídicas), sino, simplemente, que por razones de conveniencia, interés jurídico y la presunción de idoneidad que, *prima facie,* acredita el grupo, puede asignarsele un *status jurídico* suficiente por el cual consigue la calidad de parte.[452]

Estas uniones circunstanciales son también asociaciones comprendidas en la tutela diferenciada que prevén los nuevos derechos y garantías constitucionales. El fin colectivo y el interés de incidencia masiva es el vínculo. La calidad de parte la acreditan con la verosimilitud del derecho peticionado.

> Almagro sostiene que tienen legitimación para obrar, por ejemplo, todas las asociaciones u organizaciones de hecho o grupos de personas unidas para la realización de un fin, más o menos duradero o circunstancial, llamadas *"uniones sin personalidad"* (comisiones organizadoras de festejos, colectas públicas, suscripciones, clubes para sorteos o subastas de determinados objetos) en cuyo interés común se pueden haber formalizado actos jurídicos de los que nazcan responsabilidades.[453]

Si uno supone que la legitimación se adquiere una vez acreditada la capacidad procesal, colocamos la piedra de toque en la acreditación del derecho subjetivo que

---

usuarios y consumidores a comparecer a los estrados judiciales cuando adviertan conculcados derechos de incidencia colectiva, aún cuando no haya sido dictada ley que habilite el registro de dichas asociaciones, ni tampoco se encuentren fijadas las condiciones para su actuación en el proceso de amparo (C. Fed. Córdoba, Sala B, 2000/05/23, "*Portal de Belén c. Ministerio de Salud y Acción Social*", LLC, 2000-815 - DJ, 2000-2-964).

[452] Podríamos ejemplificar muchas de estas situaciones, bastando observar que cuando se permite que un comunero actúe solitario, si lo hace en beneficio de la comunidad, y la sentencia le es favorable, beneficia con sus actos a todos; sin afectarlos en caso contrario. La comunidad no supone una personalidad distinta de la de los comuneros.

[453] ALMAGRO, *Derecho Procesal Civil*, (con Tomé Paule), ob. cit., p. 278.

permite la protección de las individualidades. Pero como en la defensa de los derechos difusos importan más los intereses que se actúan, la legitimacióm como presupuesto de fondo pierde consistencia, carece de trascendencia para condicionar la admisibilidad en el proceso de los grupos. Podría decirse con Vigoriti que, en realidad, la legitimación es una cuestión de elección política y sólo después de técnica, de ahí la relatividad de este instituto.[454]

76. La admisión del grupo representado

76.1. En este caso, se trata de verificar quien puede ser portador del mandato colectivo, en relación con un interés que puede pertenecer, mediata o inmediatamente, a una globalidad de individuos, explicando además cómo tal sujeto puede deducir en juicio no sólo situaciones de ventajas propias, sino también ajenas, pero coincidentes con la suya, al ser miembro del grupo cuyo interés se pretende tutelar.[455]

La personalización traduce dificultades notorias que veremos seguidamente, así encontramos grupos que tienen bien definidos sus objetivos y una manifiesta coincidencia de los sujetos miembros con los intereses de la agrupación (*v. gr.:* colegios profesionales, sindicatos, etc.); entidades que tienen un interés circunstancial, pero sin acreditar experiencia, trayectoria o una regular constitución (*v. gr.:* las llamadas "uniones sin personalidad"); por otro lado, hay intereses que inciden en un sector que no tiene coincidencias en la afectación, por ejemplo, cuando en materia de medio ambiente se dictan normas que benefician a una parte del sector en desmedro de otro, pero perjudicando a la sociedad toda; en suma, la multiplicidad de situaciones impide conferir una representación válida a todas las contingencias.

El Tribunal Constitucional español ha dicho que

> [...] en la actualidad el fenómeno representativo se suele entender sobre la base genérica de la actuación de una persona en el lugar de otra, producida en virtud de lo dispuesto por la voluntad del representado o por la ley. Sin embargo, esta formulación no se puede considerar como totalmente satisfactoria y es preciso introducir en ella algunas matizaciones, de manera que, al lado de la representación que tiene su base en la voluntad individual y aquella otra que deriva directamente de la ley, puede situarse la representación institucional, que realiza lo que algunos autores han llamado acertadamente la persona jurídica representativa. Existe una representación institucional explícita, cuando la relación institucional se produce de modo voluntario, de manera que la adhesión a una institución comporta una aceptación de su sistema jurídico y, por tanto, de su sistema representativo y una representación implícita cuando el ordenamiento jurídico confiere a un ente la defensa y gestión de los derechos e intereses de categoría o grupos de personas.[456]

---

[454] VIGORITI, ob. cit., p. 66.

[455] BUJOSA VADELL, ob. cit., p. 161.

[456] Sentencia del 29 de noviembre de 1982, citado por BUJOSA VADELL, ob. cit., p. 165.

266 blanca

Capítulo IV

La teoría del proceso constitucional

Sección 1ª

77. El proceso constitucional y el debido proceso

77.1. Cierra el marco teórico para el derecho procesal constitucional cuanto corresponde decir sobre el proceso. La distancia que pretendemos demostrar es con la teoría del proceso, con el objeto de persuadir sobre una teoría particular del proceso constitucional.

Precisamente, el norte de esta afirmación comienza afirmando que el debido proceso es un contenido del derecho procesal constitucional.

77.2. En efecto, hay voces que solo con pronunciarse adquieren significados. No se necesita aclarar sus contenidos porque ellos se presuponen, se dan por sabidos. Son conceptos abiertos, de cierta abstracción y generalidad que proyectan mensajes implícitos, los que perduran y se consolidan sin discusión.

La moral y buenas costumbres, la buena fe, el buen padre de familia, el orden público, son algunas de estas representaciones comunes de la interpretación automática que los aplica con una simplicidad absoluta. Ellos están allí como una guía, constituyen un derecho positivo sin definiciones ni enunciados concretos, pero continúan incólumes en la tradición vernácula.

Sin embargo ¿son actualmente ordenadores valederos? Acaso ¿la moral no ha trascendido las fronteras antes dispuestas?; ¿es de buena costumbre callar y no contradecir la autoridad de los mayores?, por ejemplo; ¿sigue siendo buen padre de familia el sostén del hogar, exclusivamente?; ¿el orden público no significa, a veces, el sometimiento y resignación al autoritarismo despótico?

Son interrogantes que se abren en un mundo que ha cambiado sustancialmente las consignas de los deberes y obligaciones. Obsérvese entre tantos matices, como la fuerza expansiva de la ley, pensada como voluntad divina del pueblo y, por tanto, indiscutible, inmodificable y perenne, tal como fue concebida por el pensamiento revolucionario de la Francia de 1798 (así lo expusieron Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes*, y Rousseau en el *Contrato social*), hoy apenas trasciende y es cíclica, porque se legisla para la ocasión, se dicta lo necesario y urgente, y donde la voluntad del pueblo queda sustituida en la aspiración de las mayorías, la fuerza de los grupos,

la influencia de los lobbies, o cuando no, la corrupción negociada que fomenta una consagración normativa.

Zagrebelsky sostiene que el derecho interpretado en las fórmulas abiertas o elásticas, conocidas también como "cláusulas generales", es una cruz de toda concepción estrictamente positivista del derecho y de la función judicial, constituyendo una delicia de todo crítica de la misma. Cuando se expresa de este modo ("buenas costumbres", "buena fe", "buen padre de familia", "interés público", "relaciones sociales justas", etc) es el propio legislador quien declara su incapacidad para prever la concreta aplicación y quien autoriza expresamente que los casos y sus exigencias obtengan reconocimiento.

> De otra parte, las Constituciones democráticas actuales se deliberan en asambleas constituyentes que expresan el pluralismo político de la "constitución material" al comienzo de experiencias político-constitucionales aún por definir, es decir, cuando todas las fuerzas, debido a la inseguridad de sus intereses particulares inmediatos, se ven inducidos a obrar sobre la base de consideraciones de orden general. Se comprende así por qué el *momento constitucional*, al ser por definición el momento de la cooperación general, tiene características completamente excepcionales en la vida política de un pueblo y por qué, dicho sea de paso, no se puede crear y recrear a placer, como pretenden tantos aspirantes a renovadores de la Constitución.[457]

77.3. En su tiempo, la ley era igual a la certeza, ofrecía seguridad en las relaciones y continuidad en las actividades. Por eso, el juez del siglo XVIII cuando aplicaba la ley hacía lo justo. La Ley implicaba la justicia del caso.

En este contexto, era natural que no se permitieran extralimitaciones. No podía magistrado alguno decir otra cosa que no estuviera afirmada en la norma; y si era ésta la Ley Fundamental, menos aun podía contradecir.

Explica Monroy Gálvez con solvencia habitual que, en el caso concreto de la Francia revolucionaria de 1789, por ejemplo, las espórtulas y la desconfianza social fueron la expresión típica que determinaron que se considerara a los Parlamentos —nombre del grupo social encargado del servicio de justicia— como expresión directa y concreta de la corrupción del Antiguo Régimen, razón por la cual fueron abolidos. Como sustituto de ellos, no solo se formó un nuevo servicio de justicia, sino que, en nuestro tema concreto, se exigió que las decisiones judiciales estuviesen sustentadas en la norma jurídica.[458]

Para interpretar la Constitución se crearon Tribunales especiales, que aun teniendo jurisdicción, pensaron que debían ser jueces con capacitación diferente merced al grado de responsabilidad que debían asumir.

El constitucionalismo significó, también, fortificar de una vez y para siempre los derechos de las personas, los que continuaban la línea impuesta desde el Código Civil de Napoleón, glorificando las potestades individualidades y la filosofía liberal.

---

[457] ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil,* cit., pp. 63 y ss.

[458] MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al proceso civil*, Temis, Bogotá, 1996, pp. 36 y ss.

> En el espíritu de la revolución Francesa —afirma Zagrebelsky— la proclamación de los derechos operaba como legitimación de una potestad legislativa que, en el ámbito de la dirección renovadora que tenía confiada, era soberana, es decir, capaz de vencer todos los obstáculos del pasado que hubieran podido impedir o ralentizar su obra innovadora. La idea —o mejor, la ideología— de la codificación, esto es, la idea de la fundamentación *ex novo* de todo el derecho en un único sistema positivo de normas precisas y completas, condicionado solamente por la coherencia de sus principios inspiradores, es la primera y más importante consecuencia de la *Déclaration* [...] Al final, cualesquiera que pudiesen haber sido las intenciones de los constituyentes de 1789-1791, la idea, teóricamente muy prometedora, de la ley como codificación del derecho, no podía más que revelarse enemiga del valor jurídico de la *Déclaration*, arrojada al limbo de las genéricas proclamaciones políticas, carentes de incidencia jurídica por sí mismas e insusceptibles de aplicación directa en las relaciones sociales.

77.4. Los códigos procesales fueron tributarios de estas raíces, y respondieron en América con modelos plenamente adaptados a las leyes de enjuiciamiento españolas de 1855 y 1881 —especialmente ésta última—.

Esta visión acotada de un fenómeno histórico no puede dejar de advertir esta incongruencia que ha llevado a la mitología procesal, en el sentido de dar por aceptadas instituciones y principios que no se adaptan a nuestros requerimientos.

Referimos a dos órdenes en particular. Por un lado, Latinoamérica legisló los procedimientos teniendo como ejemplo las leyes españolas, sin advertir que allí (y en casi toda Europa) la tarea jurisdiccional no era exactamente igual, desde que la actuación jurisdiccional tenía diseños diferentes según el procedimiento sustanciado.

En cambio, nosotros, tomamos íntegramente la ley de enjuiciamiento y la adaptamos con sus reglas y solemnidades para resolver todo tipo de cuestiones. El juez americano es, a un mismo tiempo, juez de causas comunes, constitucionales, administrativas, provocando que la función jurisdiccional pensada se deforme y entorpezca al confundir permanentemente la tarea primordial que cada situación tiene (*v. gr.:* no se puede adoptar iguales reglas procesales y menos aun homogeneizar la tarea de interpretación cuando se trata de confrontar en causas eminentemente privadas o públicas de contenido constitucional).

77.5. Por otra vertiente aparece el problema del control de constitucionalidad. Recién en las últimas décadas se han efectuado cambios al modelo tradicional del control difuso, donde tienen potestad y deber de fiscalización todos los jueces. Se sublimó *Marbury vs. Madison* sin percatarse que el *stare decisis* (doctrina del precedente obligatorio) americano daba un tinte singular a la actividad política del juez. Latinoamérica hizo caso omiso a esta nota peculiar del sistema y derivó en los inconvenientes conocidos de no poder controlar desde la Ley ni desde la Constitución toda una época oscura e ingrata de dictaduras y gobiernos *de facto*.

> Margaret Popkin explica este desarrollo: Al independizarse los países de América Latina, la mayoría de éstos eligió modelos europeos para elaborar sus constituciones, las que reflejaban las estructuras autoritarias que prevalecían en el continente en ese momento.

Después de las revoluciones, guerras y reformas ocurridas en Europa, estas estructuras autoritarias fueron modificadas considerablemente. Sin embargo, entre los países latinoamericanos la mayoría no siguió este camino; el dominio del poder ejecutivo era la regla y el poder judicial era una rama subsidiaria, muchas veces bajo el declarado control del poder ejecutivo y encargado de garantizar que nada afectara a aquellos en cuyas manos estaba el poder político o económico. Los jueces percibían salarios excesivamente bajos y carecían de prestigio. Además, muchos países estaban invadidos por la corrupción. Como lo expresó un líder dominicano en 1988: "La justicia es un mercado en donde se venden sentencias" (Víctor José Castellanos, *Informe sobre independencia judicial en la República Dominicana*, elaborado para este estudio, julio 2000, pág. 5, citando un Diagnóstico Sectorial de ILANUD de 1988 de la Administración de Justicia Penal en la República Dominicana).

El período de dictadura y represión brutal que ocurrió en muchos países en los años setenta y ochenta fue seguido por una decisión sin precedentes de examinar las fallas institucionales que habían permitido que sucedieran estas atrocidades. Así, primero en Argentina y luego en Chile, El Salvador, Honduras, Haití y Guatemala, entidades encargadas de descubrir hechos (usualmente conocidas como "comisiones de la verdad") examinaron la historia de las violaciones a los derechos humanos y la conducta de diferentes instituciones del Estado, y encontraron sistemáticamente que el poder judicial no había logrado proteger a la ciudadanía de las detenciones arbitrarias, la tortura y los asesinatos oficiales.

La incapacidad de los poderes judiciales de Centroamérica de proteger los derechos humanos puede haber sido menos sorprendente que la renuncia de las Cortes Supremas de Argentina y de Chile, que eran instituciones más sólidas. A pesar de su fortaleza corporativa, un poder judicial transigente que percibió que su papel era defender al país de la subversión y mantener la seguridad nacional, no protegió a las personas individuales —y en muchos casos no podía protegerlas— de los abusos del Estado. Además, la naturaleza vertical y altamente autoritaria de los poderes judiciales en América Latina significaba que los pocos jueces que trataban de ejercer su independencia y cuestionar las acciones del Estado fueran alineados rápidamente. Esta triste historia debilitó cualquier legitimidad pública de que hubiera podido gozar el poder judicial, sin importar su fortaleza institucional.

77.6. El concepto de debido proceso tiene una historia similar a lo comentado porque teniendo en sus orígenes una descripción de las reglas básicas a las que debía someterse el derecho de defensa (que se observa nítidamente en las Constituciones americanas); siguió en su desarrollo las innovaciones que introdujeron las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América.

Para el debido proceso responde en el constitucionalismo argentino al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo, reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad.

El adverbio "debido" no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del "debido proceso". El origen aceptado es la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso

judicial; y también figura en la 14ª Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso*.

Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.

El carácter bifronte que mencionamos tiene otra fuente en el derecho anglosajón que a través de la frase "*due process of law*" —que es una variación de la contenida en la Carta Magna inglesa de 1215 "*per legem terrae", "by the law of the land"*— ha desarrollado un alcance no sólo procesal, sino inclusive, informador de todo el ordenamiento jurídico.

El concepto tiene así un condicionante diferente al modelo donde nace ("*common law*" anglosajón), porque el "*civil law*" tiene presupuestos distintos. Por eso, aunque la adquisición supone progresar en la práctica de todos los derechos que se aplican en un proceso, para que sean satisfechos inmediatamente en sus alcances e intereses, los medios para hacer efectiva la práctica difieren.

77.7. Es cierto que en sus comienzos el *due process of law* tuvo un valor fundamental que fue señalado en el capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, donde se desarrolla este derecho de los barones normandos frente al Rey "Juan Sin Tierra" a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal.

"Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación".

La primera idea de estas garantías fue evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Al mismo tiempo orientó a los jueces hacia un juicio justo y honesto. Creaba y protegía inmunidades que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el Rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatárselas.

El contenido original de la Carta —se explica— era mucho más específico y restringido, como salvaguarda para asegurar un juzgamiento por árbitros apropiados, compuestos por los propios poseedores, por los barones mismos o por los jueces reales competentes. La cláusula no pretendía acentuar una forma particular de juicio, sino más bien la necesidad de protección ante actos arbitrarios de encarcelamiento, desposesión e ilegalidad que el Rey Juan había cometido o tolerado. Pero con el tiempo las apelaciones a otras libertades fueron, o sustantivas, o procesalmente orientadas hacia fines sustantivos, motivo por el que la Carta Magna inglesa se convirtió en uno de los documentos constitucionales más importantes de la historia. No en vano recibió más de 30 confirmaciones de otros monarcas ingleses; las más importantes, de Enrique III, en 1225; de Eduardo I, en 1297, y de Eduardo III, en 1354.

77.8. Con el tiempo, el proceso debido fue llevado al plano de la Ley, e inclusive sin tener mención expresa, se consagró en las constituciones de los Estados. No hubo indicaciones sobre contenidos o funciones de un proceso tipo o modelo, sino precisiones sobre la defensa, especialmente referido a los casos de atención en procesos penales.

Nace así el llamado *debido proceso constitucional,* que fue más importante por las implicancias supuestas que por las declaraciones realizadas. En Argentina, por ejemplo, se extrajo del art. 33 (cláusulas implícitas) la necesidad de tener un proceso debido sujeto a las condiciones de la ley, evitando la discreción judicial y los abusos de autoridad.

La última etapa refleja un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa usanza se conoce como *debido proceso sustancial —substantive due process of law—*, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional.

77.9. La razonabilidad estableció límites a la potestad judicial, y constituyó un llamado o advertencia al Estado en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad.

> Por eso se ha dicho que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.

77.10. En resumen, se coincide que el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos apuntados:

a) El del *debido proceso legal*, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;

b) La creación del *debido proceso constitucional* o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal; y

c) El desarrollo del *debido proceso sustantivo* o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución.

78. Errores nominales del concepto "debido proceso"

78.1. La historia del debido proceso poco aclara para una definición; podemos colegir la misma vaguedad e imprecisión conceptual que tienen los preceptos expuestos al comienzo, como la importancia que tiene para establecer un dogma jurídico.

La historia y las referencias que pasan por el horizonte de los Estados Unidos de América marcan en la normativa, la consagración de los derechos y las garantías; a un primer tramo, etapa o período de "iusnaturalización" caracterizado por la simple "declaración" de los derechos junto a los principios básicos del Estado, sigue una segunda etapa, en la que los derechos y garantías se ven convertidos en "derechos fundamentales", positivizados con rigor y afán de cubrirlos con una coraza de operatividad, y concretar resultados efectivos. La tradición inglesa y el criterio manifiesto del juego real de las libertades recorta el perfil de esa clara distinción que potencia el plafón del ciudadano, que al seguir la línea de sentido americana, también vio el desarrollo que asumió desde Francia, mediante la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 27 de agosto de 1789.

En rigor, la idea pilar originaria que tuvo el "debido proceso" fue de limitación al poder, porque el mentado principio de legalidad que se constituyó por el desarrollo constitucional del siglo XVIII y buena parte del siglo XIX, le otorgaba una autoridad soberana a las Cámaras legislativas, que se valieron del "imperio de la ley" para subordinar las acciones del gobierno y de los jueces.

78.2. Fue consecuencia de esa política de sometimiento al principio *dura lex sed lex,* que el Poder Judicial dejó de ser tal para quedar informado únicamente como "administración de justicia".

La autoridad de la ley era la expresión suprema de la hegemonía, y el debido proceso legal no podía ser otro que el que las leyes modelaran, especialmente cavilando en el proceso penal.

Así pues, las leyes, al ocupar la posición más alta, no tenían por encima ninguna regla jurídica que sirviese para establecer límites, para poner orden. Pero no había necesidad de ello. Jurídicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo. En él se contenían las razones de los límites y del orden, sin necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos. El derecho entra en acción para suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, y no era éste el caso. Una

sociedad política "monista" o "monoclase", como era la sociedad liberal del siglo XIX, incorporaba en sí las reglas de su propio orden (Zagrebelsky).

Como ya se expresó, con los códigos se pretendió fijar el contenido dogmático de la ley; y con las Constituciones se exaltó el valor de los principios superiores a la norma. Mientras el primer aspecto se consagra en el positivismo jurídico; el restante asume vocación de eternidad fijando reglas y organizando las instituciones.

78.3. La ley actúa sobre la generalidad, haciendo abstracción de los hechos, sistematizando las acciones y asignando plenitud al cuerpo orgánico del sistema; en cambio, las normas fundamentales, las cartas magnas, o simplemente las Constituciones, especifican los derechos y crean el sentido de los deberes. Por eso tienen más elasticidad y admiten creaciones flexibles donde la supremacía de los intereses admiten adaptaciones al tiempo y las circunstancias, aunque se sepa de ante mano que ello será para situaciones de excepción.

Pero el "debido proceso", como tal, no está ni en las leyes ni se define en las Constituciones. Y hasta fue lógico que no estuviera, porque si en Europa el denominado *sistema de la desconfianza* le ha privado a los jueces la posibilidad de interpretar la ley y darle armonía con el contexto donde aplicarla, pensando que solamente los Tribunales Constitucionales pueden llevar a cabo esa tarea; con esa prevención, precisamente, la noción de proceso debido se constituye más como un refuerzo a la mentada desconfianza, evitando que la discreción judicial se torne irrazonable o arbitraria.

De este modo, los códigos procesales de la época limitaron absolutamente el rol del juez en el proceso, elevando por encima de todos los demás principios, al dispositivo según el cual, el proceso es cosa de partes y sólo éstas tienen interés en el desarrollo y solución del conflicto. Son los litigantes quienes deben respetar las consignas del procedimiento que, para ser debido, debía estar emplazado entre partes, en igualdad de condiciones y trato, reconociendo en el juez el equilibrio de la balanza en esa lucha entre fuerzas opuestas.

Recuérdese que nuestro modelo instrumental fue tomado con estas características, y en consecuencia, debe quedar impresa en la memoria esta conclusión primera: *El debido proceso legal se sostiene en los principios de bilateralidad y contradicción; ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez que interviene en el conflicto.*

Pero esto es un suceso de Europa, y como antes se mencionó, el debido proceso nos llega e influye de la doctrina americana donde las cosas son muy diferentes.

78.4. En América priva la doctrina de la *confianza en los jueces* con todo lo que ello implica y trasciende al sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes.

El "*common law*" presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones europeos que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

La fuerza del juez americano está en sus potestades, antes que en las leyes. Tiene un sistema donde el poder se tiene y se ejerce, sin limitaciones obstruccionistas afincadas en principios estancos (como la bilateralidad y la contradicción) o en solemnidades inútiles que solamente sirvieron para hacer del proceso una regla de comportamientos y actitudes, de acciones y reacciones, de alegatos y réplicas, en los cuales la verdad de los hechos quedó bastante difuminada.

Advierte Zagrebelsky que:

> en América, el poder judicial encontraba las bases de su expansión en aquello que faltaba en Inglaterra: un *higher law*, la Constitución, en la que los derechos se conciben como realidad presupuesta para el derecho legislativo. Acudiendo a ese notable *thesaurus*, los jueces pueden continuamente pertrecharse de argumentos constitucionales que no pueden ser contradichos por un legislador cuya autoridad está subordinada a los derechos.[459]

78.5. Ahora bien, si nuestra idea latinoamericana de debido proceso tiene raigambre en el modelo anglosajón, habrá que rememorar que no es el sistema procesal dispuesto para nuestros códigos.

De allí, entonces, el temor de precisar el alcance que tiene el debido proceso legal, el que termina siendo una referencia al juez para evitar transgredir la vida, la propiedad o la libertad sino es en función de actuar una controversia entre partes.

En definitiva, el *due process of law* que se pretende acomodar a nuestra idiosincrasia es distinto al proceder de los jueces americanos. *Primero* porque tienen un sistema desigual; *segundo*, porque el respeto institucional sugiere una confianza diferente; *luego*, porque perviven conceptos que trasuntan ideologías del positivismo jurídico donde anidan concepciones jurídicas que se creen inmutables, operando como resabios de una concepción otrora dominante, hoy ausente de contenidos reales.

79. El debido proceso constitucional

79.1. 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

---

[459] ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil,* cit., p. 54.

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 utilizarse 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.[460]

79.2. 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.

79.3. 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 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.

Este pasaje tomado parcialmente de Zagrebelsky, se completa con lo siguiente: La idea de los derechos como pretensiones de la voluntad concuerda, a primera vista, con una

---

[460] GELSI BIDART, Adolfo, *De Derechos, Deberes y Garantías del hombre común,* cit., pp. 77 y ss.

visión "defensiva" o negativa de los mismos, es decir, con su concepción como instrumentos de defensa frente a la arbitrariedad del poder. Pero éste es sólo un punto de arranque. A partir de ahí es muy posible que se produzcan desarrollos en sentido "positivo", como pretensión frente a quien dispone de recursos necesarios o útiles para hacer eficientes, los derechos de la voluntad. Esto puede tener lugar en un sentido intensivo, la efectividad, o en un sentido extensivo, la generalización de los derechos. Las pretensiones en las que se sustancian los derechos orientados a la voluntad son, por ello, inagotables, como inagotable es la voluntad de poder o de fuerza a cuyo servicio se orientan.

79.4. 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, etcétera.

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 la concepción antigua, los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, porque ésta, de por sí, es origen de arbitrio y desorden. Sirven, por el contrario, —en opinión de Zagrebelsky— para reconducirla a su justa dimensión. Su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse, al bien común. Por tanto, la visión que se ofrece de ellos es esencialmente de derecho objetivo: los derechos como consecuencia o reflejo de un derecho justo; los derechos como tarea a realizar por los gobernantes, como deber de los poderosos en favor de los más débiles. Así pues, también en esto se da una contraposición. Mientras que para la tradición moderna los derechos son el complemento de la naturaleza positiva del hombre, para la tradición antigua, en cambio, son el remedio contra su maldad y contra los males que derivan del ejercicio de su voluntad.

79.5. 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 sin razón; 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.

> ¿Cuál es la diferencia entre reglas y principios? se pregunta Zagrebelsky. En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, "constitutivo" del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Aparte de esto, sin embargo, quizás la diferencia más importante pueda venir sugerida por el distinto "tratamiento" que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Las fórmulas "de principio" son a menudo expresiones un tanto banales "producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano", pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc., y que más que "interpretadas" a través del análisis del lenguaje, deben ser entendida en su *ethos*. En pocas palabras, a las reglas "se obedece" y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, "se presta adhesión" y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión.[461]

79.6. El diseño progresivo que se advierte en la explicación del concepto adoptado para el "debido proceso, tiene tras sí enorme trascendencia: *las ideas no se ofrecen para un sistema u ordenamiento específico, porque apoyan las bases para un entendimiento común, con reglas y principios generales*.

Con la comprensión ofrecida para un *debido proceso constitucional* no se pretendió imponer desde la Norma Fundamental un criterio rígido ni un diseño preestablecido. Todo lo contrario, se han mantenido los esquemas ya dispuestos (*v. gr.:* art. 18, Constitución Nacional Argentina) y se los complementó con las nuevas garantías (*v. gr.:* art. 43, Constitución Nacional Argentina).

> Apunta Morello que la influencia de los Tratados y Convenciones Internacionales sumado a la jurisprudencia de los tribunales supranacionales (*v. gr.:* Estrasburgo, Corte

[461] ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil,* cit., pp. 28 y ss.

Interamericana), plasman una redacción enérgica que consolida la idea de un derecho procesal básico, el cual estando muy lejos de vestirse solo como declaraciones abstractas y programáticas; afirman nuevos contenidos, distinto espesor, diferentes reacciones (también acuerdan la protección en relación al obrar manifiestamente abusivo o arbitrario del Estado y de particulares —y poderosos grupos económicos, etc.—). Todo ello visto —en particular su forma razonable y la apertura de poder *ejercerlo*— desde la óptica del justiciable, del consumidor de la justicia (del pobre, del extranjero, de las comunidades indígenas, del niño, etc.).[462]

79.7. La perspectiva reformadora, quizás, tuvo en cuenta que los principios constitucionales sobre la jurisdicción y el proceso necesitaban de reafirmaciones y progresos, antes que de reglas y leyes dictadas en consecuencia.

Con ello, el respaldo que sostiene los contenidos esenciales del "debido proceso" proviene de apoyos casi *iusnaturalistas*, en el sentido de prometer un derecho para todos por la sola condición humana. Y eso es muy útil, mucho más cuando se quieren ver diferencias en el modo de actuar el control de constitucionalidad.

En efecto, en un marco procesal sesgado como tienen los Tribunales Constitucionales (sistema jurisdiccional concentrado, abstracto en la causa y genérico en las derivaciones), la interpretación es casi filosófica, se argumenta con principios antes que con razones, y se piensa en el *bienestar* general antes que en la solución pacífica del conflicto; en cambio, el juez del control difuso (concreto porque debe emplear la potestad de interpretar y aplicar la ley a un caso en particular, y singular en cuanto respecto al alcance de la sentencia —por eso se afirma que no hay inconstitucionalidades eventuales sino inaplicación de la ley al caso específico-) debe resolver la cuestión propuesta y deducir las implicancias de la ley en el problema en ciernes; la sentencia no trasciende y se cobija en el manto de lo puramente individual y casi anecdótico.

79.8. Mientras la función jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales piensa en lo general; el juez del sistema americano sabe que su sentencia, para llegar a ser *trascendente*, deberá superar las escalas jerárquicas y valorativas de la pirámide judicial, donde la llegada al máximo tribunal encargado de velar por la supremacía de la Constitución, habitualmente es condicionado, excepcional y extremadamente solemne.

Una vez más recurrimos a la ayuda de Zagrebelsky para compartir con él que, la analogía entre los principios constitucionales y el derecho natural —que acabamos de referir— no se basa sólo genérica y superficialmente en una cierta correspondencia de contenidos, como los derechos del hombre y la justicia. La "positivización" de contenidos "morales" afirmados por el derecho natural que se opera en el máximo nivel del ordenamiento jurídico, y que es de grandísima importancia para la historia del derecho, sólo es una circunstancia históricamente contingente que en el futuro podría ser sustituida por elaboraciones materiales diferentes, tanto del derecho constitucional como del derecho

[462] MORELLO, Augusto Mario, "Del debido proceso y la defensa en juicio al proceso justo constitucional", *La Ley*, 2003-D, pp. 809 y ss.

natural. Cuando se habla de que el primero se acerca al segundo a través de los principios constitucionales, lo que se quiere poner de manifiesto es, por el contrario, una semejanza funcional no contingente que hace referencia al modo ordinario de operar en la vida práctica del derecho.[463]

De lo dicho se desprende el cuidado que se ha de tener para adoptar y adaptar las explicaciones que en Estados Unidos se tiene para el *due process of law* e, inclusive, de pensar que se trata de reglas previstas para un modelo general de defensa efectiva.

79.9. En nuestra opinión la diferencia está en que, el modelo europeo comienza como una proyección de la desconfianza en los jueces, y por eso, las exigencias primeras se destinaron a poner frenos a los arrebatos e intemperancias del Poder Judicial. Las prevenciones fueron especialmente aplicadas al proceso penal, y en consecuencia, el debido proceso fue antes que un principio, una regla que limitaba la función jurisdiccional (*nadie puede ser condenado sin ser oído*, evitaba los juicios sumarios; *juez independiente e imparcial*, concretó el aislamiento de la administración y el Parlamento con quienes debían aplicar la ley, entre otras manifestaciones).

Además, los sistemas procesales continentales exacerbaron la importancia de los tribunales de Alzada, considerando que ellos debían a través de la casación, formalizar un criterio purificador de la jurisprudencia, con una clara tendencia hacia la uniformación. No era aconsejable que el juez desviara a su antojo el criterio de interpretación, el cual por otra parte, estaba limitado y restringido (*v. gr.:* por la variedad de presupuestos de prejudicialidad, como también aquellas que obligaba a intervenir a los Tribunales Constitucionales). De hecho, el *iura novit curia* no fue más que una libertad de elección en la ley aplicable, y pocas veces una apertura a cambiar los esquemas predispuestos.

79.10. La evolución se constata con el llamado "derecho a la jurisdicción" que se consagra en la *tutela judicial efectiva* desde el cual, el debido proceso comienza a integrarse en cada etapa del procedimiento, con exigencias autónomas. Por ejemplo, acceso irrestricto, asistencia legal de confianza e idónea, derecho a ser oído y a probar con libertad las afirmaciones, solidaridad y compromiso de las partes en la búsqueda de la verdad, sentencia razonada, derecho a los recursos, a la ejecución de la sentencia o prestación judicial útil y efectiva, etc.).

Este desarrollo modificó las reglas de otrora con principios de raigambre constitucional, al punto que los Tribunales Constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia al explicar los alcances del debido proceso constitucional como representante del derecho que tiene toda persona a la tutela judicial efectiva.

Este plano se ha transmitido a nuestros ordenamientos, y se integró con los enunciados de Pactos y Convenciones continentales que ordenaron el nuevo emplazamiento para el juicio justo y equitativo.

El problema está en el modelo constitucional, porque como antes se dijo, el juez del sistema difuso es una autoridad con poder de controlar la administración (eficacia

---

[463] ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil,* cit., pp. 78 y 92.

y legalidad administrativa) y de fiscalizar la supremacía de la Norma Fundamental (control de constitucionalidad). Condiciones de suma practicidad en el "*common law*", pero severamente restringido en el "*civil law*", donde se ponen condiciones hasta para la misma actuación del juez (*v. gr.:* pedido de parte, caso concreto, actualidad del perjuicio, demostración del perjuicio, afectado directo, alcance de la sentencia, etc.).

79.11. En consecuencia, afirmar que el debido proceso es una regla para la conducta de los jueces, puede constituir un desatino, porque así fue pensado en las enmiendas constitucionales que seguimos como fundamento y razón de nuestro derecho de defensa en juicio, pero aplicado en un contexto totalmente diverso, similar el Europeo, donde el juez no es *poder* sino *administración de justicia.*

Entonces, vinieron las cuestiones enojosas y hasta baladíes donde difieren los llamados *garantistas* que quieren a rajatabla que el debido proceso se constituya como un respeto absoluto a la regla de bilateralidad y contradicción, a la independencia absoluta del juez, y para asignar a éste únicamente la función dirimente del conflicto; respecto de quienes persiguen el *decisionismo judicial,* valorando la autoridad del juez en el proceso, la búsqueda de la justicia a través de la verdad, la entronización del principio de igualdad, la colaboración en la prueba, etc.

En los hechos, ambos sectores tienen parte de razón y una cuota excesiva de obsesión sobre reglas que no son tales.

En efecto, el diseño de los *garantistas* es justo y apropiado para el proceso penal, pero no se adapta al proceso civil, pese a los valiosos estudios que señalan científicamente que existe una teoría unitaria del derecho procesal, o en otros términos, una teoría general del proceso que muestra coincidencias de principios sin distinción de procedimientos.

79.12. Por su parte, establecer en el juez deberes de actividad trastrocó el pilar fundacional del debido proceso actuado como límite o frontera de la función judicial.

Una vez más estamos en el fango que nos llega de sistemas distintos para resolver la justicia en sus diversas manifestaciones. No es igual implementar el debido proceso en un régimen de autoridad y confianza en los jueces, respecto de quienes restringen su accionar por desconfiar de sus poderes.

80. El debido proceso y los nuevos principios

80.1. 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.

80.2. 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 de 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, *habeas 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 elabo-

rando un nuevo marco de *garantías mínimas para delinear el debido proceso legal* en la actualidad.[464]

80.3. 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.

Si lo investigamos desde una evolución o progresión de los derechos humanos, sería una tercera etapa del debido proceso, que asentaría hoy en lo que llamaríamos "debido proceso transnacional".

Es, con adaptaciones, la línea argumental que expone en el trabajo abajo citado, Augusto Mario Morello, posicionando etapas que comienzan en el debido proceso legal arraigado en el cumplimiento estricto de la ley; siguiendo con las exigencias propias del derecho de defensa; continuando en una etapa más avanzada, o debido proceso constitucional, y llegando a este último tramo donde se suma la protección nacional más la supranacional, recortando un paisaje prometedor que exige de los Estados plena acatamiento y respeto, bajo el principio que: *sin garantías efectivas, no hay derechos.*

80.4. El art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 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 culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor 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;

---

[464] 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.

g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

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 las 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 indem-

nizatorio 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.

80.5. 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.

80.6. En el marco antes desenvuelto y sin entrar en las particularidades que cada principio tiene, existen otras proyecciones del debido proceso transnacional que se nutre del llamado *proceso con todas las garantías.*

Esta lectura puede ser genérica y comprender únicamente el *derecho al recurso sencillo y rápido* que presupone el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; o bien conectarlo con las etapas que transita un proceso cualquiera, imponiendo principios especiales en cada una de ellas (*v. gr.:* derecho a la asistencia letrada; derecho a la gratuidad de la justicia; buena fe en el proceso; derecho a la prueba; derecho a que ella sea valorada adecuadamente; derecho a la sentencia útil; derecho a la ejecución; derecho al recurso; etc.)

La Corte Interamericana ha señalado que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención, constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que éste previsto por la Constitución o por la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

Por eso no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios (*Cfr. Caso Tribunal Constitucional de Perú,* Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C nº 71, párr. 89).

La Corte amplía los mínimos involucrados en este aspecto, al sostener que los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado de la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial (*Caso Ivcher Bronstein*, sentencia del 6 de febrero de 2001).

Por implicancia, el derecho al recurso sencillo es una rogatoria para la justicia eficaz, de manera que si un Estado alega que tiene vías procesales para resguardar la seguridad que se requiere, debe acreditar con hechos que esa manifestación es auténtica y no simple declamación.

80.7. El recurso sencillo y efectivo supone simplicidad sin formalismos esotéricos, y cumplimiento satisfactorio del resto de deberes comprometidos (rapidez y ejecución del mandato judicial).

En cambio, el derecho al debido proceso en un recurso sencillo y eficaz tiene connotaciones distintas y hasta contradictorias.

Ello ocurre cuando las garantías se exacerban sin control ni dirección oportuna, provocando con el máximo de seguridades la peor de las crisis judiciales. Sucede así cuando el acceso irrestricto admite pretensiones estériles, abusivas, maliciosas o fraudulentas; o cuando se pretende aprovechar dolosamente la gratuidad de la justicia; o al exigir sin necesidad la asistencia letrada oficial; o generar una amplitud de pretensiones ambivalentes o ambiguas entre sí; etc. Todo este arsenal de posibilidades, articula la necesidad de adecuar las nuevas extensiones del debido proceso con los poderes y deberes del juez en el proceso, haciéndolo tan responsable por los desatinos como por las omisiones de intervención oportuna.

Se repite en esta orientación que, los Estados Partes, a la luz de las obligaciones generales que consagran los arts. 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica, tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los arts. 8 y 25 de la Convención (*Caso Barrios Altos,* sentencia del 14 de marzo de 2001).

En el caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú* se agregó por Cançado Trindade, que las obligaciones de protección judicial por parte del Estado no se cumplen con la sola emisión de sentencias judiciales, sino con el efectivo cumplimiento de las mismas (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 (c) de la Convención Americana). Del ángulo de los individuos, se puede aquí visualizar un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico —en los planos tanto nacional como internacional— que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana.

80.8. La Corte Interamericana ha evolucionado el concepto de "debido proceso", evitando acotarlo a los procesos penales, aunque es cierto que la mayor cantidad de casos contenciosos en los que se expide, tienen relación con ellos.

Desde los primeros casos (*Velásquez Rodríguez, Fairen Garbi* y *Godínez Cruz*) se advirtió la necesidad de adoptar por los Estados parte, un criterio tendiente a darle operatividad inmediata a las normas del Pacto, evitando egoísmos y retaceos en su práctica.

Sostuvo Cançado Trindade, en una intervención en los debates del 12 de marzo de 1986 de la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (que reproduce en su voto razonado del *Caso Blake* del 28 de enero de 1998), que se deben señalar confusiones y advertir para la manifiesta incompatibilidad con el concepto de *jus cogens* de la concepción voluntarista del derecho internacional, la cual no es capaz siquiera de explicar la formación de reglas del derecho internacional general.

> Urge que la doctrina contemporánea dedique mayor atención a un fenómeno curioso, con importantes implicaciones jurídicas: mientras el derecho de los tratados sigue condicionado por las manifestaciones de la concepción voluntarista del derecho internacional, el derecho consuetudinario se muestra mucho menos vulnerable a ésta. Siendo así, no sería posible, por ejemplo, hablar de limitaciones *ratione temporis* de la competencia de un tribunal internacional (tal como la planteada en el caso Blake) en relación con normas del derecho internacional general. Tampoco sería posible hablar de resalvas o reservas a normas consuetudinarias. La *opinio juris sive necessitatis* (elemento subjetivo de la costumbre), como manifestación de la conciencia jurídica internacional, revela hoy día mucho más vigor que los postulados seculares del derecho de los tratados, cuando se trata de establecer nuevos regímenes jurídicos de protección del ser humano contra violaciones particularmente graves de sus derechos.
>
> Transcurrido medio siglo desde la adopción de las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos, y después de tantos años de operación continuada de los sistemas existentes de protección internacional de los derechos humanos, ¿qué más espera la jurisprudencia internacional contemporánea para desarrollar el contenido y los efectos jurídicos de las obligaciones *erga omnes* en el presente dominio? Entre los elementos a ser tomados en cuenta, desde el inicio, están la aplicabilidad directa de las normas internacionales de protección en el ámbito del derecho interno de los Estados, y la adopción de medios que aseguren la fiel ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos existentes (las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos).

La jurisprudencia, entonces, parte del entendimiento que cada Estado tiene un deber de cumplimiento, y que ese deber supone acciones positivas, donde las omisiones son causales de responsabilidad (por ejemplo, no investigar adecuada o plenamente una causa), tanto como lo constituyen las violaciones a los principios que, sin enumerar, va indicando sucesivamente.

Sección 2ª Principios y presupuestos del proceso constitucional

81. Introducción

81.1. 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.[465]

81.2. 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.

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 el nuevo *Código Procesal Constitucional* del Perú, en cuyo artículo III (Principios Procesales) dice:

Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación y socialización procesales.

El juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.

Asimismo, el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

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

La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas conforme a lo previsto por el presente Código.

---

[465] MORELLO, Augusto Mario, *Constitución y Proceso,* Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 169 y ss.

82. Principios procesales en los procesos constitucionales

82.1. Los principios procesales constituyen una suerte de máximas inalienables que se dan para ordenar el desarrollo de un litigio, por eso, la variedad de procedimientos permite formular reglas particulares.

No se quiere afirmar que los principios sean distintos por los intereses a desentrañar, sino que las estructuras procesales admiten modificar la reglamentación puntual del proceso para darle una eficacia mayor a la que tendría de aplicar un patrón común.

En el caso, la actividad principal de los procesos constitucionales es fiscalizar la ejecución de los mandamientos fundamentales, de modo tal que el conflicto principal está en la norma a interpretar antes que en la controversia entre partes.

82.2. La función judicial es diferente (como lo es, también, el sistema donde tenga funcionalidad porque las posibilidades de los jueces constitucionales del modelo difuso son distintas de los tribunales constitucionales) y se adapta al estándar de aplicación.

Sostiene Couture que:

> la enumeración de los principios que rigen el proceso no puede realizarse de forma taxativa, porque los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Pero la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio. En otras oportunidades, es el propio legislador el que cree necesario exponer los principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones.[466]

82.3. En definitiva, al hablar de principios procesales para los procesos constitucionales, tenemos que mostrar aquellos que informan todas las instancias, hasta alcanzar la sentencia definitiva.

No son reglas del debido proceso porque forman parte de él, sino aplicaciones necesarias y precisas que se han de cumplir en las etapas secuenciales de los trámites para que ellos tengan validez.

Evidentemente, así presentados, estos principios constituyen presupuestos políticos y en esa dimensión han de interpretarse.

> No obstante, no debe olvidarse que también el proceso significa garantía. Como tal, su función institucional contrae un notable compromiso hacia el deber de tutela. Si es garantía y reserva de los derechos fundamentales del justiciable, no podremos hablar de principios flexibles, adaptados a una dinámica de conjunto atrapada en el conjuro de ciertas coyunturas. En verdad, el proceso como garantía constitucional, inspira una serie de principios propios, estables, de esencia. Ellos son los principios del proceso y, de alguna manera, se vinculan con las seguridades que preserva la jurisdicción. El proceso tiene, entonces, un contenido bifronte que lo explica a partir de su significado y de su desarrollo.

---

[466] COUTURE, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., pp. 19 y ss.

Unos reposan en la síntesis del proceso como respuesta al reclamo del individuo; otros, refieren a las reglas técnicas que estructuran el ordenamiento procesal.

82.4. La presentación del espacio que le corresponde a los principios procesales (del proceso y del procedimiento) desde esta óptica, obedecen a nuestro criterio acerca de que el proceso no es sólo técnica, sino antes bien, un fundamento de vínculos que atraviesan el clásico conflicto entre el derecho material - derecho procesal.

Por ser un método único, particularizado, de singulares proyecciones hacia la unidad del orden normativo estos principios manifiestan mucho más que la razón de una estructura, o de una motivación de política procesal o económica.

82.5. Hay principios establecidos para todo tipo de procesos. Se instalan como presupuestos del debido proceso y desde allí controlan la eficacia de la gestión que se cumple.

En este aspecto se encuentran: el principio de igualdad entre las partes; el principio de autoridad en el proceso; y las reglas del juez natural.

En cambio, cuando se trata de ordenar los procedimientos, los principios son más flexibles. Se deben cumplir, pero pueden sufrir adaptaciones mientras no afecten el derecho de defensa en juicio.

Son *principios del procedimiento*: la forma como se deben cumplir los actos procesales; el modo de expresión; la instrucción progresiva de la causa (preclusión); la sustanciación de peticiones (contradicción necesaria); la proximidad de las actuaciones con el órgano que resuelve (inmediación); el sistema de aportación de los medios y fuentes de prueba; la valoración de ésta; el saneamiento por el juez de los actos viciados; el impulso de la causa; entre otros más que limitan el modelo de trámite.

De todos ellos, cuando se trata de aplicarlos al proceso constitucional hay algunos que no caben en el molde cotidiano. Por ejemplo, la regla de bilateralidad no es tan severa; la contradicción no se establece como un paradigma; la autoridad jurisdiccional se eleva merced al deber constitucional que tiene al realizar su misión; la carga probatoria no pesa rígidamente sobre el que afirma, ni los medios dependen únicamente del actor; la sentencia, a veces, constituye un acto de motivación política que, sin afectar el derecho de los contradictores, resuelve hacia toda la sociedad el conflicto colectivo; etcétera.

En síntesis, los principios en el proceso constitucional difieren sensiblemente de los principios del proceso civil y, por eso, deben explicarse por separado.

83. ¿Principios o sistemas?

83.1. Un sector de la doctrina clásica, dice que son *principios procesales* los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera.[467]

---

[467] DÍAZ, Clemente A., *Instituciones de Derecho Procesal,* Parte General, tomo I (Introducción), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 212.

Este criterio fue aceptado por la mayoría de los cultores de la ciencia y, en definitiva, incorporaron la afirmación. Por ejemplo, Palacio sostiene que [...] "se denominan principios procesales a las directivas u orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal".[468]

Sin embargo, la simplicidad del argumento exigió mejorar la fundamentación, porque al admitirse que los principios eran "presupuestos políticos", fácilmente se llegaba a convalidar que ellos podían variar por razones "políticas".[469]

Fue así que otros autores, anticipándose al dilema, optaron por referir a "*sistemas*", dando la idea de que el proceso se ejecutaba mediante una serie de actos que se cumplían de manera ordenada (sistemática), estableciendo principios que le daban unidad al mecanismo.[470]

83.2. Con estos parámetros, en lugar de referir a principios, razonaron sobre la base del método adoptado por un Estado cualquiera para desarrollar sus procedimientos.

De algún modo, esta duplicidad en la orientación estaba ya en los orígenes de la ciencia, cuando Chiovenda argumentó que la finalidad del proceso era la actuación de la voluntad de la ley, pretendiendo así señalar que lo verdaderamente importante era conseguir que el Estado aplicara el derecho objetivo sin importar los condicionamientos formales.[471]

Aunque frente a este criterio aparecía una concepción diferente, que veía en el proceso una lucha entre partes, donde el Estado sólo intervenía con sus jueces para evitar que las reglas del debate fueran cambiadas en beneficio de uno de los contradic-tores, vulnerando así los principios de bilateralidad, contradicción, carga de la prueba, alcance y efectos de la cosa juzgada, etcétera.

---

[468] PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil,* tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979 (2ª ed., 1ª reimpresión), p. 301.

[469] El mismo Palacio dijo que los principios procesales, en la medida en que se extraen de un determinado contexto normativo, expresan valoraciones de la respectiva comunidad, y deben interpretarse por lo tanto, en un sentido armónico con las necesidades propias del tiempo y del lugar en que han de aplicarse. En su mayor parte, los principios procesales no revisten carácter absoluto. Difícilmente, en efecto, la ley que adopta un determinado principio no prevé, respecto de ciertas situaciones, la necesidad de hacer prevalecer, en mayor o menor medida, un principio distinto y aún opuesto. El principio dispositivo, por ejemplo, es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces en materia de iniciativa probatoria, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa ni comprometa la igualdad de las partes (ob. cit., p. 251).

[470] ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1957, p. 448.

[471] CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* tomo I, Cárdenas, 1989, p. 51. Agregando: "Ni siquiera la circunstancia de que el juez civil proceda únicamente a instancia de parte, puede conducir a un criterio distinto. Pues no hay que confundir la *naturaleza* de una función con el interés de su desenvolvimiento *en el caso concreto.* El primer interesado en pedir la actuación de la ley es el particular; pero esto no impide que lo que él solicita sea la actuación de la ley...".

Desde entonces, la polaridad ideológica comprometió la interpretación de los principios procesales, porque cada una de las posiciones tenían (tienen) diferencias significativas, y establecieron distancias considerables entre una u otra opción.

83.3. En la actualidad, este enfrentamiento pervive y se repite en las acciones que se toman para analizar la validez de los actos procesales. La singularidad de la hora está en el debate que genera el problema de resolver si los principios son incanjeables o pueden admitir morigeraciones basadas en la libre interpretación judicial.

En suma, la discusión se entabla entre admitir que el proceso es solo cosa entre partes que debaten con reglas conocidas e invariables; o bien, que en la búsqueda de soluciones justas y efectivas, pueden los jueces aligerar las rigideces técnicas y hasta dogmáticas.[472]

84. Garantías, principios y reglas

84.1. Para nosotros deben diferenciarse las *garantías,* los *principios*, y las *reglas*.

En efecto, el desarrollo del proceso permite observar un conjunto de principios y presupuestos que estructuran las denominadas reglas adjetivas del procedimiento. Es el ritual, propiamente dicho. El reflejo de cómo se hace un proceso a partir de la orienta-ción que fundamenta cada sistema jurídico procesal.

Es una cuestión técnica pero también dogmática, porque aun siendo cierto que no impiden introducir en ellas algunas ideas políticas,[473] consienten el establecimiento de imposiciones que no se deben perder bajo ninguna circunstancia.

84.2. Se llaman *garantías* a los derechos constitucionales o fundamentales que siempre deben estar presentes para que se pueda litigar en el marco de un proceso debido.

Éste sería el género, mientras que las reglas y los principios serían proyecciones que no pueden opacar la luz que aquél establece. Menos aún dejarlas de lado,

---

[472] Montero Aroca sostiene que, "frente a la idea de que las partes son dueñas del proceso, a lo largo del siglo XX se ha ido desarrollando como idea opuesta, la que suele conocerse como publicización del proceso civil. Aunque esa publicización se ha articulado con matices diferentes, como es natural que fuera, todos ellos tienen una misma raíz que atiende al aumento de los poderes del Estado dentro de la sociedad, por lo que se trata siempre de una cierta base autoritaria, por lo menos si entendemos la palabra autoritario en sentido general, en el que equivale a aumento, exageración, desarrollo anómalo, deformación de la autoridad. Autoritario o autoritarismo son siempre formas exageradas, deformadas de la autoridad, y por ello persona con autoridad es algo muy distinto de persona autoritaria …[…]" (MONTERO AROCA, Juan, "El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2004, nº 6, pp. 15-50. También en *Proceso civil e ideología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 144/5).

[473] *V. gr.:* La entrada al proceso se puede o no restringir desde la legitimación en el proceso, la cual se puede analizar con la admisión de la demanda o al resolver las excepciones, pero siempre en un tiempo anterior al juicio propiamente dicho; o bien, relegando la cuestión para cuando se dicte sentencia definitiva, permitiendo así el derecho al proceso en términos cabales.

y sería nulo cualquier procedimiento que no aplicara a pie juntillas las garantías establecidas.

En esta senda transitan el derecho de defensa en juicio, comúnmente razonado con el principio de bilateralidad procesal, o de contradicción; para lo que habrá de tenerse presente que este postulado resulta útil, únicamente, en los procesos controver-tidos. También, la independencia e imparcialidad judicial; la igualdad de las partes; el derecho a ser oído; la razonabilidad judicial; entre otras.

84.3. Los *principios* no son reglas técnicas, sino imperativos que guían el procedimiento de jueces y abogados. Por eso, también se pueden presentar como garantías procesales.

Dicho en otros términos, constituyen los resguardos y reaseguros que tiene el justiciable para confiar en el sistema al que recurre cuando peticiona protección jurisdiccional.

Se pueden encontrar principios en la *acción*, o al tiempo de entrar al proceso (acceso a la justicia); cuando se debate en el *proceso* (buena fe, lealtad, probidad, moralidad); y en la propia *función jurisdiccional* (sentencia debidamente fundamentada).

En este terreno anidan como principios, el *dispositivo* (según el cual el proceso se inicia a petición de parte); la *legalidad* de las formas (formalismo o informalismo en los actos procesales); la *publicidad* (el proceso no debe ser secreto para las partes aunque pueda serlo para el público); la *lealtad, probidad y buena fe* (que se puede resumir en el principio de moralidad; o en la prohibición de abuso procesal); la *autoridad del juez* en el proceso, y el *respeto por la dignidad profesional* ("En el desempeño de su profesión el abogado será asimilado a los magistrados en cuanto al respeto y consideración que debe guardársele" —art. 59, CPCC—).

No obstante, la doctrina es bastante versátil para encolumnar en la categoría de principios a reglas del procedimiento (por ejemplo, cuando se pone dentro del primero a la oralidad y la escritura); o bien para adoptar como principios a auténticas garantías constitucionales, como la independencia judicial y el derecho de defensa en juicio.

84.4. Las *reglas*, por su parte, se convierten en el sistema previsto para ordenar el debate dialéctico entre las partes. Dentro de ellos existen agrupamientos diferentes, como son las pautas para la producción probatoria en el juicio escrito, o la actuación de ellas en el litigio que se sustancia con oralidad.

También las imposiciones que se establecen para la introducción de los hechos en el proceso, o para impugnar las sentencias.

En líneas generales, son los reglamentos señalados para el lugar, tiempo y forma de los actos procesales. Por ello son de esta categoría, la *eventualidad* (distribución de los tiempos del proceso, es decir, que consiste en pedir de las partes que todos los actos de postulación, ataque y defensa, respondan a las etapas preclusivas del proceso);[474] la *economía procesal* (que significa establecer o no la gratuidad del proceso;

---

[474] GOZAÍNI, Osvaldo A., *Derecho Procesal Civil,* Tomo I (Teoría General del Derecho Procesal) Volumen 1 (Jurisdicción, acción y proceso), Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 360.

y también disponer la secuencia del procedimiento, la acumulación de actuaciones, y la periodicidad o preclusión de los actos); el derecho a los *recursos* (con la discusión abierta si desde una regla se puede violar un estándar del debido proceso constitucional); y en definitiva, todas las demás cuestiones que significan dar criterios para el desarrollo del trámite contencioso y voluntario.

85. Los presupuestos procesales

85.1. Los presupuestos procesales son las condiciones que deben revestir los actos y las actuaciones que el proceso desarrolla. Son condiciones de regularidad y eficacia que anidan en las etapas preclusivas por las que avanza el procedimiento.

Cada exigencia instala los presupuestos y distingue entre los que son necesarios para *entrar al proceso* (acción y derecho de acción); los que permiten estar y continuar en el mismo (*derecho a la jurisdicción y derecho al debido proceso*), y los que asientan en la eficacia misma del juicio como elemento de creación del derecho a través de la sentencia.

En cambio, los principios, las reglas y las garantías se relacionan con otros aspectos, que se simplifican en lo siguiente:

Los *principios* establecen las formas ineludibles como se debe desarrollar un procedimiento judicial; las *reglas* imponen normas de procedimiento para el juez, las partes y sus abogados; y las *garantías* se convierten en los fundamentos objetivos y subjetivos que salvaguardan los derechos inalienables de toda persona que esté en juicio.

85.2. Llevado a la práctica cada exigencia puede encontrar aplicaciones disímiles, lo que conduce a tener que explicar porque las variaciones se producen sin originar nulidades del procedimiento.

Por ejemplo, la garantía de defensa y el derecho a ser oído no puede ser vulnerado; sin embargo, hay alteraciones que dan testimonio de cuantas veces se afecta; por ejemplo, con el llamado "enjuiciamiento *prima facie*"[475] donde la bilateralidad se atenúa aturdiendo, por vía de principio, el derecho de defensa. Otro caso es la simple formalidad de cumplir con el derecho a la contradicción que se ejecuta dando oportunidad de oír aunque en los hechos sea imposible hacerlo (*v. gr.:* notificaciones mal practicadas; también al permitir emplazamientos que no son tales; notificación por edictos; etc.); o bien, la sentencia motivada suficientemente se tiene fundada con remisión a precedentes que, a veces, siquiera están relacionados adecuadamente.

Hay innumerables cuestiones que pueden mínimamente calificarse como contradictorias, como ocurre con el derecho a la doble instancia y la restricción de recursos; el derecho a ser oído y las medidas autosatisfactivas; etc. etc., en fin, cada una y todas a la vez, son manifestaciones incongruentes que, para convalidarlas, necesitan explicarse con nuevas argumentaciones.

---

[475] *Cfr.* NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, Atelier, Barcelona, 2007, en especial pp. 37 y ss.

85.3. Pero donde se reúne el mayor conflicto es en la consideración de la *autoridad judicial* en el que se plantea el debate entre el ejercicio con autoridad (director del proceso), o con exceso de ella (autoritarismo), proyectando desde esta cuestión otras no menores en importancia y trascendencia como resulta, la aplicación del *principio de saneamiento procesal* (el control de oficio sobre los presupuestos procesales ¿desequilibra la igualdad de las partes en el proceso?); *la iniciativa probatoria del juez* (¿viola la imparcialidad?); *la aplicación de medidas conminatorias o sobre la conducta de las partes en el proceso* (¿es un acto de supremo condicionamiento al ejercicio del derecho de defensa?); *el poder cautelar* (¿cercena el derecho a ser oído? ¿afecta la pauta constitucional del proceso bilateral y contradictorio?); entre muchas otras contingencias que regresan a la polémica tras muchos años (casi un siglo) de quietud intelectual (para algunos) o de evolución significativa en el derecho a un proceso justo (para otros).[476]

85.4. Del encuadre anterior surge una primera lectura. Los *principios procesales* disciplinan como ha de ser el debate (iniciado por la parte; dirigido por el juez; con formas legalmente establecidas; conductas honestas y de buena fe, etc.); las *reglas* conforman la regulación adjetiva con modalidades y efectos que pueden ser distintos de acuerdo con la naturaleza del conflicto, o de la finalidad inmediata que las partes persigan, o bien, por los intereses cuya tutela se pretende;[477] mientras que las *garantías* se ocupan de los presupuestos incanjeables y permanentes que la litis debe tener para salvaguardar el debido proceso.

Los principios se controlan desde la actividad jurisdiccional, sea como deberes (obligaciones) del órgano o como potestades (facultades) aplicadas. Lo mismo sucede con las garantías, que se instalan como presupuestos que pueden ser fiscalizados de oficio o mediante la deducción de excepciones y/o defensas de la contraparte. Por su lado, las reglas, son más permeables a la influencia de factores que determinan su vigencia; por ejemplo, la oralidad o la escritura, como método de debate, estructuran posibilidades de actuación diferentes.

Ahora bien, cada uno de ellos no puede desatender la finalidad implícita del proceso: él mismo es una garantía,[478] y como tal debe comportarse en su paradigma.

---

[476] Los interrogantes que se ponen como afirmaciones no significan que el autor comparta lo que se supone implícito.

[477] GOZAÍNI, *Derecho Procesal Civil,* tomo I, cit., p. 305.

[478] Los primeros estudios de derecho procesal fueron siempre dirigidos a explicar el procedimiento. Esto es, la técnica como se desarrolla un instrumento que servía para aplicar los derechos subjetivos. Esta herramienta originaba el derecho a tener jueces y a peticionar ante ellos dando lugar a un sistema que debía resolver las pretensiones que las partes en conflicto planteaban. Pero 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.

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

Pero, al mismo tiempo, es una herramienta que actúa como instrumento de protección de derechos sustanciales, que de acuerdo con las pretensiones y/o peticiones que se proponga, tienen modismos diferentes para obrar.

En consecuencia, una cosa es el proceso y otra diferente los procedimientos. Mientras el primero desenvuelve los límites y alcances de la actuación jurisdiccional y de las partes dentro de un conflicto planteado, ofreciéndole a cada uno garantías permanentes; el segundo no tiene solamente en el terreno de la contienda judicial su actuación plena (pueden existir procedimientos —administrativos— que no sean bilaterales ni contradictorios), en la medida que se relaciona con las formas de proceder en determinadas situaciones. En suma, se trata de resolver la dinámica de la actividad procesal con sus límites y proyecciones.

Con ello se quiere señalar que el proceso, como garantía, se enrola en la categoría del derecho procesal constitucional, donde podemos encontrar reglas y principios generales y permanentes, en los que existen particularidades permitidas —sin menoscabar la regla general— que acuña cada proceso constitucional.[479]

85.5. En cambio, el proceso expuesto en su desarrollo, debe atender las familias o grupos de intereses a los que destina su esquema para aplicar el derecho correspondiente; de este modo, la diversidad podrá sugerir formas y criterios diferentes de actuar en los principios (*v. gr.:* la neutralidad absoluta del juez puede sufrir alteraciones actuando en la justiciabilidad de los derechos sociales); lo mismo cuando se trata de aplicar reglas (*v. gr.:* la carga de la prueba en los procesos constitucionales no es igual a la que se aplica en los procesos comunes); o bien al reglamentar las garantías (*v. gr.:* la cosa juzgada en los juicios de conocimiento es diferente de acuerdo con las posibilidades de cognición que el juez tenga en cada uno).

Esta distinción entre proceso y procedimientos ha puesto a la doctrina con opiniones heterogéneas sobre cuál de ambos es el género. Redenti, no dudó que el

---

fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar (*cfr*. Gozaíni, Osvaldo A., *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 115).

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 utilizarse 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 (GELSI BIDART, Adolfo, *De Derechos, Deberes y Garantías del hombre*, cit., p. 45).

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.

[479] *Cfr*. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Introducción al derecho procesal constitucional,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2006, pp. 187 y ss.

primero fuera el "principio general",[480] teniendo en cuenta la integración de los actos secuenciales y progresivos que culminan en una resolución integral del conflicto. Más o menos igual fue el pensamiento de Calamandrei, para quien la voz "proceso" tenía un significado común que se relacionaba con la continuidad de una serie de operaciones vinculadas por la unidad del fin; por eso, afirmó que "proceso y procedimiento, aún empleándose en el lenguaje común como sinónimos, tienen un significado técnico diverso. El procedimiento indica más propiamente el aspecto exterior del fenómeno procesal (en el curso del mismo proceso puede, en diversas fases, cambiar el procedimiento)…".[481]

Carnelutti fue más complejo, pues no hizo de la relación *proceso-procedimiento* una cuestión visceral para determinar los presupuestos y condiciones de su regularidad, porque prefirió partir del concepto de la unidad o pluralidad de procesos respecto al tipo de litigios. Sobre esta base distinguió un proceso jurisdiccional, otro ejecutivo y uno más, cautelar. Mientras los dos primeros, con sus propias modalidades, generaban una función distinta y una estructura desigual, tenían no obstante, reglas asimiladas para el litigio. Mientras que, el proceso cautelar, siendo un arreglo provisional del litigio, no le excluyó de sus principios aquellos que tenían los demás que reclamaban una composición definitiva.[482]

La distinción no es baladí, pues como señala Montero Aroca, las diferencias entre proceso y procedimiento se manifiestan en que:

> 1º. El término procedimiento no es exclusivo del ámbito judicial, sino que es aplicable —refiriéndonos exclusivamente a su contenido jurídico— a todas las funciones del Estado, y así se habla de procedimiento legislativo y, sobre todo, administrativo (existe una ley de procedimiento administrativo, pero no puede existir una ley que regule el proceso ante la administración).
>
> 2º. Procedimiento, pues, hace referencia a forma, a sucesión de actos, y ello sin precisar si esa actividad es la de los órganos jurisdiccionales, pues puede ser también la de los órganos administrativos.
>
> 3º. Cuando se habla de procedimiento judicial se está destacando la forma de la actividad judicial, el "lado externo de la actividad procesal", "una consideración meramente formal del proceso", o "el fenómeno de la sucesión de actos en su puro aspecto externo", la mera actividad o sucesión de actos en el tiempo.
>
> 4º. Aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, *procedere,* en el segundo destaca la nota de actuación externa, el trabajo que pudiéramos llamar administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica y, por tanto, también en ésta, mientras que en el primero es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que

---

[480] REDENTI, Enrico, *Diritto Processuale Civile*, Tomo 1 "Nozioni e regole generali", Giufrè, Milano, 1995 (4ª ed.), pp. 97 y ss.

[481] CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Volumen 1, cit., p. 318.

[482] CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil,* tomo II, Cárdenas, México, pp. 615 y ss.

imponen y los derechos que otorgan. Mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional.[483]

En definitiva, si trazamos una línea divisoria entre el *proceso como garantía constitucional*; y el *proceso desenvuelto como herramienta* (posible de tener una diversidad de procedimientos), será factible observar que las garantías, principios y reglas, tienen adaptaciones que sin resquebrajar la unidad de intelección, van tejiendo presupuestos y condiciones que exceden la simple regularidad formal, para afincar los requerimientos imprescindibles de la validez sustancial de la instancia.

85.6. En este sentido, la garantía que el proceso ofrece por sí sólo, es suficiente para tener que afianzar el derecho de acceso a la justicia; a ser oído dentro de un plazo razonable; a tener todas las garantías de alegación, réplica y prueba, y a obtener una decisión razonable y fundada.

Es ésta una visión ampliada de las garantías mínimas predispuestas en el art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que 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).

El primero establece que:

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad 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.[484]

Por su parte, la Constitución Nacional (art. 18), y cada uno de los códigos procesales locales, culminan dándole normatividad a estos presupuestos generales, los que, siendo "garantías" perviven en todo tipo de procesos, sin que ningún procedimiento pueda alterar la plena vigencia de los principios establecidos.[485]

85.7. El resumen enumera como garantías inclaudicables del proceso a las siguientes:

a) *El derecho a ser oído,* que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas;

---

[483] MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Los poderes del juez y la oralidad),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 58 y 59.

[484] 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 (*cfr*. GOZAÍNI, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso,* cit., p. 37).

[485] Peyrano, siguiendo a Guasp y Couture, reafirma que los principios generales del proceso civil son normas similares a las demás que integran un ordenamiento…[…] "Desconocer la normatividad —afirma— de los principios procesales equivale a quitar obligatoriedad a su aplicación …", por ello, "…los principios generales del proceso civil son construcciones jurídicas normativas" (PEYRANO, Jorge Walter, *El proceso civil. Principios y Fundamentos,* Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 40 y 41) .

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.

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.[486]

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.

85.8. Por su parte, los procedimientos tienen, al igual que el proceso, principios y reglas (las garantías se resguardan desde el proceso) que estructuran una forma para desarrollar las actuaciones procesales. Cada uno de ellos no significa, propiamente, una cuestión reglamentaria cuyos defectos ocasionan la invalidez de los actos, porque puede ocurrir que, encontrándose previsto el trámite oral, la actuación se ejercite por medio de escritos; o que habiendo una secuencia lógica para la concreción de ciertos actos, ellos se cumplen con un orden diferente sin alterar las reglas del contradictorio.

En consecuencia, los principios del procedimiento resuelven situaciones de estructura o arquetipos (oralidad o escritura; legalidad o informalidad; carácter público o secreto de las actuaciones) y una vez hecha la opción, encontramos otras disposiciones para lo propiamente adjetivo (orden secuencial de los actos o libertad de aportación; inmediación del órgano o distancia absoluta con las partes), recalando en particulari-dades específicas que conforman el conjunto ritual (economía procesal; saneamiento; eventualidad; etc.).

86. Clasificación de los principios procesales

86.1. Otra de las cuestiones previas antes de ocuparse de cada uno de los principios procesales, *lato sensu*, radica en atender la diversidad de clasificaciones que la doctrina establece.

---

[486] Este punto, en particular, tiene diferencia de criterios importantes y fundadas, porque establecer para los procedimientos la garantía de "independencia", puede ir en contra de la propia naturaleza del sistema (por ejemplo, en el procedimiento administrativo). De allí que autores como Montero Aroca afirmen que: 1) La función jurisdiccional se ejerce sólo a través del proceso; 2) Jurisdicción y proceso son realidades correlativas e interdependientes; sin proceso no hay ejercicio de la función jurisdiccional; 3) Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento; 4) Existen procedimientos judiciales que no son la forma externa de un proceso (en aquellos casos en que el juez no actúa jurisdiccionalmente), y 5) Un solo procedimiento judicial puede ser la forma externa de dos o más procesos (*cfr*. *Los principios políticos…*, cit., p. 59).

Buena parte coincide en fraccionar entre los que corresponden al proceso y las que se aplican a los procedimientos, pero no faltan quienes prefieren darle más precisión al problema, clasificándolos siguiendo el momento cuando han de imperar.

En esta línea Ramos Méndez sostiene que:

> [...] los principios del proceso civil vienen condicionados por el significado y función del proceso civil en el ámbito del ordenamiento jurídico y, en concreto, por la índole de su objeto. Son por lo tanto válidos y homogéneos para todo tipo de proceso civil. Entre ellos unos rige la actividad de las partes, otros la actividad del órgano jurisdiccional y otros la interacción de ambas en orden al juicio. Los principios del procedimiento, por el contrario, son funcionales y de carácter mas bien técnico. Se adoptan con criterios de oportunidad, en función de la mayor o menor complejidad del procedimiento o por conveniencias prácticas.[487]

En el mismo sentido, Gimeno Sendra ha señalado que:

> [...] Para reflejar la estructura del proceso, dos caminos se nos ofrecen: el uno podría consistir en descubrir cada uno de los actos o fases fundamentales que transcurren en el mismo desde la demanda hasta la sentencia, y el otro estribaría en reflejar los principios informadores del proceso, a través de los cuales se puede llegar al conocimiento del comportamiento de los sujetos que intervienen en el proceso, sus posibilidades, cargas y obligaciones procesales.[488]
>
> El primero de ellos, que podríamos calificar de *procedimentalista*, ocupó a los "prácticos" o autores del siglo XIX, pero en la actualidad debemos rechazarlo por incompleto, pues tan sólo contempla el lado formal de la actuación procesal, y poco científico, toda vez que mediante tal método tan sólo se adquiere una visión casuística del quehacer diario en la actividad de los Tribunales.[489]

Por su parte, Lino Palacio en Argentina, advierte claramente el inconveniente de concretar los principios procesales de una vez y para siempre, pues afirma que ellos responden a circunstancias históricas, políticas y sociales que caracterizan al Estado. Por eso mismo sostiene que,

> en su mayor parte, los principios procesales no revisten carácter absoluto. Difícilmente, en efecto, la ley que adopta un determinado principio no prevé, respecto de ciertas situaciones, la necesidad de hacer prevalecer, en mayor o en menor medida, un principio distinto, y aún opuesto. El principio dispositivo, por ejemplo, es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces en materia de iniciativa probatoria, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa ni comprometa la igualdad entre las partes. El principio de contradicción sufre atenuaciones

---

487 RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Bosch, Barcelona, 1990 (4ª ed.), p. 337. De nuestra parte, también seguimos este modelo de clasificación en nuestra *Introducción al Derecho Procesal Constitucional,* cit., pp. 187 y ss. Asimismo en *Derecho Procesal Civil,* tomo I, volumen 1, cit., pp. 371 y ss.

488 GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos de Derecho Procesal,* Cívitas, Madrid, 1981, p. 327.

489 GIMENO SENDRA, ob. cit., p. 327.

importantes en cierta clase de procesos cuya efectividad resulta incompatible con una plena y actual posibilidad de audiencia y prueba para ambos litigantes (procesos cautelares y ejecutivos)…[490]

86.2. Muchas más podrían ser las opiniones sobre la división práctica o la enseñanza por esquemas de cada uno de los principios procesales, pero desde nuestra perspectiva queremos formular un ideario diferente.

Se insiste con diferenciar los *principios,* las *reglas* y las *garantías*. Los primeros pueden resultar permeables a situaciones de práctica porque determinan acciones y conductas de las partes en el proceso; el restante, en cambio, no admite deformaciones ni lecturas ambivalentes o alternas.

De este modo, se puede aceptar la penetración en la formación técnica del proceso, de otras cuestiones vinculadas con la política (social, jurídica, económica, etc.), de manera que, en definitiva, el cuadro de formalidades y características quede adaptado para un determinado contexto.

Si esta permeabilidad no se discute, será verdad que los efectos más inmediatos se apreciarán en los principios *dispositivo* y *oficial*, pues del reconocimiento o no del derecho a la propiedad privada de los medios de producción, o si se prefiere —como argumenta Gimeno Sendra— de la existencia de un sistema capitalista o socialista puede depender la hegemonía en la esfera del principio dispositivo u oficial.[491] Lo mismo podrá acontecer con el modelo que se adopte para la investigación de los hechos y, en su medida, el valor que se quiera dar a la verdad en el proceso y los modos de alcanzarla. E inclusive, el propio reaseguro de la intervención del juez podrá quedar sometido en el campo de las reglas, si es que desde la legislación se prefiere un juez inactivo, pasivo, inerte, en lugar del actual director, activo, y protagonista en el conflicto que debe resolver.

Sin embargo, lo que no podrán cambiar serán los parámetros para que exista "debido proceso", en definitiva, la máxima garantía que se debe resguardar de toda influencia política.

87. La ideología en el proceso

87.1. Al comienzo indicamos la tendencia doctrinaria que muestra a los principios procesales como "presupuestos políticos" de carácter funcional. Precisamente esta connotación fue decisiva a la hora de encontrar la ideología imperante en un proceso. Lo que supone, en opinión de algunos —no es la nuestra— que el tiempo es el espejo de las instituciones.

---

[490] PALACIO, ob. cit., pp. 251-303.

[491] GIMENO SENDRA, ob. cit., p. 328. Además, cabe destacar la opinión de Serra Domínguez quien afirma para apoyar su tesis sobre el carácter técnico de los principios del proceso que el CPC Italiano de 1942, promulgado en la Italia fascista, es hoy el vigente, que la ZPO alemana no fue derogada por el Estado nazi y que la LEC de 1881 también ha perdurado bajo los regímenes más diversos (SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Liberalización y socialización del proceso civil,* Revista de Derecho Procesal, 1971, pp. 514 y 515).

Por ejemplo, Cipriani afirma que:

> El código de 1940 marca declaradamente un gran vuelco en sentido publicístico. El legislador tuvo el cuidado de suprimir el "*principio de libertad* al cual se inspiraba el código de 1865", por multiplicar los casos de intervención del ministerio público y, sobre todo, por reforzar los poderes del juez en menoscabo de las garantías de las partes, de tal forma que se asegurara que cada causa fuera lo más rápido o conciliada o decidida: en particular, se dijo que, mientras el viejo código disciplinaba el proceso desde el punto de vista de las partes, el nuevo lo disciplinaba desde el punto de vista del juez. Bajo el presupuesto, no manifestado, pero claramente sobrentendido, de que la solución del problema estuviera en neutralizar a los abogados, que serían el origen de todos los males del proceso, y en la certeza —que se reveló, en verdad, injustificada— de que haciéndose así, las cosas en el proceso, habrían sido mejor.[492]

En la misma línea, Montero Aroca compara los principios políticos de la ley española con el *Códice di procedura civile* italiano de 1940, al afirmar que:

> [...] Una ley o un código, sea cual fuere la materia que regula, es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedad en que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen. Nada extraño podría tener que una ley promulgada en la Alemania nazi y que regulara el proceso civil respondiera en su esencia a la concepción política propia del lugar, del momento y de sus autores, lo mismo que un código procesal de la Rusia soviética asumiría la esencia de la concepción comunista de las relaciones entre lo público y lo privado. En sentido contrario, un código como el alemán de 1877 no podía dejar de tener una base liberal, dentro del nacionalismo y del centralismo del Imperio, y por ello, aún después de todas las reformas sufridas a lo largo de casi un siglo, no podía mantenerse en la ex República Democrática Alemana... [...] Cualquier persona razonable y con experiencia no llegaría ni siquiera a cuestionarse que un código promulgado en Italia y en 1940 tiene que tener una base ideológica fascista y que el mismo no puede estar elaborado sobre la idea liberal y garantista de la tutela de los derechos de los ciudadanos, sino sobre la preponderancia de lo público sobre los intereses de los súbditos. Siempre esa persona podría llegar a cuestionarse el grado de autoritarismo que se alcanza en el código, pero no la base autoritaria del mismo.[493]

87.2. Esta mirada histórica refleja la época con las ideas, lo que es correcto con dicho emplazamiento; sin embargo, aunque la impronta quede impresa con el mote que se pretende estigmatizar (código autoritario), lo cierto es que la dirección formal del proceso paso a manos del juez sin que ello fuera suficiente para convertirlo, definitiva-mente, en un dictador de las reglas.

Obsérvese, por ejemplo, que cuando Estados Unidos recibe la influencia inglesa en sus instituciones, en materia procesal significó asumir un sistema diferente pero útil al mismo tiempo, como explican Hazard y Taruffo.

---

[492] CIPRIANI, Franco, *Batallas por la Justicia Civil,* Cultural Cuzco, Lima, 2003, p. 52.

[493] MONTERO AROCA, "El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2004, nº 6, pp. 15-50. También en *Proceso civil e ideología*, cit., pp. 134/5.

En efecto:

> el origen y fundamento del proceso civil americano se hallaban, en un sistema tan extraño como valioso. El proceso de *common law* era extraño, en la medida en que había evolucionado para hacer frente a los problemas de la justicia civil en la Inglaterra feudal y post-feudal, pero después se había implantado en América, es decir, en un país en trance de construcción que nunca había conocido el feudalismo. Y este proceso también se consideraba valioso, porque su conservación era una de las justificaciones para derrocar el régimen colonial inglés. Este dualismo puede explicar cómo el proceso civil americano ha conservado muchos elementos procesales ingleses pre-modernos, dándoles la consideración de derechos constitucionales.[494]

Ese dualismo entre autoridad en el proceso y autoritarismo ideológico no es más que una afirmación carente de realidad práctica, pues las partes no padecieron sacrificio alguno en el sistema para debatir en igualdad y equilibrio; lo que sí cambiaron fueron algunos principios (no todos); se alteraron pocas reglas (como el pretendido tránsito de la escritura hacia la oralidad); pero jamás se perturbaron las garantías. Es más, éstas se consolidaron con el control y la aplicación jurisdiccional.

87.3. En materia de procesos constitucionales la situación es notoriamente diversa. Se desplaza la cuestión de la perspectiva del litigante hacia el interés superior de acomodar la aplicación de normas y disposiciones al principio de supremacía constitucional y, actualmente, al control de convencionalidad.

De allí que pensar en el autoritarismo judicial cuando se debe actuar una función precisa y puntual de fiscalización, nos parece desacertado e inaplicable al proceso constitucional.

88. La formación de los principios procesales del proceso constitucional

88.1. La tendencia a preservar la unidad de los principios en la teoría general del proceso va contra pelo con la evolución y desarrollo de la justicia constitucional. Es necesario perfilar las singularidades que adquiere la ciencia para asentar sus bases definitivas e incuestionables.

Con gran acierto dice Astudillo que:

> [...] la disociación entre lo sustancial y lo procesal no debe concebirse de forma rígida ante la necesidad de que las Constituciones dispongan de normas adjetivas de autogarantía que conformen su "constitución material". Su exigencia de unidad de principios constituye también una añeja aspiración de la doctrina constitucional desde la conocida prolusión de Santi Romano, en 1903, donde se explicó con autoridad que el derecho constitucional representa la unidad esencial de principios generales del derecho público sin que pueda considerarse solamente una rama de éste, en virtud de que constituye su tronco mismo, a partir del cual emanan las demás ramas particulares del derecho.

---

[494] HAZARD, Jr., Geoffrey C., TARUFFO, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, traducción de Fernando Gascón Inchausti, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 25.

Anclada en esta exigencia, se ha señalado la importancia de que las normas procesales constitucionales tengan un tratamiento específicamente constitucional por constituir una especie de "derecho constitucional concretizado" y por servir a las jurisdicciones constitucionales para concretizar la Constitución.[495] El derecho procesal constitucional adquiere, desde estas perspectivas, una especificidad manifiesta que implica que su sistematización deba realizarse a partir de una metodología decididamente constitucional que coadyuve a redefinir el valor que se les reconoce como normas jurídicas de peculiaridades indiscutibles, que identifique sus particulares criterios de interpretación, e incluso, sus puntuales métodos de integración.

La ausencia de un diálogo entre perspectivas ha motivado férreos posicionamientos teóricos que no hacen sino constatar la rigidez de los postulados en que se asienta tanto la ciencia procesal como la ciencia constitucional. Si para el derecho procesal la exigencia de abordar autónomamente lo adjetivo de lo sustantivo configura un presupuesto elemental, para el derecho constitucional esta separación es inviable ante la necesidad de integrar su derecho adjetivo y sustantivo en la unidad material del ordenamiento constitucional. Si para el derecho procesal la necesidad de reconstruir las categorías del derecho procesal constitucional sobre la certeza y predeterminación de las estructuras procesales es una exigencia que está en la base de su ideología, para el derecho constitucional es necesario que parte de esas categorías aparezcan bajo adecuadas dosis de ductibilidad o maleabilidad para que el guardián de la Constitución pueda hacer frente al conjunto de expectativas y vicisitudes que emanan de la complejidad intrínseca de los conflictos de naturaleza constitucional. Si el derecho procesal necesita a la jurisdicción como fuente de autoridad externa para garantizar la eficacia de sus normas, el derecho constitucional no requiere de otra autoridad para procurar su vinculatoriedad pues se ha dotado directamente de su jurisdicción, al margen y por encima de la jurisdicción ordinaria, su órgano de tutela y sus procesos y procedimientos de autogarantía.

Un panorama como éste demuestra que difícilmente podrá existir una salida adecuada al antagonismo de perspectivas si no se confiere autonomía al objeto de estudio del derecho procesal constitucional, a fin de rescatarlo de los dos discursos que sólo limitan, constriñen y empobrecen su riqueza conceptual.[496]

88.2. La diferencia establecida entre *garantías, principios y reglas* admite una perspectiva diferente. Se trata de ver si cada uno es impermeable a contingencias externas que pueden alterar su modelo, o si tienen la posibilidad de aplicarse con cambios sin modificar su esencia. En su caso, el problema será encontrar el límite de la innovación y quien lo puede autorizar.

En el devenir de la cuestión es ineludible recordar que el origen de los principios procesales surge como una forma de limitar el abuso de la autoridad, de manera que más allá de la influencia que se le reconoce a la tradición romana sobre las instituciones procesales, la consagración normativa es producto del positivismo.

---

[495] *Cfr*. HÄBERLE, Peter, *Nueve ensayos constitucionales y una lectura jubilar,* Palestra, Lima, 2004, pp. 23 y ss.

[496] ASTUDILLO, *Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional,* cit., pp. 263 y 264.

Desde las leyes aparecieron las primeras consignas que antes eran "poco más que un arte de secretarios";[497] ellas afinaron los presupuestos para cumplir con las formas del procedimiento y sirvieron de fuentes para las reformas procesales que se suscitaron a fines del siglo XIX y en el curso del siguiente. Por aquella época, en pleno auge del constitucionalismo, los principios se trasladaron a las Normas Fundamentales.

El positivismo que caracterizó toda esta etapa impuso la necesidad del juicio previo a la condena (*nulla poena sine iuditio*), el derecho a ser oído (defensa en juicio), la presunción de inocencia, la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados, etcétera.

La *ley* se convirtió en un mito de soluciones "de una vez y para siempre", pensando en su razón eterna (fruto de la actividad racional), de modo que la emisión del mandato era un imperativo que no admitía modificaciones. El Juez debía ser la boca de la ley; no estaba en su arbitrio la posibilidad de cuestionar sus alcances pues no era esa su función. Además, el famoso prolegómeno de la legalidad democrática ponía un manto de duda sobre la autorización a que ejerciera actividad discrecional.

Existe una impronta voluntarista del legislador que quiere imprimir su sello en todas las cualidades que modela para los actos jurídicos, por eso, era común a fines del siglo XVIII oír que la ley debía ser única, pública y sencilla, precisa y clara, abstracta y general, garante de la libertad y, sobre todo, expresión de la voluntad esclarecida del príncipe o de la soberana del pueblo que constituye el instrumento de la razón ilustrada para alcanzar la justicia y la felicidad de las sociedades.[498]

Inclusive la famosa expresión de Voltaire: "la libertad consiste en depender tan solo de las leyes"[499] explicó la trascendencia de la norma en estos tiempos y la uniformidad que de ellas se desprendió.

Esa confianza propia de la positivización del pensamiento se llevó a los códigos, que también portaron la tradición de las costumbres y de las reglas.

88.3. Poco tiempo después, alguna de esas normas dispuestas se entronizaron en las Constituciones. Es la época de la constitucionalización que promueve un espacio de derechos y garantías que se consideran inalterables e inmodificables.

Paulatinamente, dice Prieto Sanchís, aquella:

> [...] armonía en apariencia perfecta entre razón y voluntad, entre ciencia y política, con que se inauguraba la experiencia legislativa del Estado liberal fue basculando a favor del segundo de los elementos anunciados. Desde luego, se seguirá postulando el respeto a la ley, pero ya no se apela tanto a la racionalidad de su contenido cuanto a la autoridad de su origen, el poder político estatal o el espíritu popular, que en todo caso se resiste a cualquier intento de comprensión científica.[500]

---

[497] CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Volumen I, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 85.

[498] *Cfr*. PRIETO SANCHÍS, Luís, *Ley, Principios, Derechos*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas" (Instituto de Derechos Humanos. Universidad Carlos III de Madrid), Dykinson, Madrid, 1998, p. 15.

[499] VOLTAIRE, "Pensamientos sobre la Administración Pública", en *Opúsculos satíricos y filosóficos*, Alfaguara, Madrid, 1978, p. 296.

[500] PRIETO SANCHÍS, ob. cit., p. 17.

Las leyes y los códigos que se ocuparon de algunos principios procesales sirvieron de fuente para que las Constituciones siguieran sus preceptos y los fijara definitivamente en la letra de sus textos, esta vez dándoles la condición de "garantías". Otros principios llegaron de algunas reglas, tal como sucedió con el ritual del derecho romano[501] que tanto influyó en el diseño de los procedimientos.

Inicia entonces una suerte de "cláusulas generales" o "principios programáticos" que se convierten en patrimonio de las Cartas Magnas de cada nación, donde la idiosincrasia de los pueblos no aparece desinteresada al impactar en ellas con sus usos y costumbres.

La ley pierde consistencia ante la Constitución. Se desacredita y admite ser interpretada. De alguna manera surge este primer fenómeno que trasciende en el aspecto que queremos mostrar.

Vale decir, la ley queda como producto del poder constituyente y de la iniciativa de la administración política. Se transforma en reglamentaria de la orientación que señalan las constituciones.

Las garantías se imprimen inclaudicables y permanentes; las leyes de procedimiento son guías a seguir, pero pueden ser descifradas por los jueces quienes pueden actuar, inclusive, *contra legem*.

88.4. El texto normativo mayor de un Estado funda el poder y lo limita. Establece deberes, derechos y garantías que definen y caracterizan una clase de organización política, y al mismo tiempo impone el principio de la supremacía constitucional.

El Estado constitucional suple al Estado de derecho, o como dice Alexy, "[…] en el constitucionalismo contemporáneo hay más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más jueces que legislador; y más Constitución que Ley".[502, 503]

---

[501] La regla, usada preferentemente por los postglosadores, se expresaba en forma de brocárdico, y era básica para el uso de la retórica. No es solo un destilado de conocimiento antiguo, sino que se transforma en una verdadera norma aplicable para resolver casos en los que la *ratio* es similar.

[502] ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 160.

[503] Apunta Prieto Sanchís que, más principios (constitucionales) que reglas (legales) no significa que la solución de los conflictos jurídicos pueda ser encomendada en exclusiva a las directivas que emanan de los genéricos principios fundamentales, sino que éstos han de ser tomados en consideración u que han de serlo, en primer lugar, para someter a juicio previo la propia validez de las leyes relevantes en el caso. Más ponderación que subsunción tampoco significa que ésta deje de ser operativa, sino que en todo caso la aplicación de principios se acomoda a un esquema particular que llamamos ponderación donde dos criterios en conflicto (*v. gr.*, la libertad de expresión y el derecho al honor…) no se anulan ni excluyen con carácter general, sino que han de buscar su peso relativo en cada caso mediante un juicio de razonabilidad o de balance entre argumentos y razones. Más jueces que legislador no representa un llamamiento a prescindir de la tarea legislativa, que sigue siendo fundamental, sino una invitación al control de la misma por parte de quienes únicamente pueden hacerlo, que son los jueces. Y finalmente, como se comprenderá, más Constitución que ley no significa que la primera convierta en superflua a la segunda, sino sólo que esta última carece de autonomía porque siempre habrá de rendir cuentas ante la instancia superior de la Constitución" (ob. cit., pp. 35 y 36).

La interpretación le dio protagonismo a la actuación de los jueces, y en orden a los principios procesales significó facilitar cierta permeabilidad que eludió la rigidez de sus preceptos.

La supremacía de la Norma Fundamental permitió trabajar con normas de diferente registro, donde, por ejemplo, el derecho a la sentencia fundada en ley podía ser bastante con la motivación suficiente. Es decir, la sustitución de la ley por la razón, lo objetivo por lo razonable.

No pasó mucho tiempo para que el juicio de ponderación construyera nuevas "reglas" (*v. gr.:* el debate litigioso en base a la lealtad, probidad y buena fe de las partes), las que regresaron el circuito a las leyes que las establecieron, y a las garantías que se fijaron.

Bien dice Lorenzetti que la afirmación de las garantías ha sido un proceso histórico que insumió grandes debates que parecen no haber concluido;[504] cuestiones que remarcan la circularidad de la evolución.

Los *principios* surgen de las leyes, es cierto, lo cual significa que sirven o deben servir para delinear los presupuestos políticos de un ordenamiento procesal; a su vez, las *leyes* son producto de su tiempo, por lo que no pueden permanecer invariables evitando la modernización o la justa transformación. Por su parte, las *reglas* son cerradas e inmodificables porque indican cómo se juega a tal cosa, mientras que los principios son abiertos porque dependen de muchos contingentes (*v. gr.:* principio de congruencia).

89. El activismo judicial en la transformación de los principios

89.1. Cuando se exponen los principios generales de un proceso cualquiera, cada uno de ellos se puede vincular con una regla constitucional. No se trata de señalar que todos los principios son garantías, ni que todas las garantías sean reglas inalterables, sino de analizar su operatividad y aplicación específica.

Como punto de partida debemos estudiar si las "garantías" son inmutables; si los "principios" son invariables, y si las "reglas" admiten alteraciones.

En el marco de la evolución señalada, el tiempo del positivismo a ultranza evitó cualquier apartamiento de las normas; con la constitucionalización se privilegió el rigor de los principios, pero se permitió la interpretación en el caso concreto, dando lugar al juicio de ponderación.[505]

---

[504] LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, p. 157.

[505] El triunfo de la ponderación sobre la subsunción conduce a la preeminencia del juez. Primero, porque en sentido estricto la ponderación es algo que puede hacer el juez pero no el legislador: la ley contempla casos genéricos y no casos concretos, pudiendo establecer reglas favorables a uno u otro de los principios en eventual conflicto, pero sin desvirtuar *a priori* ninguno, pues ello equivaldría a la violación de la Constitución; de manera que el legislador podrá orientar la ponderación del juez, pero, aunque quiera, por su propia posición carece de facultades para sustituirle en esa labor, determinando la decisión que proceda a la vista del juego conjunto de los preceptos constitucionales y de las circunstancias del caso (dado que precisamente no puede tener esa "visión") (*cfr*. PRIETO SANCHÍS, ob. cit., p. 41).

El juez pasó a ser el legislador del caso concreto, y su actividad dio lugar a una jurisprudencia creadora que impactó en las instituciones del proceso.

En suma, el activismo judicial genera una jurisprudencia innovadora que, en algunos casos, no está bien vista al ser, de algún modo, reaccionaria y contrapuesta con las reglas previstas. En cambio, otros alientan y elogian esa actitud que evita el estancamiento y pone al día los principios con la justicia del caso.

89.2. Quizás la raíz de la polémica asiente en la seguridad que proviene de las garantías, los principios y las reglas, pues hay en ellas demasiadas zonas de penumbra como para trabajar con la claridad que ofrecen. De suyo, el protagonismo judicial tampoco resuelve la falta de certeza, pero le da otro significado y sentido a los elementos con los que trabaja.

Ahora bien, esa maleabilidad de los instrumentos ¿le permite al juez alterar las garantías? ¿Puede afectar los principios? En su caso ¿podrá cambiar las reglas del juego?

La respuesta probablemente tenga la misma dosis de inseguridad que tiene el planteo, pero en tren de afirmaciones, es preciso diferenciar cada situación.

En efecto, las *garantías* son reaseguros que no pueden ser negadas ni limitadas. No se consiguen si hay insuficiencia o se cercenan al emplearlas. Pueden ser muchas (las garantías) o una sola, como es el caso del proceso judicial (el proceso como única garantía). Cuando son diversas se confunden o entroncan con los *principios*, que algunos llaman "garantías constitucionales del derecho procesal";[506] si se singularizan se aplican como procesos específicos (amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, o simplemente, procesos constitucionales) destinados a dar supremacía a la Norma Fundamental; pero si están referidos a *reglas* no se pueden transformar ni alterar (*v. gr.:* independencia judicial; imparcialidad de los jueces; sentencia fundada; plazo razonable; etc.).

En pocas palabras, las garantías son las piezas necesarias para que exista el debido proceso; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista.[507]

89.3. De su lado, los *principios procesales* constituyen una suerte de máximas inquebrantables que se dan para ordenar el desarrollo de un litigio, por eso, la variedad de procedimientos permite formular reglas particulares. No se quiere afirmar que los principios sean distintos por los intereses a desentrañar, sino que las estructuras proce-sales admiten modificar la reglamentación puntual del proceso para darle una eficacia mayor a la que tendría de aplicar un patrón común.

---

[506] Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal, parte general*, cit., p. 209.

[507] Ver el meditado voto de Sergio García Ramírez en la O/C 16/1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre "*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*".

Por ejemplo, si la actividad principal de los procesos constitucionales es fiscalizar la ejecución de los mandamientos fundamentales, el conflicto principal está en la norma a interpretar antes que en la controversia entre partes.

La función judicial es diferente (como lo es, también, el sistema donde tenga funcionalidad, porque las posibilidades de los jueces constitucionales del modelo difuso son distintas de los tribunales constitucionales) y se adapta al estándar de aplicación.[508]

En definitiva, los principios procesales informan todas las instancias, hasta alcanzar la sentencia definitiva. No son reglas del debido proceso porque forman parte de él, sino aplicaciones necesarias y precisas que se han de cumplir en las etapas secuenciales de los trámites para que ellos tengan validez. Evidentemente, así presentados, estos principios constituyen presupuestos políticos y en esa dimensión han de interpretarse.[509]

89.4. Finalmente, las *reglas*. Estas trabajan con los sistemas procesales y se adaptan al modelo o diseño pensado para los procedimientos. Si queda establecida la expresión escrita en lugar de la oralidad, habrá que cumplir con ella por el principio de legalidad formal; si impera un orden secuencial para el aporte de los hechos en la causa, el ofrecimiento de prueba, la producción de la misma, también se deben respetar esas consignas, sencillamente porque esas son las pautas del trámite.

El quid de las reglas está en asumir si ellas pueden quedar convenidas por las partes (como en el procedimiento arbitral), o solamente provenir de las normas que las establezcan. Pero, como dice Díaz:

> [...] el problema podría invertirse en tanto se establezca que cualquiera sea su origen las formas procesales deben ser un medio para *conseguir la certeza del derecho*; y este predicado impone: *fijeza de las formas* que tiendan a hacerlas claras e indiscutibles, sin implicar rigidez formalística; *adaptabilidad de las formas*, para conseguir las finalidades propuestas; *simplicidad de las formas* para evitar el fárrago y la confusión; y finalmente, *rigor formal,* en un sentido teleológico-trascendente, para sancionar el incumplimiento de aquellas cuya violación lesione fundamentalmente el principio de la audiencia: *audiatur et altera pars.*[510]

90. Efectos del incumplimiento de garantías, principios y reglas

90.1. Cuando una *garantía* deja de aplicarse en el proceso judicial, existe un vicio que lo nulifica por inconstitucionalidad del acto. Si la transgresión es de algún *prin-*

---

[508] Sostiene Couture que la enumeración de los principios que rigen el proceso no puede realizarse de forma taxativa, porque los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Pero la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio. En otras oportunidades, es el propio legislador el que cree necesario exponer los principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones (COUTURE, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 312).

[509] *Cfr*. GOZAÍNI, *Introducción al derecho procesal constitucional*, cit., p. 307.

[510] DÍAZ, *Instituciones de derecho procesal, parte general*, cit., p. 327.

cipio, la nulidad es la consecuencia, pudiendo agregar una multa como sanción (*v. gr.:* temeridad y malicia); mientras que el incumplimiento de las *reglas* provoca solamente anulación a instancia de parte interesada.

En todas ellas hay un punto de reunión que está en el tiempo de resolver. Allí la interpretación del vicio se debe colegir en su plenitud, midiendo el perjuicio al debido proceso.

Presentado el marco de ponderación, en los hechos la nulidad solamente procede si el vicio es trascendente (cuanto mayor sea su expresión, más serán las posibilidades de anulación; inclusive pueden llevar a que se resuelva sin sustanciación o de oficio); y la parte que requiere la invalidación demuestre consistentemente el perjuicio sufrido.[511]

Por eso, la iniciativa para declarar la nulidad de los actos procesales no sólo puede partir de la parte perjudicada, sino también del propio órgano jurisdiccional, salvo que el vicio esté expresa o tácitamente consentido por los interesados, pues la facultad de declarar de oficio la nulidad encuentra una valla insuperable en el principio de con-validación.

Esto es consecuencia de la máxima que pretende evitar la nulidad por la nulidad misma, es decir, que la simple irregularidad no contamine todo el proceso ni evite la validez de los actos cumplidos.

90.2. La convalidación del error se mide con dos parámetros: uno, la efectiva posibilidad de conocimiento que se ha tenido; y la segunda, que el planteo se realice en término legal.

La trascendencia, a los fines del vicio que define la nulidad (procesal o cons-titucional), es diferente entre las *garantías*, los *principios* y las *reglas*. Hay una distancia considerable en la calidad de los valores a tutelar que, en los hechos, impacta en términos metodológicos y estructurales.[512]

---

[511] GOZAÍNI, Osvaldo A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2006 (2ª ed.), comentarios al art. 172 (pp. 515 y ss.).

[512] En el análisis de la cuestión se pueden adoptar varias corrientes. Una de ellas la denomina Alexy como "teoría de los principios". Para el profesor alemán (Universidad de Kiel) la tesis básica consiste en entender a los derechos fundamentales como principios o mandatos de optimización, que ordenan la realización de su contenido en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta comprensión de los derechos fundamentales implica además la idea de que no existen derechos absolutos, de que en la vida social es imprescindible cohonestar las exigencias que se derivan de unos y otros, y que las intervenciones estatales en los mismos son una consecuencia legítima de la democracia y son válidas mientras respeten el principio de proporcionalidad. De este modo la tesis de Alexy también tiene profundas implicancias en el ámbito de la interpretación jurídica, pues realza la función del principio de proporcionalidad, y sobre todo de su tercer subprincipio, la ponderación, mecanismo que comienza a ocupar un sitio de privilegio en la metodología jurídica, junto a la subsunción (Introducción de Carlos Bernal Pulido a la obra de Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios,* Universidad Externado de Colombia (Serie de teoría jurídica y filosofía de derecho), nº 28, Bogotá, 2003, p. 15).

Asimismo se ha explicado que:

> la distinción entre reglas y principios adquiere todo su interés cuando se compara su distinto modo de entrar en conflicto. La diferencia estribaría en lo siguiente: los principios poseen una característica que está ausente en las normas, que es su "peso" o "importancia" y, por ello, cuando dos principios se interfieren o entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto se conceda preferencia a uno de ellos: lo que no ocurre con las reglas, donde no se puede decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema.[513]

O como dice Dworkin: si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida;[514] o la solución de Alexy, para quien, si dos reglas están enfrentadas, solamente hay dos soluciones: o bien se declara la invalidez de una de ellas; o en su caso, se introduce una cláusula de excepción que elimina el conflicto, de manera que una de las reglas cederá siempre en presencia de la otra.[515]

En cualquier supuesto, la cuestión metodológica puede partir de un supuesto como el formulado en el punto anterior: las *garantías* son inflexibles; los *principios* son normas abiertas; y las *reglas* son normas cerradas pero que admiten elasticidades.

La diferencia estructural aparece cuando entre ellas interfieren, pues una *garantía* predispone y condiciona; un *principio* orienta el presupuesto que se quiere preferir, y las *reglas* señalan el camino para llegar a esos objetivos.

Desde una visión distinta, el paralelo se puede trazar como lo explica Zagrebelsky: "[…] las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios".[516]

90.3. En consecuencia, la vigencia práctica de cada uno puede ser errática y ello se evidencia constantemente en la dinámica procesal.

Veamos como ejemplo, el caso de la garantía procesal que indica los contenidos del debido proceso. En su dimensión se debe resolver que se quiere obtener con la prueba, y en la actividad que deben tener quienes se encuentran litigando.

Desde tiempos inmemoriales se debate acerca de cuál es el objeto que tiene la producción probatoria: ¿buscar la verdad? ¿Confirmar una versión? ¿Determinar los hechos y aplicarle el derecho?, en fin, cada argumento tiene fundamentos muy sólidos que pueden quedar desvinculados del tema que aquí se propone; pero que sirven para demostrar los principios eventualmente aplicables.

Una respuesta puede ser que, la verdad es el objetivo de la actividad jurisdiccional, en cuyo caso, las *garantías* son: el debido proceso, el derecho de defensa, la bilateralidad de las instancias, la sentencia fundada, la ejecución del pronunciamien-

---

[513] PRIETO SANCHÍS, ob. cit., p. 57.

[514] DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 78

[515] ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 89.

[516] ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil,* cit., pp. 109 y ss.

to, y la efectividad de la actividad jurisdiccional. En este terreno habita un primer interrogante: ¿Cuál es el rol del juez en la obtención de la verdad? Si la respuesta se deduce del *principio dispositivo*, dentro del cual no se niega la dirección material del proceso, evidentemente la iniciativa probatoria es una garantía de la eficacia jurisdiccional; pero hipotéticamente, quedaría en duda si esa actividad compromete la imparcialidad del juez en el proceso.

Desde los *principios*, la buena fe de las partes diseña un tipo de comportamiento ideal, en cuyo caso, la colaboración de ambas en la búsqueda de la mencionada verdad jurídica no sería extraño requerirla (*v. gr.*: el principio de solidaridad en la obtención de la prueba testimonia y prueba la afirmación); sin embargo, el principio procesal de la carga de la prueba pone en cabeza de quien alega el deber de confirmar su versión de los hechos.

Por su parte las *reglas* procesales conspiran constantemente con estos objetivos, como señalamos en el caso la regla de aportación de hechos (enclavado en el principio de preclusión y oportunidad); en el legalismo formal (presentaciones fuera de término); en las solemnidades propias del acto (*v. gr.:* forma de practicar la prueba de absolución de posiciones; interrogatorio de testigos; puntos de pericia, etc.), pues prefieren el cumplimiento del rito antes que la realidad conseguida.

90.4. En definitiva, en la aplicación puntual de *garantías, principios* y *reglas,* el juez tiene un rol protagónico muy superior al que el esquema decimonónico le marcó; como contrapartida a ese aumento de deberes y poderes le fueron señaladas obligaciones, entre las cuales, la necesidad de justificar sus decisiones aparece en primer plano.

91. La inflexibilidad de las garantías

91.1. Dogmáticamente ninguna garantía debiera ser flexible pues no sería, en tal caso, una garantía cierta, previsible y segura. La firmeza de contenidos esenciales promete certidumbre y quiere evitar el riesgo de la interpretación pendular.

Sin embargo, a veces la misma garantía acepta lecturas contrapuestas. Que el juez sea independiente es una obviedad manifiesta, pero ¿a qué independencia referimos? Que la justicia sea el resultado de una valoración objetiva que se traduzca en una sentencia debidamente fundada, tiene igual connotación, no obstante los pesares por decisiones absurdas, arbitrarias o excesivamente discrecionales. Que la presunción de inocencia sea un estado que evite la indefensión, es también una seguridad para el justiciable, pero ¿puede ella extenderse como garantía a los procesos no penales?

En fin, cada garantía jurisdiccional o procesal plantea incertidumbres, donde la interpretación judicial puede conducir a resultados inciertos. Inclusive, algunas garantías indiscutibles (*v. gr.*: principio de igualdad) deben superar la permeabilidad con las circunstancias que lo rodean, porque en ocasiones lo que es igual para algunos no recibe idéntica aplicación en otros, afectando la seguridad que aquellas persiguen.

91.2. La *garantía de igualdad* puesta en orden con la jurisprudencia de Argetina, advierte que al no existir obligatoriedad de seguir la doctrina de los tribunales superiores, admite que cada juez tenga plena libertad para trabajar con "su criterio".

¿Se afecta el principio fundamental? ¿O se respeta el sistema procesal previsto?

Cualquiera sea la observación preferible, lo cierto es que todo juicio de igualdad es siempre un comparativo de valores; por tanto, la garantía tiende a evitar las desigualdades de hecho y de derecho.[517]

En esta línea, la igualdad como garantía procesal se relaciona con la igualdad de los ciudadanos ante la ley, pero las Normas Fundamentales no enuncian más que un programa de tipo preventivo (así, por ejemplo, el art. 16 de la Constitución Nacional argentina); una teoría constitucional que no refiere a ningún hecho en particular, sino a un objetivo a conseguir.

En suma, el principio de igualdad supone dar a cada parte la posibilidad real de alegar y demostrar (bilateralidad y contradicción), evitando que cualquiera de ellas esté en inferioridad jurídica, sin conceder a uno lo que a otro se niega.

A su vez, también exige que la igualdad se concrete respetando la certidumbre lograda en situaciones similares a la que se resuelve, las que sirven de modelo para otras conductas o situaciones que se emparientan por su fisonomía similar.

Con estas perspectivas, la garantía es inflexible.

91.3. Otro ejemplo: en la *independencia judicial* hay planteos diferentes que analizan las circunstancias cuando la sentencia se produce, provocando interpretaciones disímiles según se entienda que la función del juez es un tipo de obediencia al Derecho y a las normas; o quienes aducen que, precisamente por ser los jueces independientes, es factible y aconsejable la desobediencia a la ley en contingencias especiales.

Podemos afirmar así, que los frentes que tiene la independencia judicial son diversos y complejos y que no se ocupan solamente de la actividad dentro de un procedimiento. El compromiso con la realidad pone en debate la necesidad de aflorar nuevas conquistas en la tarea de hacer justicia, porque ello lo demanda el desarrollo social; y también, porque no, para consagrar un diseño del debido proceso donde el Juez no esté aislado ni inerte.[518]

En todo caso, la independencia judicial persigue que quien debe actuar como tercero imparcial no esté vinculado a alguna de las partes en el conflicto; y que pueda resolver con justicia sin comprometer la objetividad.

91.4. Las demás "garantías del proceso" muestran iguales desequilibrios. La defensa en juicio se pone a prueba en instituciones novedosas como la tutela de urgen-

---

[517] Es muy amplia la bibliografía que aborda los problemas de la igualdad en el proceso. Quizás el punto central consista en determinar los rasgos que representa una razón para el tratamiento igual o desigual; rasgos que han de ser al mismo tiempo el *criterio* de la clasificación normativa, esto es, de la condición de aplicación, y el *fundamento* de la consecuencia jurídica (*Cfr*. CALSAMIGLIA, A., "Sobre el principio de igualdad", en *El fundamento de los derechos humanos,* de Muguerza J. y otros, Debate, Madrid, 1989, p. 89.

[518] GOZAÍNI, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, cit., p. 145.

cia. El derecho al juez natural hoy se conforma con la actuación imparcial del órgano preferido. A la sentencia fundada en ley le basta la motivación suficiente, y en definitiva, todo hace ver que en las garantías se alojan valores que constituyen límites a la versatilidad.

Es verdad que la constitucionalización de los principios llegó de la ley, y que ésta fue producto de la necesidad de afianzar la seguridad jurídica. También lo es que la consagración de garantías se complementa con normativa transnacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tantos más que constituyen, luego de ratificarse por los Estados, el denominado "bloque de constitucionalidad".[519]

Por eso, cada una de las *garantías* necesita del juicio de ponderación que las vuelva efectivas. No se afirma con ello que las declaraciones constitucionales sean meros programas de acción, sino garantías directamente operativas que, al estar formuladas de manera abstracta, necesitan concretarse en cada caso, para alcanzar soluciones justas y razonables.[520]

92. La flexibilización de los principios

92.1. Los principios procesales son guías de conducta. No constituyen paradigmas sino valores. Inclusive no faltan quienes le asignan un rol normativo con base en el derecho natural, y por eso la utilidad como estándares de integración.

Agrupados representan una estructura deontológica pues señalan un "deber ser", y tienden a mejorar las instituciones y el funcionamiento pleno del proceso jurisdiccional.

En su aplicación no constituyen máximas inflexibles, pues toleran adaptaciones siempre que no afecten los contenidos esenciales, o el "mínimo indisputable". Esta

---

[519] La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostiene que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, en su caso, la de la Corte Europea de Derechos Humanos, constituye una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (disidencia parcial de los doctores Fayt y Petracchi) (CS, 23/11/1995, "*Viaña, Roberto*", La Ley, 1997-E, 1004 [39.764-S]). Al haber ingresado la República Argentina al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y más aun a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994 —Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 75, inc. 22 Constitución Nacional—, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una imprescindible pauta de interpretación, cuya significación, así como la de las directivas de la Comisión Interamericana, ha sido reconocida reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (voto del doctor Petracchi) (CS, 21/08/2003, "*Videla, Jorge R.*", La Ley, 2003-F, 87).

[520] Muchos autores, señala Lorenzetti, cuestionan la idea de una decisión correcta porque la consideran racionalista, ya que nunca se podrá prescindir de ciertas posiciones previas que tienen los jueces basados en sus propias convicciones. Esta crítica es adecuada desde el punto de vista filosófico, sociológico y aun económico, pero si se mira el problema desde la perspectiva del destinatario de las normas, resulta necesario establecer un mínimo de criterios de corrección que limiten la interpretación jurídica meramente subjetiva o hermética. Ello es esencial para que los ciudadanos tengan una percepción clara de que las decisiones se basan en la igualdad y en el Estado de Derecho (Ob. cit., p. 213).

flexibilización depende de cierto casuismo, aun cuando es posible trazar algunas pautas comunes.

92.1. En primer lugar, hay *principios* que corresponden al "*acceso a la justicia*", que se controlan con los presupuestos procesales de admisión y a través de las excepciones y defensas que las partes pueden hacer valer. De este modo, los conflictos de legitimación se presentan como enunciados normativos, de manera que puede actuar como *regla* (legitimación *ad causam* y *ad processum*) o como *principio* (*Toda persona tiene derecho a ser oída ante un Tribunal independiente e imparcial*), dejando en los jueces la solución del estándar.

Otros *principios* derivan de garantías generales, como los relativos a la organización jurisdiccional, los que conciernen al juez y las que pertenecen a las partes. Por ejemplo, la *unidad de jurisdicción* es un presupuesto político constitucional que significa sentar las bases mismas del funcionamiento judicial, de modo que sería inusitado imponer variaciones prácticas. Lo mismo respecto al *principio de exclusividad* jurisdiccional que supone establecer la posibilidad de dictar pronunciamientos defini-tivos solamente en jueces y tribunales del Poder Judicial; criterio muy cercano a la garantía del juez natural.

Respecto a las partes, la bilateralidad y contradicción testimonian el paralelo entre la garantía de defensa en juicio, y el principio que dimana del antiguo brocardo *audiatur et altera pars,* o lo que es igual: "nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio". Aquí las elasticidades son posibles, desde que la misma instalación del sistema piensa en la posibilidad de resolver sin oír a la parte afectada, cuando la situación es manifiestamente clara y existe peligro fáctico si la decisión se demora; o cuando se facilita la ejecución provisional de la sentencia pese al derecho al recurso o doble instancia: etcétera.

En la especie, el juicio de ponderación fluctúa entre el derecho fundamental a ser oído y la contradicción necesaria que puede llegar después sin alterar el régimen procesal.

92.3. Hay otros casos donde se ilustra la plasticidad de los *principios procesales*. En el principio dispositivo, por ejemplo, la iniciativa probatoria del juez no restringe ni altera la pertenencia del proceso;[521] con el principio de congruencia se dan similares extensiones, aumentadas considerablemente cuando se analiza el tipo de proceso tramitado (*v. gr.:* la cosa juzgada no puede ser igual en los procesos constitucionales; el límite subjetivo también es mayor en las acciones colectivas; el amparo colectivo

[521] Opinión que no es compartida por toda la doctrina. El denominado "garantismo", sostiene en la palabra de Benabentos que "[…] En el mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse en el razonamiento posterior a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo en el proceso civil, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego" (BENABENTOS, Omar A., *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Juris, Rosa-rio, 2001, p. 78). Sobre esta argumentación se agrega que los jueces inspirados en la publicización en realidad esconden un autoritarismo manifiesto que se hace mucho más evidente en los procesos penales.

aumenta el alcance objetivo, etc.),[522] con el principio de legalidad formal las correcciones son permanentes.

Algunos dirán que es un riesgo muy grande el que se corre, dejando en manos de la interpretación judicial la plenitud práctica de los principios; sin embargo podría señalarse que hay *prohibiciones expresas* (la indefensión total de la parte) enmarcadas como un derecho fundamental propio del debido proceso, esté o no constitucionalizado internamente. Existen *pautas necesarias* que actúan con márgenes de acción (*v. gr.:* el principio de congruencia) controlables; y *solemnidades o formas* que son *disponibles* para el juez y las partes con cierta discrecionalidad (*v. gr.:* objeto; plazos, etc.).[523]

93. La adaptación de las reglas, a las garantías y principios

93.1. Hay dos formas de mirar el funcionamiento de las reglas procesales. Una, que atiende lo estricto y condicionado que emana de ellas, que impide apartarse de lo determinado por el ordenamiento. Y otra de carácter valorativo que exige observar la aplicación práctica de la regla para señalizar si ella es justa o puramente formal.

El código procesal es un conjunto de reglas, y como tal, conforma una estructura de cumplimiento obligatorio que pretende afianzar la seguridad y previsibilidad en la relación jurídica que crea una controversia judicial; los mandatos impuestos orientan sobre distintas cuestiones que tanto el juez como las partes deben respetar.

93.2. Frente a tal criterio se alza la opinión de quienes argumentan que las formas no convierten a los programas de acción en algo inquebrantable y definitivo

---

[522] En este sentido, GOZAÍNI, Osvaldo A., "El alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos", en *La Ley*, 2005-F, 626); DE LOS SANTOS, Mabel A., *Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*, ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005 (J.A. 2005-IV, 1269). Pellegrini Grinover se refiere a una nueva dimensión del impulso oficial en esta arena, señalando que aún cuando se bregue por el aumento de los poderes del juez en el marco del proceso individual, *la suma de los poderes atribuidos al juez del proceso colectivo es incon-mensurablemente mayor*. Entre tales poderes destaca la posibilidad de *flexibilizar la técnica procesal, como por ejemplo, en la interpretación del objeto pretendido y de la causa de la pretensión*. Asimismo, al referirse al *principio de instrumentalidad de las formas* señala que *La técnica procesal debe ser vista siempre al servicio de los fines de la jurisdicción y ser flexibilizada de modo de servir a la solución del litigio* (*cfr*. PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Derecho Procesal Colectivo*, traducción del portugués de Copani, Juan C., aun sin editar). También destacando expresamente la necesidad de repensar el principio de congruencia con motivo de los nuevos desafíos planteados frente al conflicto colectivo, Hitters, Juan Carlos, *Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos*, ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005. Por todos, Verbic, Francisco, *Procesos Colectivos,* Astrea, Buenos Aires, 2007.

[523] Recordaba Véscovi que "[…] Las partes pueden, además, *disponer*, no solo de los actos procesales, sino del propio proceso, esto es, de los derechos (sustanciales) planteados a través del mismo; ya sea el actor *desistiendo* de su pretensión; el demandado *allanándose* a la misma, realizando una *transacción*, en la cual ambos se hacen concesiones recíprocas o, también, pueden abandonar el proceso sin proseguirlo, lo que, pasado un tiempo, produce su *caducidad* (perención)…". (VÉSCOVI, Enrique, *Manual de derecho procesal*, Idea, Montevideo, p. 64.

que sirvan para fomentar un parasistema deformante y desnaturalizador del objetivo primordial que es lograr la eficacia de las instituciones.[524]

La dicotomía que presentamos, enfrenta el modelo propuesto como sistema o método para el debate judicial, con las correcciones que exige una práctica activa. Es la confrontación entre el "deber ser" y la teleología que llega de los principios y garantías.

El problema a superar surge de la propia neblina en que se encuentra la distinción entre *principios* y *reglas*, que al efecto no se puede simplificar con el núcleo abierto o cerrado que presentamos *ab initio*. La cuestión se agudiza cuando la diferencia se quiere encontrar con los modelos de procedimiento, porque los objetivos difieren, al no ser igual sustanciar un proceso civil, otro penal, administrativo, fiscal, laboral, etcétera.

93.3. La inmovilidad de las reglas puede confrontar con los principios generales, y si éstos los encuadramos dentro del art. 16 del Código Civil argentino ("Si una cuestión no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y su aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso"), fácilmente se colige la posibilidad de su interpretación.

La versatilidad se puede mostrar con algunos ejemplos. La regla que establece el derecho de defensa en juicio, permitiría que un litigante use todas las posibilidades que el código le permita para ejercer legítimamente tal facultad; sin embargo, la actividad puede resultar abusiva y violentar el principio de moralidad (regla moral en el proceso);[525] también puede ocurrir que una regla sostenga los tiempos del proceso,

---

[524] *Cfr*. BERIZONCE, Roberto Omar, *El proceso civil: Modelo teórico y realidad*, en "Derecho Procesal", trabajos presentados en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal, Lima, 2005, pp. 257 y ss.

[525] En nuestra obra "*Temeridad y malicia*" (Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2002) destacamos algunos ejemplos de ello: 1. La defensa sostenida en motivos inocuos o de manifiesta ilegitimidad, conforma un abuso de la jurisdicción toda vez que a lo único que tiende es a postergar una decisión consabida; 2. Quien reitera un planteo de recusación con causa contra el Juez actuante, insistiendo en que existe la causal invocada y que fuera anteriormente resuelta en forma adversa por la Alzada, demuestra una conducta obstruccionista que persigue un fin meramente dilatorio, tanto más cuanto se la deduce antojadizamente y con deleznables fundamentos, que importan una falta contra la autoridad y dignidad del magistrado; razón por la cual, la recusación debe ser desestimada y calificada de maliciosa; 3. Cuando la memoria de agravios es técnicamente inatendible y revela superficialidad y ligereza; 4. O bien, cuando existe abandono del proceso evidenciado en la desidia para efectuar las pruebas ofrecidas, indicio de íntima admisión sobre la insostenibilidad fáctica de la construcción argumental fundamento de la demanda, y a la desatención de la incomparecencia a la citación personal del juzgador, ocasiones en las cuales los resortes morales de delicadeza y de pudor hubieran impuesto admitir soluciones simplificadas y expeditivas del conflicto carente de andamiento, vía procesal económica que de esa manera fue obstruida; 5. Si el demandado reconoce la existencia tanto del vínculo jurídico que lo unía al actor como de la deuda, pretendiendo luego, sin ningún apoyo probatorio que ésta fue saldada. En este aspecto, la malicia estriba en la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto y en el empleo de facultades que la ley otorga a las partes en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y mala fe.

y que ellos mismos conspiren con la celeridad y rapidez que pide una *garantía* (*v. gr.:* art. 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto al plazo razonable), o con la economía que requiere un *principio*; o bien, que se establezca la identificación de litigantes allí donde el alcance de la cosa juzgada es difuso (*v. gr.*: procesos colectivos).

Es evidente así que hay reglas inalterables, otras que permiten movilidad y algunas más que necesitan interpretarse para que consigan su eficacia práctica. Con tino se dice que no hay estándares que sirvan para orientar sobre la preferencia de una regla por sobre los principios, o viceversa; pero que existen dos orientaciones cardinales que son de irrestricta vigencia: *la igualdad de las partes* y *la imparcialidad del juzgador;*[526] con mayor apertura dice Taruffo que, en la aplicación de principios, el juez tiene un papel protagónico o creativo que puede ser formador de reglas, de ahí la imperiosa necesidad de justificación, pues el ejercicio de ese poder "solo es aceptable si el juez proporciona una justificación racional de las decisiones adoptadas".[527]

93.4 En uno y otro caso, aparecen limitaciones propias del camino que se quiere adoptar. Cuando la garantía es concreta (*v. gr.:* imparcialidad del juzgador) no es posible encontrar alternancias en las reglas que lo aplican (*v. gr.:* causales de excusación);[528] si la trama diseña un ritual determinado, el juez puede alterar ese camino;[529] y si los

---

[526] ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil", en *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*, AAVV, coordinada por De la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 286

[527] TARUFFO, Michelle, "La giutificazione delle decisión fondate su standards", en *L'Analisi del racionamiento giuridico*, dir. Comanducci, P.-Guastini, R., Giappichelli, Torino, 1989, p. 314.

[528] Como ha sostenido la Corte Nacional argentina, con la recusación se intenta preservar la imparcialidad necesaria de los tribunales de justicia, pero a su vez, se intenta evitar que el instituto se transforme en un medio espurio para apartar a los jueces del conocimiento de la causa que por la norma legal le ha sido atribuido (CS, 30/04/1996, La Ley, 1998-A, 711). Las partes no pueden crear motivos de excusación. De lo contrario, se corre el riesgo de que quien pretenda separar al juez natural del conocimiento del juicio y no lo consiga por medio de la recusación con causa, por no darse ninguno de los supuestos previstos por el art. 17 del Código Procesal lo obtenga en forma elíptica por la excusación que él mismo pudiera provocar (*Cfr*. CNCiv., Sala F, 30/11/1995, "*Calomite, Alberto c. Consorcio de Propietarios Avda. Pueyrredón 1774/78*", *La Ley* 1996-C, 790).

[529] En esta línea, afirmamos en nuestro "*Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*" (ob. cit., pp. 89 y ss.), que la tarea consiste en dar una pauta de conducta cuando la solución del conflicto necesita eludir alguna regla o pauta del proceso; sea formal (*v.gr:* un plazo), o sustancial (*v. gr.:* dar patrones de cumplimiento en un contrato), y hasta constitucional (*v. gr.:* extender los alcances de la cosa juzgada a quienes no han sido partes). La justicia suele presentarse como "de acompañamiento", donde la razón de a crisis permite eludir reglas estrictas para alcanzar una solución justa y proyectada al clamor social. Por ejemplo, se ha dicho que, por debajo de lo que las leyes parecen decir literalmente, es lícito indagar lo que quieren decir jurídicamente y si bien no cabe prescindir de las palabras de la ley, tampoco hay que atenerse rigurosamente a ellas cuando una interpretación sistemática así lo requiera, dado que la misión judicial no se agota con la remisión a su letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma (del dictamen del Procurador General) (CS, 02/08/1983, "*Abal Medina, Juan M.*", ED, 107-165 - Fallos, 305:973 - JA, 984-I-30).

Lo que se quiere transmitir es que, la primera fuente de inteligencia de la ley es su letra, pero la misión judicial no se agota con ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización

principios trabajan sobre presupuestos lógicos pensados para un modelo determinado, la adaptación con las exigencias del caso es una potencialidad.[530]

En esta línea de opciones, dice Falcón que los llamados principios derivados de la legislación procesal, que constituyen sistemas de organización del procedimiento, en general no aparecen puros sino combinados. Una cuestión interesante es que los principios derivados pueden tener más de una variante. Muchos de estos sistemas están fundados en principios o líneas jurídicas que el legislador pretende imponer, ya sea porque se funde en ideas principistas o prácticas.[531]

También Eisner al explicar los principios dice (refiriéndose a dichos sistemas) que ellos se manifiestan en múltiples formas, que pueden adoptarse para regular el mecanismo procesal, con el cual se piensa dar a cada uno lo suyo, y son o pueden ser diversas las orientaciones a que obedecen. Las orientaciones explican los sistemas procesales y, dentro de esos sistemas, cuáles son las pautas directrices; una vez establecidos se conocen los principios formativos o rectores del proceso. Estos principios formativos o monitores, inspiran las soluciones de los códigos y están obstinadamente reflejados en cada una de sus normas.[532]

93.5. En suma, las *reglas procesales* están previstas en función de un sistema inspirado en principios y garantías que propician desarrollar el proceso judicial conforme un modelo que sigue y en el que se fundamenta. En el derecho procesal penal el vínculo con el derecho constitucional se ha ido estrechando desde hace tiempo, al punto que muchos principios provienen de las cartas superiores y del derecho trasnacional (*v. gr.:* art. 18 de la Constitución Nacional Argentina, y art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente), que evitan debatir sobre la eficacia o ineficacia de una garantía, un principio o una regla.

Pero esa vinculación aun no es tan explícita en el derecho procesal civil, provocando la discusión que debe resolver si la variación de las reglas conspira con el

---

de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de las normas, todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (CS, 19/10/1995, "*Dessy, Gustavo G.*", La Ley, 1996-C, 316, con nota de Isidoro H. Goldenberg - DJ, 1996-2-97). Criterio que se reitera hasta llegar a concluir que ningún juez puede prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma, todo de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (CS, 27/04/1983, "*Perón, Juan D., suc.",* La Ley, 1983-C, 139 - ED, 104-625, p. 139).

[530] La polaridad es ideológica. Por ejemplo, dice Alvarado Velloso que [...] "el mejor intento de hacer justicia en un caso concreto no puede vulnerar el método mismo de la discusión. De así hacerlo y, a raíz de ello, un juzgador privilegiare la obtención de la meta por sobre la legitimidad del método, estaría dando razón postrera a Maquiavelo: *el fin justifica los medios"* (ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "La impar-cialidad judicial y la función del juez en el proceso civil", en *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*, AAVV, coordinada por De la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 286).

[531] FALCÓN, Enrique Manuel, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2006, pp. 106 y ss.

[532] EISNER, Isidoro, *Planteos Procesales,* La Ley, Buenos Aires, 1984, pp. 47 y ss.

debido proceso, o si justamente, para consolidar el debido proceso, es necesario actuar sin el formalismo ritual.[533]

94. Los nuevos derechos procesales fundamentales

94.1. El tramo final de la interpretación sobre los principios procesales tiene otra hipótesis de trabajo: ¿el proceso judicial es una garantía; un principio (debido proceso), o una regla (el procedimiento propiamente dicho)?

Nosotros ya nos hemos pronunciado respecto al primer planteo, afirmando ahora, una vez más, que el proceso es una garantía preexistente al conflicto y, como tal actúa, como un reaseguro para quien necesita formalizar una pretensión. Es una *garantía* que responde en el constitucionalismo argentino al concepto formal de cómo se debe desarrollar un procedimiento, y como debe justificarse la decisión (principio de razonabilidad).

Es asimismo una *garantía* en el sentido del que hablaba Calamandrei, cuando indicaba cada una de las garantías que ofrece la actividad jurisdiccional (*v. gr.:* observancia de la ley; reintegrar el derecho transgredido; ofrecer certidumbre y seguridad jurídica; restituir la vigencia del derecho afectado; constituir un estado jurídico; actuar preventivamente, etc.);[534] y los requisitos básicos que consagra el debido proceso.

Ahora bien, si el proceso es una *garantía* es evidente que como herramienta constitucional o fundamental necesita estar cubierto de mínimos que afiancen o aseguren su eficacia.

94.2. Aparece así una proyección del proceso analizado en torno a su dinámica funcional. ¿Qué significa "debido"? ¿El debido proceso es un principio fundamental?

Es verdad que el adverbio "debido" no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del "debido proceso". El origen aceptado es la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso*.

---

[533] No queremos olvidar que las reflexiones provienen de larga data y de los mejores cultores de nuestra ciencia. Por el caso, el siempre vigente Couture ha dicho […] "El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro como para no angustiar por restricción al demandado. El proceso, que es en sí mismo sólo un medio de realización de la justicia, viene así a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia misma […]. El juez servil al Poder Ejecutivo no es el que quiere la Constitución; el juez demagogo no es el juez idóneo que aquélla promete; el juez cuyos fallos son desobedecidos por los órganos encargados de cumplirlos es todo lo contrario de un juez; el juez sin responsabilidad por sus errores y culpas no ofrece el mínimo de seguridad que la Constitución anuncia…" (COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Lexis Nexis (4ª ed.), Buenos Aires, 2003, pp. 21 y 22).

[534] CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* cit., pp. 141 y ss.

Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho al proceso exigió que fuera *con todas las garantías*, generando una evolución notable en el concepto. De ser un proceso legal basado en reglas y principios se pasó al proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento que, sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

94.3. Desde esta perspectiva, el debido proceso es una garantía autónoma cuyos contenidos son principios intangibles.

En los últimos tiempos aparece una nueva corriente que, sin alterar estas conclusiones, promueve la protección constitucional de los derechos fundamentales de naturaleza procesal.[535] No se trata de radicar toda la protección en el "debido proceso", sino en un *proceso rápido y expedito* (art. 43, Constitución Nacional Argentina); o exigiendo un *recurso sencillo y rápido*, o cualquier otro *recurso efectivo* (art. 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos); o un *procedimiento preferente* y *sumario* (art. 53.2 Constitución española); entre otras expresiones de similar o idéntico sentido.[536]

El objeto de la hora es resguardar la protección procesal efectiva; el derecho al amparo; el también denominado "derecho a la jurisdicción", o el más usado y conocido como derecho a la *tutela judicial efectiva* desde el cual, el debido proceso comienza a integrarse en cada etapa del procedimiento, con exigencias singulares. Por ejemplo, acceso irrestricto, asistencia legal de confianza e idónea, derecho a ser oído y a probar con libertad las afirmaciones, solidaridad y compromiso de las partes en

---

[535] NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal,* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, nº 358, México, 2006. CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa procesal,* Bosch, Barcelona, 1997. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo", en *Revista de la Administración Pública* (RAP), nº 89 (1989), entre muchos más.

[536] Hay que diferenciar las "garantías judiciales" que porta, por ejemplo, el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, de la necesidad de consagrar un recurso especial para la defensa genérica de los derechos del hombre. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención. Este artículo 8 reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. La Corte Interamericana ha observado que la expresión "garantías judiciales", *strictu sensu*, se refiere a los medios procesales que "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho […], vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia". No obstante, el uso de la expresión "garantías judiciales" como título del artículo 8 de la Convención Americana ha favorecido el uso de este término para referirse genéricamente a los distintos requisitos enumerados en dicho artículo.

la búsqueda de la verdad, sentencia razonada, derecho a los recursos, a la ejecución de la sentencia o prestación judicial útil y efectiva, etcétera.

Este desarrollo modifica las reglas de otrora con principios de raigambre constitucional, al punto que los tribunales constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia al explicar los alcances de la protección procesal que tiene toda persona para conseguir la tutela judicial efectiva.[537]

Este plano se ha transmitido a nuestros ordenamientos, y se integró con los enunciados de Pactos y Convenciones continentales que ordenaron el nuevo emplazamiento para el juicio justo y equitativo.[538]

En lo sucesivo, procuraremos demostrar el impacto de esta corriente —a la que adscribimos— en los principios procesales.

---

[537] Explica Aragón Reyes que el art. 53.2 de la Constitución española, acota la defensa a los derechos fundamentales vulnerados por actos de cualquiera de los poderes públicos (o de los particulares) o por normas con rango inferior a la ley. Sin embargo, la confluencia entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria es total, teniendo, además, la jurisdicción ordinaria un ámbito material más amplio incluso que el propio Tribunal Constitucional. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no es, pues, el único, sino sólo el último, remedio de las vulneraciones producidas respectos de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE. Aquí el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria realizan la misma función, es decir, la actividad jurisdiccional es idéntica y, por ello, cuando en una Sentencia de amparo se anula una Sentencia judicial es porque ésta última no hizo, debiendo hacerlo, lo mismo que hace en su Sentencia el Tribunal Constitucional: proteger el derecho. No hay, pues, como se ha venido diciendo, dos jurisdicciones separadas, una que juzga de la "constitucionalidad" y otra de la "legalidad", sino dos jurisdicciones estrechamente relacionadas. Por lo demás, ya el propio Tribunal Constitucional, desde fecha muy temprana, lo había constatado (como no podía ser de otra manera): "La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al «plano de la constitucionalidad» y la jurisdicción ordinaria al de la «simple legalidad», pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incomunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le esté encomendada" (STC 50/1984, FJ3), e incluso, debe añadirse, cuando tal análisis sea necesario para determinar si se ha vulnerado cualquier otra prescripción constitucional (ARAGÓN REYES, Manuel, *Relaciones Tribunal Constitucional - Tribunal Supremo*, ….).

[538] Explica Natarén Nandayapa, siguiendo la línea precursora de Hans Kelsen que integró a los derechos procesales dentro del grupo de los derechos subjetivos exigibles al ser un reflejo de obligaciones jurídicas, que […] los derechos fundamentales de naturaleza procesal son derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran un conjunto de facultades de los ciudadanos frente a los jueces y tribunales. Además, los derechos procesales tienen una clarísima dimensión objetiva, que hace de ellos unos derechos sensibles diferentes del resto de los derechos fundamentales (ob. cit., p. 10) […] En efecto, dado que estos derechos se configuran como facultades que tienen como sujetos pasivos a los tribunales, sólo éstos pueden ser responsables de su violación; nos encontramos así con que los órganos jurisdiccionales competentes para reparar estas vulneraciones de derechos siempre revisarán actos de otros órganos jurisdiccionales, razón por la cual la protección de estos derechos se identifica con el sistema de recursos procesales —*lato sensu*—, con una especial incidencia sobre los recursos extraordinarios (p. 12).

Sección 3ª Los principios del proceso y el derecho procesal constitucional

95. Coincidencias y distinciones

95.1. La teoría del proceso presenta principios ajustados a la realidad del conflicto entre partes que debaten sobre derechos intersubjetivos. Es la visión común del proceso como lucha entre partes, al que largamente nos hemos referido en esta obra.

Coinciden muchos de ellos con las particularidades del proceso constitucional, pero otros son propios de éste o modifican el cuadro típico de la interpretación.

95.2. Por ejemplo, en la senda de diferenciar las *garantías* (para cualquier tipo de proceso), los *principios* (especiales para la controversia a resolver) y las *reglas* (modos de procedimiento), puede verse que muchos necesitan adaptar su perfil al esquema predispuesto para resolver el control de constitucionalidad.

Veamos a cuáles nos referimos.

96. El principio de igualdad

96.1. Hay dos miradas para este principio. Una formal y despojada de un análisis severo: *la igualdad ante la ley,* es decir, la norma que el juez aplica no debe establecer diferencias. Es una igualación lógica, y genera también un derecho a que, en paridad de circunstancias, se apliquen las mismas soluciones.

La segunda es una visión subjetiva: *la igualdad real*, esto es, que todos tengan idénticas posibilidades de acceder a la justicia. En esta dimensión, parcialmente explicada al desarrollar el tema en el capítulo anterior, se trasladan obligaciones del Estado que los jueces, no siempre, pueden remediar.

96.2. En el caso de la igualación ante la ley, se bosqueja sobre la frase "igualdad de armas", que sostiene una categoría filosófica asentada en la justicia conmutativa que difiere de la igualdad de circunstancias porque en esta es posible observar algunas mutaciones. Se trata de que todos tengan las mismas posibilidades de defensa, y que cuando el poder de no sobre otro sea evidente, se deba acudir a los beneficios de la igualdad por equilibrio.

En el caso de la igualdad real, la pobreza social o cultural son fisuras evidentes de ese plano equidistante que se postula, los que pretenden se compensen con decisiones legales (v.gr: defensorías de pobres y ausentes; beneficio de litigar sin gas-

tos). Quiere decir —en palabras de Couture— "que el principio de igualdad siempre intenta un nuevo esfuerzo para restablecer el equilibrio perdido".[539]

96.3. Cuando nos referimos al "acceso a la justicia", el derecho procesal constitucional trae un cambio epistemológico que coloca en la mira del estudioso, en un primer plano privilegiado, al justiciable como "consumidor" del sistema jurídico, sin dejar de atender a los "operadores" del derecho, que deben servir a aquél, y que son los jueces, abogados, auxiliares de la justicia, etc.

> Explica Hernández Valle que los principios que aplica el derecho procesal constitucional deben separarse, entre otros, del tema de la legitimación procesal para acceder a la justicia constitucional, aunque están íntimamente ligados, pues un ordenamiento que restrinja demasiado el acceso a los procesos constitucionales por motivos de legitimación, es evidente que termina siendo una jurisdicción restrictiva y sin vocación universal de protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos.[540]

Pero este nuevo modo de ver las cosas en el campo del derecho no se agota en los referidos andariveles. Por el contrario la propuesta final consiste en un vasto y revolucionario plan de reformas en tres dimensiones diferentes.

La primera, la *dimensión constitucional*, para que ciertas premisas axiológicas fundamentales se instalen en una ley superior, condicionante de todo el ámbito positivo, por un sentido de permanencia y con una efectiva operatividad, garantizada por el funcionamiento de verdaderos tribunales constitucionales.

La segunda, *dimensión transnacional*, parte de premisas universalmente aceptadas y uniformes, que trasciendan las fronteras limitadas de los países para erigirse como las normas rectoras de toda la comunidad mundial.

Por último, una *dimensión social*, donde se concibe la necesidad de una legislación decididamente intervencionista para la promoción y efectiva vigencia de los llamados "nuevos derechos", o derechos derivados de la solidaridad que exceden el individualismo otrora dominante.

97. El juez Natural[541]

97.1. El primer párrafo del artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina concentra todas las exigencias de esta garantía: *Ningún habitante de la Nación puede ser penado* sin juicio previo *fundado en* ley anterior al hecho del proceso, *ni juzgado por* comisiones especiales, *o sacado de los jueces designados por la ley* antes del hecho de la causa.

Juez natural resulta aquél que tiene competencia asignada por vía legal o reglamentaria para entender en cada supuesto litigioso. En las causas penales la prede-

---

[539] COUTURE, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 312.

[540] HERNÁNDEZ VALLE, *Introducción al derecho procesal constitucional,* cit., p. 95.

[541] *Cfr*. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional - Amparo*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2002, pp. 199 y ss.

terminación es un presupuesto obligado, pues tiende a evitar la manipulación sobre el órgano jurisdiccional evitando cualquier sospecha sobre la imparcialidad del procedimiento a encausar.

> Las cuestiones que centran el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley, cuyo interés es proteger al justiciable contra el conocimiento de la causa a un juez distinto del que venga establecido por las leyes de organización judicial y de procedimiento, evitando cualquier clase de manipulaciones sobre el órgano judicial llamado naturalmente a conocer del caso, cerrando toda apertura a criterios de oportunidad en la designación del juez, son establecer la naturaleza del instrumento normativo idóneo para realizar la determinación del juez, señalar cuál es la libertad del legislador para declarar el juez competente y cuáles pueden ser residualmente, si se estima que la ley no basta para cumplimentar todo el arco de operaciones de atribución de competencias, las facultades de los órganos extralegislativos para realizar tal función sin menoscabar el derecho fundamental.

97.2. La finalidad esencial que porta esta garantía para el justiciable es la de priorizar la independencia e imparcialidad del órgano, impidiéndole al legislador o a la administración crear una competencia especial o una jurisdicción arreglada a la medida del hecho que se debe resolver.

Sin embargo el principio no es absoluto mientras se garantice a las partes un proceso justo y equitativo. Puede ocurrir que la complejidad de la materia (*v. gr.:* lavado de dinero; narcoterrorismo; tráfico de armas, etc.), o la amplitud territorial que tienen algunas competencias federales; o la trascendencia misma que reviste para la sociedad resolver con urgencia alguna cuestión determinada, permitan crear *ex post facto*, jurisdicciones de colaboración, sin que por ello se afecte la noción del juez natural por la del juez legal.

Lo que no se puede hacer es sustituir arbitrariamente una jurisdicción por otra.

97.3. Otra derivación del problema surge con los jueces sustitutos, subrogantes o *ad hoc*, en cuyo caso, el principio queda cubierto si las designaciones respectivas se realizan de acuerdo con los procedimientos legales y pertinentes.

En estos supuestos, y en aras de afianzar la imparcialidad e independencia de la magistratura, sólo la ley vigente antes del hecho de la causa puede resolver los nombramientos necesarios; no son constitucionales las designaciones que burlen la composición natural del órgano jurisdiccional.

> El derecho al juez natural implica un juez investido de forma "ordinaria", "natural" por la Constitución, al ser nombrado juez o magistrado para integrar el Poder Judicial y estar sujeto exclusivamente al imperio de la ley. El derecho al juez ordinario protege contra la implantación de cualquier tribunal especial, excepcional o de excepción, pero no de lo que se ha denominado en la doctrina procesalista, de las jurisdicciones especializadas, imbricadas en la jurisdicción ordinaria, aun despegados de las tradicionales órdenes civil y penal (TC español, 75/1982, sentencia del 9 de julio de 1982).

En definitiva, la garantía tiene dos facetas: por un lado, exige que el procedimiento sea llevado por el juez competente designado con anterioridad a los hechos

que motivan la causa; y por otro, a nulificar el enjuiciamiento de quien no sea el juez natural.

98. La bilateralidad y contradicción del proceso constitucional

98.1. El clásico precepto "*audiatur et altera pars*" consagra el derecho a la contradicción. Significa impedir la decisión del juez si la persona contra quien se peticiona una actuación no ha tenido oportunidad de ser oída,

La contundencia del axioma no es tan estricto en materia procesal constitucional, en razón de que la misión principal de los procesos de esta naturaleza, es fiscalizar la supremacía y la aplicación efectiva de los derechos fundamentales. En consecuencia, más que el conflicto entre alegaciones, se debe interpretar el caso y las normas en juego.

Es cierto que con la bilateralidad y la contradicción se respeta y protege el derecho de defensa, pero también lo es que ambos se cumplen dando oportunidad para escuchar la versión de a las partes, aunque después no se efectúen alegaciones. Es decir, la ausencia de respuesta solo precluye la oportunidad, el tiempo para hacerlo.

98.2. Asimismo, existen actos que dictados *inaudita pars*, podrían generar cierta flexión en el principio, tales como las medidas cautelares, o la tutela de urgencia; empero, el principio de bilateralidad queda resguardado al observarse que lo único diferente es el tiempo para cuestionar: no se desplaza el contradictorio en sí mismo, sino la oportunidad para hacerlo.

99. Los principios del procedimiento

99.1. Hay una base común en los procedimientos constitucionales que es la regla del debido proceso[)], desde el cual los tratados y convenciones internacionales señalan la importancia de consagrar al proceso como garantía inclaudicable para sostener y argumentar los derechos.

Para alcanzar este objetivo, el primer paso es despojar al proceso constitucional de servilismos formales y ritualismos estériles. Si es una garantía, será deber de la jurisdicción que se logre la seguridad deseada. Y, en este sentido, han de aplicarse dos principios esenciales: el 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 conseguir que el enjuiciamiento llegue a tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales.

99.2. Ambos criterios han de trabajar en armonía, de no serlo, cualquier infracción al derecho fundamental de simplicidad, celeridad y eficacia en los procesos serviría para advertir una crisis manifiesta en el derecho al proceso debido; y de resultar así, bastaría con condenar al órgano judicial que infringe cualquiera de estos deberes.

En consecuencia, los principios del procedimiento constitucional llevan la impronta del deber judicial. No es la perspectiva del litigante que debe cumplir cargas y obligaciones, sino la del Estado que, merced a sus jueces de custodia de la supremacía constitucional, exige acciones útiles y efectivas.

> El Pacto de San José de Costa Rica establece en el art. 25 que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de funciones oficiales.

a) *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.[542]

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.

> En nuestro "Amparo" sostuvimos que debía 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 prolongar los trámites. 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.

---

[542] HERNÁNDEZ VALLE, ob. cit., p. 97.

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.

b) *Carga y valoración de la prueba*

Es verdad que las alegaciones de partes se verifican y confirman con la actividad probatoria de quienes las manifiestan. Es una lógica de los hechos que trabaja sobre el carácter bilateral del litigio, donde al juez se lo convence probando.

Pero en los procesos constitucionales, inclusive los que trascienden la mera denuncia de inconstitucionalidad y asientan la crisis en la violación o amenaza de un derecho fundamental, la prueba no puede quedar como un deber, carga u obligación individual.

Al Estado le importa identificar si existe o no una cuestión constitucional, por eso, suele hablarse de un derecho constitucional a la prueba.

> El derecho a la prueba —dice Picó I Junoy— aparece recogido por primera vez en el constitucionalismo español en la actual Carta Magna de 1978. Los textos fundamentales históricos contienen referencias a otros derechos de naturaleza procesal, como el derecho al debido proceso, al juez natural o legal, o a la defensa, omitiendo toda alusión al derecho objeto de análisis. Lo mismo sucede con otros textos constitucionales, como el Italiano de 1947, la Ley Federal de Bonn de 1949, o las cartas de Portugal de 1976 y Andorra de 1993.[543]

El derecho a probar es una parte del debido proceso, tal como lo ha subrayado la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello importa abandonar la idea probatoria como un acto del proceso, para encolumnarlo tras las garantías del derecho de defensa y, como tal, un reaseguro del debido proceso adjetivo.

La otra faceta de esa necesidad alienta conseguir una modificación en reglas y principios de la verificación probatoria, en miras a dotar al procedimiento de una mayor cercanía con la verdad que debe descubrirse. Es decir, si la prueba sigue vista como un proceso de acreditación de afirmaciones a cargo exclusivamente de las partes, es posible que el acierto logrado, en los hechos personifique un absurdo, porque el juez estará ausente en la aclaración.

En cambio, si se considera el modo de componer el litigio y la calidad del *opus decisorio*, podrá admitirse que las seguridades aumentan porqué el juez estará sobre los hechos que él necesita confirmar.

Reiteramos que no se trata de revertir principios claros y precisos como la "carga de la prueba", sino de reconducir el objeto de la prueba. Mucho más cuando se trata de conflictos constitucionales.

---

[543] PICO I JUNOY, Joan, "La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites", *Revista Peruana de Derecho Procesal*, nº 2, marzo, 1998, p. 17. También en *El Juez y la prueba*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 99 y ss.

Finalmente, la valoración probatoria debe estar exenta del mentado principio que sostiene que la falta de prueba es contraria a una sentencia favorable; precisamente se trata de trabajar sobre una presunción (o presupuesto procesal) que es el principio "*pro homine*", según el cual en caso de duda, se debe estar por la protección del derecho.

> El Código Procesal Constitucional del Perú establece en el art. V que "el contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que Perú es parte.

c) *El principio de saneamiento procesal*

Este principio, también llamado de "depuración", consiste en evitar que el proceso continúe sin advertir, oportunamente, la existencia de vicios que podrían producir nulidades.

Es una facultad del juez implícito entre los poderes habituales, que se convierten en un deber del oficio cuando se sustancian conflictos constitucionales.

Claramente dice Hernández Valle que, "las nulidades procesales, dentro del ámbito de la jurisdicción constitucional, sólo pueden declararse cuando impliquen una clara indefensión de las partes, como sería el dictar una sentencia en materia de *habeas corpus* o de amparo sin haberle otorgado audiencia previa al funcionario o al órgano recurrido".[544]

> Propone el magistrado de Costa Rica que las nulidades propiamente procedimentales puedan ser subsanadas mediante la simple reposición del acto omitido o mal dictado, lo cual se puede hacer de oficio o a petición de parte, sin necesidad de que al efecto se planteen incidentes especiales ni que la solicitud respectiva se tramite en legajo separado.
>
> Además, sostiene, las nulidades en materia de notificaciones pueden subsanarse mediante la comunicación a las partes, por cualquier medio escrito constatable por el tribunal, del acto indebidamente notificado. […] En síntesis, el principio rector en la materia es el de la conservación del acto jurisdiccional, el cual se presume válido y legítimo, salvo que esté viciado de nulidad absoluta y sea, por tanto, insubsanable.

100. Presupuestos del derecho procesal constitucional

100.1. En cualquier proceso constitucional debe imperar un mínimo indiscutible de presupuestos que implementen no sólo un derecho a la legalidad constitucional, sino mejor, la posibilidad de sustanciar un pleito donde las premisas de conducción afiancen las garantías del hombre, sin que ello signifique darle un tratamiento preferente y parcial.

---

[544] HERNÁNDEZ VALLE, *Derecho Procesal Constitucional*, cit., p. 98.

Por eso es importante señalar las variaciones que sufren algunos principios, en los cuales, por citar solo algunos, la bilateralidad estricta no es pura; la contradicción entre partes no es un recaudo para trabar la litis; la gratuidad de las actuaciones no se relaciona con el beneficio de litigar sin gastos; el proceso rápido no guarda vínculo alguno con la sumariedad del conocimiento; y los principios particulares como son la duda a favor del denunciante; la presunción de prueba cumplida cuando la verificación sea renuente a causa de la ausencia de colaboración de la otra parte; la interpretación siempre a favor de los derechos humanos en juego, etc.; todos en conjunto muestran los colores particulares que definen las tonalidades del proceso constitucional.

100.2. 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.[545]

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.[546]

100.3. 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 in-

---

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

546 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El beneficio de pobreza,* Bosch, Barcelona, 1982, p. 402.

suficiencia 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 problema 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, etcétera.

100.4. 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, *habeas corpus* y aun los de *habeas 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.[547]

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".

100.5. En nuestro "*Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*", recordamos el caso "Cantos" (Argentina) resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 28 de noviembre de 2002, que sostuvo entre otros conceptos, lo siguiente:

---

[547] CAPPELLETTI, Mauro, *Dimensión de la justicia en el mundo contemporáneo,* trad. de Héctor Fix Fierro, Porrúa, México, 1993, p. 118.

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 […] (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.

(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 exorbitantes, 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 (Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso No. E.64.XXIII, Sentencia del 7 de julio de 1992).

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.

100.6. 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 tribuna-

les, 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.

100.7. 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.

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.

100.8. 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.[548]

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 justicia 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).

100.9. 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.

---

[548] *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.

100.10. Con relación al requisito del art. 25 de la Convención Americana (recurso sencillo y breve), cabe sostener que los procesos constitucionales difieren en sus modalidades y procederes, sin que ninguno vaya contra el principio de rapidez y efectividad. Es obvio, una crisis constitucional debe ser satisfecha de inmediato, o al menos, en el menor intervalo de tiempo posible.

El problema aparece cuando se pretenden aplicar las reglas del proceso tradicional y, en consecuencia, se ordena el procedimiento sobre las reglas del legalismo formal, el cumplimiento de plazos y términos que habiliten en todo momento el derecho a ser oído, la contradicción permanente, etc.

Vale decir, la sencillez se difumina y la brevedad se torna ilusión.

Para resolver esta cuestión se aplica la idea (estándar o principio) del recurso sencillo y eficaz que predican los tratados y convenciones internacionales.

En ellos, los principios de celeridad y concentración se integran para dar unidad e inteligencia al precepto de rapidez; 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.

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); 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 las autoridad competente en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege" (art. 2. apartado 3, incisos a, b y c).

Asimismo, contiene el derecho "a ser juzgado sin dilaciones indebidas".

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica), con el mismo sentido y preocupación dispone en el art. 8º (garantías judiciales) que:

> 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 formulado contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter…

Además queda establecido el parámetro del recurso sencillo y rápido como mecanismo procesal prometido como amparo contra los actos que violen cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en la Convención (art. 25).

La función de garantía que el proceso adopta, se expresa también en la *Convención sobre los derechos del niño*, cuyo art. 40 reproduce en parte las condiciones mínimas establecidas, agregando importantes instituciones como el abogado del niño (art. 37).

Vinculando normas con derecho judicial no pueden descartarse las opiniones consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues ellas han dejado bien establecido que la garantía del recurso sencillo y eficaz que todo Estado debe tener para la protección efectiva de los derechos fundamentales, no basta con encontrarlo prescrito en una ley formal o en la misma Constitución, sino que sea auténticamente posible.

En nuestro "*Derecho Procesal Constitucional*" (editorial Belgrano) sostuvimos que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial (Considerando 24, OC8/87).

En resumen, si tenemos en cuenta que el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional establece la complementariedad de estos tratados y convenciones supranacionales con las garantías y derechos reconocidos en la primera parte de la ley superior, queda demostrado que todas las garantías enumeradas deben formar parte de los mínimos requeridos para sustanciar un proceso constitucional.

101. El principio "*iura novit curia*"

101.1. "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.*[549]

[549] 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

Después de algunas desinteligencias en orden a la lectura que debía darse, 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.

101.2. 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 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*.

"No obstante, hay avanzadas en el tema que sostienen (por ejemplo, en el nuevo Código Procesal Laboral de Venezuela) que 'El juez de Juicio podrá ordenar el pago de conceptos, como prestaciones o indemnizaciones, distintos de los requeridos cuando éstos hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados…'" (art. 6º).

101.3. En el medio de ambas posibilidades se ubican las denominadas *lagunas del derecho*, y específicamente, el artículo 15 del Código Civil Argentino que prohíbe a los jueces no pronunciarse cuando no encuentran normas adecuadas al *sub lite*, o sean ellas insuficientes o ambiguas.

Recordemos también que el artículo 20 señala que: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley".

Ahora bien, en el marco de los procesos constitucionales, la aplicación del precepto cobra fuerza normativa para que la Constitución y los derechos fundamentales

---

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*, 2ª parte, Ediar, Buenos Aires, 1947, p. 209).

se apliquen de manera continua y efectiva. No podrán tener lecturas desiguales y la vigencia de ellos convierte la regla en una cuestión de supremacía. Es decir, antes que interpretar los hechos habrá que atender el conflicto constitucional, teniendo presente en toda circunstancia, que los derechos del hombre son inalienables.

Evidentemente, así, el *iura novit curia* se resuelve casi como una limitación (el juez no podrá resolver en contra de la Constitución) o, en su caso, como una ampliación de sus poderes jurisdiccionales (el juez podrá considerar la guía como una suerte de aplicación permanente en defensa de las libertades).

> El papel asignado al juez en la moderna sociedad —dice Ruiz Pérez— se aparta de las rigideces de la concepción que venía siendo tradicional. Hay que tomar posición entre aquellos dos puntos radicales y distantes: el que lo sitúa alejado y libre de influjos de la comunidad en que vive, preservado de toda contaminación al aplicar estrictamente la ley, y el que, a través de la concepción del conflicto social, lo considera particularmente sensible a las reivindicaciones de los más débiles, convertido en instancia de estos frente a las clases privilegiadas y al poder, siempre arbitrario y opresor. Entre ambas, está el juez sometido a la legalidad, pero integrado en la sociedad y partícipe de sus aspiraciones y de las valoraciones vigentes en su tiempo.[550]

102. El principio *"pro homine"*

102.1. Tras lo expuesto reluce este principio, que se resume en el dogma de interpretar siempre a favor de los derechos humanos.

El principio *pro homine* —explica Mónica Pinto—:

> es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.[551]

Es un patrón de lectura que está reconocido en diversos instrumentos internacionales, y que aumenta su eficacia con los usos y costumbres. Con ella se evita la dispersión de orientaciones que suelen sufrir los ordenamientos legales que se nutren de fuentes normativas muchas veces incompatibles.

Sostiene Mónica Pinto, con habitual certeza, que:

> el principio *pro homine* impone que, por ejemplo, una norma específica sobre tortura —que enuncia detalladamente los derechos de la víctima y las obligaciones asumidas por el Estado— supere y prevalezca sobre las disposiciones genéricas sobre el tema contenidas, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en la

---

[550] Ruíz Pérez, ob. cit., p. 102.

[551] *Cfr*. Documentos PNUD, y en "*Derecho Internacional Público*", Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 23 y ss.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por otra parte, este mismo principio supone que las normas consuetudinarias que explicitan los contenidos de los derechos protegidos en los tratados deben tener cabida en el orden jurídico interno de un país siempre que enriquezcan sus disposiciones. Así, por ejemplo, la enumeración de las libertades religiosas y de conciencia que efectúa la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones enriquece las disposiciones genéricas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana.

102.2. La Corte Interamericana ha dado un alcance singular al principio *pro homine* cuando se trata de limitaciones en los derechos humanos, indicando que "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido… Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (OC-5/85, "*La colegiación obligatoria de periodistas* [artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos]", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, nº 5, párrafo 46).

Sección 4ª La prueba en el proceso constitucional

103. Generalidades

103.1. En los procesos constitucionales la prueba tiene objetivos diferentes a los que presenta un proceso común controversial. No solo es el objeto a probar, sino la obligación que asumen quienes en el proceso intervienen para verificar la procedencia de sus pretensiones; vale decir, la carga de la prueba tiene connotaciones distintas; así como, en el tramo final, la apreciación sobre los medios y la actividad desenvuelta, también encuentra particularidades que definen la singularidad de la prueba en los procesos constitucionales.

Dicho esto corresponde precisar cada una de las afirmaciones. En efecto, Latinoamérica tiene explicaciones distintas sobre el significado de "proceso constitucional", porque algunos lo reducen a los procedimientos destinados a concretar el control de constitucionalidad, y otros lo afincan en procesos especiales como el amparo, el *habeas data* o el *habeas corpus*.

No faltan quienes haciendo una lectura expansiva del concepto lo encolumnan con los procesos colectivos, y particularmente, en los que tutelan los derechos e intereses de usuarios y consumidores; la protección del ambiente; o la justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales.

103.2. El primer desacuerdo parece estar en que, si en un proceso de conocimiento ordinario se pretende que las partes demuestren al juez la verdad de sus afirmaciones o confirmen las versiones que sostienen; en los juicios constitucionales el objeto a probar radica, antes que en una situación de hecho, en la crisis del derecho constitucional que se ve afectado o amenazado manifiestamente.

Significa, entonces, que ambas partes deben solidarizarse en la persecución del fin probatorio, sin defender condiciones de validez que sean contrarias a la supremacía de las normas fundamentales.

104. Las diferencias de probar en los sistemas

104.1. La cuestión probatoria en los procesos constitucionales tiene un énfasis particular, porque la cuestión de constitucionalidad no es simétrica en los conflictos, de modo tal que, cuando se analizan hechos la actividad es distinta de cuando se estudian derechos.

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, *habeas corpus*, protección de datos personales, 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, carga de la prueba, alcance y extensión de la cosa juzgada, etc.), 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 que se deben resolver es la interpretación de lo que se entiende por "debido proceso" y, en cuanto aquí refiere, al problema de determinar el objeto de la prueba en los procesos constitucionales.

104.2. No obstante, al juez constitucional no se le establecen reglas insalvables, porque el poder principal a desarrollar está en la *interpretación judicial*, y con ello cada sistema admite modalidades para el uso y la aplicación de esa potestad jurisdiccional.

Conviene recordar, como a fue dicho, que los modelos de las magistraturas constitucionales van desde las *ordinarias* (Estados Unidos, Brasil, Argentina y Venezuela), *especializadas* (México), *autónomas* (España y Perú), *subordinadas* (Colombia y Alemania), o *divididas* en Salas Constitucionales dentro del Superior Tribunal de cada país, como es el caso de Costa Rica.

Y finalmente, como dicha interpretación o lectura de las normas fundamentales tiene guías o pautas superiores, surge 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.

104.3. La diferencia señalada en torno a la forma de ejercer el control de constitucionalidad provoca fisuras en la determinación del poder que tiene el juez en los procesos constitucionales; y en la actividad que le corresponde a las partes dentro de cada mecanismo.

La prueba, en cada situación, exige acreditaciones que no son parejas. El caso general suele expresar un dilema genérico cuyo alcance trasciende la esfera de lo particular, que es propio en las cuestiones del derecho singularmente afectado.

Ahora bien, un planteo como éste no se puede responder con la teoría general, precisamente, porque ésta se fundó sobre el derecho subjetivo, desde el cual los códigos procesales tutelan al individuo que se encuentra directamente privado de un derecho que le es propio y exigible. Justamente, la teoría de la prueba parte de obligar a quien afirma que un derecho le es vulnerado, a justificar su titularidad y privación, concreta y actual.

Mientras que la constitucionalización persiguió un objetivo más amplio, como fue generalizar con principios y garantías los derechos del hombre que, en un primer tiempo, fue diferenciado del ciudadano. Tiempo después, la protección se generalizó con los derechos humanos. Sin embargo, la protección procesal dispuesta fue vaga e imprecisa, porque se dieron nociones sobre el debido proceso, pero jamás se tuvieron reglas para el debate constitucional; en consecuencia fue común aplicarle el sistema más conocido, como fue el estándar del proceso civil bilateral y contradictorio. Aquí la prueba funciona, como se dijo recién, como una cuestión exigible, una auténtica carga u obligación de carácter procesal.

104.4. La diferencia normativa también es metodológica, porque el tribunal constitucional europeo trabaja con estándares distintos al sistema difuso. Ellos trascienden la solución del caso "in abstracto" o en concreto, para asentar en una dimensión política los resultados de la interpretación.

Además, el tribunal constitucional no tiene plenitud jurisdiccional (no son jueces, *lato sensu*), y se ubica en la clásica tripartición del poder, como un órgano ajeno que recibe tantas potestades que puede anular con sus sentencias, las que dicte cualquier Tribunal jurisdiccional del Estado.

Como al tribunal constitucional no le interesa la prueba de los hechos (dicho esto con la generalidad del aserto, reconociendo su limitación y error cuando se quiere aplicar al amparo constitucional), ésta actividad carece de importancia en la dimensión de lo que viene expuesto como manifiesto.

En cambio, cuando aplicamos la idea al control de constitucionalidad difuso, claramente se advierte la importancia de la prueba, y su incidencia plena para lograr que se consagre el principio de la supremacía constitucional.

Luego, la relación permite deducir que: *los jueces ordinarios siempre aplican la ley; los jueces constitucionales deben interpretar la ley*.

104.5. La eventual distancia entre cuestión abstracta de inconstitucionalidad, que no exige de prueba más que la manifiesta; y el conflicto individual de la persona afectada en sus derechos constitucionales, con la necesidad de demostrar que el acto lesivo es arbitrario y ostensible, gravando en forma actual o inminente un derecho que les propio, no tiene en la actualidad precisión técnica.

En efecto, cuando la pretensión resiste una norma de alcances generales sin pedir beneficios restitutivos o particulares, suele decirse que por la abstracción del resultado no es necesario tener al trámite como un proceso, en la medida que no hay partes porque el interés es público y generalizado. La idea asocia al interés con el concepto de parte, lo cual es erróneo.[552]

---

[552] Dice Ana Giacomette Ferrer que: "[…] se tiene que en el proceso de control abstracto de constitucionalidad sí hay partes: una, que demanda la constitucionalidad de una norma y, otra, que no quiere que se declare la inconstitucionalidad de esa norma; en otras palabras, habrá unas personas que atacan una ley por considerarla inconstitucional y otras que se aprestan a defenderla; pero todos movidos por un interés general, común, difuso, en donde opera una legitimación en la causa extensiva, amplia, para

104.6. Precisamente con la intención de dar a la actividad probatoria un rol más importante, los avances de la ciencia fueron ponderando aspectos diferentes de ella, como fueron las potestades del juez en esta etapa, las obligaciones de las partes en la misma, y el valor justicia imperante en la producción de los medios. Fue así que el tema probatorio se fue introduciendo en los estudios del debido proceso, se conformó como causal de arbitrariedad cuando el juez erraba la apreciación al elaborar la sentencia; fue pauta de razonabilidad en el derecho de defensa en juicio, hasta comenzar a hablarse de un derecho constitucional a la prueba.

Pico i Junoy estudia el principio y sostiene que:

> […] el derecho a la prueba es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso […] El carácter subjetivo del derecho a la prueba se manifiesta en que su ejercicio requiere la voluntad de una de las partes, pues éstas son las que tienen el poder de proponer el medio probatorio que pretenden sea admitido, practicado y valorado judicialmente. En consecuencia, el derecho a la prueba implica, en primer lugar, el derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición. En segundo lugar, supone que el medio probatorio sea practicado, pues, en caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tácita del mencionado derecho… […] Por último, debemos destacar que el derecho a la prueba puede, en ocasiones, alcanzar a las diligencias para mejor proveer… En consecuencia, el derecho a la prueba no supone, *a priori*, un derecho a la realización de las diligencias que, para mejor proveer, soliciten las partes […] En último término, el derecho a la prueba conlleva que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado por el órgano jurisdiccional (valoración motivada que tiene lugar en la sentencia) ya que, en caso contrario, se le estaría sustrayendo toda su virtualidad y eficacia.[553]

El derecho constitucional a la prueba se releva de la preponderancia que toma la actividad dirigida por las partes, en la medida que con ella se fijan los hechos que el juez deberá considerar al tiempo de dictar sentencia. La prueba se convierte así en una pieza clave dentro del engranaje de todos los procedimientos. Ahora, como la etapa de prueba es formal y reglada, lo que no significa que los límites impuestos puedan socavar el derecho a defenderse, se ha encontrado necesario vincular la prueba con el derecho de defensa en juicio, para desde allí referir a la constitucionalidad propia de la prueba.

104.7. Básicamente el derecho consiste en admitir todas las pruebas que sean lícitas y pertinentes, y en poder practicarlas. Se trata de hilvanar la propuesta con la producción, y en materia penal se hace extensivo a criterios abiertos que actúan como complementos de la prueba, como los indicios y las presunciones. Por eso, cuando uno refiere al derecho fundamental (constitucional) a la prueba, realiza un

---

interponer la acción…" (*La prueba en los procesos constitucionales,* Señal - ediciones Uniandes, Bogotá, 2007, p. 118).

[553] PICO I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil,* Bosch, Barcelona, 1996, pp. 16 y ss.

esfuerzo de síntesis en lo que significa ofrecer, probar, persuadir y obtener un resultado por la tarea de convencer probando.

Significa tanto como advertir que la búsqueda de la verdad que permita dictar una sentencia ajustada a hechos ciertos, debe celebrarse en el interés común de todos los operadores jurídicos y no, solamente, como el producto de satisfacción entre litigantes enfrentados. Por tanto, la garantía opera como salvaguarda del derecho de defensa, al establecer principios de naturaleza superior a las simplemente adjetivas o rituales, como son las de impedir que se apliquen en la sentencia hechos que no están probados, o que se valoren hechos inexistentes, o en su caso, que se consideren pruebas ilegítimas o que no hayan tenido control bastante o suficiente de la parte contra quien se oponen.

104.8. En consecuencia, el derecho constitucional a la prueba es un derecho que transita por una avenida de doble mano: por una vía, acompaña el interés del Estado, representado en el juez, para lograr certeza suficiente y sentenciar sin dudas razonables; por otra, recorre el interés de las partes para que la actividad probatoria responda a consignas invariables: libertad de la prueba; control de las partes; producción específica; y apreciación oportuna y fundamentada.

> Para Morello, la posibilidad de desembocar en el deseado *acertamento* de la verdad de los hechos conducentes (hechos alegados por las partes o para algunos integrados por la contribución activa del juez), se ha de manejar (o debe estar en flexible disposición del litigante) un procedimiento que facilite o concurra al logro de esa "verdad". Son factores necesarios u oportunos para la eficacia de tal mecanismo, entre otros que se predican a esos propósitos y representan líneas de tendencias: *a)* La reducción de las reglas de exclusión de los medios de prueba; *b)* la introducción de instrumentos que aseguren la adquisición de la prueba; *c)* la extensión del poder de iniciativa instructoria del juez; *d)* la adopción de un método eficaz para la asunción y práctica de la prueba, y *e)* el criterio de libre valoración de la prueba.[554]

104.9. La jurisprudencia acompaña este movimiento de piezas que se engarza entre las garantías constitucionales del proceso. Sostiene así que la defensa en juicio requiere que se otorgue a los interesados ocasión adecuada para su audiencia y prueba en la forma y con las solemnidades dispuestas por las leyes procesales y ello no acontece cuando el sentenciante se aparta de los términos de la relación procesal, accediendo a una pretensión no formulada por las partes con quebrantamiento del debido proceso que no puede cohonestarse con la interpretación de normas de derecho común que realiza el pronunciamiento apelado que, por tanto, debe dejarse sin efecto.[555]

---

[554] MORELLO, Augusto Mario, *La prueba. Tendencias modernas,* Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 177 y ss.

[555] CS, 1979/03/20, "*González, Silvano A. c. C. A. P.*", La Ley, 1979-D, 615 (35.289-S). Asimismo, se afirma que no es posible aprovechar las pruebas obtenidos con desconocimiento de garantías constitucionales, principio que no permitiría reconocer en el proceso prueba adquirida en virtud de un allanamiento ilegal, pues ello importaría una violación a las garantías del debido proceso y de la defensa en

Falcón dice el régimen relativo a la prueba no es de origen constitucional, sino meramente legal —pues la Constitución nada prescribe de modo específico a su respecto—, sin embargo los principios generales del proceso, y en particular, los principios de bilateralidad de la audiencia y el de adquisición sí lo son:

> [...] de manera que la prueba no está fuera del campo constitucional, porque constituye un elemento esencial del proceso y debe responder a las garantías de éste en un sistema republicano y democrático. Pero a su respecto no se puede sustentar una objeción de inconstitucionalidad con relación al sistema adoptado en un caso dado por el legislador, a menos que él fuera claramente irrazonable y pusiera a los interesados en imposibilidad o en grave dificultad de defender sus derechos.[556]

104.10. En suma, la idea que aflora de estos conceptos se concreta al sostener que, el proceso no debe conducirse en términos estrictamente formales con menoscabo del valor, justicia y garantía de la defensa en juicio y por ello, no debe desentenderse a la verdad jurídica objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como decisiva relevancia para la pronta decisión del litigio.

De alguna manera, esta tendencia consolida la buena doctrina que explica la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando instala en el campo de la prueba, la obligación de no privar a las partes (y a su descendencia directa e indirecta) el derecho a saber la verdad (*cfr*. Casos *Niños de la Calle* y *Barrios Altos*), que es una proyección inmediata del carácter fundamental del derecho a la prueba.

105. Objeto de la prueba

105.1. Es verdad que las alegaciones de partes se verifican y confirman con la actividad probatoria de quienes las manifiestan. Es una lógica de los hechos que trabaja sobre el carácter bilateral del litigio, donde al juez se lo convence probando. Pero en los procesos constitucionales, inclusive los que trascienden la mera denuncia de inconstitucionalidad y asientan la crisis en la violación o amenaza de un derecho fundamental, la prueba no puede quedar como un deber, carga u obligación individual.

---

juicio, que exigen que todo habitante sea sometido a juicio en el marco de reglas objetivas que permitan descubrir la verdad, partiendo del estado de inocencia, de modo tal que sólo se reprima a quien sea culpable, es decir, aquél a quien la acción punible le pueda ser atribuido tanto objetiva como subjetivamente (CS, 1988/10/04, "*Gordon, Aníbal y otro*", La Ley, 1989-B, 447, con nota de Alejandro D. Carrió). Por tanto, debe dejarse sin efecto la sentencia que rechazó la demanda de daños y perjuicios, dado que la interpretación de la prueba realizada por el *a quo* se limita a un análisis aislado de los diversos elementos de juicio obrantes en la causa, pero no los integra ni los armoniza debidamente en su conjunto, circunstancia que lo lleva a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos medios probatorios. Ello así, pues no obstante referirse los agravios de la apelante a cuestiones de hecho y prueba, tal circunstancia no resulta óbice decisivo para habilitar la apelación extraordinaria cuando median razones de entidad suficiente para demostrar la existencia de un menoscabo al derecho de defensa en juicio que autorizan a descalificar lo resuelto (CS, 1986/02/13, "*Grocci de Regía, María C. c. Jurado, Oscar A. y otros*", La Ley, 1986-D, 415 - DJ, 986- 2-792).

[556] FALCÓN, *Tratado de la prueba,* tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 283.

Al Estado le importa identificar si existe o no una cuestión constitucional, por eso, sobre la base del derecho constitucional a la prueba se crean singularidades.[557] El derecho a probar es una parte del debido proceso, tal como lo ha subrayado la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello importa abandonar la idea probatoria como un acto del proceso, para encolumnarlo tras las garantías del derecho de defensa y, como tal, un reaseguro del debido proceso adjetivo.

105.2. La otra faceta de esa necesidad alienta conseguir una modificación en reglas y principios de la verificación probatoria, en miras a dotar al procedimiento de una mayor cercanía con la verdad que debe descubrirse. Es decir, si la prueba sigue vista como un proceso de acreditación de afirmaciones a cargo exclusivamente de las partes, es posible que el acierto logrado, en los hechos personifique un absurdo, porque el juez estará ausente en la aclaración. En cambio, si se considera el modo de componer el litigio y la calidad del *opus* decisorio, podrá admitirse que las seguridades aumentan porqué el juez estará sobre los hechos que él necesita confirmar. No se trata de revertir principios claros y precisos como la "carga de la prueba", sino de reconducir el objeto de la prueba. Mucho más cuando se trata de conflictos constitucionales.

La valoración probatoria debe estar exenta del mentado principio que sostiene que la falta de prueba es contraria a una sentencia favorable; precisamente se trata de trabajar sobre una presunción (o presupuesto procesal) que es el principio "*pro homine*", según el cual en caso de duda, se debe estar por la protección del derecho.

105.3. El Código Procesal Constitucional del Perú establece en el art. V que:

> [...] el contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que Perú es parte.

De este encuadre surgen aspectos trascendentes para considerar los efectos de la prueba en estos procedimientos tan especiales.

106. Carga de la prueba

106.1. Por carga de la prueba se entiende el deber de probar. El problema central asienta en resolver si es un deber del actor, o se trata de una tarea compartida, e inclusive, si en ella tiene o no que intervenir el juez. Al ver como se desenvuelve el

---

[557] El derecho a la prueba —dice Picó i Junoy— aparece recogido por primera vez en el constitucionalismo español en la actual Carta Magna de 1978. Los textos fundamentales históricos contienen referencias a otros derechos de naturaleza procesal, como el derecho al debido proceso, al juez natural o legal, o a la defensa, omitiendo toda alusión al derecho objeto de análisis. Lo mismo sucede con otros textos constitucionales, como el Italiano de 1947, la Ley Federal de Bonn de 1949, o las cartas de Portugal de 1976 y Andorra de 1993 (ob. cit., p, 18).

procedimiento, no es posible dejar de advertir la característica de tener articulados el conjunto de principios y presupuestos procesales, los que se vinculan con los deberes primarios y secundarios de las partes, para tener un método de debate sobre hechos que ellos aportan y bajo un sistema donde el impulso del interés es el que domina y tiene preferencia para determinar el avance de la causa. Por eso, si el interés, esencialmente, es privado, la disponibilidad del material y la tracción del proceso se deja en manos del actor; mientras que en donde hay un interés público prevalente, el impulso puede ser de oficio y aun quedar así dispuesto por la ley (*v. gr.:* procesos sociales y constitucionales).

106.2. La raíz etimológica de la palabra carga deriva de la palabra latina "*onus*", que por lo general, se traduce como "peso". El encuadre significa que quien afirma un hecho o alega una proposición, "carga" con el peso de la prueba. La idea es simple: *el que afirma debe probar;* pero al mismo tiempo en el concepto está presente otro contenido que se agrega al de resolver quién debe probar, y consiste en identificar los hechos que son materia de prueba.

Couture decía que "[…] carga de la prueba quiere decir, en primer término, en un sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos".[558] La otra cara es, que si falta la prueba, no hay confirmación del hecho y por tanto, insuficiencia de argumentos para acoger la pretensión. Queda claro, entonces, que la noción de carga reposa como un "imperativo del propio interés", por el cual se pueden obtener ventajas o impedir perjuicios.

106.3. La otra faceta interroga ¿qué se debe probar?; y ¿qué ocurre si la prueba depende de la colaboración del demandado?, en ambos casos la carga queda condicionada los presupuestos de hecho y de derecho que implementa el sistema procesal. Por un lado, los hechos que son materia de prueba, y por el otro, los equilibrios de la desventaja que sufre quien no tiene acceso a la prueba (por estar bajo la disponibilidad del demandado que persigue ampararse en la regla que dice que prueba solo el que afirma), o no puede conseguirla porque se ha perdido o extraviado.

En fin, la esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en poner en claro el alcance que tiene el deber de probar y la consecuencia que importa la falta de prueba. Pero hay que tener cuidado con los términos, porque al referir a "carga" se relega el concepto de "obligación", como que en materia procesal los derechos son potestativos, en el sentido de que a su realización se vinculan consecuencias beneficiosas para la parte que los hace y su no realización consecuencias perjudiciales; y asimismo, también es conveniente alejarlo del criterio del "deber" porque el incumplimiento significaría una sanción, y lo que no se quiere es convertir al proceso civil en penalizador de las conductas, mucho menos cuando puede ocurrir que la falta de prueba sea producto de la ausencia de colaboración de quienes son partes procesales.

---

[558] COUTURE, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil,* cit., p. 241.

106.4. El concepto de carga, entonces, debe interpretarse a tono con el deber de juzgar, porque de la actividad probatoria depende la construcción de la sentencia, por eso, el problema no surge cuando las afirmaciones de las partes no se discuten o cuando el tribunal está firmemente convencido de la verdad.

Dice Micheli que, en definitiva,

> el concepto de carga se basa sobre la correlación entre el ejercicio de una facultad (empleo de un término más bien vago a fin de no comprometer el ulterior desarrollo del presente análisis), reconocida por la ley, y un resultado favorable, en cuanto, sin embargo, el ejercicio de la primera sea necesario para conseguir el segundo. Deriva de ello que mientras la necesidad de la obligación es absoluta, la que caracteriza la carga puede presentar diversos matices, variadas atenuaciones en cuanto otro sujeto tenga el poder de integrar el insuficiente ejercicio de la facultad. En estos casos se habla de *carga imperfecta,* lo que puede constituir otro precioso elemento para la crítica al concepto corriente de carga.[559]

106.5. La regla de actuar en beneficio del propio interés, en materia de prueba logra una notoria preponderancia, toda vez que marca la incidencia de la conducta en estos sentidos: *a)* Aloja en las partes que alegan el compromiso de verificar sus afirmaciones, obrando de alguna manera preventivamente, al saber el interesado que su escasa o ninguna actividad será suficiente para descalificar el contenido de la pretensión; y *b)* para el juez, puede servirle como regla o señal acerca de cómo debe fallar, evitando el *non liquet,* esto es, "una sentencia inhibitoria por falta de prueba, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hecho".[560]

Al primer concepto se lo denomina *"carga objetiva", por*que precisa el interés del objeto a demostrar, es decir, no señala el deber de probar de quien alega, sino la carga de verificar un hecho determinado por quien tiene interés en confirmarlo. El otro aspecto es llamado *"carga subjetiva"* y se vincula con la falta de prueba y la decisión consecuente que ha de tomar el juez ante el hecho incierto. Al mismo tiempo, es la figura tradicional de enfoque en la cuestión, porque el origen de esta división es de 1883 cuando Glasser sostiene que se debe trazar una diferencia entre el *onus* formal y el *onus* material de la prueba "[…] la carga subjetiva o formal de la prueba es la carga de facilitar la prueba y la carga objetiva o material de la prueba es la carga de la certeza prescindiendo de la actividad de las partes".[561]

106.6. Además, al estar la carga probatoria formulada sobre el *interés* no puede soslayarse la intención o voluntad para activar el ejercicio de verificación. La conducta procesal, entonces, cubre una faz de atención importante.

---

[559] MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba,* traducción de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1961, p. 62.

[560] DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría de la prueba judicial*, tomo I, Temis, Bogota, 2004, p. 227.

[561] GLASSER, citado por SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal,* Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963-1, p. 93.

106.7. La carga es también una cuestión de *riesgo* que asume el mismo interesado. Si resuelve activar la verificación de los hechos que afirma se quita el "peso" de encima (en definitiva, el *onus* latino o el *onere* italiano, son traducciones de peso); si es renuente, crea una incertidumbre que grava la creencia de sus dichos. Para el demandado, la simple negativa le cubre un aspecto formal, aun cuando efectiva para el ejercicio de la defensa en juicio, pero es cierto lo que afirma Couture cuando sostiene que "[…] si no se quiere sucumbir como consecuencia de la prueba dada por el actor, entonces él, a su vez, debe producir la prueba de los hechos extintivos de la obligación".[562]

106.8. Le corresponde a Rosenberg la clasificación entre carga objetiva y subjetiva de la prueba, criticando la división de finalidades formales y materiales que considera de poco acierto. Por *carga subjetiva* de la prueba entiende la actividad de las partes desarrollada para suministrar la prueba de los presupuestos del precepto jurídico aplicable, con el propósito de evitar una sentencia adversa; mientras que la *carga objetiva* prescinde de toda actividad de las partes encaminada a hacer constar los hechos discutidos porque solamente interesa el resultado de los debates y la eliminación de la incertidumbre, en otras palabras "[…] determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el tribunal, se han preocupado en el sentido de hacerlas constar".[563]

La noción es compleja ya que por una parte es *subjetiva* y *concreta* y por otro *objetiva* y *abstracta*. Ello quiere decir que, es *subjetiva*, porque contiene una norma de conducta para las partes y señala cuáles son los hechos que conviene probar en cada proceso. Es *concreta*, en cuanto determina los hechos particulares que se han de demostrar por cada parte. A su vez, es *objetiva* por cuanto implica una regla general cuando falta la prueba; y es *abstracta* cuando dispone una pauta de apreciación que, sin referir a casos particulares, tiene el alcance de una guía de actuación judicial en todos los casos.

Por ejemplo, la carga de la prueba se vuelve subjetiva cuando en el proceso el juez fija los hechos (*v. gr.:* art. 360 inciso 3º, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina) y provee la prueba. En la práctica no ordena la producción probatoria, solo resuelve la oportunidad de las medidas dejando en el "interés" de las partes la actividad en tal sentido; al fin y al cabo, es una facultad de ellas que, persuadidas de la conveniencia de probar, pueden desde la realización conseguir una eventual sentencia favorable.

106.9. La objetividad de la carga tiene en miras despejar el estado de incertidumbre, es la carga de la certeza, según Rosenberg, y tiene lugar en todo procedimiento en el cual se trata de aplicar normas jurídicas abstractas a una situación de

---

[562] COUTURE, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil,* cit., p. 243.

[563] ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba,* traducción de Ernesto Krotoschin, Julio César Faira editor, Montevideo (2ª ed.), 2002, p. 21.

hecho concreta;[564] bien sea un procedimiento dominado por el principio dispositivo cual el que rige en los llamados inquisitivos, o por una estructura intermedia.

La relación entre la carga subjetiva y la objetiva, solo se puede dar en los procesos dispositivos porque es el único modelo de debate donde coexisten; claro que, como vuelve a observar Rosenberg, el conflicto eventual que se puede suscitar es la prevalencia de la carga objetiva sobre la subjetiva, pues una vez decidido, gracias a las reglas de la certeza, lo que debe hacerse constar para que venza el demandante o el demandado es el grado de influencia que tiene la falta de prueba o la regla quién debió probarlo.[565]

106.10. Ahora bien, teniendo en cuenta estas características y reconocido el panorama de aquello que se debe probar y para quien se debe probar, es evidente que conforme la redacción de las normas procesales la respuesta de ambas cuestiones quedaría afincada en dos afirmaciones: prueban las partes para persuadir y dar certeza al tiempo de resolver. Sin embargo, tal enunciado puede ser parcialmente correcto, porqué a tenor de los principios consabidos, no se puede eludir el deber jurisdiccional de tener que esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, en cuyo caso, se vuelve al cuestionamiento primero: ¿el proceso es sólo *cosa entre partes*? y por ello continúa el ritmo que ellos imponen; o ¿existe un deber superior que admite el protagonismo judicial?

En orden a estos planteos se suman otras derivaciones como definir si la actividad probatoria es un derecho, un deber, una obligación o una carga que necesita de mayores presiones técnicas. El proceso, en definitiva, es un juego de incertidumbres y sorpresas que se aclaran y evitan, respectivamente, a partir del compromiso de las partes con sus respectivas pretensiones.

106.11. Quien afirme un hecho, tendrá que precisarlo y demostrarlo como cierto. Quien lo niegue no podrá alojar en su actitud toda la prueba del hecho negativo. A su vez el juez no puede ser un espectador pasivo e inerte, cuando el régimen adjetivo le asigna deberes y le otorga poderes para resolver en interés propio, como es el de lograr la mayor certeza y convicción.

En síntesis, el problema de la carga de la prueba tiene varios rostros que reconocer. Pero el primero y más importante versa sobre la naturaleza del proceso donde se aplica, porque no será igual el *onus probandi* en un proceso privado respecto a uno de contenido público.

Pero la distancia no significa erradicar el concepto de quién o quiénes (las partes) llevan los hechos al proceso, porqué allí no cabe duda alguna que el juez no puede alterar ni modificar la relación jurídica que es obra de los litigantes.

106.12. Desde que Von Bülow concibiera al proceso como una relación jurídica en donde el sujeto, revestido de poderes determinados por la ley, actúa en vista de

---

564 ROSENBERG, *La carga de la prueba*, cit., p. 25.

565 ROSENBERG, *La carga de la prueba*, cit., p. 27.

la obtención de un fin, la mayor parte de la doctrina se plegó a esta idea a pesar de pocas, pero autorizadas resistencias.[566] La explicación se puede sintetizar en términos simples: Couture dijo que:

> [...] la relación es la unión real o mental de dos términos, sin confusión entre sí. Relación es el vínculo que aproxima una cosa a otra permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad. Cuando en el lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, no se tiende a señalar el vínculo o ligamen que une entre sí a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales.
>
> La relación jurídica procesal es un aspecto del derecho como relación. Es la particular condición que asume el derecho en la zona restringida del proceso. Se habla, entonces, de relación jurídico procesal en el sentido apuntado de la ordenación de la conducta de los sujetos del proceso en sus conexiones recíprocas; al cúmulo de poderes y facultades en que se hallan unos respecto de los otros.[567]

A partir de esta concepción se observa que el vínculo que se forma entre las partes de un proceso conlleva obligaciones de mutuo seguimiento, provocando, al mismo tiempo, una serie de consecuencias jurídicas relevantes.

106.13. De acuerdo a su posición en el proceso, la parte adquiere una "cualidad" especial de la que surgen para ella numerosas situaciones activas y pasivas, que constituyen el contenido de la relación jurídica procesal.

Se forman así un conjunto *activo* de poderes jurídicos y de derechos subjetivos procesales, y otro conjunto *pasivo* de cargas, obligaciones o deberes y sujeciones.[568] Los primeros corresponden siempre a un conferimiento de carácter público, por el cual se otorga al individuo la posibilidad de reclamar un interés propio. El poder jurídico se expone como una potestad de carácter genérico, atribución de origen constitucional (no procesal) que admite distintas cualidades procesales, según la posición que se tenga en el proceso (*v. gr.:* el actor tiene la potestad de pretender y el demandado se resistir a esa pretensión); es el clásico juego de la demanda y la defensa.

106.14. Por su parte, el derecho subjetivo tiene un carácter eminentemente procesal[569] y se vincula con la posibilidad de actuar en juicio, es decir, de obrar el derecho (interés) y de fundamentarlo, probarlo y oponerse a un resultado que estime disvalioso.[570] Las cargas, deberes y sujeciones, provienen directamente del proceso

---

[566] En contra estuvieron ROSENBERG, *Derecho Procesal Civil,* tomo I, cit., p. 381; CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil,* tomo II, cit., p. 628; GOLDSCHMIDT, James, *Teoría General del Proceso,* traducción de Leonardo Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1936, p. 56.

[567] COUTURE, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil,* cit., pp. 133 y 134.

[568] LIEBMAN, Enrico T., *Manual de Derecho Procesal Civil,* traducción de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1980, p. 89.

[569] CARNELUTTI, *Instituciones del Proceso Civil,* tomo I, cit., p. 315.

[570] Según Devis Echandía "[...] la naturaleza del derecho público que corresponde al derecho procesal no es incompatible con su carácter de fuente de derechos subjetivos, porque al lado de los derechos individuales privados existen los derechos individuales públicos [...]. Los derechos procesales tienen estas características: *a)* emanan de las normas jurídicas procesales; *b)* son derechos públicos y no privados;

y atienden el modo como se llega a consagrar el interés. Así, la *carga* es un imperativo destinado a la parte con la promesa de asegurar un resultado cuando ella es abastecida con suficiencia (*v. gr.:* demanda interpuesta en forma correcta; prueba rendida completamente, etc.). El *deber* es una regla establecida a favor de la generalidad. Se impone su acatamiento como una forma de observar el normal desarrollo de un proceso.

Sin embargo los deberes procesales, como en general los demás deberes jurídicos, no pueden ser objeto, a diferencia de las obligaciones y de las cargas, de ejecución forzosa. La efectividad en el cumplimiento de los deberes procesales se obtiene, normalmente, mediante sanciones, ya sean de carácter *físico* o *personal* como el arresto del testigo que se rehúsa a declarar; ya sean de carácter *pecuniario*, como la multa impuesta al perito que no presenta su dictamen; ya sean de carácter *funcional,* como la pérdida, la postergación o la suspensión del empleo. Estas sanciones son formas de coacción normal o intimidación. En verdad no hay forma material de hacer cumplir con la fuerza esta clase de deberes.[571]

106.15. La *sujeción*, finalmente, es la situación en la que se encuentra la parte que es constreñida a sufrir los efectos de una providencia del órgano jurisdiccional.[572] Por lo general, la presentación de los deberes tiene un aspecto refractario que compone un "todo" de consecución ideal. La reciprocidad entre lo que se tiene y lo que es debido, enfrenta dialécticamente a "lo suyo" con "lo debido".[573] Lo primero será un derecho subjetivo; lo restante, la exigencia de respuesta esperada de otro. En el camino está el proceso con su contenido de cargas, facultades y deberes; así, en el tránsito jurisdiccional hacia "lo debido", debemos relacionar a la obligación como un deber razonable, resultante de la necesaria conexión de los medios con el fin.

Los deberes procesales se bifurcan en dos exigencias: las *principales* (primarias) atienden lo oportunamente dicho respecto al contenido de la pretensión; las *secundarias* derivan de una obligación moral que condiciona la actuación de las partes en el proceso.

---

muchos de ellos de origen constitucional, salvo los de carácter patrimonial como el derecho a cobrar las costas del proceso o los honorarios de los auxiliares de justicia, como peritos o secuestres; *c)* son oponibles al mismo Estado y su violación significa una arbitrariedad y un acto ilícito; *d)* surgen con ocasión del proceso y se ejercen en él para iniciarlo; *e)* corresponden a las partes y a algunos terceros. Ejemplos: los derechos de acción, de contradicción, de probar, de recurrir a un proceso como interviniente" (DEVIS ECHANDÍA, Hernando*, Teoría General del Proceso,* Tomo I, Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 11).

571 COUTURE, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil,* cit., p. 210.

572 LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil,* cit., p. 90.

573 La reflexión se plantea del siguiente modo: "El hacer justicia a los demás parece tener el sentido de la restitución de algo que no es nuestro sino que en realidad es de otro, es 'suyo'… no le damos lo nuestro sino que le damos lo de él, se lo restituimos" (*cfr*. FERNÁNDEZ SABATE, Edgardo, *Los derechos humanos,* AAVV, Idearium, Mendoza, 1985, p. 37). En forma similar Josef Pieref dice: "Los antiguos cuando hablan de justicia nunca se refieren primariamente a los acreedores de derecho, sino a los que tienen obligaciones. La preocupación de qué es justo, decían, se ordena a dar a cada uno lo que corresponde, no a obtenerlo para sí" (*Los derechos humanos,* Revista Mikael, Buenos Aires, 1979, p. 21; *cfr*. BIDART CAMPOS, Germán J., *Las obligaciones en el derecho constitucional,* Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 16).

Unas y otras se han de corresponder para que con sensatez y objetividad la relación entre el derecho personal y el reconocimiento jurisdiccional no encubra situaciones enojosas con la "moral del derecho" y fundamentalmente con el principio de lealtad, probidad y buena fe en el proceso.

106.16. Aparentemente, la carga quedaría cubierta con aquél sentido de deber primario, pero es evidente que la situación es facultativa, no hay obligación ni deber que imponga a la parte tener que obrar en un sentido, aun cuando esa dirección lo favorezca para el resultado del proceso. "Nadie tiene el deber de triunfar" —dice Rosenberg—, y es por ello que el interés de cada uno no puede cuadrarse en los objetivos de una norma.

107. La influencia de la jurisprudencia transnacional

107.1. Muchas veces se ha dicho que la Corte no es un tribunal de apelación respecto de lo actuado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en razón de que tiene una jurisdicción limitada que le impide revisar todo cuanto se refiere al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de una petición dirigida a la Comisión, o de las normas procesales aplicables a las distintas etapas que deben cumplirse en el trámite de un caso ante ella. Los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todas las cuestiones relativas a un caso. Ella es competente, por consiguiente, para decidir si se ha producido una violación a alguno de los derechos y libertades reconocidos por la Convención y para adoptar las disposiciones apropiadas derivadas de semejante situación; pero lo es igualmente para juzgar sobre los presupuestos procesales en que se fundamenta su posibilidad de conocer del caso y para verificar el cumplimiento de toda norma de procedimiento en la que esté envuelta la "interpretación o aplicación de la Convención".

En el ejercicio de esas atribuciones el tribunal no está vinculado con lo que previamente haya decidido la Comisión, sino que está habilitada para sentenciar libremente, de acuerdo con su propia apreciación. Obviamente la Corte no actúa, con respecto a la Comisión, en un procedimiento de revisión, de apelación u otro semejante. Su jurisdicción plena para considerar y revisar *in toto* lo precedentemente actuado y decidido por la Comisión, resulta de su carácter de único órgano jurisdiccional de la materia. En este sentido, al tiempo que se asegura una más completa protección judicial de los derechos humanos reconocidos por la Convención, se garantiza a los Estados Partes que han aceptado la competencia de la Corte, el estricto respeto de sus normas.

Este marco significa que la interpretación de todas las normas de la Convención relativas al procedimiento que debe cumplirse ante la Comisión para que "la Corte pueda conocer de cualquier caso" (art. 61.2), debe hacerse de forma tal que permita la protección internacional de los derechos humanos que constituye la razón misma de la existencia de la Convención y llegar, si es preciso, al control jurisdiccional.

107.2. Los tratados deben interpretarse "de *buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*" (art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). El objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello, la Convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo "*su efecto útil*". Es plenamente aplicable aquí lo que ha dicho la Corte de La Haya: "*Considerando que, en caso de duda, las cláusulas de un compromiso por el cual un diferendo es sometido a la Corte, deben ser interpretadas, si con ello no se violentan sus términos, de manera que se permita a dichas cláusulas desplegar su efecto útil".*[574]

El introito es necesario para comprender porque la etapa probatoria en general, los medios de prueba en especial, y el criterio de valoración en conjunto, tienen un marco propio que los diferencia.

Si bien es cierto para la actividad probatoria rige el principio del contradictorio, que respeta el derecho de defensa de las partes, conforme con el artículo 44 del Reglamento de la Corte,[575] también lo es que, en cuanto a la recepción y valoración de la prueba, los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y por eso, la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes.

107.3. Según la práctica del Tribunal, al inicio de cada etapa procesal las partes deben señalar qué pruebas ofrecerán en la primera oportunidad que se les concede para pronunciarse por escrito. Además, en ejercicio de las potestades discrecionales contempladas en el artículo 45 de su Reglamento, la Corte o su Presidente podrán solicitar a las partes elementos probatorios adicionales como prueba para mejor resolver, sin que ello se traduzca en una nueva oportunidad para ampliar o complementar los alegatos, salvo que el Tribunal lo permita expresamente.[576]

Además, se tiene en cuenta que la jurisprudencia internacional considera que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica y evita adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para fundar un fallo. Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, que disponen

---

[574] *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August 1929, P.C.I.J., Series A, No. 22, p. 13.

[575] *Cfr. Caso Blanco Romero y otros*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C, No. 138, párr. 37; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C, No. 137, párr. 82, y *Caso Gómez Palomino*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 136, párr. 45.

[576] *Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra* nota 3, párr. 32; *Caso Lori Berenson Mejía, supra* nota 3, párr. 63; y *Caso Molina Theissen. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108, párr. 22.

de amplia flexibilidad en la valoración de la prueba, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia, para determinar la responsabilidad internacional del Estado.[577]

107.4. Repetidamente se ha señalado que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal entre las partes.[578] La advertencia obedece a que no existen criterios de valoración de las pruebas. Ni la Convención ni el Estatuto de la Corte o su Reglamento tratan esta materia. Sin embargo, la jurisprudencia internacional ha sostenido la potestad de los tribunales para evaluar libremente las pruebas, aunque ha evitado siempre suministrar una rígida determinación del *quantum* de prueba necesario para fundar el fallo.

Desde uno de los primeros asuntos contenciosos que resolvió la Corte Interamericana[579] se reitera que los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos. En cuanto al requerimiento de prueba, reconocen gradaciones diferentes que dependen de la naturaleza, carácter y gravedad del litigio. La Corte nunca ignora la gravedad especial que tiene la atribución a un Estado Parte en la Convención del cargo de haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica de vulneración a los derechos humanos; por lo contrario, ello la obliga a aplicar una valoración de la prueba que tenga en cuenta este extremo y que, sin perjuicio de lo ya dicho, sea capaz de crear la convicción de la verdad de los hechos alegados.

La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos.

107.5. La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas. El procedimiento ante la Corte, como tribunal internacional que es, presenta particularidades y carácter propios por lo cual no le son aplicables, automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos. Esto, que es válido en general en los procesos internacionales, lo es más aún en los referentes a la protección de los derechos humanos.

---

[577] *Cfr. Caso Blanco Romero y otros*, *supra* nota 7, párr. 39; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, *supra* nota 7, párr. 84, y *Caso Gómez Palomino*, *supra* nota 7, párr. 46.

[578] *Cfr. Caso del Caracazo. Reparaciones, supra* nota 2, párr. 38; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra* nota 4, párr. 65; y *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones, supra* nota 2, párr. 37.

[579] *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (Sentencia de 29 de julio de 1988.

En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones. A diferencia del Derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado.

Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno.

107.6. Se desprende de la jurisprudencia que llega de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la noción y esencial de la prueba se integra en el campo del debido proceso. Éste, en la OC/16 quedó definido con estos términos

> [...] es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal (párr. 117).

En otras oportunidades, la Corte manifestó que la existencia de verdaderas garantías judiciales requiere que en éste se observen todos los requisitos que "sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho" (OC-8/87, párr. 25), es decir, las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial" (OC-9/87, párr. 28)".

Sergio García Ramírez, en la citada Opinión Consultiva OC-16 señaló que:

> [...] lo que conocemos como el 'debido proceso penal', columna vertebral de la persecución del delito, es el resultado de esta larga marcha, alimentada por la ley, la jurisprudencia —entre ella, la progresiva jurisprudencia norteamericana— y la doctrina. Esto ha ocurrido en el plano nacional, pero también en el orden internacional. Los desarrollos de los primeros años se han visto superados por nuevos desenvolvimientos, y seguramente los años por venir traerán novedades en la permanente evolución del debido proceso dentro de la concepción democrática de la justicia penal [...]. Los derechos y garantías que integran el debido proceso —jamás una realidad agotada, sino un sistema dinámico, en constante formación— son piezas necesarias de éste; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista. No es posible sostener que hay debido proceso cuando el juicio no se desarrolla ante un tribunal competente, independiente e imparcial, o el inculpado desconoce los cargos que se le hacen, o no existe la posibilidad de presentar pruebas y formular alegatos, o está excluido el control por parte de un órgano superior.

La ausencia o el desconocimiento de esos derechos destruyen el debido proceso y no pueden ser subsanados con la pretensión de acreditar que a pesar de no existir garantías de enjuiciamiento debido ha sido justa la sentencia que dicta el tribunal al cabo de un procedimiento penal irregular. Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que 'el fin justifica los medios' y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: 'la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado'; en otros términos, sólo es posible arribar a una sentencia justa, que acredite la justicia de una sociedad democrática, cuando han sido lícitos los medios (procesales) utilizados para dictarla.

Si para determinar la necesidad o pertinencia de un derecho en el curso del proceso —con el propósito de determinar si su ejercicio es indispensable o dispensable— se acudiese al examen y a la demostración de sus efectos sobre la sentencia, caso por caso, se incurriría en una peligrosa relativización de los derechos y garantías, que haría retroceder el desarrollo de la justicia penal. Con este concepto sería posible —y además inevitable— someter al mismo examen todos los derechos: habría que ponderar casuísticamente hasta qué punto influyen en una sentencia la falta de defensor, la ignorancia sobre los cargos, la detención irregular, la aplicación de torturas, el desconocimiento de los medios procesales de control, y así sucesivamente. La consecuencia sería la destrucción del concepto mismo de debido proceso, con todas las consecuencias que de ello derivarían.

Al emitir ese Voto examiné (dice García Ramírez) las consecuencias que pudiera acarrear el vicio grave del procedimiento sobre el proceso en su conjunto y la sentencia que se dicta en éste. Al respecto, dije que la violación del proceso "trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin de que se desarrolle de manera regular. Esta posibilidad es ampliamente conocida en el derecho procesal y no requiere mayores consideraciones.[580]

107.7. En la sentencia correspondiente al Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 3 de abril de 2009, el tribunal adopta el criterio del *derecho a la prueba*, consolidado en sus precedentes, y afirma que la prueba es un deber del Estado que tiene que investigar los donde una víctima pierde la vida. Cuando ello no sucede se viola el debido proceso, sin que sean justificantes los errores, extravíos, demoras e insuficiencias de la investigación practicada.

Se renueva el *derecho a la verdad*, al que más adelante referimos, y cuando se trata sobre violaciones a derechos humanos, es contundente al afirmar que el Estado debe analizar con el mayor cuidado las pruebas disponibles para establecer la existencia de cierta conducta activa u omisiva (atribuible a agentes del Estado o a terceros cuyo comportamiento es imputable al éste) y el nexo existente entre aquélla y el

---

[580] Voto razonado de Sergio García Ramírez en OC 16/ *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A, No. 16.

resultado violatorio de derechos humanos. En esas pruebas se sustentará la decisión judicial.

Es verdad que la Corte Interamericana, habida cuenta de su competencia material y de la misión que le incumbe para la protección de los derechos humanos, no debe sujetarse mecánicamente a los criterios de admisión y valoración de pruebas que prevalecen en el orden penal interno; toda vez que no tiene a su cargo una función penal, y puede y suele aceptar y analizar con mayor libertad los medios de convicción que se le allegan o que ordena *motu proprio*.

> Ahora bien, sostiene García Ramírez[581] que lo anterior no implica que se relativice o reduzca la exigencia probatoria que constituirá —con el correspondiente razonamiento lógico y jurídico— el fundamento de las afirmaciones sobre hechos violatorios de derechos fundamentales, responsabilidad internacional del Estado y consecuencias jurídicas derivadas de aquéllos y de ésta. La propia Corte —tribunal de Derecho— se refiere constantemente a las reglas de sana crítica que conducen sus apreciaciones en materia probatoria.

Por ello repite que:

> [...] a este respecto no difiere de la que tiene cualquier juzgador que enfrenta la enorme responsabilidad de analizar hechos, no siempre evidentes ni suficientemente acreditados a través de pruebas concluyentes, y adoptar graves determinaciones a partir del material probatorio disponible, adecuadamente valorado. El juzgador se ve en la necesidad de afrontar dudas que naturalmente surgen en el curso del examen que realiza. La solución de estos dilemas reside en la prueba: sólo así se remonta la duda. Cuando hablo de prueba, me refiero, por supuesto, a medios de convicción —empleo deliberadamente esta palabra: convicción— suficientes para persuadir al juzgador que emite una condena: "prueba suficiente". No digo condena penal; digo, simplemente, condena que se explica en virtud de la comprobación —"convincente"— de ciertos hechos ilícitos, resultado de la actuación, asimismo comprobada, de determinado agente. Obviamente, no pretendo que todos los hechos sujetos a juicio queden establecidos a través de documentos oficiales e indubitables, testimonios unívocos y fidedignos o dictámenes irrefutables. Sería pueril. Acepto la posibilidad y la eficacia de medios indirectos de prueba, a condición de que trasciendan el lindero —a menudo impreciso y elusivo— que separa la prueba suficiente de los datos que no poseen, por sí mismos, esta calidad indispensable.
>
> Desde luego, la convicción es estrictamente personal. Reconozco que cada quien puede llegar a sus propias conclusiones, con absoluta probidad intelectual y serenidad de conciencia, y que éstas merecen respeto y consideración, no menores que las que pudieran recibir las conclusiones de signo contrario. Una diferencia de opinión no significa reproche, como lo he manifestado en todos mis votos personales [...] La insuficiencia de prueba por lo que respecta a algún extremo de los hechos alegados es sólo eso: insuficiencia. No es, ni remotamente, exoneración.

---

[581] Voto razonado de Sergio García Ramírez, con respecto a la sentencia de la Corte IDH en el caso "*Kawas Fernández vs. Honduras*", del 3 de abril de 2009.

Capítulo V

Los contenidos del derecho procesal constitucional

Sección 1ª

108. Desarrollo del derecho procesal constitucional

108.1. El aprendizaje del derecho procesal tiene posibilidades alternas para comprender sus contenidos. Muchas veces el enfoque se orienta hacia la técnica, y razona la disciplina como puramente instrumental. Vale decir, aceptando que es una "herramienta de los derechos sustanciales", y dando a entender que constituye, ni más ni menos, que un sistema para poner en práctica los derechos subjetivos. De este modo, se conoce la finalidad y los medios para lograrlo.

Otros, decididamente, resuelven sus temas desde la función que cumplen en el proceso judicial jueces y partes, de manera que los estudios se vinculan exclusivamente a la ciencia del proceso. Aquí se aprende el arte y oficio de abogar y juzgar, cada uno en su campo.

No faltan quienes reducen el problema estableciendo posiciones diferentes según se interprete que "lo procesal" es una parte del derecho privado de las personas que, al llevar sus conflictos al proceso, solicitan la aplicación del derecho objetivo; oponiéndose a algunos más que sostienen que el derecho procesal es derecho público, porque desde el proceso se protegen los intereses de la comunidad y los bienes jurídicos individuales. Digamos que este es un terreno donde abona la política procesal.

También se define el objeto de la ciencia como el estudio de las normas y funciones del poder jurisdiccional del Estado, de manera que la perspectiva tiene una inmediata connotación de contenido constitucional.

108.2. Este planteo de base es propio de la teoría general del derecho procesal. Ahora bien ¿se puede hacer iguales programas en el derecho procesal constitucional?

La polémica se encuentra desde los comienzos teóricos de la disciplina y, en líneas generales, presenta la diatriba en resolver si el derecho procesal constitucional asienta únicamente en la magistratura y en los procesos constitucionales, o tiene proyecciones (como el debido proceso, o las acciones colectivas) que afloran una concepción ideológica distinta que condiciona los poderes, deberes y obligaciones de las partes y del tribunal.

Lo cierto es que enfocando solamente la relación entre el proceso y la Constitución, aparece la necesidad de auspiciar un movimiento diferente al que tiene la teoría del proceso; exigencia que advierte una de las causas por las cuales se genera el "derecho procesal constitucional": *surge a partir de los reclamos del hombre para "garantizar" efectivamente sus derechos.*

En los capítulos que preceden hemos procurado estructurar la teoría general del derecho procesal constitucional, demostrando la autonomía adquirida al tener esquemas de trabajo asimétricos en los tres pilares de la ciencia procesal: jurisdicción, acción y proceso.

Asimismo, la distancia con el derecho constitucional se toma con el estudio de la magistratura constitucional (donde admitimos la prédica de un espacio compartido) y de las facultades judiciales para interpretar las normas.

Veamos, en adelante, como fue progresando la ciencia en sus cultores primeros.

108.3. Es cierto que el establecimiento de Tribunales Constitucionales, a partir de 1920 en Europa, es el germen que permite hablar de una materia independiente. Aquí la semilla la planta el formidable encumbramiento de la "jurisdicción constitucional" a partir de Hans Kelsen.

En América, el inspirador puede ser Eduardo J. Couture que con sus estudios sobre "*Las garantías constitucionales del proceso civil" (*1946), tiene un lugar preferente en el ideario a desarrollar.

En Italia, Piero Calamandrei, el excelso procesalista, se preocupa desde su función legislativa en la Asamblea por las cuestiones de la ilegitimidad constitucional de las leyes, dando lugar a distintos ensayos que fueron reunidos en un tercer volumen de su "Derecho Procesal Civil", editado en Argentina merced a la traducción de Santiago Sentís Melendo.

Mauro Cappelletti, discípulo dilecto de Calamandrei, fue quien reformuló las características de lo hasta allí expuesto por la doctrina. Tiene el enorme mérito de recrear la disciplina al vincularla con temas ineludibles como son los derechos humanos, los sistemas para el control de constitucionalidad, los deberes y funciones de los jueces constitucionales, y la técnica dispuesta en cada mecanismo de control para dar eficacia al principio de la supremacía constitucional.

Es muy importante la labor de Héctor Fix Zamudio quien realizó una extraordinaria labor de síntesis, al recopilar los esfuerzos de "*25 años de evolución de la Justicia Constitucional*", sin contar una famosa presentación que aun abre polémicas, esto es, si corresponde llamar a la ciencia "derecho procesal constitucional" o "derecho constitucional procesal".

Sostiene Ferrer Mac-Gregor que:

> si bien principalmente Kelsen, Calamandrei, Couture y Cappelletti han aportado los cimientos indispensables para el nacimiento de esta rama jurídica, se debe fundamentalmente a Fix Zamudio la consolidación en cuanto a su denominación, contenido y

delimitación, al haber iniciado la sistematización científica específicamente, con dicha expresión desde hace casi medio siglo, en 1956.[582]

En cambio, García Belaunde sostiene que:

[…] al parecer, es Niceto Alcalá-Zamora y Castillo el primero que contribuye a divulgarla en el mundo hispánico, en conferencias y artículos que publica desde la década del treinta (así, véanse sus ensayos *El derecho procesal en España, desde el advenimiento de la República al comienzo de la guerra civil* de 1938, y *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, de 1933, ambos ahora reunidos, con adiciones, en su libro *Ensayos de Derecho Procesal-Civil, Penal y Constitucional*, Edic. Rev. de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 1944). Posteriormente, el mismo Alcalá-Zamora utiliza esa expresión en su libro *Proceso, autocomposición y defensa*, UNAM, México 1947 (hay ediciones posteriores).[583]

108.4. Más adelante, a comienzos de los años ochenta del siglo pasado, aparece uno de los primeros libros completos sobre la problemática. Fue el de Jesús González Pérez, quien critica a los constitucionalistas españoles por dedicarse a esta rama de la ciencia jurídica "a espaldas de la técnica procesal".[584]

Desde entonces, han sucedido otras expresiones que muestran la evolución del derecho procesal constitucional en distintos campos. Hoy, la doctrina, tiene varias obras que tratan en profundidad cada uno de los contenidos; la jurisprudencia viene consolidando posiciones de reconocimiento a la individualidad y autonomía; que se concreta, finalmente, en dos espacios bien definidos: la legislación y la cátedra universitaria.

La Universidad de Belgrano inauguró en 1982 un curso de especialización (post-grado) en Derecho procesal constitucional, bajo la dirección de Néstor Pedro Sagüés. En 1996, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de esta universidad, incorporó la materia en el plan de estudios de la carrera de abogacía, y como una asignatura cuatrimestral de 64 hs. en la carrera de especialización en Derecho Procesal. La Universidad Notarial Argentina, en 1987, creó el Centro de Derecho Procesal y Procesal Constitucional. La Universidad Católica Argentina también organizó el Centro interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional con sedes en las ciudades de Rosario y Buenos Aires. Actualmente, la Universidad de Buenos Aires tiene en su ciclo profesional orientado la asignatura "Derecho constitucional profundizado y procesal constitucional". También se llevan realizadas nueve jornadas nacionales de la disciplina, sin perjuicio de otras actividades especiales.

108.5. En el primer orden, a nivel continental se han dictado leyes de Jurisdicción Constitucional en Costa Rica (Ley 7135), y Perú se dio su "Código de Derecho Procesal Constitucional"; movimientos legales que se integran con la creación de

---

582 FERRER MAC GREGOR, Eduardo, "Aportaciones de Héctor Fix Zamudio al derecho procesal constitucional", en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I (coordinador Eduardo Ferrer Mac Gregor), Porrúa, México, 2002, pp. 23 y ss.

583 GARCÍA BELAUNDE, *Derecho Procesal Constitucional,* cit., p. 8.

584 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal constitucional,* Civitas, Madrid, 1980, p. 12.

Tribunales especiales para el control de constitucionalidad de las leyes, que demuestra una clara tendencia hacia el sistema de jurisdicción concentrada tal como tiene Europa, pese a modalidades que los singularizan. A nivel local, la provincia de Tucumán ha dictado una ley reglamentaria de lo procesal constitucional y se suma a otros proyectos que surgen en las provincias argentinas de Entre Ríos y Córdoba.

Con la actividad académica sucede igual crecimiento, los que se destacan a nivel regional e internacional, siendo trascendente la creación del *Instituto Iberoamericano de derecho procesal constitucional,* que ha celebrado al presente varios congresos de la especialidad

Informa Sagüés que:

> el reciente auge del derecho procesal constitucional se traduce en Latinoamérica por la programación de las cátedras de la asignatura, tanto a nivel de grado como de post-grado en Argentina, Colombia, Panamá, Perú y Costa Rica, entre otros países; la sanción de códigos de derecho procesal constitucional, al estilo de la ley 7135 de jurisdiccional constitucional en Costa Rica, o la ley 8369 de la provincia de Entre Ríos, y el código de derecho procesal constitucional de Tucumán, en Argentina; la creación en 1991 del Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, con sede en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, en la ciudad de Buenos Aires; la realización de seminarios y congresos especializados…[…]; las maestrías existentes en la Universidad Panamericana de México, o en la Universidad Andina Simón Bolívar de Bolivia, todo ello sumado a una fructífera bibliografía, cada vez más numerosa, alerta sobre la importancia y el desarrollo alcanzado por este especialidad.[585]

109. La doctrina

109.1. Además de las obras señeras de Kelsen, Calamandrei, Couture, Cappelletti, Fix Zamudio y Alcalá Zamora y Castillo, a las que nos referiremos de inmediato, España desarrolla con Jesús González Pérez el estudio de la jurisdicción constitucional bajo el aspecto teórico. Después se suman las investigaciones realmente importantes y profundas de Francisco Fernández Segado (en especial las efectuadas sobre la jurisdicción constitucional en Bolivia, Perú y Argentina; y el colectivo coordinado conjuntamente con Domingo García Belaunde.[586]

Son prolíficos los estudios sobre el proceso y la constitución aunque podemos destacar especialmente, el libro de José Almagro Nosete[587] y el de Vicente Gimeno Sendra.[588]

En México la influencia de Fix Zamudio se deja ver en los muchos, y buenos, trabajos de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.[589]

---

585 SAGÜÉS, *Compendio de derecho procesal constitucional,* cit., p… **??? (Para el auto**

586 *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.

587 ALMAGRO NOSETE, José, *Proceso y Constitución,* Bosch, Barcelona, 1984.

588 GIMENO SENDRA, Vicente, *Constitución y Proceso,* Tecnos, Madrid, 1988.

589 FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales*, Fundap, Querétaro, 2002; *La acción constitucional de amparo en México y España*, Porrúa, México, 2000; *Juicio de Amparo e interés legítimo: la*

109.2. En Guatemala, trasciende la obra de Jorge Mario García Laguardia,[590] y en Costa Rica luce Rubén Hernández Valle.[591] Nicaragua está representada por Iván Escobar Fornos, que publicó su *Derecho Procesal Constitucional.* Panamá lo hace con un libro homónimo de Boris Barrios González (Ancón, 1999), y otro de Jorge Fábrega Ponce (*Estudios de Derecho Constitucional Panameño*, 1987). Venezuela tiene varios doctrinarios de nivel excelso, donde prima la figura de Alan Brewer Carías, de increíble producción, destacándose *El control de la constitucionalidad de los actos estatales* (ediciones jurídicas venezolanas, 1977). También indicamos a Carlos Ayala Corao (*Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas-San José, 1998) y José Guillermo Andueza Acuña (*La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, Universidad Central de Venezuela, 1974). También las obras de Ortiz y Ortiz relevan un encumbrado conocimiento de los procesos constitucionales; así como el novedoso libro de René Molina Galicia (*Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso y su tendencia jurisprudencial*, 2002).

Ecuador cuenta varias obras de Hernán Salgado Pesantes, al igual que Colombia que desarrolla un nutrido conjunto de trabajos sobre la tutela constitucional. Particularmente es relevante la academia ejercida por Ernesto Rey Cantor (*Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Universidad Libre, 1994; *Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional Procesal y Derechos Humanos Procesales*, Ciencia y Derecho, 2001, entre muchas más). También hay un libro sobre la disciplina de Javier Henao Hidrón (Temis, 2003); y otro de Julia Victoria Montaño de Cardona, titulado *Derecho Constitucional Procesal* (Leyer, 2000).

En Perú la bandera la enarbola Domingo García Belaunde (*Derecho Procesal Constitucional*, Temis, 2003; *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional* (Grijley, 2000); y lo siguen Aníbal Quiroga León (*El debido proceso legal en Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, Jurista editores, 2003), César Landa Arroyo (*Teoría del derecho procesal constitucional,* Palestra, 2003), Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (*Jurisdicción Constitucional, impartición de justicia y debido proceso,* Ara, 2003), Elvito A. Rodríguez Domínguez (*Derecho Procesal Constitucional,* Grijley, 1997), y el colectivo dirigido por Susana Castañeda Otsu (*Derecho Procesal Constitucional*, Jurista editores, 2003).

En Chile se destaca Humberto Nogueira Alcalá (conduciendo en varios frentes la investigación y el desarrollo científico, desde su posición de Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca), y las publicaciones de Francisco Zúñiga Urbino (*Elementos de jurisdicción constitucional*, UCH, 2002) y Raúl Tavolari

---

tutela de los derechos difusos y coletivos, Porrúa, México, 2004 (2ª ed.); y la coordinación de un auténtico tratado de derecho procesal constitucional que en cuatro volúmenes lleva editado Porrúa.

590 GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *La Defensa de la Constitución,* Universidad San Carlos-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986.

591 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional,* Juricentro, San José de Costa Rica, 1995.

Oliveros (*Habeas corpus, Hacia la codificación de la justicia constitucional,* en Revista de Derecho (Chile), año IV [julio/diciembre, 1990] nº 2).

En Bolivia lidera José Antonio Rivera Santivañez (*La Justicia Constitucional en Bolivia —1998/2003—, Jurisdicción Constitucional*, 2001, *Tribunal Constitucional y AECI*, 2003).

> Informa Rivera Santibáñez que desde la reforma constitucional de Bolivia, en 1994, cuando se instituyó el Tribunal Constitucional, surgieron una serie de estudios sistematizados, que sin ser tratados especializados en derecho procesal constitucional, están relacionados con la materia; tales como la obra de Hugo Galindo Decker (*Tribunal Constitucional,* 1994); Luis Angel Vasquez Villamayor (*Tribunal Constitucional. Comentarios y anotaciones en el ordenamiento jurídico boliviano*, 1999); Benjamín Miguel Harb (*La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia,* 1997), entre otros.

Mientras que de Brasil se conocen textos específicos de Roberto Rosas (*Direito Processual Constitucional,* Dos Tribunais, 1983) y de Marcus Orione Gonçalves Correia (*Direito Processual Constitucional*, Saraiva, 1998). En Uruguay fue premonitorio el libro de Adolfo Gelsi Bidart (*De derechos, deberes y garantías del hombre común,* Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1986), luego seguido por Eduardo G. Esteva Gallichio que comanda el derecho procesal constitucional uruguayo.

109.3. En Argentina el que comienza los estudios es Néstor Pedro Sagüés, quien después de haber escrito un libro sobre recurso extraordinario, amparo y *habeas corpus*, las sucesivas ediciones las aumentó en fundamentos y elaboró una suerte de introducción al Derecho Procesal Constitucional.

Augusto Mario Morello, publicó "*Constitución y Proceso*" (Abeledo Perrot, 1998), que se suma a un conjunto nutrido de libros sobre el recurso extraordinario, amparo y otros procesos constitucionales, que suman más de cien obras de este extraordinario maestro.

Humberto Quiroga Lavié también escribió sobre la disciplina en el *Amparo Colectivo* (Rubinzal Culzoni, 1998); lo mismo que Adolfo Armando Rivas (*Amparo,* La Rocca, 1987 y 2003). También lo hizo Germán J. Bidart Campos (*La Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales*, Ediar, 1984; y antes con el *Régimen legal y jurisprudencial del amparo,* Ediar, 1968).

Juan Carlos Hitters realizó un estudio inicial conocido como: "El derecho procesal constitucional", en revista *El Derecho*, tomo 121, pp. 881 y ss.; que luego amplió en las ediciones del libro colectivo coordinado por Eduardo Ferrer Mac Gregor que antes indicamos.

De nuestra parte, llevamos publicado en la editorial Rubinzal Culzoni, con el título de "Derecho Procesal Constitucional", los libros siguientes: *Amparo* (2001), *Habeas data* (dos volúmenes, 2002 y 2003), *Debido Proceso* (2004), *Protección Procesal de usuarios y consumidores* (2004) y la *Introducción al derecho procesal constitucional* (2006). Con la editorial de Belgrano publicamos *Derecho Procesal Constitucional* (1999), y con Ediar*, Introducción al nuevo derecho procesal* (1988).

Estudios particulares sobre *La Justicia Constitucional* (1997) y *El Derecho de Amparo* (1998), fueron divulgados por Depalma.

En México, con el auspicio del Instituto de Investigaciones Jurídicas se editó: *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos. Vínculos y autonomías* (1995).

El cuadro de evolución de a doctrina lo completa un elaborado estudio de Humberto Nogueira Alcalá donde, además de mencionar a quienes señalamos en párrafos anteriores, agrega:

> [...] que en Brasil, consideramos que *José Frederico Márquez*, en su obra Instituicoes de Direito Processual Civil (Editora Forense, Río de Janeiro, 1958), precisa que el control jurisdiccional de constitucionalidad genera un proceso constitucional, lo que legitima referirse a un derecho procesal constitucional. El autor considera que, en el derecho brasileño, es objeto de un proceso constitucional toda pretensión que descansa en una regla emanada de la Constitución. El primer libro que se refiere en forma más científica al derecho procesal constitucional, es el del constitucionalista *Alfredo de Oliveira Baracho*, denominado Processo Constitucional (Editorial Forense, Río de Janeiro, 1984, en la cual asume la tesis del profesor Héctor Fix Zamudio de la diferenciación entre derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal, con un adecuado análisis de doctrina comparada, lo cual es reiterado en su compilación de ensayos, en el libro Direito Processual Constitucional (Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2006), cuyas primeras 80 páginas las dedica a la teoría general del proceso constitucional. En una línea similar, se encuentra la obra de *Andres Ramos Tavarés*, Tribunal e jurisdicao constitucional (Celso Bastos Editor, Sao Paulo, 1998), el cual considera el derecho procesal constitucional y el derecho constitucional procesal como parte de la jurisdicción constitucional, lo que desarrolla en forma más sistemática en su libro Teoría da justica Constitucional (Edit. Saraiva, Sao Paulo, 2005). [...]. *Marcelo Cattoni de Oliveira*, publica su Direito processual constitucional (Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2001) [...] A su vez, *Paulo Bonavides*, constitucionalista de sólida trayectoria en Brasil, en su Curso de Direito Constitucional (Malheiro editores, Sao Paulo, 2003), se refiere a los vínculos estrechos entre el derecho constitucional y el derecho procesal, del cual nace una nueva disciplina en desarrollo que es el derecho procesal constitucional. El constitucionalista *Ivo Dantas*, en su libro Constituiçao y processo. Tomo I: Introduçao ao Direito Processual Constitucional Qurua Editora, Curitiva, 2003), analiza, fundamenta y asume la existencia de un derecho procesal constitucional que analiza la jurisdicción constitucional y la jurisdicción protectora de los derechos fundamentales y un derecho constitucional procesal, que además de señalar la existencia de un derecho constitucional judicial, que tiene por objeto el estudio del Poder Judicial, el Ministerio Público y la abogacía. Por último, cabe mencionar la obra de *Paulo Hamilton Siqueira Jr*., Direito Processual Constitucional (Editora Saraiva, Sao Paulo, 2006).
>
> [...] En Chile, el vocablo ha sido socializado por Humberto Nogueira Alcalá ... En materia de derecho procesal constitucional se distinguen artículos y monografías desarrollados por el distinguido procesalista y Presidente del Tribunal Constitucional de Chile, *Juan Colombo Campbell*, como asimismo por *Andrés Bordalí* de la Universidad Austral de Chile, y por constitucionalistas como *Lautaro Ríos Alvarez, Luz Bulnes Aldunate*, Ed*uardo Aldunate L., Emilio Pffefer Urquiaga, Francisco Zúñiga Urbina* y *Humberto Nogueira Alcalá*, entre otros.

109.4. Finalmente, es recomendable para los estudiosos de esta nueva disciplina la suscripción a la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, que dirige Eduardo Ferrer Mac Gregor que lleva varios números y tiene publicación semestral a cargo de la editorial Porrúa de México.

109.5. Ahora bien, sin referir directamente a la creación de la ciencia es interesante analizar los estudios de los pioneros que, posiblemente sin saberlo, estaban creando la rama del derecho cuya autonomía preconizamos.

a) *Hans Kelsen*

En la monografía *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)* (publicada con la traducción de Rolando Tamayo y Salmorán por el *Anuario Jurídico*, México, volumen I, 1974; y reeditada por *Ius et Veritas*, nº 9, Lima, 1994), y en el trabajo *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* (1930, editado en distintos lugares —nosotros seguimos la versión de la editorial Tecnos, a cargo de Guillermo Gasió, Madrid, 1996—), muchos creen encontrar los fundamentos pilares del derecho procesal constitucional; lo que puede ser certero, si tenemos en cuenta que en ambos construye y justifica las ventajas que tiene una jurisdicción especial (Tribunal Constitucional) para ejercer la fiscalización del principio de supremacía de la Norma Fundamental.

> Hans Kelsen nació en Praga el 11 de octubre de 1881, fue profesor en las universidades de Viena (1917/1930), Colonia (1930/1933), Ginebra (1933/1940) y Praga. Se destacó en varias facetas, siendo las más fulgurantes, la redacción de la Constitución Austriaca, que lleva implícita la formación del tribunal constitucional. También fue ministro de la Alta Corte Constitucional de Austria.
>
> El positivismo jurídico fue su bandera y lo expresó desde una visión propia en la *Teoría Pura del Derecho*. En 1940 emigró a Estados Unidos, radicándose en el Estado de California, para enseñar en las aulas de sus Universidades.
>
> Murió el 20 de noviembre de 1973 en Berkeley.

Sostenía Kelsen que la mejor garantía jurisdiccional para preservar la Constitución era crear y tener una justicia constitucional; con ella aseguraba el ejercicio del poder y las funciones del Estado.

El problema que pretendía solucionar estaba en la "regularidad" de los actos creadores del derecho, es decir, la legislación. En su pensamiento, disentía con quienes afirmaron que la ley era un acto de creación de derechos; por eso no aceptaba que la ley fuera igual al derecho. Para esta corriente, propia del sistema europeo (de la desconfianza en los jueces), quienes debían realizar con sus actos (administrativos y jurisdiccionales) dichas normas, no creaban nada nuevo, porque simplemente aplicaban lo que otros habían generado.

Se pregunta Eto Cruz:

> ¿Cuál fue la opción que asumió Kelsen cuando elaboró la Constitución austriaca? No fue, por principio, ninguno de los dos modelos; y es que el modelo norteamericano obedecía a circunstancias históricas y políticas distintas a la europea. En principio, el desarrollo

> histórico europeo es harto conocido. Jamás los ardientes revolucionarios franceses iban a otorgar a los jueces facultades de controlar la constitucionalidad de las leyes. La razón, históricamente, era comprensible: los jueces habían sido instrumentos de los reyes en las monarquías absolutas. Se pensaba, entonces, que los jueces, al no ser depositarios de la soberanía (el Parlamento), no podían tener dicha prerrogativa que, en principio, le correspondía al Congreso. Paralelamente a ello, y en el siglo XIX, surgió la teoría de que el Parlamento era la máxima autoridad suprema; es decir, el poder supremo. Así, pues, si el poder supremo es el Parlamento, porque el parlamento es expresión del pueblo, y el pueblo en las democracias es lo máximo que existe como representación, los ideólogos de la época se interrogaban por qué un juez va a declarar que una ley no es aplicable. Esto importaba ir contra una tradición filosófica política. Fue así como el pensamiento europeo se entrampó; pues por un lado se decía que el Parlamento era soberano y hacía lo que quería y, por otro lado, los jueces eran simples autómatas de la ley (recuérdese las famosas palabras de Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes*). Por tanto, los jueces sólo debían aplicar la ley, aun cuando ella pudiera ser inconstitucional. Esto fue, en líneas generales, el gran problema de fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX.[592]

Esta evolución no era cierta —sostenía Kelsen—, toda vez que entre la creación de la ley y su ejecución no hay funciones estatales coordinadas, sino etapas que se articulan sucesivamente a partir de una norma superior, como son las del orden jurídico internacional, sigue con la Constitución, para llegar, en fin, a través de la ley, del reglamento, de la sentencia o del acto administrativo, a la ejecución material de los mismos.

La tesis argumenta que también la sentencia y los actos administrativos son creaciones individuales de derecho, son normas singulares y autónomas que necesitan, como las leyes, de un control o fiscalización. Por eso, la regularidad anunciada se comprende si se observa que, en cada grado, hay una reproducción o aplicación del derecho, y el control no es, sino, una forma de correspondencia entre un grado inferior y otro superior del orden jurídico.

La garantía de la Constitución la encontraba, así, en la forma de vigilar la regularidad de las acciones, de manera que fuera posible el control de constitucionalidad.

Trabaja, entonces, para sostener que la Constitución es la cúspide de la pirámide legislativa, que se va formando en escalones coordinados de actos, reglamentos, resoluciones, sentencias, etc., hasta alcanzar la cima en la Norma Fundamental. Desde arriba se irradia el sistema, y para atender los conflictos eventuales entre el ordenamiento, hay que partir de principios ineludibles:

a) No puede ser controlador de la norma el mismo órgano que las crea.

b) No hay compromiso con la soberanía de los poderes del Estado, porque se persigue la regularidad del sistema y nunca su impunidad.

c) Tampoco se genera un nuevo órgano legislativo, porque el Tribunal Constitucional está pensado para el equilibrio que ofrece la independencia de todo poder.

---

[592] ETO CRUZ, Gerardo, *John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison*, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, *passim*, reproducido en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I (coordinador Eduardo Ferrer Mac Gregor), Porrúa, México, 2002, pp. 21 y ss.

d) La jurisdicción constitucional debe modelarse de acuerdo con las particularidades y necesidades de cada Estado.

e) Se someten a la jurisdicción constitucional todos los actos que tengan forma de leyes, es decir, de disposiciones que por sus alcances puedan comprometer las garantías de la Constitución.

f) Los requisitos para ejercer el control apuntan a la actualidad del conflicto y a la adecuación jerárquica que se enseña en este modelo.

g) Además, la admisión al Tribunal Constitucional, constituye una suerte de garantía de paz política en el Estado.

La consolidación de las propuestas de Kelsen se evidenció especialmente en las Constituciones alemana e italiana, las que siguieron en sus líneas maestras el diseño antes explicado.

Todo esto tiene justificación en el contexto histórico cuando se desenvuelve, que había observado con estupor el fracaso del Tribunal Constitucional de la República de Weimar y el aumento desproporcionado de los poderes del juez ordinario que cotidianamente se oponía a las políticas y leyes del Estado.

Con tal asentamiento, fue lógico que el pensamiento de Kelsen tuviera la acogida que recibió.

Por eso apunta Prieto Sanchís que,

> un aspecto capital de la propuesta kelseniana es la rigurosa exclusión de su esfera de competencia de todo lo que tiene que ver con hechos o intereses concretos, tanto de aquellos que tuvo en cuenta el legislador, como de aquellos otros que contempla el juez ordinario. En palabras de Gascón, "el rasgo definidor del sistema Kelseniano residía en la rigurosa exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez constitucional; su tarea quedaba así rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referencia fáctica, la Constitución y la Ley". Y no es que Kelsen no fuese consciente de que la defensa de los derechos fundamentales hubiera requerido juicios concretos y no abstractos; es que consideraba que un Tribunal respetuoso con el legislador no podía desarrollar un género de actividad que irremediablemente había de interferir en el ámbito de discrecionalidad legislativa.[593]

b) *Piero Calamandrei*

La figura de Piero Calamandrei es fascinante para quienes cultivamos el derecho procesal, y especialmente tiene para lo constitucional en el proceso, un esplendor propio, al ser quien mejor advierte la trascendencia de tener tribunales constitucionales que realizan una función tan importante como la que se encarga.

En efecto, Kelsen se ocupó de mostrar la necesidad de mejorar el modelo para el control de constitucionalidad y su idea fascina al derecho público, particularmente

---

[593] PRIETO SANCHÍS, Luis, "Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico", en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I (coordinado por Eduardo Ferrer Mac Gregor), Porrúa (3ª ed.), México, 2003, pp. 453 y ss.

al político, que encuentra una alteración sustancial en el esquema tradicional de la división de poderes. Por su parte, Calamandrei va a observar el tránsito necesario que se debe recorrer por el derecho procesal, antes que un tribunal constitucional pueda actuar.

Sostenía que para llegar a la Corte Constitucional era ineludible que cualquier cuestión fuera propuesta en el juicio ordinario, porque allí debía originarse el caso constitucional y la decisión a adoptarse. Por eso afirmó que "el juez es llamado a hacer, se podría decir, de portero de la Corte Constitucional; incluso, se podría decir todavía mejor, la Corte Constitucional carece de su puerta grande, y no tiene otra entrada que la modesta puerta de escape representada por el juez. La Corte Constitucional y la administración de la justicia ordinaria viven, por decir así, en simbiosis, sin poder prescindir la una de la otra; si el juez ordinario no abre la puerta, la Corte no puede entrar en función; pero cuando la Corte ha entrado en función, el juez ordinario no puede ya cerrarla, y para poder continuar el propio trabajo, es necesario que espere a que aquélla haya terminado el suyo".

Con afán de síntesis, Calamandrei clasifica los problemas de legitimidad o constitucionalidad siguiendo un temperamento muy útil para el esclarecimiento:

Por el objeto, esto es, por la naturaleza de los vicios que constituyen el objeto del control, el mismo puede distinguirse en "formal" y "material", según que recaiga sobre las irregularidades procedimentales que hayan ocurrido en el procedimiento formativo de la ley, o bien sobre los vicios inherentes al contenido material de la ley, formalmente regular.

Por el órgano que lo ejercita, se puede diferenciar en "judicial" o "autónomo" (se podría decir, también, "difuso" o "concentrado") según que a ejercitarlo sean llamados todos los órganos de la autoridad judicial, o bien un único y especial órgano constitucional, instituido con esta atribución exclusiva y colocado en posición central y preeminente, fuera de cualquier otro orden de órganos.

Por la legitimación de quien puede proponerlo, se puede distinguir entre "incidental o principal", según que pueda proponerse solamente en vía prejudicial por quien es parte en una controversia concreta, en el momento en que se trate de aplicar la ley respecto de la cual se discute la legitimidad, o bien pueda proponerse como tema separado en cuestión de legitimidad de la ley en general, sin esperar que se ofrezca la ocasión de una controversia especial.

Por la extensión de sus efectos, se puede dividir en "general" o "especial", según que la declaración de certeza de la ilegitimidad conduzca a invalidar la ley *erga omnes* y a hacerle perder para siempre su eficacia normativa general y abstracta, o bien que conduzca solamente a negar su aplicación al caso concreto, con efectos limitados al solo caso decidido.

Por la naturaleza de sus efectos se puede distinguir en "declarativo" o "constitutivo", según que el pronunciamiento de ilegitimidad opere como declaración de

certeza retroactiva de una nulidad preexistente (*ex tunc*), o bien como anulación o ineficacia *ex nunc*, que vale para el futuro pero respeto en cuanto al pasado la validez de la ley ilegítima.

Calamandrei nació en Florencia el 21 de abril del año 1889. Se graduó en la Universidad de Pisa en 1912, donde se formó junto a Carlo Lessona. Luego se dirigió a Roma para completar sus estudios. Aquí conoce a Chiovenda. Prontamente se convirtió en catedrático de derecho procesal, lo fue en Messina de 1915 a 1918, y en Modena de 1918 a 1920. Siguió en Siena (1920 a 1924), y culminó en la Universidad de Firenze, de la que fue uno de sus fundadores, hasta su muerte en 1956. También fue Rector de esta Casa en el año 1943, pero fue perseguido por las fuerzas del fascismo obligándolo a abandonar la ciudad, a la que retorna tras la liberación.

Participó en la segunda guerra como oficial voluntario combatiente del 218º Regimiento de Infantería, llegando al cargo de Teniente Coronel. Siendo muy joven adhiere a la *'Unione Nazionale*" de Giovanni Améndola, y suscribe el Manifiesto de los Intelectuales que había redactado Benedetto Croce. También participa en el Consejo de la Orden de los Abogados de Florencia.

Acérrimo defensor de las libertades públicas, en 1922 creó en Florencia con otros destacados demócratas un "Círculo de Cultura" que fue un polo de oposición al fascismo. Fue un político sagaz e impulsivo, actuó en la Asamblea Nacional de 1945 a 1946, y desde 1948 fue miembro de la primera legislatura republicana. Estimuló y fue uno de los autores de la Constitución republicana.

Acompañó ideológicamente a Carlo Furno, Paolo Barile, Vittorio Foa, Norberto Bobbio, entre tantos otros que admiraban su desenvoltura y elegancia en la escritura y el discurso. Sin embargo su temple le jugaba en contra, porque Calamandrei fue de estados de ánimo cambiantes; de miradas penetrantes y severas. Pesimista con el presente que le tocaba vivir y esplendoroso con el mañana que imaginaba. De él podría decirse lo mismo que afirmó al referirse a Chiovenda: "*escribió y enseñó bajo el fascismo sin utilizar jamás la palabra* fascismo*".*

Pero esa imagen se tornaba frágil, casi ensoñadora y melancólica cuando hablaba de arte o literatura. Lo mismo se refleja en sus *Coloquios con Franco,* que ofrece una conversación con su hijo a través de los años, hasta que llega a los doce y ya no reacciona como una criatura sino como alguien reflexivo, adoptando entonces la narración un sentido más profundo. Había fundado la revista literaria "*Il Ponte*", y desde ella ofreció a partir de 1945 a 1957 un lugar de expresiones políticas e intelectuales.

Siempre perseverante, él mismo se reconoce impulsivo, y lo advertimos así cuando le escribe a Enrico Redenti diciéndole que había terminado un artículo que sería publicado en el *liber amicorum* dedicado al amigo, pero que le rogaba tuviera la paciencia de comprenderlo, porque tenía tanto para decir que el artículo, al terminarse, era un libro completo (se refería a la obra "La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil" que para quienes cultivamos el derecho procesal constitucional es un ensayo imperdible). Con esta obra muestra su fervorosa pasión por el derecho y la libertad, reconociendo en ambos una suerte de derecho superconstitucional, que promueve como derecho fundamental de las personas.

Calamandrei murió inesperadamente en 1956 tras una intervención quirúrgica prevista, a la que concurrió después de escribir a su hijo Franco: "*si sarebbe rimesso dopo una breve sosta in hospédale*".

> Desde 1987 en Florencia funciona el "Centro de Estudios Piero Calamandrei", que recuerda su vida y obra, recreando la investigación y trayendo al presente el ejemplo de la mejor pluma (junto a Couture) del derecho procesal. Esta allí, muy cerca de su departamento del Viale dei Della Robbia, donde vivió por tantos años.

En cada uno de los tramos que esquematiza, Calamandrei destacará las particularidades que tienen el acceso al sistema, la legitimación necesaria, los presupuestos y condiciones, la naturaleza de los actos procesales, el modelo de sentencias y el alcance y efectos de la cosa juzgada.

Con ello, sentó las bases del actual derecho procesal constitucional.

c) *Eduardo J. Couture*

La importancia de Couture en este campo se debe al descubrimiento que hace de las garantías constitucionales dentro del proceso civil. De alguna manera es quien incorpora la noción de debido proceso en el campo del derecho procesal constitucional, y también, el que alecciona que "de la Constitución a la ley no debe mediar sino un proceso de desenvolvimiento sistemático. No sólo la ley procesal debe ser fiel intérprete de los principios de la Constitución, sino que su régimen del proceso, y en especial el de la acción, la defensa y la sentencia, sólo pueden ser instituidos por la ley".

En *Las garantías constitucionales del proceso civil* desarrolla la tesis de la acción como derecho cívico, es decir, una manifestación típica del derecho constitucional de peticionar ante las autoridades. Éste sería el género, la acción la especie.

Del mismo tenor considera el derecho a oponer excepciones, porque sostiene que la potestad de defender lo que la ley de la tierra asegura, ante el Juez competente, constituye un juego de garantías procesales de carácter fundamental o cívico, porque ellas incumben a cualquier sujeto de derecho en razón de su calidad de tal.

El famoso *law of the land* es el que origina más tarde el *due process of law*, donde ya no se habla del juicio de los pares y de la ley de la tierra, porque se pasa a considerar un derecho al "debido proceso legal", o de una garantía que involucra el derecho material de la ley preestablecida y el derecho procesal del juez competente.

A partir de estas nociones diseña las necesidades que deben cubrir los actos procesales para dar eficacia y plenitud al derecho de defensa en juicio, para fundamentar en las garantías de acceso, de afirmación y negación, y en el genérico principio de igualdad de las partes, los bastiones necesarios para afirmar un proceso justo.

También se ocupa Couture de las garantías constitucionales de la jurisdicción (juez natural, independiente e imparcial) desde el cual establece también la responsabilidad por la función que se ejerce.

Concluye así diciendo:

> la tesis de que cada uno de los institutos del proceso civil, aun aquellos aparentemente más pequeños, significa el desenvolvimiento de un precepto constitucional, no significa una idea totalmente nueva ni un plan político a desenvolver en el futuro. Significa una elemental apreciación dogmática del derecho vigente y una observación directa de la realidad actual.

Couture nació en Montevideo el 24 de mayo de 1904. Con apenas 25 años asume los riesgos de la cátedra universitaria después de aprobar sobresalientemente su tesis sobre el *Régimen procesal del divorcio por voluntad de la mujer*. Pero sus dotes inigualables se vieron como maestro. Fue un poeta de la ciencia y un visionario de problemas y cuestiones que hasta hoy sorprende con la actualidad de su pensamiento. La trayectoria y destino del proceso podría leerse hoy con la misma visión de entonces. Con la *Comarca y el mundo* nos hace viajar con él; con los *Mandamientos* nos hizo abogados responsables; y cuando trazó paralelos y distancias entre el Proceso y la Constitución, demostró —antes que nadie— que la ciencia no se podía desplazar únicamente en el camino de la técnica, porque las garantías procesales debían fundamentarse en las Normas superiores del Estado.

La obra de Couture que lo lanza con fama internacional fueron los *Fundamentos*, cuya primera edición es de 1942, y traducido en varios idiomas (francés, 1945, portugués, 1946). Con los *Estudios de derecho procesal civil* (1947) se renuevan las enseñanzas y posiciona una serie de ensayos que no han perdido vigencia, al punto que recientemente (2004) se han reeditado en Buenos Aires.

El *Proyecto de Código Procesal Civil* (1945) fue un hito en la ciencia, porque claramente dice que "la redacción de un código no es una obra académica sino una obra política", y como tal debía asentarse en el molde constitucional de su país. Orden, sencillez, eficacia para que haya organización en el procedimiento fueron los puntos de partida que muchos años después se tomaron como líneas fundamentales del "Código Modelo Tipo para Iberoamérica" (aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en el año 1988 en Río de Janeiro).

Murió el 11 de mayo de 1956.

Sostiene Fix Zamudio que estas ideas fueron los pilares para el desarrollo del *derecho constitucional procesal,* recordando que el maestro mexicano diferencia la disciplina del *derecho procesal constitucional*, cuya paternidad le reconoce a Kelsen.

El pensamiento de Couture se encontrará reflejado en Europa en los estudios que concretan Cappelletti, Comoglio y Vigoritti, entre otros.

d) *Mauro Cappelletti*

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 Cappelletti desarrolló con magisterio elocuente.

Sostuvo que la aplicación de la ley 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*.

¿Por qué la figura de Cappelletti es tan trascendente en el derecho procesal constitucional? La explicación tiene distintos fundamentos.

En primer término, es el primero que se ocupa de aspectos distintos como fueron dilucidar la legitimidad de los tribunales constitucionales y la razonabilidad de los poderes que tenía el juez constitucional. De estas observaciones dedujo la necesidad de tener una justicia especializada, porque constituía una función de equilibrio y armonía con los demás poderes del Estado; al mismo tiempo que la jurisprudencia constitucional iba dando progresividad a las garantías y declaraciones que los fallos decían.

En segundo lugar fue quien mejor explicó las adaptaciones que tuvieron los sistemas desde que se crearon, dando cuenta con suma didáctica del modelo americano incidental y concreto, respecto del modelo europeo concentrado y abstracto.

Demostró en la *justicia constitucional* una función integradora de las normas, al mismo tiempo que señaló la preferencia por darle un ministerio de equidad, donde las actividades del juez constitucional pudieran ser indagadas bajo el perfil del fin, de la forma y de la eficacia, tal como antes lo había desarrollado su maestro, Piero Calamandrei.

También es insoslayable la plenitud que tiene su posición respecto a la existencia de una *justicia constitucional supranacional*, en la que destaca que, no obstante las profundas diferencias que existe entre los modelos, hay una potencialidad intrínseca que unifica y delinea la posibilidad de encontrar en el "derecho comunitario" una suerte de "ley superior" (tal como lo había plantado, otrora, Kelsen) que prevalece sobre el derecho interno.

Finalmente, presenta las garantías que dan operatividad al mecanismo, llamándolo *jurisdiccional internacional de las libertades*, entendidas como aquellas formas especiales de recurso y de procedimiento jurisdiccional que tienen por objeto específico la protección individual de los derechos fundamentales del hombre, o contra actividades del poder público lesivas de tales derechos.

> 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 avi-

zora 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.

En suma, en el pensamiento de Cappelletti existen tres sectores bien diferenciados: 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.

e) *Héctor Fix Zamudio*

El maestro Fix, como se lo conoce con afecto y estima por todos quienes tienen y tuvimos la suerte de conocerlo, comenzó sus pasos en esta disciplina por la admiración que profesaba a Piero Calamandrei.

Seguramente impulsado por su tutor de investigaciones, don Niceto Alcalá Zamora y Castillo, se habría introducido en la abundante bibliografía procesal y política —también literaria— del maestro florentino; y en 1956 escribe "*La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional*".

Son sus primeros trabajos como jurista, y con clarividencia señalaba por entonces la existencia de un derecho procesal constitucional y un proceso constitucional.

Dice Ferrer Mac-Gregor:

> Así, el joven jurista influenciado por el procesalismo científico contemporáneo, emprende el análisis de a aportación al derecho procesal constitucional del recién desaparecido maestro de Florencia, mediante el estudio cuidadoso y riguroso del recurso constitucional italiano y sus puntos de contacto con el juicio de amparo mexicano. Destaca la importante obra de Calamandrei, publicada en 1950, estimando que ésta significa para el estudio del proceso constitucional, lo que para el proceso civil significó la famosa lección inaugural de Chiovenda: *La acción en el sistema de los derechos*, pronunciada en la Universidad de Bolonia en 1903 [...].[594]

Sus desvelos primeros estuvieron en el juicio de amparo mexicano, al desprenderlo de lecturas constitucionales para emplazarlo en el campo de la ciencia procesal; comprendió como pocos la importancia de la *teoría de la acción* en los procesos constitucionales, y quizás por eso no haya criticado nuestra idea acerca de que entre los contenidos del derecho procesal constitucional se encuentra este desarrollo teórico que abandona, así, la trilogía estructural tan mentada.

Al explicar la división que propone, sostiene que el *derecho constitucional procesal* tiene como destino resolver las instituciones procesales que están dentro de la

---

[594] FERRER MAC-GREGOR, "Aportaciones de Héctor Fix Zamudio al derecho procesal constitucional", en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I (coordinador Eduardo Ferrer Mac Gregor), cit., pp. 23 y ss.

Constitución y que, siendo de típica raigambre técnica son elevadas por el constituyente al grado de garantías; y un *derecho procesal constitucional* que se dedica al estudio dogmático teórico, sistematizado, del examen de los órganos y de los procedimientos para resolver el problema de los actos de constitucionalidad y del control jurisdiccional de la actividad administrativa.

Sección 2ª Los procesos constitucionales

110. Conceptos generales

110.1. Todos los procesos constitucionales llevan como finalidad ofrecer una vía de protección a los derechos fundamentales del hombre que se encuentran afectados. Este encuadre no se restringe a la dimensión de los intereses personales porque admite dispensar la herramienta pertinente a otro tipo de intereses *supra* individuales, como los colectivos, difusos y aun los que representan un sector corporativo.

Recordemos que cuando se habla de protección constitucional de las libertades se pretende actuar en dos sectores: uno destinado a salvaguardar el principio de supremacía de las Normas Fundamentales, y otro aplicado directamente al conflicto constitucional donde la atención se centraliza en la persona.

Ferrer Mac Gregor, explicando la sistemática de Cappelletti y Fix Zamudio, interpreta que el derecho procesal constitucional puede dividirse en cuatro sectores bien diferenciados:

> a) *Derecho procesal constitucional de las libertades*, que comprende el estudio de aquellos instrumentos consagrados en los textos fundamentales para la protección de los derechos humanos, es decir, para tutelar la parte dogmática de la Constitución; b) *Derecho procesal constitucional orgánico*, que se encarga del análisis de los procesos y procedimientos para proteger las atribuciones y competencias constitucionales de los órganos y poderes del Estado; c) *Derecho procesal constitucional transnacional,* que comprende el análisis de la protección de ciertos instrumentos internacionales que previamente han sido reconocidos y aceptados por los Estados, y el reconocimiento por parte de éstos de auténticas jurisdicciones para la protección de los derechos humanos…; d) *Derecho procesal constitucional local,* que ha tenido cierto desarrollo en los países de régimen federal o provincial, de tal suerte que comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger las constituciones, ordenamientos o estatutos de los Estados, provincias o comunidades autónomas.[595]

110.2. Es evidente, entonces, que el modelo constitucional incide directamente en la implementación de los procedimientos de tutela, porque en un sistema difuso, donde la actuación de los jueces es amplia y sin demasiadas limitaciones, el control lo ejercen todos quienes tienen jurisdicción y en cualquier tipo de proceso; en cam-

---

[595] FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, pp. 14 y ss.

bio, en el sistema concentrado, el instrumento de revisión está diseñado especialmente para actuar ante el Tribunal Constitucional.

Es cierto también que Latinoamérica, al combinar los modelos y generar un tipo especial para el examen de constitucionalidad, ha provocado procesos que son puntualmente aplicados para la defensa de los derechos y garantías, como resultan el amparo y el *habeas corpus*, e inclusive, la misma acción de inconstitucionalidad.

De todos modos, cada una de estas características ya se han explicado, de manera que el objeto de este capítulo se restringe a mostrar cómo cada proceso constitucional tiene un objeto especial donde el juez enfoca la dimensión de los hechos sin poder alterar las reglas generales observadas en el capítulo anterior, porque, por vía de principio, los procesos constitucionales no son una lucha entre partes, sino mecanismos destinados, simultáneamente, a resolver los dos espacios antes señalados: lograr el respeto y aplicación de los derechos constitucionales alterados, y que se haga efectivo el principio de supremacía de la Norma Fundamental.

110.3. Hay casos que la generalización del conflicto moviliza una suerte de asociación de intereses afectados, dando lugar a los procesos colectivos que comienzan a tener un espacio propio en América, a cuyo fin podemos señalar la actuación pionera de Colombia y Brasil con las acciones populares. En ellos, la variedad y número de actores no altera la actuación procesal (más allá de la incidencia sobre la legitimación y la cosa juzgada), porque en los hechos, adapta su fisonomía a un mecanismo propio.

En síntesis, los procesos constitucionales responden a una consigna universal que afianza los derechos humanos, eludiendo el marco procesal que restringe la identificación de los procedimientos judiciales como lucha entre partes donde la verdad se obtiene merced al esfuerzo probatorio de quien afirma.

No se trata en aquellos de obtener una victoria a costa del vencimiento, sino de resolver con la Constitución y demás derechos contenidos o no en ella, pero que apuntalan y preservan los derechos del hombre.

111. Clasificación de los procesos constitucionales

111.1. Siempre teniendo en cuenta el modelo constitucional al que cada Estado adscribe, se pueden trazar algunas líneas comunes en la caracterización de los procesos constitucionales.

Nosotros hemos de hacerlo siguiendo el objeto que persiguen, de este modo hay tres sectores de atención:

a) Los que tienen como finalidad asegurar el principio de la supremacía constitucional;

b) Los que garantizan los derechos y garantías individuales

c) Los que tutelan y protegen los derechos colectivos y difusos mediante las llamadas acciones colectivas.

111.2. Inclusive podría haber un cuarto sector en los mecanismos de protección transnacional de los derechos humanos, pero nos parece que ellos se adaptan mejor

al sistema donde actúan, admitiendo que constituyen una aplicación específica del *derecho procesal transnacional* (es decir, que tienen reglas diferentes a las del debido proceso constitucional, que hemos bosquejado a través de esta introducción al derecho procesal constitucional).

111.3. En el primer grupo se encuentran las acciones de inconstitucionalidad, sean *directas* (demanda de inconstitucionalidad; acción declarativa de certeza) o *indirectas* (excepción de inconstitucionalidad). En estas actuaciones no se trata propiamente de un proceso constitucional, salvo en los casos de control concentrado, porque en los sistemas difusos (Argentina y Estados Unidos de América) el objeto central resuelve la aplicación o inaplicación de la norma en el caso concreto. De todos modos, los requisitos particulares y las funciones del juez permiten observar estas actuaciones dentro del capítulo.

En el grupo siguiente están el amparo (también conocido como mandamiento de seguridad, recurso de protección, acción de tutela, etc.), el *habeas corpus*, la protección de datos personales (*habeas data*), las acciones de cumplimiento, entre otras.

Finalmente tenemos las acciones colectivas, conforme se describen más adelante.

112. El proceso constitucional de amparo

112.1. En el derecho comparado el amparo es un proceso destinado a proteger los derechos y libertades de las personas físicas.

Etimológicamente amparar es tutelar, o valerse del apoyo de alguien o de algo para lograr cierta protección. Además, amparar viene del latín "*anteparare*" que significa prevenir, lo cual en conjunto, suponen encontrar un remedio para el acto lesivo, y una prevención contra la amenaza.

El amparo puede tener dos lecturas: como derecho inalienable de las personas, que lo conservan aun en situaciones de emergencia suprema; y como garantía procesal destinada a dar un procedimiento para reclamar contra el perjuicio o afectación sufrido.

En el primer caso se habla de un "derecho de amparo", que suele llamarse *derecho a la tutela judicial efectiva*. En el restante, se encuentra el proceso constitucional de amparo con sus reglas y características.

112.2. Por supuesto que el sistema procesal obra determinante para esclarecer cuanto puede servir la herramienta en un sistema constitucional difuso respecto de los mecanismos jurisdiccionales concentrados. Si bien, los dos mantienen la noción de "garantía constitucional", en unos la protección llega desde los jueces ordinarios, mientras que en el otro se confía la actuación a las magistraturas constitucionales.

En nuestro "*Derecho Procesal Constitucional – Amparo*", sostuvimos que la protección del amparo se dirige hacia derechos fundamentales, sin importar si ellos están constitucionalizados (es decir, incorporados en las declaraciones y garantías de una Carta Superior), o provienen de derechos implícitos o impuestos por instrumentos de tutela *supra* estatal. La defensa se instrumenta a partir de los ordenamientos procesales, de modo tal que

resulta necesario diferenciar, al amparo como garantía procesal de los derechos humanos, del "derecho al amparo" que pertenece a toda persona que requiere la asistencia legal de sus derechos por medio de un recurso rápido y efectivo.

Esta distinción es necesaria para evitar que el amparo continúe siendo visto como un proceso excepcional y extraordinario, pues la esencia de su mensaje es la protección inmediata (amparar) y efectiva, contra cualquier amenaza o lesión a un derecho fundamental. La continuidad del amparo-proceso sirve como excusa para evitar el juzgamiento, mientras que el derecho al amparo logra asegurar ese cauce mencionado para la tutela efectiva de los derechos humanos.[596]

La diferencia no es baladí porque significa abonar con la técnica procedimientos bien diferentes. Además, el piso donde asientan los modelos no se asemeja, toda vez que la confianza en los jueces nutre la distinción; obsérvese que el art. 123 de la Constitución Española otorga jurisdicción al Tribunal Supremo, menos en lo dispuesto en materia de garantías constitucionales; en cambio, el amparo constitucional del sistema difuso es eminentemente jurisdiccional, pudiéndose hablar, inclusive, de una función judicial específica del Juez Constitucional.

112.3. En Argentina el artículo 43 de la Constitución Nacional, creado después de la reforma del año 1994, trajo un cambio fundamental en el tratamiento del tradicional proceso de amparo. Se abandonó la figura procesal para constituirse en un "derecho" o "garantía" específico, cuya principal concreción fue instalar el derecho al amparo.

La modificación es gravitante en la medida que a continuación de la creación pretoriana de los casos "Siri" (amparo contra actos de la autoridad pública) y "Kot" (amparo contra actos de particulares), el desarrollo fue lento y progresivo hasta consolidar la ley 16.986 un sistema auténticamente obstructivo que anuló las posibilidades que el amparo, como garantía constitucional, ofrecía. Ahora, el llamado que hace el art. 43 citado permite tener un proceso rápido, sencillo y eficaz, a tono con lo dispuesto en varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que supone consolidar el derecho a la anticipada "tutela judicial efectiva".

Vale repetir que es muy distinta la situación en países que tienen tribunales constitucionales, respecto a los que extienden a todos los jueces el control de constitucionalidad. En los primeros, el amparo tiende a limitarse para evitar el desborde de causas, pero coexisten otras vías o remedios para lograr la actuación fiscalizadora. Mientras que, en los sistemas difusos, el amparo convive con otros mecanismos jurisdiccionales que no resuelven plenamente su condición de procesos constitucionales, de forma tal que se interpretan bajo el concierto de las reglas comunes que, habitualmente, confunde la finalidad perseguida y anulan ostensiblemente la defensa constitucional de los derechos.

112.4. El proceso de amparo reconoce dos formas tradicionales de actuación que dependen de las libertades que se otorguen a los jueces para actuar en ellos, y del sistema procesal establecido para su trámite.

---

[596] GOZAÍNI, *Derecho Procesal Constitucional - Amparo,* cit., pp. 245 y ss.

Por un lado radica el modelo mexicano, de formulación amplia y contenido abarcador, por el cual se conjugan una variedad de formas procesales específicas y autónomas que determinan particularidades que no pueden comprenderse si no es por conducto de un análisis particular.

Anidan en el cuadrante de protección del sistema cinco funciones, a saber:

1. La tutela de la libertad personal;
2. La declaración de inconstitucionalidad de leyes;
3. Como medio de impugnación contra las sentencias judiciales;
4. Como reclamo administrativo, y
5. Como protector de los derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de la reforma agraria.

112.5. Por otro camino transita un modelo más acotado, que lo reserva como herramienta suplementaria o subsidiaria de los procedimientos comunes —administrativos o jurisdiccionales-. Es el sistema que tenía Argentina con la Ley 16.986.

El punto que los diferencia es la posibilidad jurídica de actuar el derecho de amparo; mientras unos lo asumen como instrumento específico y principal; otros le asignan carácter extraordinario y de excepción.

Por su lado Argentina establece las siguientes coberturas para el proceso de amparo y son:

a) Amparo contra actos u omisiones de autoridades públicas.

b) Amparo contra actos u omisiones de particulares.

c) Amparo contra la inconstitucionalidad de las leyes.

d) Amparos especiales según se trate de "cualquier forma de discriminación", "protección del ambiente", "derechos de la competencia", "derechos del usuario y consumidor".

e) Amparo colectivo, para los derechos de incidencia general que se encuentren afectados (derechos de pertenencia difusa).

f) Habeas Data.

g) Habeas Corpus.

112.6. El sistema incorporado guarda cierta semejanza con los amparos españoles, divididos en *a) ordinarios; b) constitucional, y c) internacional.*

Son *amparos ordinarios*, los comprendidos en la actividad jurisdiccional que tutelan los derechos fundamentales a través de procesos especialmente diseñados para ello.

Sin resultar un catálogo enumerativo pueden señalarse dentro del tipo:

a) El proceso de amparo civil ordinario, donde se cuentan el proceso de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y el proceso para hacer efectivo el derecho de rectificación.

b) El proceso de amparo penal ordinario, previsto para la conservación de las garantías en el procedimiento punitivo; y el *habeas corpus*.

c) El proceso de amparo administrativo ordinario, regulado en la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de las Personas; y el amparo electoral.

d) El proceso de amparo laboral ordinario, donde se protege la libertad sindical.

112.7. El *amparo constitucional* queda reservado para el control de la constitucionalidad de las leyes que, como es sabido, en España lo realiza el Tribunal Constitucional.

a) *Naturaleza jurídica del amparo*[597]

El amparo se define entre varias categorías. Puede ser un recurso, remedio, petición, acción, juicio, derecho, pretensión o proceso. En todos los casos se lo estudia como una garantía procesal, pero el *nomen juris* no está esclarecido. ¿Resulta importante? Creemos que sí.

La distinción es trascendente para saber, por ejemplo, si los motivos para rechazar el amparo *in límine litis*, son procesales, sustanciales o constitucionales; o bien, para resolver que tipo de intereses se defienden, y el rol operativo que ha de desarrollar el Estado en el conflicto; o en su caso, para decidir qué pretensiones pueden argumentarse, etc.

A través de las leyes se comprueba que el abordaje normativo siempre ha sido reglamentario de un derecho judicial. Esto significó establecer reglas y principios para el procedimiento, que tuvieron como pauta elaborar técnicas restrictivas que dejaron al amparo como un proceso absolutamente residual y contingente.

La doctrina acepta la división que interpreta al amparo: *a)* como recurso o medio de impugnación, tal como se conoce en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio; *b)* como *interdicto posesorio*, de conformidad con sus antecedentes coloniales cuando servía para proteger las tierras de las comunidades aborígenes de la voracidad y codicia invasora; *c)* funciona, también, como instrumento garantista, "para la protección de los derechos humanos", trascendiendo al marco legal o constitucional que pueda incorporarlo.

> En México, seguramente el país cuna de esta institución, las competencias del amparo, como la figura misma, son acervo constitucional.
>
> En el capítulo referido al Poder Judicial, los artículos 103 y 107 (este último de gran minuciosidad) establecen los lineamientos esenciales, imponiendo a los tribunales de la federación que resuelvan toda controversia que se suscite: "I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales, II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados, y III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal" (art. 103, Constitución Política).
>
> Sucesivas leyes reglamentaron el instituto hasta dotarlo de tal complejidad estructural que, positivamente, ocupa un nutrido conjunto de situaciones que en algunos países se orquestan a través de herramientas procesales específicas.

Otras legislaciones infraconstitucionales crean el amparo por leyes, lo cual no lo priva de ser un proceso constitucional.

La inclusión en una carta fundamental tiene suma importancia pues le otorga un carácter distinto al de simple reglamento. Se instala como un derecho operativo que puede funcionar inmediatamente.

---

[597] *Cfr.* GOZAÍNI, *Derecho Procesal Constitucional - Amparo*, cit., pp. 256 y ss.

Sin embargo, suele suceder que esta previsión no resulte bastante para dotar de eficacia y celeridad al amparo. La necesidad de agotar los trámites ordinarios constituye una valla insuperable.

Como se advierte, la seguridad que el amparo propicia puede quebrarse si el instrumento procesal es deficitario.

Por eso, es preciso traer a colación el paradigma de la rapidez que aspira concretar el nuevo sistema amparista.

El recurso sencillo y rápido a que aluden las convenciones internacionales depende, en gran medida, de lo que el derecho procesal presente, y a su través, pueda orquestarse la debida protección que se persigue.

No olvidemos que la promesa esencial del amparo-proceso consiste en habilitar una vía contenciosa que haga justiciable a la misma Constitución, tanto en los derechos que otorga como pilares para los derechos del hombre, como por la idea de lograr que ella misma se supere con la evolución de la sociedad.

Puntualmente, Cascajo Castro y Gimeno Sendra, han dicho que:

> para esta tarea señalada, quizás ayude la superación de aquellas tesis, tan arraigadas aún, que directa o indirectamente se traducen en la desvalorización normativa de la Constitución, o las que entienden la interpretación de la ley como una mera operación pasiva, lógica, y por tanto, objetiva e ideológicamente aséptica, dentro del más estricto acatamiento al dogma de la separación de poderes. Porqué es necesario tomar conciencia de que el establecimiento de una jurisdicción constitucional cambia de sesgo, indudablemente, la implacable dialéctica del derecho constitucional que impedía reducirlo, dado su marcado carácter político, a un conjunto de imperativos jurídicos. Y porque quizás conviene recordar, frente a un escrupuloso y superado entendimiento formal del principio de separación de poderes como organización fija de las competencias estatales, que el fin último y sustancial del citado principio liberal no es otro que la garantía del individuo frente a los actos que exceden los límites establecidos a los poderes públicos.[598]

b) *El amparo como proceso*

El amparo es antes que un remedio procesal, una garantía concreta para los derechos del hombre. Su tipo es abstracto, es decir, no necesita concretar la demanda para resolver su protección. Por eso, el amparo es también, al mismo tiempo, una figura preventiva.

La acción de amparo procede cuando, aun existiendo otros medios legales ordinarios, ellos no reporten la seguridad que para los derechos se necesitan, de forma tal que una actuación condicionada a ese tránsito puede ocasionar un grave e irreparable daño.

La urgencia no es el único argumento para la procedencia directa del amparo, porqué la reforma constitucional, como hemos dicho anteriormente, ingresó en el artículo 43 un derecho tutelar nuevo que no es, específicamente, el juicio de amparo, sino el "derecho a tener un proceso rápido y expedito" cuando no exista una vía

---

[598] CASCAJO CASTRO, José L., GIMENO SENDRA, Vicente, *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 99.

judicial más idónea. El proceso de amparo se convierte así en la auténtica garantía procesal.

El mecanismo del amparo responde a la necesidad de salvaguardar los derechos consagrados en la Constitución Nacional argentina, en aquellos casos en que no existe una vía apta para ese objeto, sin que ello importe alterar las instituciones vigentes ni extender la jurisdicción legal o constitucional de los jueces, y sin olvidar que la propia índole de la acción sólo hace que proceda en situaciones de imprescindible necesidad de ejercerla, máxime cuando se presenta la posibilidad de intervención del Poder Judicial en actos que competen a la Administración Pública, cuando se trate de accionar contra actos de esa autoridad.

En la Constitución Política de Colombia, el art. 86 reglamenta la "acción de Tutela" señalando que:

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

Por su parte, la Ley de la jurisdicción constitucional de Costa Rica — Ley 7135 de 11 de octubre de 1989, en el Título III — Del recurso de amparo dice:

> Del amparo contra órganos o servidores públicos: Art. 29.— El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esta Ley, salvo los protegidos por el de *habeas corpus*. Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos. El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.

La acción de amparo constitucional inserta en la Constitución Política de la República del Ecuador (1998) sostiene en el art. 95 que:

> Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión

o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.

También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles.

El juez convocará de inmediato a las partes, para oírlas en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional.

La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública.

No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho.

En las reglamentaciones que preceden se puede observar la forma como se dispone en leyes y cartas fundamentales el amparo. Algunos, decididamente, establecen las formas del proceso, otras simplemente enuncian el acto lesivo contra el cual se admite la vía.

En Argentina esta distinción surge al confrontar el art. 321, inciso 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con el art. 43 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1º de la ley 16.986, en lo que se muestra un paralelismo absoluto entre el proceso sumarísimo y el amparo.

Esta similitud nos lleva a investigar si dicha simetría es solo en el procedimiento o también apunta a los motivos que habilitan el trámite urgente.

En el amparo son tres las condiciones exigidas para su procedencia: *a)* violación o amenaza del algún precepto reconocido por la Constitución; *b)* ilegalidad o arbitrariedad clara y manifiesta del acto lesivo y *c)* inexistencia de otro remedio legal o posibilidad de inferir un daño grave o irreparable si se desviara la reclamación a los procedimientos comunes.

Por su parte, estos requisitos son necesarios para asignar la vía sumarísima cuando la denuncia constitucional proviene de actos de particulares, sin importar las otras situaciones.

La norma procesal no prevé un plazo de caducidad para deducir la pretensión, como lo hacen las leyes que regulan el amparo; lo que no impide apreciar en la inmediatez con que se formule el reclamo la urgencia que permita y justifique la senda procedimental.

Lo mismo sucede con la competencia, donde pueden suscitarse opiniones diversas. En el sentido, puede ser aplicable el art. 5 inciso 3º del Código Procesal citado; en otro, se podría extender por analogía el art. 4 de la Ley 16.986.

Por su parte, resulta de uso el art. 337, tanto como en su ámbito el art. 3 de la ley de amparo, de manera que la demanda puede rechazarse "*in limine*".

La legitimación procesal tiene características propias que corresponden a la acreditación del derecho subjetivo cercenado, no siendo posible extender el carácter de parte a terceros que tengan igual interés pero sin resultar "afectados" por el acto u omisión.

Asimismo, la legitimación pasiva relaciona el amparo a una autoridad pública o al acto de persona privada, y en el proceso sumarísimo a un particular debidamente identificado.

Respecto al proceso, en sí mismo, conviene apuntar que el amparo remite a las normas procesales en todo cuanto no estuviere legislado; y el art. 498 párrafo primero dispone que el trámite sumarísimo se ajustará a lo establecido para el proceso ordinario, con las modificaciones que seguidamente indica.

La supletoriedad anunciada merece algunos reparos que se motivan en la compatibilidad del proceso sumario con la urgencia que caracteriza el procedimiento en estudio.

En definitiva, la forma de sustanciar el amparo suele encontrar diversidades según el acto lesivo que se considere.

113. El proceso constitucional de *habeas corpus*

113.1. El párrafo final del artículo 43 constitucional (Argentina) dispone:

> Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

La inclusión constitucional de aspectos antes contemplados en la Ley 23.098, como son la corrección de arrestos ilegítimos, amenazas contra la libertad concreta o solapada, y la seguridad carcelaria; tanto como la incorporación de la desaparición forzada de personas, determinan el nuevo contenido del *habeas corpus*.

Pero también se adecuan otras modalidades referidas al procedimiento, como la legitimación para actuar y el principio de celeridad ("el juez resolverá de inmediato").

113.2. Decimos adecuación pues no olvidemos que el actual emplazamiento del derecho al amparo esta encolumnado tras la carta fundamental, leyes y tratados.

De estos últimos, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre establece que "nadie puede ser arrestado, detenido, ni exiliado arbitrariamente" (art. 9).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9.4 declara que "toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un Tribunal a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal".

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, por su parte expresa que "todo individuo que haya sido privado de su libertad, tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad" (art.25, párrafo final).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 7 inciso 6 signa el mismo criterio, diciendo que

> toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Cada una de estas disposiciones armoniza la vigencia operativa de la libertad individual de las personas, a su vez, correspondidas en los artículos 18 y 23 de la Constitución Nacional.

113.3. De acuerdo con la fisonomía acordada, y la interrelación que surge de las normas dispuestas, el *habeas corpus* aparece regulado en tres dimensiones distintas: *a)* como derecho de amparo contra la libertad personal; *b)* como garantía específica a través del remedio de *habeas corpus*; y *c)* como instrumento de la tutela diferenciada que determina el tipo procedimental a regir y su compostura con las reglas del proceso debido.

El norte esencial lo marca la Constitución Nacional y, en escala descendente, los pactos y convenciones relacionados con la materia, la ley reglamentaria que perdura y la jurisprudencia internacional y local que interpreta las cláusulas de cada cuerpo normativo.

No obstante, es menester señalar que la regulación dispuesta podría diferir en el sistema federativo que orquesta nuestro país, al permitir ordenaciones particulares que pueden ampliar la extensión tuitiva pero nunca restringirla.

Así lo indicó la última parte del artículo 1 de la Ley 23.098: "No obstará a la aplicación de las Constituciones de provincia o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan m s eficiente protección de los derechos a que se refiere esta ley".[599]

---

[599] SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Habeas corpus*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 123.

113.4. La entronización de la libertad como derecho esencial de la persona que no podrá alterarse ni aun en estado de sitio, tiene para el derecho nacional una consecuencia trascendente porque cambia el sentido jerárquico de las normas.

Ya no ha de buscarse la garantía en el contenido implícito de los artículos 18 o 33, sino en el nivel expreso previsto especialmente por el 43 párrafo final.

Ubicar en el tramo de las pertenencias del amparo a la garantía que el *habeas corpus* promete, significa admitir que la libertad física tiene una consideración axiológica que pondera en primer lugar este derecho.

Pero como se adiciona a este enclave la dimensión tuitiva que proviene de los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos, la importancia es mayor, al generar un sistema de armonías que no podrá vulnerarse por razones de oportunidad o conveniencia.

Un ejemplo de ello lo darían las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en la especie, han sostenido que el *habeas corpus* es un proceso constitucional que actuando como garantía de la libertad no puede suspenderse en tiempo alguno.

113.5. El eslabón creado es muy sólido y fomenta el precepto creativo de una estructura normativa desde la Constitución y para la Constitución. Se motivan elementos para un auténtico código de garantías y para el correcto emplazamiento y función de la justicia.

Esta operatividad directa de los "nuevos derechos y garantías", que no necesita de leyes reglamentarias más que para esclarecer el ámbito donde y cómo han de desarrollarse, instala acumulativamente la experiencia histórica del instituto, la razón de obrar en situaciones de emergencia, y la aceptación proveniente de culturas distintas que tienen a la libertad, la vida y el derecho a la integridad física reunidos en torno de la misma prioridad.

La unión entre el amparo "como género" y el *habeas corpus*, proyectado desde la garantía constitucional del art. 43, tiene afinidad con la naturaleza que persigue la tutela, esto es, obtener de un juez competente el reconocimiento pleno de un derecho o garantía violado o amenazado por la autoridad pública o un sujeto particular.

Entre ambos procedimientos no hay mas especialidad que la dimanante del bien litigioso tutelado;[600] pero en la tónica de las respectivas pretensiones, mientras el amparo previsto en el párrafo primero piensa en la protección de los derechos y garantías en general, incluida la libertad en sus vertientes diversas, el párrafo final concreta las correspondientes al *habeas corpus* como garantía y como procedimiento.

113.6. La importancia de prolongar la tutela de la libertad individual dentro del espacio asignado al derecho de amparo es grato y prometedor, que duda cabe; pero tiene inconvenientes de orden ritual o adjetivo.

---

[600] BERTOLINO, Pedro, *Habeas corpus*, en "Tutela procesal de las libertades fundamentales", Platense, 1988, pp. 105 y ss.

En efecto, cuando se habla del principio de incanjeabilidad en materia de recursos, se sostiene que no es posible incoar una vía bajo el nombre y fundamentos de la que a otra corresponde (*v.gr.:* recurso extraordinario de inconstitucionalidad, en lugar del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley), circunstancia que podría aplicarse al *sub lite* y, de hecho, ya ocurre, es decir, planteado como recurso o acción de amparo, el *habeas corpus* puede rechazarse por errónea presentación.

Por eso resulta aconsejable dar cierta autonomía al "*habeas corpus* proceso", y constatar como funcionan en cada una de sus posibilidades típicas y atípicas.

Es al decir de Sagüés, una visión más concreta y realista del *habeas corpus*, pues su finalidad principal es tutelar preventiva y reparativamente, la libertad corporal o física, y lo íntimamente ligado a tal derecho.[601]

> Por eso, agrega, consecuentemente, en el ámbito de la ley argentina de amparo, rigen como reglas supletorias primero los respectivos códigos procesales, según el fuero donde se haya radicado el amparo, y después la Ley 23.098 de *habeas corpus*. Sin embargo, como esa normatividad subsidiaria no se aplica automáticamente, sino que hay que adaptarla y adecuarla en función del instituto de la acción de amparo, es muy posible que las prescripciones de *habeas corpus*, dada su intrínseca similitud con el amparo, sean de vez en cuando mas propias que las del código procesal respectivas.

A su vez, en otras ocasiones, la Ley 16.986 viene a presentarse como material subsidiario próximo para los puntos no contemplados en la Ley 23.098, que guarda silencio en cuanto a las normas supletorias de ella.[602]

113.7. El segundo orden que manifiesta el fenómeno constitucional muestra al *habeas corpus* en terreno de los procesos de protección de los derechos del hombre. Es la "garantía específica" que tiene el individuo para proteger su derecho a la libertad, y, en su caso, a la defensa en juicio por medio de un proceso justo, equitativo e igualitario.

Es una garantía instrumental, es cierto, pero bosquejada en trazos genéricos que no admite interpretaciones disímiles que la desvirtúe, sea por legislaciones locales o en la disquisición que adopte una jurisprudencia determinada.

La localización otorgada sugiere su compromiso garantista como "derecho subjetivo público" a la libertad, pero ésta asume connotaciones distintas, de modo tal que debemos acertar sobre cuáles son estos destinos protegidos.

Originariamente, el *habeas corpus* fue un remedio contra las detenciones arbitrarias propiciando que, a través de un juez competente, se dispusiera el tratamiento inmediato de las causas de enjuiciamiento y las posibilidades de libertad del arrestado.

Posteriormente, la vía fue encontrando ampliaciones que, si bien no se relacionaban directamente con la persona detenida sin causa legítima, sufría en cambio un acto lesivo o estaba amenazado en su libertad ambulatoria.

---

601 Ob. cit., p. 151.

602 SAGÜÉS, ob. cit., p. 152.

Las formas de amenaza también se incrementaron, y desde las perturbaciones, hostigamientos, presiones de todo tipo, se encontraron otras formas de acceder al proceso sin tener directamente alterada la libertad individual.

Ya en el campo de la detención propiamente dicha, el *habeas corpus* se ocupó de la forma como era cumplida la pena, tolerando su instauración en situaciones de trato carcelario, traslados impertinentes, o para resolver rápidamente una libertad dispuesta por autoridad legalmente habilitada para ello.

113.8. El análisis confrontado de la evolución con los motivos redactados en el artículo 43, señalan la correspondencia advertida, es decir, la admisión del *habeas corpus* por las siguientes razones:

a) Libertad física lesionada, restringida, alterada o amenazada (detención ilegal o posibilidad de perder la libertad ambulatoria);

b) Desaparición forzada de personas, por autoridades o individuos desconocidos y, obviamente, sin causa sabida por medios fehacientes;

c) Condiciones carcelarias justas y apropiadas con la garantía del párrafo final del artículo 18 de la Constitución en cuanto refiere a que "…las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos mas allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

d) Garantías procesales vinculadas con los incisos detallados precedentemente, en cuanto refiera al debido proceso, o a la rapidez y expeditividad con que debe resolverse cualquier situación relacionada con las personas privadas de su libertad.

113.9. La versión más difundida del *habeas corpus* de Argentina, encuentra recepción en el artículo 18 constitucional que expresa: "nadie puede ser…arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente".

La Ley 23.098 que reglamentó la tutela refiere a la limitación de la libertad ambulatoria, estableciendo diferencias que en la reforma constitucional no se han esclarecido.

No obstante, no siendo motivo de análisis el tema en particular, nos corresponde indicar que prima en la cuestión el criterio de flexibilidad que admite la deducción de la garantía contra cualquier acto de restricción o amenaza de la libertad que no provenga de orden emitida por autoridad jurisdiccional competente.

La libertad física que preserva el artículo 43 admite todas las formas indicadas en materia de amparo ordinario, por lo que el objeto del proceso, además de constituirse en la herramienta constitucional por excelencia, es la determinación por parte de un juez o tribunal —natural— sobre las causas legales que originan la privación —potencial o concreta— de libertad de una persona.

Al juez ha de solicitarse la verificación de los principios de legalidad en el arresto y las causas que tipificaron el motivo de la detención.

La orden de respetar el "derecho a la libertad" corporal se dirige a la autoridad pública y a los particulares; mientras que el "derecho de libertad", es la forma técnica

como se desplaza el garantismo, de manera que constituye, asimismo, un derecho a la seguridad, a la vida y a la integridad corporal.[603]

La idea de monopolizar en la jurisdicción las únicas órdenes legítimas que autoricen la detención de personas es motivo de atención particular, en un tiempo que se muestra menesteroso con la legalidad para obrar de todas las autoridades, que se mueven en una dimensión diferente a la relación ciudadano-Estado, para auspiciar el binomio gobernados-Poder, logrando de esta modo desplazar el equilibrio republicano.

Asistimos, así, todavía, a la constatación de privaciones de libertad por clausuras de negocios a causa de infracciones —no delitos— tributarias; a los arrestos inusitados de personas por faltas o contravenciones a la ley de tránsito; a la detención o demora de individuos sospechados de portar enfermedades infecto contagiosas; a la permanencia de ciertos edictos policiales que reprendían tiempos atrás, la vagancia, la ebriedad o la trata de blancas, etc.

113.10. La desaparición forzada de personas como causal que permite el *habeas corpus* trasunta la preocupación por un tiempo que no se olvida y que no es propio de nuestras desinteligencias, sino de toda América Latina en una desgraciada época que tiende a superarse.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción tiene reconocida nuestro país, ha sentenciado varias causas vinculadas con la problemática, donde se esfuerza en destacar dos obligaciones básicas en los Estados. Una implica el abstencionismo del Poder como autolimitación en sus poderes omnímodos, cuya inteligencia se desprende del considerando 165 del caso "*Velásquez Rodríguez*"[604] donde se dice: "el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado".

Este enfoque permite sostener que se viola este deber si existen actos u omisiones que son contrarios a la vigencia de los derechos humanos, aun si el Estado obra dando apoyo indirecto o tolerando sin restringir los efectos de aquellos.

La segunda es una obligación de garantía, que implica deberes de acción ("organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras de poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" —considerando 166 de la sentencia indicada-), y más concretamente, velar por: la prevención, investigación y esclarecimiento de toda violación sobre los derechos del hombre, procurando sancionar a quienes lo ocasionan y el restablecimiento del derecho conculcado.[605]

---

[603] BERTOLINO, ob. cit., p. 164.

[604] *Cfr*. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El proceso transnacional*, Ediar, Buenos Aires, 1992, pp. 278 y ss.

[605] PIZA, Rodolfo E., TREJOS, Gerardo, *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, Juricentro, San José de Costa Rica, 1989, p. 168.

En esta directiva, el *habeas corpus* aparece como el instrumento dirigido a investigar y prevenir situaciones de desaparición de personas; obligación que no puede tenerse por cumplida si no se emprende con seriedad y responsabilidad la tarea de esclarecimiento.

113.11. El artículo 3 inciso 2º de la Ley 23.098 dispone que corresponde el procedimiento de *habeas corpus* cuando implique "agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de libertad sin perjuicio de las facultades propias del proceso si lo hubiere".

Se trata en la especie de otorgar eficacia plena al dispositivo constitucional tanto en la etapa de detención preventiva, cuanto en el procesamiento y en la ejecución de la pena, aun cuando no sea objeto específico de la ley citada.

Pero la reforma constitucional refiere al "agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención", dando en consecuencia adaptabilidad al llamado "*habeas corpus* impropio".[606]

No se debate ahora la legalidad de la orden de detención o su inexistencia, sino la vigencia de los derechos establecidos en el párrafo final del artículo 18 de la Ley Fundamental argentina, es decir, el control de legalidad como se cumple la detención.

Por ejemplo, dice Gimeno que "se infringiría el derecho a la libertad, si la policía decidiera retener en sus dependencias a un ciudadano durante un plazo desmesurado, sin ponerlo a disposición de la autoridad judicial".[607]

Repitiendo a Sagüés:

> la interpretación armónica de la parte final del mentado artículo 18 de la Constitución permitiría detectar estas directrices:
>
> *a)* El objetivo primario del sistema carcelario argentino no debe ser el castigo del condenado.
>
> *b)* El fin básico de las cárceles es la seguridad tanto de los detenidos en ellas como de la sociedad toda.
>
> *c)* Desde luego, el sadismo penitenciario es inconstitucional: toda mortificación innecesaria, ajena a lo que sea necesario y lógico para la guarda de la seguridad, es inconstitucional.
>
> *d)* Las precauciones excesivas en perjuicio de los detenidos son también inconstitucionales. La medida de lo que es precaución excesiva o no excesiva debe evaluarse según pautas de prudencia penitenciaria, y en última instancia será decidida por la judicatura, quien en su caso hará responsable al juez que la autorice "a la precaución inmotivada o extralimitada".

113.12. La obligación que tiene el juez para resolver de inmediato, no difiere de la premisa conductiva que emana del párrafo inicial del artículo 43 respecto al derecho a tener un amparo rápido y expedito.

---

[606] SAGÜÉS, *Habeas corpus,* cit., p. 214.

[607] GIMENO SENDRA, *Constitución y Proceso*, cit., p. 199.

La celeridad está prevista también en la Ley 23.098, y se difunde en el derecho a un recurso rápido, sencillo y eficaz que pregonan las convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Asimismo, el procedimiento dispuesto debe instrumentar un mínimo de principios que arreglen la legalidad de todo el trámite.

Este elenco de garantías procesales se encuentran amparados en el derecho a la tutela judicial efectiva que encontramos presente en los nuevos derechos y garantías atrapados en la reforma constitucional, y esencialmente, en el debido proceso que regula el artículo 18.

En el proceso penal, particularmente diferente a los procesos ordinarios, constitucionales y transnacionales, el estatuto básico de respeto al derecho de defensa en juicio supone que el detenido o arrestado sea informado de los motivos de la aprehensión; de los fundamentos que porta la acusación pública; el derecho a ser considerado inocente hasta que no se demuestre lo contrario; el derecho a no autoincriminarse, que impide prestar declaración espontánea, o confesarse culpable, entre otras de las importantes medidas que no pueden sufrir repliegues ni quiebra en la tramitación seguida.

La finalidad de esta exigente afirmación de las garantías del acusado en el proceso penal, se transfieren al *habeas corpus*, pues en ambos sistemas de enjuiciamiento, debe respetarse plenamente el derecho de defensa del individuo que se encuentra sometido a acusación o detenido por una causa determinada.

El derecho al proceso con todas las garantías se formula desde la perspectiva del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y de las demás convenciones que nuestro país recibe y eleva a una jerarquía superior a la constitucional.

Finalmente, el mismo derecho a tener "su proceso" lo encuentra el detenido que no recibe tratamiento carcelario adecuado, o está inmerso en burocracias judiciales que demoran las respectivas resoluciones en la situación procesal.

Por eso es que el lugar adecuado que pontifica el *habeas corpus* se sitúa en el derecho de defensa, de forma tal que toda persona que tenga limitado su derecho a ser libre pueda discutir los motivos del enjuiciamiento, o conocer las razones por las que se lo detiene, oculta o amenaza; y si estuviera cumpliendo una pena oficialmente impuesta, que goce del derecho a lograr reencausamiento antes que sufrir un castigo que poco conduzca a su reinserción social.

Es el *habeas corpus*, en definitiva, un proceso constitucional, la garantía prevista para tutelar la libertad individual y las derivaciones que surgen de su limitación.

114. El proceso constitucional de *habeas data*[608]

114.1. La calidad de proceso constitucional del *habeas data* resulta discutible cuando la configuración normativa de origen no es la Norma Fundamental.

---

[608] *Cfr*. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional - Habeas data, Protección de Datos Personales*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2001, pp. 383 y ss.

Se debe recordar que la consagración de esta garantía puede ser *autónoma* como en la Constitución de Brasil; derivada como *especie* tal como resulta en Argentina donde se cataloga como sub tipo de amparo; o *subsidiaria* de otros procesos menos específicos pero de mayor cobertura como el recurso de protección chileno, la tutela colombiana o el amparo del Perú.

> Brasil fue el primero en introducir el *habeas data* en su Carta Constitucional, y otros lo han seguido. Y lo han hecho como figura autónoma. Pero en otros casos, como lo es la reforma Argentina de 1994, existe como un sub tipo de amparo. Es decir, en la Argentina no existe el *habeas data*, sino el amparo en su vertiente protectora del dato. Pero pese a no existir, la doctrina de manera dominante y cierta jurisprudencia aceptando este hecho, tiende a denominarlo como *habeas data*, ya que de esta forma es más específico y más preciso en su protección.

En cada caso la originalidad latinoamericana muestra paralelos en la condición constitucional que tiene la figura, pues casi todos los países coinciden en darle un lugar al proceso dentro del capítulo de garantías procesales.

La diferencia con Europa es evidente; aquí la protección sobre los datos personales se toma de la tutela fundamental al derecho de intimidad, donde los Tribunales Constitucionales y los jueces comunitarios tienen una cobertura normativa amplia y completa desde las directivas de la Unión y la legislación específica de cada nación (donde se destaca España entre todos los demás).

Por su parte, Estados Unidos sigue la línea de sus enmiendas en materia de derechos subjetivos y colectivos prefiriendo las acciones individuales cubiertas por una ley que defiende la privacidad de los hogares y las personas.

114.2. La posición legal donde el *habeas data* se instala no es una cuestión menor. Siguiendo el esquema enumerado se podría afirmar que América ha creado un "proceso constitucional" propio (autónomo) o derivado (como modalidad del amparo); Europa tiene derechos y deberes a partir de las leyes de tratamiento de datos personales y Estados Unidos una acción especial que difiere en poco de las pretensiones destinadas a la defensa de la intimidad.

Ahora bien, esta línea de presentación no es simétrica con la eficacia que cada uno acredita. América no tiene hasta ahora una experiencia valiosa para mostrar; Estados Unidos ha evolucionado en la tutela de la privacidad sobre los datos pero es regresiva en otros aspectos; mientras Europa orienta desde la comunidad económica una potencia arrolladora de normas y resoluciones que persiguen más ideales que protecciones concretas o particulares.

Sobre esta base, la *naturaleza jurídica del habeas data* no varía al ser siempre un proceso constitucional, aunque las reglamentaciones pueden cambiar los procedimientos.

No cabe duda que Argentina tiene un proceso constitucional propio logrado desde la interpretación amplia del artículo 43 de la Constitución. Pero además, el capítulo VII de la Ley 25.326 incorpora una "acción de protección de datos personales" que se aleja del modelo amparista, pese a que el artículo 37 declara aplicable el procedimiento de este proceso constitucional.

La conclusión interesa reafirmarla para evitar disquisiciones sobre la jerarquía que tiene, toda vez que es diferente la ubicación y el rango de garantía según se interprete nacida desde la Constitución, legislada por una ley procesal o reglamentada con independencia de su ubicación normativa.

La explicación de García Belaunde, al respecto, es ineludible por su claridad y precisión. El prestigioso autor peruano sostiene que:

> si el *habeas data* no está expresamente consagrado en la Constitución no es un instituto procesal constitucional, ya que para que existan figuras procesales es necesario que la institución no sólo se destine a la defensa constitucional, sino que tenga una ubicación constitucional expresa… […]…, pero puede ser que el derecho sea defendido por un *habeas data* que no es creación constitucional, sino creación de una ley procesal cualquiera, de naturaleza mas bien civil. Pues simplemente estaremos al frente de una institución de naturaleza civil que protegerá derechos fundamentales…[…]…, nada impide que una institución como es el *habeas data*, nazca al margen de la Constitución y por ley expresa, si bien es cierto que estará destinada a la defensa de determinados derechos con rango constitucional. Existe otro problema y es el relacionado con la reglamentación del *habeas data*, que interesa con independencia a su ubicación normativa. Esto es, aún cuando el *habeas data* nazca directamente en la Constitución, cabe la pregunta de cómo tiene que regularse. Y al respecto caben cuatro posibilidades: *a)* que el *habeas data* sea regulado dentro de un código procesal cualquiera; *b)* …que sea regulado dentro de una ley cualquiera; *c)*… […]… que sea regulado por una ley especial, y *d)*…[…]…que sea regulado por un código especial sobre procesos constitucionales.[609]

114.3. El derecho a la intimidad como género que caracteriza la defensa de la privacidad, del honor, la imagen, la reputación, la identidad, entre otros de los derechos que se protege, es el fundamento de la garantía que tutela el *habeas data*.

Al ser *garantía*, es la herramienta procesal que la Constitución dispone para afianzar el cumplimiento de los derechos fundamentales; por eso, a partir del derecho de amparo creado por la Constitución Nacional, se perfila este proceso constitucional específico de protección a la persona agredida o amenazada por los bancos de datos que aprovechan la información personal que le concierne.

La calidad de los derechos a proteger le otorga esa base constitucional que torna al *habeas data* como un instrumento procesal irremplazable e incondicionado.

En América, la fortaleza del proceso constitucional se mide por la finalidad a cumplir como un derecho fundamental que a todos corresponde. Es decir, la libertad de controlar los archivos que contienen datos personales y disponer sobre ellos el destino de la información que utilizan, permite extender la figura a personas físicas e ideales, sin acotar la tutela al derecho consagrado en Europa como "autodeterminación informativa" que sólo se interpreta como un derecho humano.

---

[609] García Belaunde, Domingo, "El *Habeas data* y su configuración normativa (con algunas referencias a la Constitución peruana de 1993)", en *Liber Amicorun Héctor Fix Zamudio*, volumen I, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, pp. 234 y ss.

114.4. La *autonomía del habeas data* como proceso diferente al amparo se sostiene por la identidad propia que tiene el objeto a demandar. Se tiende a proteger los datos personales de la persona que se han ingresado en un archivo, registro o banco de datos.

El *habeas data* reconocido en el artículo 43 constitucional de Argentina vincula el *conocimiento* o derecho de acceso, con la *finalidad* del archivo, circunstancia que demuestra la necesidad de acreditar algo más que un interés informativo.

El derecho de entrada al banco de datos se debe fundar en la presunción que se tiene respecto a la hipótesis de estar concernido y, en su caso, plantear la necesidad de conocer que datos se registraron, con qué finalidades y para cuáles propósitos.

Tal como surge de la norma fundamental, la subsidiariedad del reclamo es posible, de modo tal que se podría solicitar el acceso y la información para que, una vez confirmada la presencia individual en el registro, se concreten las pretensiones consecuentes de actualización, rectificación, supresión o confidencialidad.

Pero ello no es así; al menos no resulta más que una hipótesis probable para formalizar la demanda.

114.5. La doble vía de ingreso a los archivos públicos o privados que contienen datos personales se puede concretar directamente al titular del registro, como requerimiento extrajudicial; o a través de la acción de *habeas data*.

Sin embargo, el conocimiento también se puede lograr con diligencias preliminares, y particularmente por la medida que permite proponer al futuro demandado que *preste declaración jurada sobre algún hecho relativo a su personalidad sin cuya comprobación no pueda entrarse a juicio* (en cuyo caso, debería informar si es titular del archivo y si tiene registrado en el mismo al requirente).

Por otra parte, *el juez accederá a las pretensiones si estimare justas las causas en que se fundan, repeliéndolas de oficio en caso contrario.*

114.6. ¿Quién puede reclamar por sus datos personales?, ¿ante quién?, ¿se puede plantear en nombre de otro?, ¿tienen igual derecho las personas jurídicas?, ¿existe el derecho de representación del interés por familiares o allegados?

Todas son cuestiones que se vinculan con el derecho de acceso y control sobre los archivos. En cada caso se debe resolver quienes tienen posibilidades reales de actuar, así como saber quiénes son las justas partes o legitimados que pueden responder por los derechos y obligaciones emergentes.

Inicialmente, reconocer los sujetos procesales del *habeas data* lleva la necesidad de asegurar la plenitud constitucional de protección a la intimidad o privacidad para quienes sean legítimos portadores del derecho que reclaman y frente a quienes deben asegurar el cumplimiento del mandato superior emitido por el artículo 43.

Sin embargo, no es suficiente partir del concepto que sirve de portada a esta norma constitucional. En efecto, la afirmación que "*toda persona*" pueda interponer la acción de *habeas data* respecto a los datos que a ella se refieren, no aclara la extensión ni el alcance que asigna a la legitimación activa; tampoco esclarece si los únicos obligados son *los titulares de archivos públicos, o privados destinados a proveer*

información, y está ausente un criterio central sobre los derechos esenciales que tutela el *habeas data*. Se sabe que son los datos personales, pero se debiera indicar cómo pueden ellos provocar una lesión en otros derechos sensibles de la persona (*v.gr.*: honor, imagen, reputación, etc.) y perseguir su restitución desde el proceso constitucional.

> El tema —dice Puccinelli—, de por sí es opinable, por cuanto en el primer párrafo aparece claro que el *habeas data* funciona respecto de los datos propios de quien lo articula. Sin desconocer los problemas que la ampliación de la legitimación activa en estos casos podría acarrear, cabe considerar que en el segundo párrafo se lo faculta al Defensor del Pueblo a articular amparos y también a determinadas asociaciones, teniendo en cuenta la gran cantidad de violaciones a los derechos humanos que se producen porque cuando la actividad dañosa involucra a cientos o miles de personas, una importante cantidad de afectados no accionan por mero desconocimiento, por temor, por el costo, etc.[610]

114.7. La finalidad del *habeas data* es impedir que en bancos o registro de datos se recopile información respecto de la persona titular del derecho que interpone el proceso, cuando dicha información está referida a aspectos de su personalidad que estén directamente vinculados con su intimidad, no correspondiendo encontrarse a disposición del público o ser utilizados en su perjuicio por órganos públicos o entes privados, sin derecho alguno que sustente dicho uso.

La diferencia entre el secreto y la intimidad está presente en este capítulo. Obsérvese que quien deduce la demanda no es titular ni dueño del secreto que está registrado. Es el legitimado pasivo —el que opera el archivo— quien tiene el secreto, que al ponerlo en contacto con otros medios evita la ocultación y los expone ante otras personas, provocando, con ese acto de circulación, el perjuicio que habilita el *habeas data*.

También la amenaza de difusión permite la vía.

Por eso la intimidad le pertenece a un sujeto preciso y queda en él la reserva de sus derechos. En cambio, el secreto está proyectado a terceros que lo conocen y que se convierten en garantes de la confidencialidad.

> A este respecto, dice Quintano que la simple indiscreción no puede ser objeto de protección jurídica ni menos jurídico-penal, porque la criminalización de tal comportamiento daría al traste o dificultaría no pocos aspectos de la vida social. Lo que sí es claro es que no reviste tanta importancia saber si un secreto, para su titular, constituye realmente una materia digna de reserva, como saber si, efectivamente, ese secreto es digno de protegerse jurídicamente porque sea merecedor de tal protección. Naturalmente, siempre será digno de protección un secreto que, para la persona titular, sea digno de ella, habida cuenta de que la lesión produciría un perjuicio en la intimidad de dicha persona, si bien esta protección ya no alcanzaría la vía penal, sino la civil.[611]

---

[610] PUCCINELLI, Oscar Raúl, *El habeas data en indoiberoamérica,* Temis, Bogotá, 1999, pp. 23 y ss.

[611] QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial de derecho penal,* Madrid, 1972, p. 145.

114.8. Frente al derecho de las personas a conocer su inclusión en bancos de datos o cualquier archivo, se encuentra el derecho de los administradores o titulares de ellos, sean públicos o privados.

Palazzi diferencia según se trate uno u otro registro, responsabilizando al funcionario que está a cargo del mismo cuando sea público; y al representante legal cuando sea privado. Puede suceder que el mantenimiento del registro o base de datos esté a cargo de un tercero especializado —caso de empresas de computación—, que puede llevar a integrar la litis con éste para que la resolución final le sea válidamente oponible, sobre todo en el caso de registros desactualizados o erróneos que hayan causado algún perjuicio económico o moral".[612]

Cada modalidad de *habeas data* reconoce variables en los legitimados pasivos correspondientes. En Argentina, la Ley 25.326 dice que: "La acción procederá respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes".

114.9. En orden a las posibilidades que ofrece el proceso constitucional de *habeas data* corresponde analizar cada una de las acciones posibles:

a) *El derecho de acceso*

La norma constitucional argentina es clara: "Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad…", disposición que no excluye la aplicación de otros artículos de la ley fundamental que abarca en el concepto de personas a las entidades ideales (arts. 15, 22 y 23).

En consecuencia, quien promueve un *habeas data*, primero debe lograr el acceso a los registros del caso, para después plantear las acciones de control efectivo que contra el mismo quiera deducir.

Estas pretensiones son objetivas y el grado de afectación perturba por igual a personas físicas y morales. Si el registro es inexacto, la fidelidad de la información altera la identidad y la verdad objetiva que trasciende al dato almacenado. Si la información está desactualizada, cualquier afectado tiene derecho a que los datos transferidos que le conciernen sean actuales y concretos, y no especulaciones ni perfiles logrados tras el tratamiento. Si el archivo conserva datos secretos o confidenciales de la persona, ésta —sin importar su cualidad física o jurídica— tiene derecho a plantear la reserva o supresión.

En suma, el tratamiento de datos personales es el control efectivo que la norma constitucional quiere asegurar y, por ello, cuando se informa que *toda persona tiene derecho*, se está diciendo que cualquiera sea el afectado existe un derecho a conocer y rechazar las informaciones y los razonamientos usados en los sistemas de almacenamiento cuyos resultados la perjudiquen; como para lograr una vía directa para rectificar, completar, esclarecer, poner al día, eliminar o requerir la confidencialidad y secreto de los datos que han sido recolectados.

---

[612] PALAZZI, Pablo, *El habeas data en la Constitución Nacional (La protección de la privacidad en la era de la información)*, en Jurisprudencia Argentina del 20/12/95.

b) *La demanda en la ley nacional argentina*

El artículo 38 de la ley 25.326, divide la pretensión en etapas ofreciendo un modelo anómalo que puede tener varias dificultades. Dice la norma, en el inciso 2º:

> El accionante deberá alegar las razones por las cuales entiende que en el archivo, registro o banco de datos individualizado obra información referida a su persona; los motivos por los cuales considera que la información que le atañe resulta discriminatoria, falsa o inexacta y justificar que se han cumplido los recaudos que hacen al ejercicio de los derechos que le reconoce la presente ley.

Sobre esta línea de actuación, en consecuencia, el actor debe: 1) solicitar el acceso a los bancos de datos, archivos o registros, indicando las causas por las cuales presume que en ellos se encuentra; 2) debe demostrar que ha cumplido la etapa de requerimiento extrajudicial; 3) ha de motivar adecuadamente sus consideraciones sobre la calidad de información falsa, inexacta o discriminatoria que alega contra los datos almacenados, y 4) en su caso, podrá plantear en forma subsidiaria o posterior, las pretensiones de supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos personales.

El artículo 42 (ampliación de la demanda) establece que:

> Contestado el informe, el actor podrá, en el término de tres días, ampliar el objeto de la demanda solicitando la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos personales, en los casos que resulte procedente a tenor de la presente ley, ofreciendo en el misma acto la prueba pertinente. De esta presentación se dará traslado al demandado por el término de tres días.

En los términos presentados, la ley propone dividir las etapas procesales: *a)* una instancia administrativa, donde plantear el derecho de acceso y, en su caso, el reclamo de actualización, rectificación, supresión o confidencialidad; *b)* negado el acceso o estimado insuficiente la cobertura otorgada, se deduce la demanda ante el juez competente persiguiendo tomar conocimiento de los datos que a él se refieren y lograr saber la finalidad que tienen como destino; *c)* una vez que se ha evacuado el informe por el titular o usuario del archivo, se puede ampliar la demanda, concretando la pretensión (actualización, rectificación, supresión o confidencialidad).

Al quedar propuesta la demanda, el juez competente debe estudiar la procedencia formal y objetiva para resolver. Esto es, decidir si la acción es admisible en los carriles comenzados, rechazar *in limine* por carecer de fundamento o razonable proposición, o bien, ordenar medidas de saneamiento destinadas a expurgar vicios del acto de pedir que, hacia adelante, pudieran llevar a nulidades del procedimiento.

c) *La prueba*

La prueba en el *habeas data* se fracciona según se demande el acceso a las bases de datos, o se requiera una pretensión expresa de cancelación, actualización, supresión o confidencialidad.

En la petición dirigida para *tomar conocimiento* de la información que sospecha se encuentra en una base de datos, la presunción es la fuente donde recurrir.

A su vez, si la demanda solicita la *exhibición* únicamente, el fundamento se razona en el interés que el afectado plantea. Si con la acción se persigue conocer la *finalidad* del archivo, es decir, para qué se tomaron los datos y para quien se realizó el registro, la cuestión no requiere de refuerzos argumentales porqué la garantía se respalda en el derecho a la información. Mientras que en el *habeas data* deducido con la intención de conocer al autor del registro que capturó información que le concierne, se debe satisfacer el requisito del interés suficiente.

En los casos de acceso a la información, más que probar el presupuesto de derecho que vincula con los hechos denunciados, se debe acreditar la insuficiencia de las peticiones precedentes.

En cambio, si las modalidades responden al control del archivo, cada pretensión se debe demostrar.

En efecto, en el *habeas data* destinado a *actualizar* la información, se deben aportar los documentos necesarios para producir ese acto innovador para la base de datos. También procede la prueba testimonial cuando se debe demostrar el cambio efectuado en la información que se encuentra almacenada.

En la *rectificación* por informaciones inexactas, de igual modo, ha de aportarse la prueba documental pertinente, siendo subsidiaria y eventual la prueba de testigos.

El artículo 56 del Código Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán, que rige para el *habeas data* local, dispone que:

> Con el escrito de demanda, debe ofrecerse toda la prueba y acompañarse la documental que se disponga. En caso contrario, se la individualizará expresando su contenido y el lugar donde se encuentre. El número de testigos no puede exceder de cinco (5) por cada parte, siendo carga de ésta hacerlos comparecer a su costa a declarar, sin perjuicio de requerir el uso de la fuerza pública en caso de necesidad. Sólo se admite la prueba de absolución de posiciones cuando la acción se promueva contra particulares, en cuyo caso debe acompañarse el pliego con el escrito de demanda.

d) *La sentencia*

Lo expresado en el punto anterior deja en claro que en la mayor parte de las veces el proceso de *habeas data* se resolverá sin necesidad de producir prueba, toda vez que la misma está preconstituida.

Ahora bien, al considerar al *habeas data* como un típico proceso constitucional, le llegan a él los mismos problemas que contrae la sentencia en los sistemas donde los jueces deben aplicar la ley, controlar la supremacía constitucional o, simplemente, derivar el conflicto a un órgano especializado (tribunal constitucional).

En líneas muy amplias y a los fines de presentar el meollo del problema podemos destacar que la sentencia debe resolver estos planteos:

Cuando el modelo previsto para el control de constitucionalidad es concentrado (tribunales constitucionales) el debate se sostiene acerca de si es jurisdiccional o no el pronunciamiento. Como tal, los alcances objetivos y subjetivos dependen de la consideración que reciba el carácter de la sentencia, pues si fuera interpretada como resolución que permita aplicar o inaplicar una norma, los efectos se reducen a la validez misma de la ley.

En los sistemas difusos, el tema de la bilateralidad del proceso lleva a posiciones opuestas. O se justifica la sentencia en los términos como se expide en un proceso común, haciendo verdad el precepto que el Juez debe fallar según lo alegado y probado por las partes; o se permite al Juez resolver la cuestión de constitucionalidad sin mediar petición expresa de las partes, con el fundamento que los procesos constitucionales llevan implícita esta misión jurisdiccional.

En uno u otro caso, vemos que el *habeas data* es un proceso constitucional de ribetes muy particulares; con un objeto muy preciso y una libertad a custodiar que le facilita incursionar más allá de los límites que la pretensión y la resistencia (demanda y contestación) pueden acotar.

En definitiva, el juez deberá resolver si hubo o no afectación a la persona cuando se tomaron y procesaron sus datos personales; y en su caso, seguir —o no— las peticiones consecuentes respecto a actualizar, renovar, suprimir o guardar la información compilada en estricta reserva y confidencialidad.

115. La acción de inconstitucionalidad

115.1. La acción de inconstitucionalidad es un proceso constitucional. Esta naturaleza puede ser *directa* cuando el proceso que se inicia tiene como destino esa finalidad específica (*v. gr.:* demanda de *amparo* en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional argentna; *habeas corpus* —art. 6 de la ley 23.098— que faculta plantear la cuestión de oficio o a pedido de parte), o *derivada*, si la causa constitucional se interpone como *defensa*, *excepción* o *incidente* dentro de un proceso de conocimiento (*v. gr.:* planteo de inconstitucionalidad de una ley sobre la que se funda la demanda). También actúa como *recurso* (*v. gr.: recurso de inconstitucionalidad* deducido contra la sentencia dictada en un proceso donde se haya controvertido la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución Nacional o local y siempre que la decisión recaiga sobre ese tema [art. 299, código procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires]; o el propio *recurso extraordinario federal* del art. 14 de a ley 48, o el que con ese nombre se plantea ante la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina).

115.2. En todos los casos el control del principio de supremacía constitucional es idéntico, pero pueden cambiar las reglas del debate conforme sea el modelo de procedimiento. Por ejemplo, cuando se deduce un *juicio de amparo* contra el acto lesivo que se reputa anticonstitucional (pudiendo el juez en el caso, declarar la inconstitucionalidad de la norma) el objeto del proceso es el acto o la omisión contrario a un derecho sostenido por la Norma Fundamental o un Tratado a ella incorporado con jerarquía tuitiva para la protección y defensa de los derechos humanos. La pretensión persigue que se atienda de inmediato el problema de derecho, postergando las cuestiones de legitimación, ante lo manifiestamente arbitrario o ilegítimo del proceder público o del particular cuestionado. La prueba puede ser innecesaria, precisamente por lo ostensible del hecho que se denuncia, y la eficacia de la senten-

cia, hasta encuentra la posibilidad de ser extensiva a terceros, o inclusive más allá, si se le confiere efectos "*erga omnes*".

115.3. En cambio, si el conflicto de constitucionalidad se articula en un proceso ordinario, las formas del procedimiento no pueden cambiar, aunque la atención sobre el foco de ilegitimidad sea propicio para que el juez trabaje con funciones distintas a las de la bilateralidad pura, que significa imponer cargas, deberes y obligaciones a quien lo promueve, de modo tal que si el perjuicio constitucional no se demuestra de manera clara e inequívoca, la declaración peticionada no será procedente.

Entre ambas situaciones aparece un tercer modelo de procedimiento que escapa de las figuras típicas que tienen los arquetipos anteriores que se resuelven con sentencias de condena. En efecto, dice el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, con el título "*acción meramente declarativa*" que:

> Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente […].

La figura apunta a esclarecer "estados de incertidumbre", que por vía de principio, son proclives a generar inseguridad jurídica e imprevisión sobre efectos no pensados al tiempo de contratar. La acción que se presenta como "*meramente declarativa*" pareciera así acotar el reducto de actuación a tres objetivos precisos: *a)* verificar si la relación jurídica existente se aplica a la convención entre partes (*v. gr.:* obligaciones que asume el concesionario de una obra pública que se quieren extender a los contratos con subconcesionarios); *b)* establecer el alcance de dicha relación jurídica (*v. gr.:* saber si la obligación fiscal que se origina es aplicable a todos quienes contraten en una provincia o localidad determinada); y *c)* determinar las modalidades para ejecutar o cumplir la convención entre partes (*v. gr.:* deber de prestación en especie o satisfacción líquida, etc.).

115.4. En este esquema, son presupuestos de admisión que exista un claro perjuicio o lesión al actor, y que éste no tuviera otro medio legal para remediarlo.

Pero la acción de certeza que promueve una sentencia declarativa de esclarecimiento para la relación jurídica que se muestra difusa en cuanto a la existencia, alcance o modalidades, ha trascendido el espacio de la convención privada, para encontrar otro destino en el derecho público.

Ello sucede cuando la fluctuación o perplejidad viene dada por la ley, decreto, ordenanza, reglamento o cualquier acto administrativo que quiere incidir en el derecho de las partes; en cuyo caso, a la primera necesidad de esclarecer el estado de incertidumbre se agrega el interrogante sobre la constitucionalidad de aquello que en sí mismo es un acto contrario a derecho. De este modo, al resolver con la sentencia meramente declarativa, puede el juez, simultáneamente, disponer la inconstitucionalidad correspondiente.

115.5. En México, la acción de inconstitucionalidad funciona en conjunto con el juicio de amparo y las controversias constitucionales, pero trabaja en forma aislada.

Se afirma que:

> [...] uno de los motivos de las reformas constitucionales que dan forma a la restructuración de la Suprema Corte de Justicia es acrecentar sus atribuciones, para que pueda resolver las controversias suscitadas entre poderes públicos por leyes o actos inconstitucionales. La acción de inconstitucionalidad rompe con el esquema del juicio de amparo, y por último, la nueva facultad de las salas de la Corte de fungir como tribunal de apelación. La acción de inconstitucionalidad contenida en la fracción II del art. 105 de la Constitución tiene por objeto que cierto porcentaje de los congresos federales o locales, así como el procurador general de la República y las dirigencias nacionales, estatales, o ambas, de los partidos políticos, soliciten a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que declare inválida una ley emanada del mismo órgano legislativo por ser contrario a la Constitución; ahora ya no existe el impedimento referente a la materia electoral.[613]

En realidad, la naturaleza jurídica es controvertida, pues no suple al amparo contra leyes sino que actúa como un modelo del mismo sea en forma directa (como recurso de inconstitucionalidad) o indirecta (acción, propiamente dicha).

El régimen se incorpora en la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política del Estado, y persigue determinar si una disposición de legislación ordinaria, ya sea federal o local, es contraria a alguna disposición constitucional.

Oportunamente veremos sus diferencias con el amparo, el que en grandes líneas muestra distancias de tipo procesal, porque la acción de inconstitucionalidad se deduce ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación con legitimados especialmente preferidos a diferencia del amparo individual contra leyes.

Sin embargo, no es tan rotunda la afirmación desde que son tantos los modelos que el alcance global sería definirlo como instituto genérico para el control de constitucionalidad.

> [...] 1. Se trata de un mecanismo procesal, esto es, de un instrumento no de derecho sustantivo, sino procesal. En concreto, es un instrumento por medio del cual se da lugar al inicio de una actividad jurisdiccional para resolver una controversia de rango constitucional.
>
> 2. Se trata de un mecanismo de rango constitucional, esto es, derivado de la Constitución, por ello, si no hay Constitución, o habiéndola, no exige, expresa o tácitamente, la existencia de la acción, ésta no es, en rigor y a nuestro modo de ver, una verdadera acción de inconstitucionalidad, pues su existencia no depende de la norma constitucional, sino de la voluntad del legislador ordinario, es decir, del destinatario principal del control solicitado a través de la acción de inconstitucionalidad. Un mecanismo de control cuya misma existencia y modo de operar depende de aquel a quien va a controlar no puede considerarse seriamente tal mecanismo de control.

---

[613] Reyes Reyes, Pablo Enrique, *La acción de inconstitucionalidad,* Oxford University Press, México, 2000, p. 3.

3. La legitimación activa para plantear la acción, para ejercitarla, puede corresponder a todas las personas (acción popular), a cualquier persona que sea nacional del país (acción cuasi-popular), a múltiples y variados círculos determinados de personas y/o a órganos o incluso a fragmentos de órganos políticos previstos en mayor o menor medida por la Constitución (especialmente, fracciones parlamentarias minoritarias)[…].

4. La legitimación pasiva se refiere a los órganos que aprobaron y, en su caso, promulgaron la norma impugnada. La legitimación pasiva se otorga a esos órganos y no a las personas que los integran en un momento dado, pudiendo darse la situación de que, en el momento de oírse en el proceso la acción de inconstitucionalidad al correspondiente órgano legislativo o pasivamente legitimado, tenga ya mayoría en el mismo (por sí solo o con alianzas) la minoría que ejercitó la acción de inconstitucionalidad.

5. Salvo en los casos de terminación anticipada del proceso, la acción de inconstitucionalidad da lugar, tras la tramitación procesal oportuna, a un pronunciamiento del órgano de la constitucionalidad, en concreto una sentencia, en la que se expresará si el tribunal considera que la norma legal impugnada es o no conforme a la Constitución […].[614]

[614] BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, UNAM, México, 2005, pp. 2 y ss.

Sección 3ª Las acciones colectivas

116. Proyecciones de lo procesal constitucional en otro tipo de procesos[615]

116.1. A esta altura de la exposición el lector seguramente comprenderá que lo procesal constitucional lejos de ser una disciplina teórica cargada de ilusiones, constituye una fuente de valores, reglas y principios que convierten las garantías judiciales en obligaciones de hacer. Este deber de adaptación se dirige hacia jueces y abogados sin distinción, y compromete al Estado en la tarea de adecuar sus instituciones procesales.

Precisamente, porque los desplazamientos en la teoría de la legitimación, que supone variar significativamente el acceso a la justicia; porque la función jurisdiccional no descansa únicamente en la aplicación mecánica de la ley; porque la carga probatoria no tiene la impronta del esfuerzo personal de quien afirma, y en definitiva, porque en un proceso constitucional siempre los afectados trascienden las esferas individuales; todo ello conmueve las estructuras y llama a una interpretación distinta del sistema de enjuiciamiento.

Dice Hernández Bataller que:

> como resultado de esa inadecuación desde el punto de vista procesal para alcanzar satisfactoriamente las pretensiones deducidas, aparece un nuevo concepto, el de intereses *"colectivos"*, que vienen a constituir una categoría sensiblemente alejada del tradicional concepto de *"derecho subjetivo"*, que en nuestra tradición jurídica aparece ligado a los conceptos individualistas y liberales del Derecho. Sin embargo se recrea una perspectiva o visión diferente de los problemas respecto de litigios donde esté presente un interés colectivo o difuso, tras el que subyace una filosofía de la solidaridad, alejada de cualquier individualismo social de raíz primitiva, como medio más eficaz de defender intereses comunes. Es decir, que los intereses colectivos, en cambio, se caracterizan por su no individualización, en abstracto, su impersonalidad y el estado permanente de amenaza en que se encuentran. Son intereses comunes a una categoría de ciudadanos que se encuentran en una situación socioeconómica similar (en el supuesto del consumo, su participación como destinatarios finales de bienes y servicios); y, precisamente, el hecho de que "todos" estén indiferentemente afectados por esa amenaza, más allá de toda división o de toda agrupación posible por *"categorías"*, excluye por sí mismo el problema y el sen-

[615] Para ampliar los comentarios de este capítulo ver nuestro: "*Derecho Procesal constitucional – Protección procesal del usuario y consumidor*", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2005.

tido de una *"individualización"* o de una especificación del interés a defender, y por ello, debe ser el campo natural de actuación de las Asociaciones de Consumidores, puesto que la Ley 26/1984 (España) en el artículo 20 les faculta para ejercitar acciones en *"defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios"*.[616]

116.2. En el campo de los conflictos colectivos es donde con mejor definición se encuentra el problema que presentamos.

En efecto, no existe aún en América Latina un mecanismo articulado de defensa para las afectaciones de derechos e intereses difusos y/o colectivos, aunque desde el año 2002 se aprobó en la reunión bienal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal el "Código Modelo Tipo de acciones colectivas".

Por tanto, la pretensión de este capítulo es resumir los conflictos que tiene el individuo o grupo que debe litigar para defender sus derechos, espejando la situación con los problemas del régimen procesal que se aplica.

Básicamente el error que éstos sufren consiste en adoptar un modelo de procedimiento vigente que tiene reglas adaptadas para una lucha entre partes, en condiciones aparentes de igualdad y equilibrio.

116.3. Es que los cambios que se generaron en el plano civil, no se dieron en las herramientas técnicas. Obsérvese que la dinámica advertida en las relaciones de consumo por el llamado "Estatuto del Consumidor", ha servido para adecuar el régimen entre productores de bienes y servicios con el público al que se destinan, pero los capítulos asignados para el sistema de reclamaciones judiciales y administrativas, no logra superar con sus reglas la infinita serie de cuestiones, principios y presupuestos del litigio, que impiden consagrar efectivamente la finalidad tuitiva de las normas.

Quizá el centro de gravedad del conflicto está en que los procesos judiciales siempre se han ocupado de la persona individual y reconocida, que afectada en su derecho de propiedad debe recurrir a los jueces para mitigar la injusticia que padece.

El juicio tradicionalmente ha sido eso, un análisis del problema singular que se resuelve con una visión individualista, donde todo el sistema juega con premios y castigos: *solo puede demandar quien es directamente perjudicado por el hecho*, de modo tal que el interesado en restablecer la situación de derecho no tiene posibilidades porqué no tiene un daño directo e inmediato, aunque lo posea en forma tangencial; *el que afirma debe probar*, y por eso instala una obligación a veces de cumplimiento imposible; *la sentencia se dictará según lo alegado y probado por las partes*, de manera que solo se resuelve para ellas sin dar sentido trascendente al fallo que se emite; *la cosa juzgada no alcanza a terceros que no han estado en el proceso*, porque ello afecta la sagrada bilateralidad y el derecho de defensa en juicio.

---

[616] HERNÁNDEZ BATALLER, Bernardo, "Acceso a la justicia del consumidor", en *Revista de la Asociación de Usuarios de la Comunicación*, cit. GOZAÍNI, *Derecho Procesal Constitución - Protección procesal del usuario y consumidor,* cit., p. 590.

En cambio, si la persona logra superar el filtro de la legitimación, emplaza al demandado y lo domina en la etapa probatoria, seguramente el premio será una sentencia favorable, única y exclusivamente para él. Será el vencedor, y el otro, un derrotado que tiene que pagar todo lo que el actor se encontró obligado a soportar.

116.4. Actualmente, el marco de los procesos colectivos se encuentra en el capítulo de nuevos derechos y garantías que trajo la reforma constitucional argentina de 1994, y en particular, el derecho al amparo (o a la tutela judicial efectiva) creado por el art. 43 que, especialmente sostiene la procedencia de una acción judicial rápida y expedita que puede interponer *toda persona* afectada por un acto lesivo de autoridad pública o de particulares.

Pero también pueden promover esta acción de defensa de los derechos constitucionales, o contra cualquier forma de discriminación, y *en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general,* el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

Con ello se ha dado respuesta a una parte ínfima (pero sustancial) del problema, cuál es dar cabida en el proceso a quienes tengan un interés suficiente para acreditar legitimación en la causa y obtener la calidad de justa parte procesal.

Sin embargo quedan muchas otras cuestiones por definir, porque anidan en ellas sinsabores de naturaleza distinta, como pueden ser el conflicto psicológico de quien no acude a la justicia por la escasa cuantía que tiene el perjuicio que se le provoca, o por la imposibilidad de asumir un riesgo contra quien tiene un poderío económico muy superior; así también, hay prolegómenos de otra configuración, como la escasa o nula información sobre los derechos especiales que tiene un grupo o categoría (*v. gr.:* usuarios y consumidores), la ventaja de comenzar con una presunción favorable en las afirmaciones que se realicen, o el deber de requerir colaboración a la contraria en la producción probatoria.

> La referencia para adoptar los cambios a las estructuras procesales, se señalan por González Cano al indicar que, una de las vertientes más afectadas por ellos es la referida a la evolución desde unas relaciones jurídicas y económicas individualistas, hacia otras de marcado carácter colectivo, bien porque hablamos de actos que afectan a intereses generales de consumidores o usuarios, o bien porque nos referimos a una pluralidad más o menos extensa y determinada de éstos (relaciones masivas, mercados de grandes dimensiones, etc.), hecho que ya conlleva un componente colectivo considerable, ya que los consumidores afectados, generalmente por lesiones de escasa entidad económica individualmente consideradas, pero de importancia o repercusión social en ocasiones desmesurada tomadas en su conjunto, difícilmente pueden enfrentarse "en solitario" a los agentes económicos y comerciales, que operan en circuitos globalizados y en amplios mercados nacionales e internacionales.[617]

[617] GONZÁLEZ CANO, María Isabel, *La tutela colectiva de usuarios y consumidores en el proceso civil,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 236.

117. La defensa colectiva

117.1. Hay distintos tipos de intereses que en la dimensión del conflicto colectivo se despersonalizan porque asumen un sentido que trasciende la esfera individual.

La primera condición para admitir la legitimación procesal en las acciones colectivas pasa por considerar que quien expone los hechos y peticiona, no es un afectado (aunque pueda serlo) particular, sino un componente de un sector al que representa o del que forma parte.

Sostiene Hernández Bataller que:

> como resultado de esa inadecuación desde el punto de vista procesal para alcanzar satisfactoriamente las pretensiones deducidas, aparece un nuevo concepto, el de intereses *"colectivos"*, que vienen a constituir una categoría sensiblemente alejada del tradicional concepto de *"derecho subjetivo"*, que en nuestra tradición jurídica aparece ligado a los conceptos individualistas y liberales del Derecho. Sin embargo se recrea una perspectiva o visión diferente de los problemas respecto de litigios donde esté presente un interés colectivo o difuso, tras el que subyace una filosofía de la solidaridad, alejada de cualquier individualismo social de raíz primitiva, como medio más eficaz de defender intereses comunes.
>
> Es decir, que los intereses colectivos, en cambio, se caracterizan por su no individualización, en abstracto, su impersonalidad y el estado permanente de amenaza en que se encuentran. Son intereses comunes a una categoría de ciudadanos que se encuentran en una situación socioeconómica similar (en el supuesto del consumo, su participación como destinatarios finales de bienes y servicios); y, precisamente, el hecho de que "todos" estén indiferentemente afectados por esa amenaza, más allá de toda división o de toda agrupación posible por *"categorías"*, excluye por sí mismo el problema y el sentido de una *"individualización"* o de una especificación del interés a defender, y por ello, debe ser el campo natural de actuación de las Asociaciones de Consumidores.

En consecuencia la acción colectiva se puede ejercer para conseguir la defensa del:

Derecho o interés del directamente afectado (intoxicado por el consumo de un producto en mal estado, que persigue sacar de la venta el bien probablemente defectuoso).

Derecho o interés que pertenece a todo un grupo o sector, unidos por un hecho que los afecta de manera indivisible (ahorristas a los que perjudican las medidas económicas sancionadas por el Estado y que demandan en conjunto).

Derecho o interés afectado que no individualiza afectados más que de manera genérica (daños al ambiente, al patrimonio cultural, que concreta una asociación o grupo constituido para tutelar esos intereses).

La pretensión la puede deducir:

- *Una persona con representación suficiente.*
- *Una entidad regularmente constituida que demuestre con sus estatutos el objeto social que lo vincula con el proceso.*

- *Una entidad ocasionalmente compuesta siempre que tenga "adecuada representatividad".*
- *El Defensor del Pueblo o el Ministerio Público.*

En consecuencia, tienen legitimación procesal para entablar acciones colectivas el afectado, que puede ser una persona física individualizada cuyo perjuicio trasciende su individualidad porque ocupa los intereses de terceros; o bien, el grupo afectado que puede o no tener una representación organizada con anterioridad.

117.2. La doctrina muestra tres caminos para una misma situación. Es decir, mientras algunos proponen que las soluciones deben partir de la ley procurando que sea ésta la que asigne reconocimiento institucional y personalidad procesal; otros estiman que la entidad que promueve la acción debe acreditar que su objeto asociativo se vincula directamente con la pretensión deducida en juicio. Un tercer sector se inclina, en cambio, por descartar el estudio de la institución para centrar la admisión del proceso en la naturaleza del bien a tutelar o en el derecho que se pretende, en cuyo caso, más que la personalidad importa atender el objeto litigioso.

Para González Cano:

> el primer criterio (que denomina *normativo*) impone como referente para considerar a un interés supraindividual o de grupo, el hecho de su previo reconocimiento como tal en el ordenamiento jurídico. El segundo sector (que menciona como *criterio subjetivo*) implica calificar a un interés como supraindividual o de grupo cuando tiene un carácter plural u organizativo, y existe un "ente exponencial" preestablecido y no ocasional para su defensa ante los tribunales. Mientras que el *criterio objetivo* hace hincapié en la naturaleza o régimen jurídico del bien sobre el que recae el interés, de manera que se trataría de un bien apto para ser disfrutado por un grupo de sujetos, es decir, bienes divisibles pero idénticos para una diversidad de individuos con intereses coincidentes, o en su caso, un bien de uso indivisible.[618]

En la práctica, la respuesta al interrogante que plantea este acápite se asocia con las dificultades de interpretación que tiene nuestro sistema judicial. En efecto, mientras el Código Civil resuelve cuestiones desde las situaciones jurídicas subjetivas que anidan o se vinculan con el derecho de propiedad; el código procesal aplica los presupuestos tradicionales de la acreditación del interés para obrar. Uno y otro, son obstáculos para entrar al proceso y, mucho más, para formar una causa de carácter colectivo.

Sin embargo la Constitución Nacional, y el esfuerzo jurisprudencial han abierto nuevos rumbos, los que sin dar forma a un proceso colectivo de reglas propias, han sido útiles para resolver el ascenso al primer peldaño que significa el acceso a los jueces.

En suma, pueden reconocerse tres esferas de atención:

a) La del "*afectado*"; que coincide con los derechos subjetivos o los intereses personales, pero que constituye un derecho homogéneo con las demás personas que

---

[618] GONZÁLEZ CANO, *La tutela colectiva de usuarios y consumidores en el proceso civil,* cit., p. 256.

están en su misma situación aflictiva; por ello el interés de cada uno coincide con el de los demás. Un ejemplo de este modelo de acción colectiva se produce con las demandas de amparo deducidas por el llamado "corralito financiero", las que de haber sido acumuladas para evitar que se dictaran sentencias contradictorias, serían la base de un megaproceso por la pluralidad de actores que coinciden en la afectación.

b) La del *interés colectivo perjudicado* o *amenazado*; que se representa por las entidades jurídicamente reconocidas (criterio legal) u ocasionalmente formada por la emergencia que se padece (criterio subjetivo), y que posicionan el interés a tutelar a través de una representación organizada que personaliza y define el sector afectado. Por ejemplo, la determinación de un impuesto que afecta a un conjunto de profesionales cuyo interés colectivo se defiende por el respectivo colegio profesional, o el daño masivo que reclama un grupo de vecinos, respectivamente.

c) La del *interés difuso* que se vale de un interés general no individualizado, porque no depende de afectaciones personales sino del mismo hecho que se quiere amparar. En la defensa de los intereses difusos se necesita un portador o vocero, para llamarlo con términos generales (algunos refieren al *ente exponencial* y otros a la *representación adecuada*), pero el interés propiamente dicho es de toda la colectividad, cual si fuera una acción popular.

Sostiene Fernández Neto que:

> no hay, hasta ahora, una posición doctrinaria o jurisprudencial uniforme con relación a los conceptos de derechos metaindividuales, también denominados difusos, e indebidamente denominados supraindividuales. Es posible verificar tres concepciones básicas: la primera, comprende difusos al lado del colectivo (lato sensu), que tiene como subespecie los intereses individuales homogéneos; la segunda, iguala los derechos difusos a los colectivos o genéricos , y, la última concibe metaindividuales como género, teniendo como especies los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.[619]

117.3. La primera posibilidad de accionar es personal procurando representar en la afectación un *daño propio* y el *interés colectivo*.

Cuando la pretensión se concreta sin perseguir remedios particulares, propiciando que el proceso suscitado extienda su eficacia y vinculación al grupo o sector interesado, o afectado en igual medida que el demandante, se tiene que resolver la aptitud procesal del que resuelve ocurrir por esta vía opcional a la demanda individual.

Habitualmente se denomina "afectado", al que padece la lesión directa e inmediata. Como él es el titular del reclamo se lo protege por ser el "dueño" del *derecho subjetivo*. Si el daño no fuera directo, pero encontrase al pretendiente como "víctima" mediata de los hechos que denuncia, su participación en el proceso podría apoyarse en el concepto de *interés legítimo*. Calidad que se resiste en la tradición procesal pero que ha logrado aperturas de interpretación al permitir que se defiendan intereses

---

[619] FERNÁNDEZ NETO, Guilherme, *La protección de los derechos metaindividuales en el derecho comparado,* Ministerio Público de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, 2002, *passim*.

legítimos de *portadores de un interés colectivo* o quienes pretenden representar un *interés o derecho difuso.*

Un tercer sector proyecta con más amplitud el criterio aceptando que el *interés simple*, es decir, aquél que sin acreditar un derecho propio vulnerado o que permita razonablemente constituirlo en víctima, puede recibir protección procesal como si fuera posible una *acción popular.*

> Hemos dicho en nuestro libro sobre *Amparo*, que el carácter de "afectado" está dicho también en la ley y en la Constitución. Significa tener una relación directa e inmediata con los perjuicios que provoca el acto u omisión. No está vinculado al hecho por pertenencia a un grupo o sector, sino porqué él sufre las consecuencias dañinas de la lesión, alteración, restricción o amenaza en sus derechos o garantías.
>
> También esta afectación puede ser directa o indirecta. La primera refiere a la mentada relación o identidad entre el derecho subjetivo lesionado y la persona que reclama; la restante, interesa a toda situación relevante que merece tutela jurisdiccional.

Pero la idea que presenta este punto consiste en resolver la calidad de parte de quien se considera persona afectada y persigue una acción colectiva que tiene la intención de proteger al grupo o sector afligido.

> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta el concepto de persona "directamente afectada" con más amplitud, reconociendo en esa posición, además del titular del derecho fundamental vulnerado, a toda persona que tenga un interés legítimo en restablecer la legalidad, aun cuando no sea víctima.
>
> Se ha señalado que el concepto de "*persona directamente afectada*", de conformidad con el artículo 162.1.b de la Constitución española, hay que reconducirlo al de "*interés legítimo*". Así pues, no solamente tienen legitimación activa, para ejercitar el recurso de amparo, los titulares de la relación jurídica material que en él ha de discutirse, sino también los portadores de intereses generales, sociales, colectivos y difusos. Esta es la razón por la que, cuando la acción es ejercida por los organismos públicos especialmente encargados de custodiarlos, esto es, por el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal, el artículo 42.6 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establezca la obligación del Tribunal "*laudatio actoris*" de llamar a los agraviados e interesados para que puedan sostener la pretensión.

117.4. Para nosotros, como el ser "afectado" no tiene que ver con la capacidad ni con la representación, al resultar éstos, presupuestos procesales que anidan bajo las previsiones de la *legitimación ad processum*, diferentes a la *legitimatio ad causam* que referimos, por ello no existen dificultades para que una sola persona pueda deducir un interés parcialmente propio, aunque la afectación mayor sea del conjunto.

> Una lectura flexible del segundo párrafo del citado artículo 43 constitucional argentino, permite sostener que la afectación no asienta en las personas sino en los derechos o garantías que toda persona tiene para defender una situación de tanta importancia, que dilata las fronteras tradicionales de las facultades para obrar en el proceso. De este modo, el derecho o garantía que se defiende será la premisa mayor, y lo de "afectado" una ampliación de las coberturas asistenciales que parten del titular agraviado, sigue en el Defensor del Pueblo, continúa con las entidades representativas, y ocupa a quienes es-

fuercen la protección mediante la instauración de las acciones deducidas para la tutela de los derechos de incidencia colectiva y de pertenencia difusa.

En definitiva, la cuestión se reduce a un problema de consistencia jurídica, que determina la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende. En los procesos constitucionales, y dentro de ellos, en las acciones de grupo, aplicar este criterio puede ser demasiado estricto y hasta injusto.

Cuando los intereses del pleito trascienden la órbita del desenvolvimiento personal, de manera que la calidad individual se obnubila frente a "lo público" que afecta los derechos en juego, las respuestas no pueden ser generales o idénticas al presupuesto ordinario.

De suyo, el interés personal acumula una serie de "interesados" que comunican sus derechos dándoles un notorio sentido colectivo. El derecho de "todos", así esbozado, difumina el sentido particular de la "legitimación *ad causam*", o al menos lo presenta con rasgos muy propios.

Igual planteo suscitan los procedimientos penales, porque la legitimación no cubre derechos exclusivos, sino intereses masificados.

Legitimar a otros intereses diversos del derecho subjetivo para otorgarles derecho a la jurisdicción aparece en el firmamento jurídico como un tema a resolver.

117.5. Ahora bien, en el derecho comparado se tiene en cuenta que hay diferencias entre quien deduce una *acción popular*, que tiene más libertad de postulación, respecto de quien lo hace como *acción de grupo* (colectiva, o de clase, para utilizar otras denominaciones).

En efecto, refiriéndose a las últimas cabe advertir que éstas no hacen relación exclusivamente a derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos colectivos, toda vez que comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal, los cuales suponen siempre —a diferencia de las acciones populares— la existencia y demostración de una lesión o perjuicio cuya reparación se reclama ante la juez.

En este caso, lo que se pretende reivindicar es un interés personal cuyo objeto es obtener una compensación pecuniaria que será percibida por cada uno de los miembros del grupo que se unen para promover la acción. Sin embargo, también es de la esencia de estos instrumentos judiciales, que el daño a reparar sea de aquellos que afectan a un número plural de personas que por su entidad deben ser atendidas de manera pronta y efectiva.

En la Ley 472/98 de Colombia, se establecen dos modalidades a través de las cuales, las personas afectadas en un derecho o interés colectivo que hubieren sufrido un perjuicio, pueden hacerse parte del proceso iniciado en virtud de una acción de grupo: el *primero*, antes de la apertura a prueba, mediante la presentación de un escrito en el que se indique el daño sufrido, su origen y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al grupo; el *segundo*, dentro de los veinte días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la misma información y siempre que su acción no haya prescrito o caducado.

Se ha interpretado que, dicha disposición no vulnera el debido proceso; por el contrario, asegura la efectividad del principio del Estado social de derecho y en particular, uno de los fines esenciales del Estado, como lo es el de garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución, uno de ellos, el que tiene toda persona para acceder a la administración de justicia. Y es que la finalidad perseguida por la norma demandada es de una parte, permitir a aquellas personas que sufrieron un mismo daño o perjuicio a un derecho o interés de la colectividad, y que por motivo de desinformación, desconocimiento u otro, no conocieron de la existencia del proceso puedan, previo el lleno de unos requisitos fijados en la norma, acogerse a los beneficios de la sentencia. Ello no sólo favorece al particular, sino también a la administración de justicia, pues evita que ésta se desgaste con un nuevo proceso por los mismos hechos y contra la misma persona (Sentencia de la Corte Constitucional, de fecha 15 de diciembre de 2003, bajo la presidencia de Eduardo Cifuentes Muñoz).

En consecuencia, la única condición que tiene el actor que en soledad enarbola las banderas del grupo y demanda en su nombre, consiste en ser él también afectado, porque no se le puede denegar el derecho a ser oído o ponerle una valla por cuestiones de legitimación que en las acciones colectivas son ajenas, al resultar más trascendente y efectivo, el estudio previo sobre la calidad de la representación.

Por otra parte, el artículo 125 de la Constitución Española, consagró expresamente la acciones populares, en los siguientes términos: "Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la administración de justicia mediante la institución del jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos que la ley determine, así como los tribunales consuetudinarios y tradicionales".

En la Ley Orgánica del Poder Judicial el artículo 7º, numeral 3) dispone que, los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.

La doctrina española coincide en señalar, que la denegación del juez de la acción popular a quienes pretenden la defensa de intereses colectivos, puede constituir una violación del debido proceso y del derecho de defensa y por ende dar lugar a la acción de amparo.

117.6. La segunda posibilidad es la *demanda que persigue un beneficio por la denuncia*.

Hay también otra situación mensurable: la de quien resuelve acudir a los jueces invocando una representación popular que no acredita suficientemente, pero con fuerza bastante en el interés jurídico a tutelar que le alcanza para convertirse en parte.

En Italia cualquier persona puede oponerse a los actos que lesionen los intereses de la comunidad. Así se encuentra previsto en la Ley de 1967, donde cualquier perjudicado puede promover la acción en su propio interés o en representación del grupo, caso en el cual, las peticiones del demandante deben ser las mismas de la colectividad, siempre que exista un interés idéntico, solidario e interdependiente entre sus miembros.

En España, cualquier persona puede impugnar los actos y planes de ordenación urbana cuando vulneren el interés público o los actos de terceros, para suplir la inacción de las autoridades locales. Dicha acción se encuentra regulada por la Ley de Suelos de 1956. De otro lado, la participación administrativa, principio consagrado en la Constitución Española (art. 36), se desarrolla en la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985, en cuatro aspectos: *a)* Deber de denuncia de todas las personas que observen peligro de destrucción o deterioro de un bien integrante del patrimonio histórico español; *b)* Acción popular para reclamar ante la jurisdicción contencioso administrativa, el cumplimiento de las normas previstas en esa ley; *c)* Legitimación de cualquier persona para solicitar la declaración de un bien de interés cultural; *d)* Regulación de los procedimientos de acceso de todas las personas, acorde con la conservación de ese patrimonio histórico y cultural.

Para profundizar el estudio es preciso adoptar criterios generales sin someterlo a un estado legislativo singular. Si así lo hiciéramos está claro que Argentina resiste la acción popular y ahí se acabaría toda elucubración jurídica.

Pero en tren de auspiciar un mecanismo efectivo para las acciones colectivas, no debiera distinguirse entre intereses colectivos e intereses difusos, porque con la división se consigue restringir el acceso.

Recordemos que cuando hay acciones colectivas se piensa en la legitimación de un grupo organizado; mientras que en las acciones populares se presume que existen comunidades indeterminadas.

La diferencia no es precisa a los fines del trámite procesal, porque en los procesos colectivos (en defensa de intereses difusos o de clase) como en las acciones populares (en defensa de la pura legalidad), ambos tipos de intereses se entienden confundidos, en el sentido de mutua interdependencia.

Si las acciones protegen a la comunidad en sus derechos colectivos, creemos que pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común, sin más requisitos que los que establezca el procedimiento regulado por la ley.

El interés colectivo se configura en este caso, como un interés que pertenece a todos y cada uno de los miembros de una colectividad determinada, el cual se concreta a través de su participación activa ante la administración de justicia, en demanda de su protección.

En el proyecto de ley, luego sancionado de Colombia, se dijo que, es así como, de acuerdo con la naturaleza de los intereses amparados, las acciones populares pueden formularse en defensa de la calidad sobre los bienes y servicios que le son ofrecidos y prestados; a disfrutar de un ambiente sano; a que se prevengan y controlen los factores de deterioro ambiental; a que no se fabriquen, importen ni usen en el territorio nacional armas químicas, biológicas o nucleares; a que se proteja y conserve la integridad del espacio público y su destinación al uso común; el derecho a la paz y todos aquellos inherentes a una convivencia pacífica, democrática y participativa; los que asisten a las comunidades indígenas y demás grupos étnicos a orientar y desarrollar sus actividades, de conformidad con sus tradiciones. Además, llama la atención la definición de intereses colectivos como la administración clara, transparente y eficaz de la cosa pública; la protección del patri-

monio cultural y el acceso garantizado a una infraestructura adecuada de servicios públicos con fundamento en el principio de solidaridad social (Proyecto de ley nº 69 de 1993).

En beneficio de quien asume la responsabilidad en el proceso se promueven "*incentivos económicos*" que consisten en premiar la actitud *heroica* compensando al actor que pone en conocimiento de la jurisdicción el hecho ilícito.

La ausencia de un derecho subjetivo en las acciones populares implica que, en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo. Solamente, en algunos casos, se ha previsto el reconocimiento de los gastos en que incurra la persona que actúa en defensa del interés público o de una recompensa, que de todas maneras no puede convertirse en el único incentivo que debe tener en mira quien actúa más por motivaciones de carácter altruista y solidario, en beneficio de la comunidad de la que forma parte.

En la legislación colombiana se reitera que las acciones populares aunque se encaminen a la protección y amparo judicial de los intereses y derechos colectivos, no pueden ejercerse con el objeto de perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos. Para estos últimos fines, el constituyente de 1991 creó las acciones de grupo o de clase, a la vez que conservó las acciones ordinarias o especializadas y consagró como complemento residual, la acción de tutela. Esas acciones, para su procedencia, exigen siempre que el daño afecte derechos subjetivos de origen constitucional o legal de un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidos con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios (*cfr*. Acción de inconstitucionalidad, votada por la magistrada Martha V. Sáchica de Moncaleano, Bogotá, 1999/04/14).

117.7. De todos modos es una práctica que alienta desde las acciones populares la participación interesada de las personas que, más allá del beneficio económico personal que pueden llegar a obtener, al mismo tiempo consiguen activar el aparato jurisdiccional en un problema de naturaleza colectiva o general.

Informa la profesora de Bogotá, Anita Giacometto Ferrer, que:

el capítulo XI de la ley 472 de 1998 contempla dos modalidades de incentivos: 1) A favor del actor popular que promueva la acción, quien podrá recibir el equivalente entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales; monto fijado por el juez con base en *arbitrio judice.* Ahora bien, cuando al actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos; 2) Cuando resulte vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante tendrá derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón de la acción popular.

Se agrega en el trabajo que, en el borrador del proyecto sobre Reforma a la Justicia que el Gobierno Nacional pretende presentar al Congreso, se propone eliminar lo relacionado con los incentivos económicos en acciones populares; entre otras razones, porque los mismos contribuyen a fomentar la protección de los derechos e intereses colectivos, amén de ir en detrimento de los profesionales o personas que motivados en sentimientos

nobles y altruistas, tienen la ilusión que al final de una acción popular —si los resultados son favorables— se le reconozca, así sea simbólicamente, el valor de su trabajo.[620]

117.8. La división de acciones según se conozcan o no los afectados directos, tiene en la representación de los grupos igual permeabilidad. La legitimación colectiva puede identificarse en sectores o masas identificables (*v. gr.:* profesionales, consumidores, proveedores, etc.), o ser difusa sin posibilidad de encontrar perjuicios explícitos.

En el primer caso, la aptitud para obrar tiene en cuenta una suerte de sumatoria de intereses individuales que elude el proceso específico a través de una representación colectiva que actúa en nombre de todos. En estos casos, la personería se estudia bajo el concepto de "*representación adecuada".*

En el supuesto restante, al no ser factible una acción popular (al menos con el sentido restrictivo que impera en la jurisprudencia), se permite la defensa en juicio que asume una entidad organizada, cuyos estatutos deben coincidir con el objeto llevado a juicio. Por ello, la legitimación de estas asociaciones se estudia bajo la suficiencia que manifiesta el "*ente exponencial*".

Explica González Cano que:

> las asociaciones se convierten en los entes exponenciales ordinarios (por ejemplo, una asociación de perjudicados por una catástrofe o siniestro, como la asociación de afectados por el desbordamiento de la presa de Tous de 1992), o en los entes exponenciales cualificados para la defensa de determinados intereses generales o especialmente contemplados por el legislador desde el punto de vista de su tutela, incluida la jurisdiccional, como las asociaciones de usuarios y consumidores.[621]

Nosotros nos hemos pronunciado a favor de la legitimación amplia de estas corporaciones, sin necesidad de exigir un registro previo de sus actividades y una constitución formal que valide ante la justicia su intervención en juicio.

De este modo, las facultades del Juez para resolver la admisión en el proceso se convalidan con la actividad impulsoria que se le pide en los conflictos constitucionales o populares.

Con este marco, una entidad o asociación puede representar a grupos identificados (acciones de incidencia colectiva) o genéricos (protección de intereses difusos), logrando legitimación para obrar en la protección de: *a)* sus propios intereses; *b)* respecto de titulares afectados que le otorgan mandato expreso; *c)* respecto de grupos o sectores que se relacionan con su objeto constitutivo; y *d)* en defensa de intereses difusos de alcance general que se vinculan con su principal actividad asociativa.

118. Naturaleza jurídica de la acción colectiva

118.1. La diferencia entre acción colectiva y popular se encuentra en la posibilidad de definir y encontrar los afectados directos. Cuando ellos se pueden individua-

---

[620] GIACOMETTE FERRER, Anita, *Acciones populares,* ponencia presentada en el XVII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Barranquilla, Colombia, 2004.

[621] GONZÁLEZ CANO, *La tutela colectiva de usuarios y consumidores en el proceso civil,* cit., p. 259.

lizar en personas, grupos o sectores, la acción se denomina "colectiva", porque los derechos afectados inciden o se proyectan hacia ese conjunto identificado, que se representa a través de alguien o por medio de una corporación.

En cambio, cuando el hecho mismo es el que produce la alteración sin que pueda encontrarse en una persona determinada la afectación, ni le corresponda exclusivamente a un conjunto singular o concreto, la acción se llama "popular" porque todos son dueños del interés a tutelar en el proceso y cualquiera tiene el derecho de reclamar por todos.

A veces la distinción se realiza con criterios patrimoniales, entendiéndose que las acciones populares se relacionan con la defensa de derechos e intereses colectivos, mientras que las acciones de grupo tienen por objeto la protección mediante el reconocimiento y pago de indemnizaciones que reparan el perjuicio causado.

> Otros señalar que las acciones populares son aquellas por medio de las cuales cualquier individuo que desee defender los intereses que son comunes a una colectividad puede hacerlo ante los jueces y obtener una recompensa por su intervención…[…]. En cambio, mediante las acciones de grupo un conjunto de personas que se han visto afectadas por una vulneración semejante y proveniente de la violación de un derecho colectivo, podría solicitar el pago de una indemnización por los perjuicios individuales que ésta les haya ocasionado. Su finalidad es siempre una compensación monetaria.

118.2. Argentina no tiene consolidado un derecho a la acción popular, porque aun perviven resabios del individualismo predominante desde fines del siglo XIX y hegemónico hasta la mitad del siglo XX.

Es verdad que esta situación fue útil y resolvió en su tiempo la protección de las personas sobre la base del derecho de propiedad. Testimonio de esta influencia es el art. 5º de la ley 16.986 que exigió en la demanda de amparo la legitimación de una *persona individual o jurídica que se considere afectada*, condición que demuestra una vez más el remanido problema de la acreditación del daño directo o del perjuicio inmediato e inequívoco en la persona que presenta la petición de tutela.

Ahora bien, esa misma calidad ("afectado") solicita el artículo 43, constitucional, aunque amplía el cuadro de representantes al Defensor del Pueblo, las asociaciones de defensa de los intereses colectivos y difusos, y a *toda persona* que acredite un interés legítimo.

Dicho artículo 43 otorga legitimación a *toda persona*, por lo cual se podría plantear que existe una vía difusa de acceso donde el interés para obrar no resulta condicionante de los pasos posteriores. En tal caso, es preciso diferenciar si este ingreso es una acción popular.

> La Corte Nacional argentina resiste esta tendencia, al sostener que la atribución de declarar la invalidez constitucional de los actos de los otros poderes reconocida a los tribunales federales, ha sido equilibrada poniendo como límite infranqueable la necesidad de un caso concreto para que aquélla sea puesta en juego. Por sus modalidades y consecuencias, el sistema de control constitucional en la esfera federal excluye pues el control genérico o abstracto a la acción popular (del voto del doctor Petracchi) (CS, 1987/12/09, "*Penna Bores, Lucas S.*", La Ley, 1988-B, 385 - DJ, 988-2-185). Criterio ratificado el 1994/04/07

en "*Polino, Héctor y otro c. Poder Ejecutivo*", La Ley, 1994-C, 294, con nota de María Angélica Gelli - DJ, 1994-2-273 - ED, 157-450).

El análisis comienza con la definición de intereses colectivos o generales que presenta la Norma Fundamental. Obsérvese que ella habla de "derechos de incidencia colectiva", sin referir a derechos difusos o de pertenencia indiscriminada, de modo tal que la característica común de todos ellos es que carecen de la restricción que supone la exigencia específica de legitimación personal basada en un derecho subjetivo o un interés directo, creando una categoría nueva de "legitimaciones por categoría" por la que se posibilita el acceso a los tribunales a cualquier persona mientras ella cumpla con los requisitos generales de capacidad procesal que la ley exige.

Según Giacomette Ferrer, si las acciones populares son los medios para hacer efectivos los derechos e intereses colectivos, conviene tener muy claros y manejar estos conceptos ya que en función de ellos existen las acciones populares. La doctrina se ha encargado de crear confusiones pretendiendo diferenciar entre los conceptos interés y derecho, así como entre intereses colectivos e intereses difusos; como no pretendemos entrar en este tipo de disquisiciones que ningún aporte práctico arroja, pues entendemos que son discusiones académicas en torno a los vocablos, nos basta afirmar con la Corte Constitucional en el estudio que realizó sobre las acciones populares, al resolver las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra algunos artículos de la Ley 472 de 1998, en la sentencia C-215 de abril 14 de 1999… "Cabe anotar que la Constitución de 1991 no distingue, como lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos…" …"El interés colectivo se configura en este caso como un interés que pertenece a todos y cada uno de los miembros de una colectividad determinada, el cual se concreta a través de su participación activa ante la administración de justicia, en demanda de su protección…".

De acuerdo con el artículo 4° de la Ley 472/98 (Colombia), son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;

b) La moralidad administrativa;

c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración, o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionadas con la preservación y restauración del medio ambiente;

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

e) La defensa del patrimonio público;

f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;

g) La seguridad y salubridad públicas;

h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;

i) La libre competencia económica;

j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;

k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;

l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;

m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

La enumeración arriba anotada es meramente enunciativa, ya que el artículo igualmente señala que tienen esa naturaleza "los definidos como tales en las Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho Internacional celebrados por Colombia.

No obstante, el temperamento tiene resistencias consabidas, afirmándose que, cuando no existe acción popular, la legitimación activa corresponde a quién acredita ser titular de un derecho, de un interés legítimo, o de un interés compartido con otros (de pertenencia difusa o derechos de incidencia colectiva).

118.3. Otra condición es la pertenencia a un determinado ámbito social de mayor o menor amplitud. Ámbito social que, si todavía deja entrever una afectación individual por la crisis que se recurra o por las acciones que se ataquen, configurará el supuesto de "acción popular", o el más acotado de "acción vecinal" en los que el portante del interés moviliza voluntades masificadas.

Pero también aquí hay fisuras en la interpretación, porque se ha dicho que, la tutela del público consumidor, no constituye argumento suficiente —en el estricto régimen del derecho positivo actual—, para postular que el amparo pueda concretarse mediante la oposición de cualquier persona no interesada directamente organizándose una especie de acción popular, que aunque pueda prospectivamente reivindicarse, carece de apoyo en el sistema legal vigente.[622]

En cambio, la acción popular o el amparo, cada uno en su campo, tiene una cobertura superior. En primer lugar, son garantías instrumentales del acceso a la jurisdicción. Al ser derechos, abstractamente considerados, no necesitan de titulares específicos, de un interés personal o de un daño efectivamente comprobado en quien presenta la demanda.

Admiten que cualquiera pueda solicitar tutela jurídica, en nombre de la sociedad, y requerir el reconocimiento de una determinada situación, la declaración de un derecho correspondiente y/o la condena respectiva a persona o personas determinadas.

Ampliamos en nuestro "*Derecho Procesal Constitucional - Amparo"* señalando que, al ser una manifestación del derecho de acción (*acción quivis ex populo)*, se autoriza a cualquier ciudadano mientras posea aptitud suficiente para el ejercicio y goce de los derechos. El pedido expreso exige capacidad procesal, sin resultar necesario que ostente legitimación material alguna, presupuesto procesal, este último, que viene a diluirse y confundirse con la capacidad procesal y para ser parte.

En suma, el ordenamiento jurídico federal de Argentina no reconoce legitimación popular, considerando que la mención a "toda persona" que refiere la norma cons-

---

[622] CNFed. Civ. y Com., Sala III, 1992/12/02, "*China Nat Textiles Import y Export Corp. Dalian Branch c. Rabinovich, Leonardo A.*", *La Ley*, 1994-D, 523, J. Agrup., caso 9876, *cfr*. GOZAÍNI, *Derecho Procesal Constitucional - Protección procesal del usuario y consumidor,* cit., p. 607.

titucional, se condiciona a la idea de acreditar una afectación individual o colectiva que le admite, en consecuencia, estar en el proceso y constituirse en "justa parte".

Por su parte, la acción colectiva aunque tiene aceptación legal (y constitucional) no recibe el tratamiento procesal que corresponde a los llamados procesos colectivos, provocando adaptaciones inadecuadas de los procesos civiles que, como tales, conservan principios y presupuestos que no tienen cabida en los conflictos globales.

118.4. Las acciones de grupo o de clase se originan a partir de un hecho que provoca daños masivos o una amenaza generalizada que reconoce un sector especialmente afectado.

Los perjudicados constituyen una pluralidad de sujetos que se vinculan por el nexo causal, y ya sea en forma individual o agrupada, llevan su reclamo a la justicia con el fin de obtener una reparación patrimonial, o el cese de las conductas perturbadoras.

La protección del interés se concreta y trasciende la esfera propia del derecho subjetivo, porque está presente en la pretensión y en la sentencia, el destino de resolver la situación "de todos", de modo tal que, el efecto y alcance de la sentencia es muy distinto al que se consigue en un litigio individual.

Las acciones de grupo se caracterizan por la afectación conjunta del sector antes que por la acumulación de derechos individuales alcanzados por un perjuicio singular. El elemento común es la causa del daño y el interés cuya lesión debe ser reparada, es lo que justifica una actuación judicial conjunta de los afectados.

Al ser acciones grupales se necesita diseñar el modelo de procedimiento a seguir, porque las reglas de la comparecencia personal queda diluida, la notificación a todos los afectados tampoco puede ser resuelta con los mecanismos tradicionales de la comunicación directa; las cuestiones de competencia deben reconocer principios ajenos a las reglas habituales; la exigencia de representación y mandato tienen que encontrar un régimen legal actualmente inexistente, y así, un sinfín más de condiciones y presupuestos que necesitan reglamentarse, frente a la inseguridad jurídica que provoca aplicar a ellas los conocidos formalismos del sistema procesal.

Además, hay cuestiones que señalan necesidades y urgencias, como disponer el tiempo para formalizar las acciones de grupo, porque aun siendo permisivos, no se puede pensar en términos de estabilidad y certeza, en que dichas acciones sean factibles en todo tiempo.

> En Colombia se afirma que, en el caso de la caducidad para la instauración de la acción de grupo, se está frente a circunstancias diferentes a las que se protegen mediante la acción popular, toda vez que es evidente que se refiere a derechos de distinta entidad, pues se trata de derechos subjetivos que si bien pertenecen a un conjunto de personas, aquellos pueden ser también objeto de acciones individuales para el resarcimiento que corresponda a cada una de ellas. La garantía constitucional se reduce entonces, a la alternativa de acudir a un mecanismo ágil de defensa en un lapso prudencial, sin que con ello se elimine la posibilidad para los miembros de ese grupo, de ejercer posteriormente y dentro de los términos ordinarios de caducidad, las acciones individuales que correspondan. Por consiguiente, la fijación de un término de caducidad para ejercer la acción

de grupo encuentra pleno sustento en la defensa de la seguridad jurídica, el interés general y la eficacia de la administración justicia y en el deber consagrado en el artículo 95-7 de la Constitución de colaborar con el buen funcionamiento de la misma.

118.5. En definitiva, nos parece sugerente sostener que las acciones colectivas son el género que ocupa tres modelos diferentes de procesos que involucran a un número indeterminado o impreciso de personas. Ellos serían:

a) *Procesos colectivos donde se otorga legitimación por grupos o sectores identificables;*

b) *Procesos colectivos destinados a la defensa de intereses o derechos difusos, donde la legitimación se consolida en una persona individual, un grupo o asociación vinculada por su objeto social, o por la representación constitucional que obtiene el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público:*

c) *Acciones populares, donde no se tiene en cuenta la legitimación para obrar sino el objeto por el que se pide la tutela.*

119. Las acciones populares

119.1. La acción popular es también un proceso de protección de intereses colectivos, con la diferencia que la pretensión no persigue restituciones particulares, sino beneficios al conjunto.

En tal sentido se desplazan los problemas de legitimación o acceso a la justicia para preferir la actuación jurisdiccional que atiende la importancia del conflicto presentado.

119.2. Como la acción popular —por vía de principio— tiene naturaleza preventiva, significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, bastando que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran.

Se ha dicho que desde su remoto origen en el derecho romano, fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño. La acción popular puede promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo, sin límite de tiempo alguno No obstante, la Corte Constitucional de Colombia encuentra, que la excepción que en la misma disposición se prevé cuando la acción se dirige a "volver las cosas a su estado anterior", en cuanto establece un plazo de cinco (5) años para instaurarla, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, pues con ello se desconoce el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, de los miembros de la comunidad que se ven afectados en sus derechos e intereses colectivos.

El objeto básico es de carácter restitutorio, lo que no siempre se consigue (por ejemplo, *es difícil volver las cosas al estado anterior*), circunstancia que pone de relieve la necesidad de facultar o potenciar los poderes del Juez en el proceso.

Si el objetivo esencial de una acción popular es la protección efectiva de derechos intereses colectivos, es obvio que no se pretenden sentencias meramente declarativas, aunque de mínima prudencia es considerar la realidad fáctica que se afronte. Por tal motivo, es al juez a quien corresponde determinar si ese restablecimiento es factible o si al no serlo, debe decretarse una indemnización, aun cuando la acción popular no persigue esencialmente un beneficio de tipo pecuniario.

120. La indemnización

120.1. Si concedemos que el interés colectivo es una manifestación novedosa de las vías que habilitan una legitimación para obrar en juicio, no vemos porqué se deban recortar posibilidades y pretensiones por la naturaleza del derecho representado.

La categoría que tienen los derechos colectivos y también los difusos, impiden que a ellos se los contemple con una visión restrictiva, como para sostener que se les dispense el acceso a la justicia acotando las pretensiones (como ocurre con las acciones de anulación del acto administrativo ilegítimo que no pueden portar el derecho a ser reparado por el perjuicio sufrido).

En las demandas que promueven las asociaciones de usuarios o consumidores, hemos visto que existe la posibilidad de reclamar una indemnización sustitutiva, y que la distribución de los resultados se concreta a través de la ejecución de sentencia.

Sostiene Gordillo que:

> cuando la acción se ejerce en defensa de derechos colectivos, como los de los usuarios y tiene una pretensión resarcitoria, constituye una *class action:* la indemnización es para tales lesionados en su patrimonio. La distribución del resultado económico de la sentencia entre los usuarios, en este ejemplo, se hace en base al procedimiento de ejecución de sentencia, previa citación pública en dicha oportunidad procesal a los terceros interesados. Esta diligencia puede delegarse en los abogados de la causa con indicación de los recaudos de publicidad a cumplir: ellos prepararán y someterán al tribunal, para su aprobación, el proyecto de distribución.[623]

120.2. La apertura no significa convertir al juicio de daños y perjuicios en una demanda colectiva de naturaleza constitucional por el sólo hecho de ser un proceso de partes múltiples.

Naturalmente, si la acción persigue beneficios restitutorios individuales no podrá tener los beneficios del sistema, porque se provocaría, *mutatis mutandi*, una inversión de las finalidades tuitivas que tienen las acciones de grupo.

El demandante que invoca un ordenamiento legal que lo ampara como integrante de un sector (*v. gr.:* usuarios y consumidores) tiene derecho a que los beneficios que la ley le reporta sean aplicados en su caso (*v. gr.:* presunción favorable sobre los hechos); pero no puede extender la interpretación a cuestiones que trascienden la

---

[623] GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo - La defensa del usuario y del administrado,* tomo 2, Fundación derecho administrativo, Buenos Aires, 2009 (9ª ed.), pp. XIV-20.

dimensión del tipo protegido, porque con ello desnaturaliza los fines y convierte al régimen especial en un sistema desigual y punitivo.

> En Venezuela un particular no puede demandar una indemnización para el colectivo dañado, cuando acciona por intereses difusos, correspondiendo tal pedimento a entes como el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo, por ejemplo. Igualmente, cuando los daños o lesiones atentan contra grupos de personas vinculadas jurídicamente entre sí, o pertenecientes a la misma actividad, la acción por intereses colectivos, cuya finalidad es idéntica a la de los intereses difusos, podrá ser incoada por las personas jurídicas que reúnan a los sectores o grupos lesionados, y aun por cualquier miembro de ese sector o grupo, siempre que obre en defensa de dicho segmento social.
>
> Se ha dicho que, en materia de indemnizaciones por intereses colectivos, ellas sólo pueden ser pedidas por las personas jurídicas para sus miembros constituidos conforme a derecho, y los particulares para ellos mismos, al patentizar su derecho subjetivo, sin que otras personas puedan beneficiarse de ellas; pero en lo referente a la condena sin indemnización, al restablecimiento de una situación común lesionada, los otros miembros del colectivo pueden aprovecharse de lo judicialmente declarado, si así lo manifestaren.

120.3. Es decir, si alguien reclama perjuicios debe probarlos, aunque en la actividad probatoria tenga oportunidades de requerir la colaboración de la contraria, merced al sistema que lo favorece.

Cuando la pretensión se plantea por una asociación, la sentencia de condena puede tener beneficiarios identificados, a identificarse, o ser absolutamente desconocidos.

Aquí el problema está en que el derecho a la reparación es individual porque las entidades no tienen ni buscan beneficios patrimoniales.

La solución se encuentra en los modos de ejecutar la sentencia. Por ejemplo:

a) *Si los damnificados son identificados*, cada uno de ellos comparecerá al proceso y reclamará la parte que le corresponde de la indemnización estipulada;

b) *Si los perjudicados son inciertos o indefinidos,* se los emplazará a comparecer en juicio para requerir se liquide la alícuota de la reparación.

c) *Si no hay determinación de personas afectadas, porque la sentencia declara sobre el derecho vulnerado*, se podrá formar un fondo de reparación patrimonial sujeto a particularidades reglamentarias como veremos inmediatamente.

121. El fondo de indemnizaciones

121.1. Cuando la sentencia condena al pago de una indemnización que aprovecha a grupos o sectores identificados, o que necesiten comparecer individualmente a reclamar su cuota parte en el beneficio, es común ordenar el depósito en un fondo que tiene finalidades diversas.

Por un lado sirve para pagar la recompensa del sujeto que llevó adelante la acción colectiva; también se utiliza para compensar los gastos de quienes no pueden acudir a la justicia por escasez de recursos siendo la demanda vinculada con derechos o intereses colectivos; y finalmente, se toman de allí las sumas necesarias para

resarcir a los interesados que se presenten acreditando ser parte del grupo beneficiado con la sentencia.

> Se ha dicho que se cumple una finalidad constitucional cuando con este fondo se logra subsidiar la presentación de acciones colectivas a personas de escasos recursos; porque así se facilita el acceso a la administración de justicia, pues debido a los gastos que puede demandar el ejercicio de las mencionadas acciones, las personas quedarían sin la posibilidad de lograr la protección de sus derechos e intereses colectivos.
>
> Todas las solicitudes presentadas oportunamente se tramitarán y decidirán conjuntamente mediante acto administrativo en el cual se reconocerá el pago de la indemnización previa comprobación de los requisitos exigidos en la sentencia para demostrar que forma parte del grupo en cuyo favor se decretó la condena.
>
> Cuando el estimativo de integrantes del grupo o el monto de las indemnizaciones fuere inferior a las solicitudes presentadas, el Juez o el Magistrado podrá revisar, por una sola vez, la distribución del monto de la condena, dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir del fenecimiento del término consagrado para la integración al grupo de que trata el artículo 61 de la ley colombiana ya citada. Los dineros restantes después de haber pagado todas las indemnizaciones serán devueltos al demandado.

121.2. La indemnización que se ordena en virtud de una acción popular, no se refiere únicamente al resarcimiento por la violación de derechos individuales, sino que se trata de la reparación de los daños causados por la vulneración a derechos e intereses colectivos, es decir en beneficio de toda una comunidad afectada.

Además, constituye una justa sanción a las entidades o personas responsables de tal vulneración. No obstante, ello no significa que no haya prescripción alguna para reclamar dicha indemnización. Sin duda, subsiste respecto del reclamo del pago de la indemnización decretada por el juez, la prescripción ordinaria de la acción ejecutiva correspondiente, que no puede sujetarse a un plazo que resulte irrazonable por su brevedad. Todo ello, sin perjuicio que el legislador establezca otro término que cumpla con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad acordes con el ordenamiento superior.

En la versión del Código Modelo (anteproyecto Grinover-Watanabe-Gidi) se establece en el art. 6º:

> En la acción condenatoria a la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado, la indemnización revertirá en un fondo administrado por un Consejo gubernamental, del que participarán necesariamente el Ministerio Público y representantes de la comunidad, siendo sus recursos destinados a la reconstitución de los bienes lesionados.

121.3. El inconveniente que tiene esta forma de liquidar un derecho estriba en el derecho que tiene el afectado para requerir una estimación superior, porque a su respecto abría operado la cosa juzgada.

Precisamente, la defensa que podrá sostener el condenado es que será juzgado dos veces por el mismo hecho, y que una reparación colectiva es suficiente para cancelar las obligaciones que se tengan contra todo el grupo o sector afectado, eliminando la posibilidad de reclamos particulares.

Se ha observado que, en la sentencia el juez puede condenar al pago de perjuicios en favor de la entidad pública no culpable, que tenga a su cargo el derecho o interés colectivo vulnerado. Esta institución resulta particularmente extraña a los fundamentos tradicionales del derecho procesal aplicable al trámite judicial a través del cual se definen conflictos individuales y concretos, en los cuales es principio fundamental el de la congruencia entre lo pedido en la demanda y lo decidido por el juez, excepción hecha en nuestra legislación de los fallos *ultra* y *extra petita* en favor del trabajador.

La posibilidad que le ha dado la ley al juez de ordenar en la sentencia indemnización en favor de quien no la ha solicitado, de quien no ha intervenido ni siquiera adhesivamente y por ende no ha formulado una pretensión fundada para que se le reconozca una indemnización, de reconocer una indemnización que no se ha pedido, rompe la estructura tradicional del proceso, porque se observa la afectación de varios principios medulares del procedimiento, relacionados directamente con el debido proceso por afectar de manera directa el derecho de defensa (*Cfr*. Corte Constitucional de Colombia, voto del Dr. Cifuentes Muñoz, antes citado).

121.4. Una alternativa distinta a la anterior es *premiar* al que decide promover una acción colectiva sin pretender satisfacciones personales. La idea es recompensar la actitud.

El art. 65 de la Ley 472/98 de Colombia dice:

"*Contenido de la sentencia*": La sentencia que ponga fin al proceso se sujetará a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil y además, cuando acoja las pretensiones incoadas, dispondrá:

1. El pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales.

2. El señalamiento de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que han estado ausentes del proceso a fin de que puedan reclamar la indemnización correspondiente, en los términos establecidos en el artículo 61 de la presente ley.

3. El monto de dicha indemnización se entregará al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria, el cual será administrado por el Defensor del Pueblo y a cargo del cual se pagarán:

a. Las indemnizaciones individuales de quienes formaron parte del proceso como integrantes del grupo, según la porcentualización que se hubiere precisado en el curso del proceso. El Juez podrá dividir el grupo en subgrupos, para efectos de establecer y distribuir la indemnización, cuando lo considere conveniente por razones de equidad y según las circunstancias propias de cada caso;

b. Las indemnizaciones correspondientes a las solicitudes que llegaren a presentar oportunamente los interesados que no hubieren intervenido en el proceso y que reúnan los requisitos exigidos por el Juez en la sentencia.

4. La publicación, por una sola vez, de un extracto de la sentencia, en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a su ejecutoria o a la notificación del auto que hubiere ordenado obedecer lo dispuesto por el superior, con la prevención a todos los interesados igualmente lesionados por los mismos hechos y que no concurrieron al proceso, para que se presenten al juzgado, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación, para reclamar la indemnización.

5. La liquidación de las costas a cargo de la parte vencida, teniendo en cuenta las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia.

6. La liquidación de los honorarios del abogado coordinador, que corresponderá al diez por ciento (10 %) de la indemnización que obtengan cada uno de los miembros del grupo que no hayan sido representados judicialmente.

En el derecho comparado se conoce una fuente de ingresos similar a través de la denominada *acción qui tam*, que significa otorgar una recompensa a quien demanda en beneficio del Estado. Aunque estas acciones se dan en un campo diferente.

> La expresión *qui tam,* dice Elena A. Liberatori, es una abreviatura del latín "*qui tam pro domino rege quam pro sic ipso in hoc oarte sequitur"*, o sea que quien demanda en beneficio del Rey lo hace también en beneficio propio. Se trata de una acción que tiene arraigo en el derecho anglosajón y permite a los ciudadanos llevar adelante una causa judicial en nombre del Estado contra aquellos actos fraudulentos o dañosos de los cuales sean responsables contratistas públicos u otras personas físicas o jurídicas que reciban o usen fondos públicos, permitiéndole al accionante compartir, en recompensa, el dinero recuperado.[624]

Con el estímulo económico, o incentivos destinados a fomentar el interés popular en las acciones, se consigue la participación ciudadana en la cosa pública y una concreta forma de llevar a la justicia cuestiones que, a veces por desinterés o intrascendencia, se dejan pasar sin reclamo alguno.

122. Lo procesal constitucional en las acciones colectivas

122.1. En realidad, cuando se pretende trae a un sistema judicial un modelo de intervención para los grupos o sectores que padecen un daño masivo o una amenaza general, no se quiere más que adecuar las instituciones procesales a la realidad de los tiempos que se viven.

No es lógico que se continúe con un mecanismo puramente adversarial que tiene como única finalidad someter a la parte contraria a una derrota, cuan si fuera el proceso una lucha entre partes, y el Juez un árbitro que dirime la contienda.

Latinoamérica fue abriendo caminos, a semejanza e imitación de sistemas muy distintos al codificado que se mantiene estoicamente. Fue así que se consagraron acciones de grupo o de clase en países como Colombia y Brasil, las que se originan en los daños ocasionados a un número plural de personas que deciden acudir ante la justicia en acción única, para obtener la respectiva reparación y que a pesar de referirse a intereses comunes, se pueden individualizar en relación con el daño cuya indemnización se persigue.

122.2. Como se aprecia son pretensiones que buscan proteger intereses particulares de sectores específicos de la población (por ejemplo, consumidores), de ahí su denominación original de *class action*.

---

[624] LIBERATORI, Elena Amanda, *La acción "Qui tam",* La Ley actualidad, 1.04.2004, pp. 1 y ss.

En Brasil, la Ley 7347 de 1985, mediante la cual se regula la Acción Civil de Responsabilidad por Daños Causados al Medio Ambiente, al Consumidor, los Bienes y Derechos de Valor Artístico, Estético, Histórico y Paisajístico, autoriza al Ministerio Público para instaurar las acciones civiles públicas, cuando por razones de interés público la comunidad requiere de especial protección.

Esta norma se integró a un esquema tuitivo existente en la Ley 4717 de 1965 y el Código de Procedimiento Civil de 1976, hasta alcanzar un modelo preciso para el proceso colectivo, tal como se presenta en el "Código de Defensa de los derechos del consumidor".

En Estados Unidos y Canadá, existen dos tipos de acciones: las de clase, o *class action* (Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil), que pueden ser propuestas por cualquier interesado que pretende proteger a sectores específicos de la población y a quien se le reconoce esa posibilidad por ser parte del mismo. Aquí, la sentencia produce efectos respecto de todos los miembros del grupo, siempre que exista un numeroso conjunto de personas con puntos de hecho y de derecho en común, y quien deduzca la acción acredite una representación adecuada de los intereses.

En otra obra explicamos que, la sistemática dispuesta a través de la acción popular se refleja en la dinámica del *common law* a través de las "*class actions*" (acciones de clase). Su origen, bastante remoto, encuentra primeras manifestaciones como una invención de *equity*, es decir, creada como herramienta procesal habilitante para que el número indeterminado de personas no impidiera que los grupos unieran sus intereses ante la justicia.

Sostiene Cueto Rúa que, en el derecho inglés, si en una acción por clase de personas se llegaba a la conclusión de que los derechos, las obligaciones o las responsabilidades de todos los integrantes de la clase o grupo podían ser litigados correcta y honestamente, la sentencia final obligaba a todos los miembros de la clase o grupo, hubieran o no participado en la sustanciación de la acción".

En Estados Unidos, las acciones de clase se concretan en la "Regla 23" del procedimiento civil. Ellas dicen:

a) *Requisitos para la interposición de una acción por clase de personas:*

Uno o mas miembros de una clase puede demandar o ser demandado como partes representantes, en representación de todos, solo si:

- la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable.
- existen cuestiones de derecho y de hecho comunes a la clase.
- las demandas o defensas de la clase son típicas de la clase y,
- las partes representantes protegen los intereses de la clase justa y adecuadamente.

b) *Acciones por clase admisibles:*

Una acción puede ser promovida como una acción de clase si los requisitos del inciso *a)* han sido cumplidos y además,

- la promoción de acciones separadas por miembros individuales de la clase o contra ellos pudiera crear el riesgo de…

....inconsistencia de diversas sentencias con respecto a miembros individuales de la clase que pudieran establecer criterios de conducta incompatibles para la parte que se opone a la clase, o

....sentencias con respecto a miembros de la clase que, en la práctica, tendrán efecto dispositivo de los intereses de los otros miembros que no han sido partes en los juicios sentenciados o que lesionarán o impedirán su capacidad para proteger sus intereses; o

- la parte que se opone a la clase ha actuado o se ha negado a actuar sobre fundamentos generalmente aplicables a la clase, haciendo aplicables, en consecuencia, remedios mediante órdenes o prohibiciones o el correspondiente remedio de tipo declarativo con respecto a la clase como un todo; o
- el tribunal determina que la cuestión de derecho o de hecho común a los miembros de la clase predomina sobre cualquier cuestión que afecte sólo a los miembros individuales, y que la acción por la clase es superior a otro método disponible para la decisión justa y eficiente de la controversia. La materia relativa a las determinaciones incluyen:

A) los intereses de los miembros de la clase en el control individual de la promoción o la defensa de acciones separadas;

B) el alcance y la naturaleza relativo de cualquier juicio relativo a la controversia ya iniciado por miembros de la clase o contra ellos;

C) las dificultades que probablemente se habrán de encontrar en la tramitación de una acción de clase;

D) la determinación por orden judicial si se debe mantener una acción por una clase de personas: notificación, sentencia, acciones tramitadas parcialmente como acciones de clase.

122.3. De otro lado, las *acciones ciudadanas*, que corresponden a todo individuo que desee defender los intereses que son comunes a una colectividad. En estos dos países, las acciones de clase de las provincias se asemejan a la Regla 75 de Ontario según la cual, cuando numerosas personas tengan el mismo interés, una o más podrán demandar o ser demandadas, o ser autorizadas por la Corte para defender en aras de ese interés común, para el beneficio de todos.

En países, como en Inglaterra y Australia, se consagran las "*Relator actions*", para que los particulares las ejerzan en los procesos de interés público a través del Ministerio Público o directamente con su autorización. A ellas nos hemos referido con anterioridad.

Inclusive, aparecen modelos intermedios como los *test cases*, que constituye un método por el cual se selecciona una causa de entre muchas otras que se presentan a título individual, pero que tienen todas una coincidencia en los hechos y las pretensiones, donde después del acuerdo de las partes se consigue una suerte de acumulación de autos y efectos generales de la única sentencia a dictarse.

No es un esquema totalmente aceptado, al punto que solamente tiene reconocimiento legal en Escocia en las *Court of session rules*. Ello quizá sea producto de las dificultades para identificar la similitud en los hechos, y los problemas procesales que trae la condena en costas porque, pese a la extensión general del fallo, los gastos causídicos sólo se imponen a los sujetos particulares que litigaron. Además, el efecto

extensivo de la condena no significa el derecho a obtener de inmediato la reparación indemnizatoria, obligando a los otros beneficiarios a promover la ejecución.

123. La polémica que crean las acciones colectivas

123.1. El beneplácito con las acciones de clase no es general, porque a pesar de ser una herramienta sensible que facilita el acceso a la justicia de sectores que sufren postergación, o que practican en forma concreta una participación popular en los conflictos de trascendencia social; también sufren resistencias por considerar que constituyen una *legalización del chantaje.*

> Uno de los mejores estudios realizados en Argentina sobre las "acciones de clase" corresponde a Bianchi, que refiriéndose a este tema sostiene que, el uso intensivo de las *class action* ha generado —y desde hace varias décadas— dos efectos. Uno sobre los tribunales, especialmente la Corte Suprema, y otro sobre los abogados y el ejercicio de la abogacía. A partir del uso masivo de las acciones de clase la Corte Suprema se ha convertido, en el sentir de algunos, en una suerte de tercera —y tal vez la más importante— cámara legislativa, ya que al tener potestades para decir el derecho en forma general para grandes grupos de personas, su tarea se asemeja mucho a la de un cuerpo legislativo. De todos modos —y tal vez sea ésta una de las razones— las decisiones de la Corte Suprema posteriores a la enmienda de la Regla 23 han intentado poner límites a sus alcances.[625]

Además, la regla 23 que rige desde 1938 no se adaptó a los cambios económicos y sociales manteniendo el esquema de entonces que produjo una gran imprecisión, y llevó a la necesidad de una sustancial reforma en el año 1996.

123.2. Observa Bianchi que las acciones eran de tres categorías: *a)* verdaderas; *b)* híbridas, y *c)* falsas, clasificación que fue establecida en función de la naturaleza de las relaciones de intereses entre los miembros de una clase.

Explica así que,

> en la primera los intereses eran comunes; en la segunda eran diversos o diferentes, y en la tercera también podían ser diferentes, pero, en este caso, la acción era viable si existía una cuestión fáctica o de derecho que involucrara los diferentes sectores de intereses existentes en la clase. De las tres, obviamente la tercera era la más controvertida en la medida en que se trataba de una suerte de sistema litisconsorcial bastante flexible, donde las sentencias sólo producían efectos sobre las partes litigantes.[626]

De todos modos, las dificultades técnicas no constituyen el dilema principal para resistir este mecanismo de actuación popular, porque son cuestiones económicas las que se esgrimen y hacen valer para controvertir el uso de las *class action.*

Cuando se alega que por este medio se busca extorsionar o ejercer abusivamente un derecho para buscar una ventaja patrimonial, no se está lejos de una verdad de fácil comprobación.

---

625 BIANCHI, Alberto B., *Las acciones de clase,* Ábaco, Buenos Aires, 2001, p. 11.

626 BIANCHI, *Las acciones de clase,* cit., p. 22.

Recuérdense las acciones vinculadas con los efectos nocivos del cigarrillo, o las consecuencias perjudiciales que se probaron traían las intervenciones quirúrgicas de implante de siliconas en las mamas. En ambos casos las indemnizaciones eran multimillonarias y podrían llevar en nuestro país a la quiebra de nuestro reducido sector empresario.

> De hecho, la litigación que ha provocado un mayor número de quiebras entre compañías norteamericanas de una misma industria ha sido la del amianto (hasta la fecha, más de 67). Y los tres mayores veredictos condenatorios dictados por los jurados norteamericanos en los años 2000, 2001 y 2002 han sido tres casos de tabaco: 145.000 millones de dólares (Engle v. R.J. Reynolds Tobacco Co.), 3.000 millones de dólares (Richard Boeken v. Philip Morris, Inc.) y 28.000 millones de dólares (Betty Bullock v. Philip Morris Inc.), respectivamente.

Sin embargo, las experiencias argentinas de acciones populares, como el caso "*Schroder*" (CNContenciosoadministrativo, Sala III, 1994/08/09, La Ley, 1994-E, 449), o las que lleva a cabo el Defensor del Pueblo, e inclusive, algunas realizadas por asociaciones de defensa sectorial (*v. gr.:* "*Consumidores Libres Coop. Ltda. c. Estado Nacional*", 1995/10/20, La Ley, 1995-E, 470), demuestran que, aunque se utilice el marco nominal del amparo, son verdaderas acciones colectivas que facilitan el accionar conjunto y por el cual las necesidades generales de la población encuentran una respuesta que individualmente no obtienen.

123.3. Otros conflictos pueden emerger de la propia Constitución. En efecto, las acciones de clase provienen de un sistema jurídico diferente al que tenemos los latinoamericanos, condición que no limita su aplicación, pero que debe tenerse en cuenta por las particularidades que proyecta.

Por ejemplo, cuando nos referimos al sistema indemnizatorio resultante de las acciones por el tabaco o las siliconas, la reparación no es individual y tiene más en cuenta una sanción ejemplar que evite continuar con el daño, antes que indemnizar el perjuicio sufrido por cada afectado (principio de la reparación integral que es propio del *civil law*).

No escapa al análisis que hay cuestiones de derecho procesal constitucional que interfieren con la consagración del modelo.

En efecto, si a través de la acción colectiva van a tratarse casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos, el riesgo probatorio y la carga de las afirmaciones puede encontrarse en desequilibrio.

Sucede esto porque, si bien es cierto que las acciones populares buscan la protección de derechos e intereses colectivos, también ellas tienen relación con los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a esos mismos derechos e intereses, razón por la cual dicha relación no es absoluta o indispensable para la salvaguardia del principio de igualdad o del derecho de defensa.

En realidad si no hay regulación de la responsabilidad objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos, esa omisión es para toda la comunidad y no atribuible sólo a unos cuantos individuos. De otro lado, ocurre que la protección

del derecho de defensa e incluso del debido proceso en los procesos derivados del ejercicio de una acción popular, no sufre menoscabo por el hecho de que el legislador no haya definido los casos de responsabilidad civil objetiva por los daños inferidos a los derechos e intereses colectivos.

Algunos afirman que la circunstancia de que la relación entre las acciones populares y la responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos sea circunstancial, y no necesaria o indispensable para garantizar la igualdad o para proteger el derecho de defensa, debe concluir afirmando que aunque son materias conexas y relacionadas, son autónomas. Dicha autonomía, a su vez implica que el legislador bien puede regularlas conjunta o separadamente y ello sin que una u otra sufran un deterioro de tal naturaleza que las haga devenir en inocuas o imperfectas.

Sin embargo, puede no existir dicha omisión legislativa porque el solo hecho de no desarrollar en la ley lo relativo a los casos de responsabilidad civil objetiva, no hace incompleta la norma ni configura una omisión del legislador en cuanto tiene aún la posibilidad y la competencia para expedir una nueva ley en esta materia.

> En la discusión sobre este problema, la Corte Constitucional de Colombia sostuvo que el hecho de no haberse desarrollado en la Ley 472 de 1998 el tema de la responsabilidad civil objetiva no constituye una omisión legislativa relativa que dé lugar a una inconstitucionalidad, ni hace incompleta la ley, pues el legislador conserva la competencia para expedir una nueva ley que regule dicha materia. La omisión legislativa se configura, ha dicho esta Corporación (*Cfr*. Corte Constitucional. Sentencia No. C-188 de 1996. MP. Dr. Fabio Morón Diaz), cuando el legislador no cumple en forma completa un deber de acción expresamente señalado por el constituyente, o lo hace en forma imperfecta. Este ocurre cuando se configura, "una obligación de hacer", que el constituyente consagró a cargo del legislador, "el cual sin que medie motivo razonable, se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa, en una violación a la Carta.
>
> De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina se entiende por omisión legislativa "todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución". Dichas omisiones, entonces, se identifican con la "no acción" o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le impone expresamente el Constituyente. Para que se pueda hablar de omisión legislativa, es requisito indispensable que en la Carta exista una norma expresa que contemple el deber de expedir la ley que desarrolle las normas constitucionales y el legislador lo incumpla, pues sin deber no puede haber omisión. En consecuencia, la omisión legislativa no se puede derivar de la ausencia de leyes por incumplimiento del Congreso del deber general de legislar.

124. Pretensiones en las acciones colectivas

124.1. Las pretensiones en el proceso colectivo dependen de los derechos o intereses que se reclaman. A veces la petición es genérica y de ser declarada admisible, beneficia a la población en general (*v. gr.:* demanda que propone el uso de filtros y escapes apropiados, en los medios de transporte, con el fin de impedir un agravamiento de la contaminación ambiental); en otras, no identifica favorecidos

comunes, como al reclamarse la protección de bienes declarados de pertenencia del patrimonio cultural o arquitectónico de un país o del mundo; también considera objetivos particulares, como requerir la cesación de un hecho o conducta lesivo de uno o varios derechos constitucionales; y admite peticiones especiales que son el soporte de derechos particulares de grupos o sectores (*v. gr.:* demandas realizadas por usuarios o consumidores).

> Además, ha afirmado la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia T-405/93, con el voto del magistrado Hernando Herrera Vergara, que por su propia condición, estas acciones colectivas permiten ser ejercidas contra las autoridades públicas por sus acciones y omisiones y por las mismas causas, contra los particulares; su tramitación es judicial y la ley debe proveer sobre ellas atendiendo a sus fines públicos y concretos, no subjetivos ni individuales. De igual manera, dichos mecanismos buscan el restablecimiento del uso y goce de tales derechos e intereses colectivos, por lo que también tienen un carácter restitutorio, que se debe resaltar.
>
> Finalmente, hay que observar que las acciones de clase o de grupo no se relacionan exclusivamente con derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos colectivos, toda vez que comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal, los cuales suponen siempre —a diferencia de las acciones populares— la existencia y demostración de una lesión o perjuicio cuya reparación se reclama ante la juez. En este caso, lo que se pretende reivindicar es un interés personal cuyo objeto es obtener una compensación pecuniaria que será percibida por cada uno de los miembros del grupo que se unen para promover la acción. Sin embargo, también es de la esencia de estos instrumentos judiciales, que el daño a reparar sea de aquellos que afectan a un número plural de personas que por su entidad deben ser atendidas de manera pronta y efectiva.

Como se ve, estas posibilidades de accionar se dan también, en nuestro país, a través del amparo, el cual podría encontrar una apertura inteligente si fuera admitido como variables de la acción popular, o de las acciones de grupo.

De hecho, las finalidades de tutela que intrínsecamente tienen estas pretensiones colectivas, se repiten en los juicios que dinamiza dicha garantía constitucional.

124.2. Toda acción colectiva tiende a *evitar el daño contingente*, que en el amparo se recepta a través de la noción de amenaza.

> La otra cara del acto lesivo es la amenaza; así como de una parte se exige en quien reclama que acredite el daño sufrido a través de la ejecución del hecho ilegítimo o inconstitucional, en la especie se trata de ver, en forma clara e inequívoca, la misma crisis pero aun no concretada. Esto quiere decir que la amenaza ilegal, a los fines de habilitar la acción de amparo, debe ser de tal magnitud que pusiera a los derechos en juego en peligro efectivo e inminente.
>
> Por ejemplo, el proceso deducido por la Asociación de Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria contra el Decreto 702/95 (Argentina), a la cual adhirió el Defensor del Pueblo en los términos del artículo 90 inciso 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, carece de aptitud para suscitar el ejercicio de la jurisdicción, pues al no concretar qué efectos habría de tener la concesión de lo peticionado —el cese de la intervención— sobre los intereses de los usuarios del servicio telefónico, la sentencia habría de tener un sentido meramente teó-

rico o conjetural. Tal deficiencia no se ve superada por la argumentación referente a la eventual amenaza de que tales derechos constitucionales se vean vulnerados, pues los recurrentes no han concretado la relación existente entre el acto atacado y el riesgo de que se ocasione una lesión no definida (CS, 1998/05/07, "*Consumidores Libres Coop. Ltda. de provisión de servicios de acción comunitaria",* La Ley, 1998-C, 602).

En los derechos de incidencia colectiva el concepto de amenaza encuentra mayores posibilidades, porque se desplaza la noción de afectación directa por la de derechos colectivos amenazados que se deben resguardar en la acción prevista.

Así se declara que, la fundación actora se encuentra legitimada para promover el juicio de amparo en cuanto a partir del texto del artículo 43 de la Constitución Nacional recibe acogida el "amparo colectivo" apareciendo en la escena jurídica nuevos tutelados constitucionales como las asociaciones que propendan a los fines explicitados en el segundo párrafo del dispositivo legal señalado, con lo cual la protección de los intereses difusos (colectivos), en el caso del derecho a gozar de un ambiente sano y la protección del mismo, cobra impulso propio, consecuentemente no es necesario que todos los habitantes de las viviendas en que se extrajeron las muestras de agua subterránea contaminada acudan ante el órgano jurisdiccional, como damnificados directos, pidiendo medidas tendientes a la preservación del medio ambiente y la calidad de vida porque la fundación actora lo ha hecho por sí misma y estaba legitimada para ello en cuanto concierne a la protección del medio ambiente (C. Civ. y Com., San Isidro, Sala I, 1998/06/08, "*Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata c/ Municipalidad de Tigre y otro"*, LLBA, 1998-1118).

124.3. La misma intención llevan las demandas dirigidas a *hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos*.

La jurisprudencia coincide en que la calidad del acto lesivo es una cuestión que se debe estudiar caso por caso, toda vez que el amparo es una acción de reparación o restitución de derechos constitucionales, y por ello, es el único proceso constitucional que presenta el marco adecuado para el ejercicio del control constitucional por el juez. De lo contrario, muchos actos del poder público o de particulares que se amparen en una ley, decreto u ordenanza de carácter general, no serían susceptibles de control por vía del amparo (Juz. Civil y Com. Nº 16, Córdoba, 1997/09/17*, "Miranda, Liliana y otros c. Municipalidad de Córdoba",* LLC, 1997786).

En estos casos, debe quedar en claro que no es *cualquiera* quien tiene legitimación procesal sino aquellos que el art. 43 constitucional recepta, más allá de la vía procesal que seleccionen para dar curso a lo que piden.

En Europa, la Directiva 93/13/CEE del 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se encuentra una de las acciones precursoras de esta modalidad, porque allí se autoriza a las asociaciones y demás entes organizados a procurar con demandas de cesación, que se eviten dichos abusos contractuales.

Otras veces, las acciones colectivas se deducen como amparo con el fin de lograr el cumplimiento de promesas o garantías constitucionales que se encuentran insatisfechas o pendientes de reglamentación.

Son emblemáticos en Argentina los casos del ciudadano (prestigioso abogado y jurista) *Beltrán Gambier,* que a pesar de intentar heroicamente asumir una representación general que era evidente, no logró superar las vallas de la legitimación.

> En el primer caso se estableció que la acción de amparo deducida en la condición de ciudadano a fin de que se ordene al Poder Legislativo la integración de la Cámara Bicameral Permanente que prevé el art. 99 inciso 3º de la Constitución nacional por ser la omisión arbitraria e ilegal, debe ser desestimada por no alegarse un derecho o interés propio de protección jurisdiccional (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala II, 1998/10/13, *"Gambier, Beltrán c. Estado Nacional",* comentado en la obra de Jorge Alejandro Amaya).
>
> En el siguiente se afirmó que, el art. 43 de la Constitución Nacional no consagra una suerte de acción popular que desvincula absolutamente la ilegalidad del perjuicio, ni transforma la sujeción al principio de legalidad en un verdadero derecho subjetivo del particular con la subsiguiente posibilidad de articularlo ante el Poder Judicial, aun en ausencia de vinculación del amparista con la relación jurídico material deducida en el proceso (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala II, 1999/08/19, "*Gambier, Beltrán c. Poder Ejecutivo Nacional*", La Ley, 1999-E, 624 - DJ, 1999-3-903).

Estas demandas en defensa de la legalidad constitucional tienen cabida como acciones colectivas porque profundizando el análisis, no se trata de acciones individuales con finalidades que al particular le son intrascendentes. Aunque se pueden rechazar como acciones populares, lo cierto es que deberían tener recepción.

La diferencia con la acción popular está en que existe un interesado y hay un perjuicio directo, más allá de la omisión legislativa que torna inconstitucional la inacción del Poder que agravia.

Claramente dice Eduardo P. Jiménez que:

> existe en el caso: *a)* un derecho afectado (a la eficiencia y regularidad de sistema constitucional); *b)* también hay partes adversas: un ciudadano y los legisladores que han cometido la inconstitucionalidad por omisión; *c)* hay daño efectivo provocado por la conducta del oponente (el agravio social que implica un patente funcionamiento irregular del Congreso en los años que pasa sin legislar como debe hacerlo); *d)* la omisión por parte del Congreso le impide al ciudadano el reconocimiento de un derecho propio; y *e)* es una acción incoada en defensa de los derechos humanos de tercera generación.[627]

124.4. Otra pretensión es la *acción restitutiva* que tiene la finalidad de volver las cosas al estado anterior, donde se advierte la necesidad reglamentaria de concretar un plazo de caducidad por la eventual consolidación de los hechos, y la crisis que a veces trae la oposición de derechos adquiridos.

> Informa Giacometto que, en este punto la ley 472/98, restringió a cinco años el ejercicio de la acción, según decir del Inciso 2° del artículo 11 ibídem, pero sólo cuando se trataba de una alteración que ya se había consumado. A este respecto la Corte Constitucional en sentencia C-215/99 declaró inexequible esta parte de la norma pues

[627] JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, *Los derechos humanos de tercera generación,* Ediar, Buenos Aires, 1996, pp. 76 y ss.

> establecer un término de vencimiento al derecho a accionar desconoce el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, de los miembros de la comunidad que se ven afectados en sus derechos colectivos. Dijo la Corte: "… Mientras subsista la vulneración a un derecho o interés colectivo y exista la posibilidad de volver las cosas al estado anterior para hacer cesar la violación, cualquiera de los miembros del grupo social debe tener la oportunidad de acudir a la justicia para obtener esa protección" […]. "Carece entonces de fundamento razonable y, por lo mismo, violatorio de derechos y principios constitucionales, el que a pesar de que exista la probabilidad de subsanar y hacer cesar una situación que afecta derechos esenciales de una comunidad presente o futura, se cierre la oportunidad para cualquiera de los sujetos afectados de actuar en su defensa, al establecer término de caducidad cuando se demanda el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación del derecho, mientras ello fuere físicamente posible".

Posición que no es coincidente en la doctrina pues algunos sostienen que las acciones colectivas son posibles mientras esté vigente el perjuicio o la afectación.

125. Cuestiones procesales

125.1. Hemos observado que la celeridad, siempre útil y necesaria, no puede frustrar necesidades más importantes como la eficacia de la sentencia. Esto sucede cuando en los procesos entre proveedores y adquirentes se aplican las reglas tradicionales de los procesos de conocimiento, sin advertir que la diversidad de pretensiones requiere métodos de exposición y análisis que trascienden los principios de la más absoluta bilateralidad y derecho a la contradicción.

En España se advirtió parcialmente la influencia que tenía la transposición de las Directivas Comunitarias en materia de protección de intereses colectivos, y por ello son las remisiones al juicio verbal en materia de publicidad cuando se relacionan con el ejercicio de acciones de cesación.

Dice González Cano que:

> para el caso de que junto con estas acciones colectivas de cesación se ejerciten pretensiones indemnizatorias, ya no operaría la regla de la remisión al procedimiento que por la cuantía corresponda, sino que ambas pretensiones irían por el juicio verbal, ya que la modificación de los artículos de la ley de enjuiciamiento civil no contemplan esta regla diferencial.[628]

En Argentina no se ha previsto la eventual concurrencia de procesos de partes múltiples respecto de quienes persiguen reparaciones individuales en forma aislada y autónoma. Inclusive, las acciones que activa el Defensor del Pueblo se forman y debaten en los límites del art. 86 de la Constitución Nacional, es decir, admitiendo que tiene legitimación pero sin aplicar efectos expansivos a la sentencia condenatoria (es decir, cuando impone obligaciones de dar, hacer o no hacer; a diferencia de las sentencias declarativas que obtienen alcance general).

---

[628] GONZÁLEZ CANO, *Tutela colectiva de usuarios y consumidores en el proceso civil,* cit., p. 288.

Los motivos por los que se auspicia el tratamiento conjunto de los reclamos colectivos obedecen a necesidades de seguridad jurídica y para igualar las razones y derechos de las partes que confronten.

Por eso, teniendo en cuenta las aclaraciones ya realizadas respecto a la eventual interposición de demandas individuales pero con finalidades colectivas, en realidad el objetivo principal es regular adecuadamente el mecanismo de intervención de los grupos (personas o asociaciones) donde el problema de la legitimación en la causa es apenas la punta saliente del iceberg.

125.2. La intención de reunir el conflicto de grupos o sectores en un solo proceso, además de evitar la probabilidad de dictar sentencias contradictorias si se permite que ellas sigan un cauce individual, tiene como objetivo resolver con un solo pronunciamiento la crisis que se denuncia.

Cabe tener en cuenta que la posible dispersión de los daños y de los afectados, a veces impide ordenar la reunión procesal por la indeterminación de sujetos, aunque se puede resolver el problema con una diligencia preliminar que informe al "colectivo" sobre la formación del expediente judicial con el fin de emplazarlos a que hagan valer en el mismo sus derechos.

> Cuando la intervención que se permite a través de ese llamamiento —dice González Cano— resulte inviable, será posible la incoación de múltiples procesos derivados del mismo hecho dañoso, instados por consumidores que no llegaron a tener acceso a la publicidad del pleito promovido por la asociación o grupo, o que no llegaron a tiempo para intervenir, o que simplemente entendieron más oportuno litigar individualmente.[629]

125.3. También la acumulación puede sufrir reparos técnicos, como son los problemas de articular procesos en estados procesales diferentes; o las cuestiones de competencia.

En este aspecto, dice la Corte Suprema argentina que, la competencia originaria de ella proviene de la Constitución Nacional, y no es susceptible de ampliarse, restringirse ni modificarse mediante normas legales. Ello ocurriría si se la admitiera con sustento en lo dispuesto por el art. 188 del Código Procesal —como pretende en el caso Telefónica Argentina SA, al solicitar la acumulación de los autos con los procesos por acciones declarativas iniciados por diversas provincias ante la instancia originaria de la Corte—, atento a que el instituto de la acumulación de procesos sólo procede en los supuestos en que los jueces intervinientes sean de la misma competencia territorial (del voto del doctor Boggiano) (CS, 1998/05/07, "*Defensor del Pueblo de la Nación c. Poder Ejecutivo*", La Ley, 1998-C, 556 - DJ, 1998-2-666).

En la misma dirección también se aclara que, la determinación de la competencia cuando se investiga una pluralidad de delitos requiere distinguir aquellos de naturaleza federal de los de índole común, aun cuando medie conexidad entre ellos, pues las reglas de acumulación sólo se aplican en los procesos en que intervienen

---

[629] GONZÁLEZ CANO, *Tutela colectiva de usuarios y consumidores en el proceso civil,* cit., p. 289.

jueces nacionales (del dictamen del Procurador fiscal que la Corte hace suyo) (CS, 2000/04/16, "*Villagra, Luis A.",* DJ, 2001-2-871).

125.4. Con relación a los supuestos de *litispendencia,* hay que ver en los ordenamientos procesales si está o no diferenciado del caso de la acumulación de procesos, mediante el cual interpuesto como excepción de litispendencia, los procesos se reúnen. Mientras que si están diferenciados (litispendencia y acumulación) la procedencia de la defensa se reduce a los supuestos en que exista la triple identidad (partes, objeto y causa).

Es que ambos institutos a pesar de las similitudes, son claramente diferentes no solamente por cuanto la acumulación de procesos no requiere que coincidan los tres elementos mencionados sino también por cuanto éste sólo determina el desplazamiento de la competencia y el dictado de una sentencia común, en tanto la litispendencia el archivo de las actuaciones.

Hay litispendencia cuando el segundo proceso que se ha promovido es total y absolutamente idéntico al primero; y existe acumulación de procesos, en general, si la sentencia que haya de dictarse en un juicio, pudiese producir efectos de cosa juzgada en otro u otros.

Mientras en la litispendencia deben darse las tres identidades de persona, causa o título y petición, la acumulación de los procesos se realiza para que todos puedan ser definidos por sentencia única, mediando entre ellos sólo conexidad.

En la acumulación de autos existe una pluralidad de pretensiones, que se reúnen materialmente y resulta procedente cuando:

a) Es admisible la acumulación subjetiva de pretensiones, lo que ocurre cuando éstas son conexas por la causa, por el objeto o por ambos elementos al mismo tiempo;

b) por ser el actor titular de diversas pretensiones conexas, frente al demandado, aquéllas se hacen valer en otros tantos procesos, sin haber tenido lugar a la acumulación objetiva, y

c) el demandado, absteniéndose de reconvenir, deduce en otro proceso una pretensión conexa con la interpuesta por el actor frente a él.

En el proyecto de Código Modelo antes mencionado, se indica en el art. 11 párrafo cuarto apartado II que el juez "podrá separar los pedidos en acciones colectivas distintas, tendientes a la tutea, respectivamente, de los intereses o derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, desde que la separación represente economía procesal o facilite la conducción del proceso".

125.5. Si las reglas comunes se aplicaran al proceso colectivo, la *integración de la liti*s sería un verdadero problema difícil de superar.

Ocurre que el proceso civil se desenvuelve sobre la idea de litigar con todos aquellos a quienes la sentencia puede alcanzar, de manera que la noción misma de litisconsorcio necesario está presidida por la necesidad de contar con la totalidad de quienes poseen vocación de parte en la misma. Esto conduce a que, en tales

supuestos, debe existir una única sentencia que se pronuncia sobre el objeto del pleito de manera válida para todas las partes intervinientes.

Se advierte así que la integración de partes constituye un presupuesto necesario para la validez de la sentencia. De todos modos, la falta de integración de la litis, cuando ha sido procedente, no faculta al juez para abstenerse de decidir sino para emitir un pronunciamiento de mérito en virtud de carecer la pretensión de un requisito intrínseco de admisibilidad como lo es la legitimación.

Ahora bien, en los procesos colectivos una de las características principales es la indefinición de personas afectadas. Se puede individualizar el grupo o sector perturbado, pero es difícil establecer quienes o cuantos tienen interés en comparecer.

Por eso, para facilitar el acceso a los jueces, suelen establecerse tres modalidades de intervención del afectado directo o de los entes representativos.

La primera oportunidad se ofrece a través de la *diligencia preliminar* que informa sobre la constitución del proceso, con la finalidad de convocar a todo interesado en coadyuvar en la misma como afectado y asumir calidad de parte dentro del grupo representado.

El proyecto aprobado de Código Modelo reseñado dice en el art. 19: "Propuesta la acción será publicado edicto en el órgano oficial, a fin de que los interesados puedan intervenir en el proceso como asistentes o coadyuvantes, sin perjuicio de amplia divulgación por los medios de comunicación social por parte de los órganos de defensa de los intereses o derechos protegidos en este código".

125.6. En el caso, el llamamiento suspende transitoriamente el curso de las actuaciones, aunque a veces se admite la continuación si el proceso versa sobre intereses colectivos o difusos.

En materia de intereses colectivos o difusos, ni el llamamiento ni la presentación de la solicitud de intervención suspenden el procedimiento. Ello, independientemente de que en el proceso en materia de intereses difusos se prevea la suspensión a partir del llamamiento o publicidad, y que durante la misma, que puede ordenarse hasta un máximo de dos meses, se instaure un plazo preclusivo para la personación de afectados (*Cfr*. González Cano).

En España, el derecho de usuarios y consumidores tiene una particularidad diferente, porque la intervención convocada solamente queda circunscripta a que los intereses sea idénticos a los que representa la asociación de consumidores; de manera que solamente podrán actuar en el proceso, los afectados que directamente tengan igualado el daño que se denuncia como masivo, y que en esencia, constituye la suma de intereses individuales homogéneos o coincidentes.

Si los afectados por un mismo hecho dañoso no están determinados, pero son fácilmente determinables, para facilitar su identificación la Ley de Enjuiciamiento civil arbitra la posibilidad de solicitar la colaboración del órgano judicial, a través de la diligencia preliminar del art. 256.6º. La solicitud para que se lleve a cabo esta diligencia se presentará ante el tribunal que sea competente para conocer posteriormente del fondo, sin que en ese momento previo a la presentación de la demanda pueda denunciarse la falta de competencia territorial a instancia de parte (art. 257, LEC).

El órgano judicial acordará la medida siempre que la considere *adecuada a la finalidad que el solicitante persigue,* y cuando en ella *concurra una justa causa e interés legítimo.*

La segunda forma de comparecimiento no difiere en el modo de comunicación sino en la oportunidad para hacerlo. Aquí el plazo se amplía *hasta la apertura a prueba del proceso*, facultando al interesado a constituirse en parte mediante la presentación de un escrito en el que se indique el daño sufrido, su origen y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al grupo.

Explica Camargo que:

según el art. 21 de la Ley 472/98, en el auto que admite la demanda el Juez ordenará su notificación personal al particular demandado, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. A los miembros de la comunidad se les podrá informar a través de cualquier medio masivo de comunicación (prensa, radio, televisión o cine) o de cualquier mecanismo eficaz (telegrama, teléfono, fax, mensajero, carta, etc.) teniendo en cuenta los eventuales beneficiarios. También el Juez competente, para tal evento, podrá utilizar simultáneamente diversos medios de comunicación.[630]

La tercera forma de intervención sucede *después de dictada la sentencia,* siempre y cuando la acción individual no estuviera prescripta o hubiera caducado.

Por eso se señala que la finalidad perseguida es, de una parte, permitir a aquellas personas que sufrieron un mismo daño o perjuicio a un derecho o interés de la colectividad, y que por motivo de desinformación, desconocimiento u otro, no conocieron de la existencia del proceso puedan, previo el lleno de unos requisitos fijados en la norma, acogerse a los beneficios de la sentencia. Ello no sólo favorece al particular, sino también a la administración de justicia, pues evita que ésta se desgaste con un nuevo proceso por los mismos hechos y contra la misma persona. Además, es pertinente señalar, que dada la naturaleza reparadora de esta acción, es válido para quien no se hizo parte en el proceso antes del fallo, que lo haga con posterioridad, dentro de las condiciones fijadas en la norma. Ello no desconoce en ningún caso, el debido proceso, pues quien se acoge al fallo, lo hace a sabiendas del contenido del mismo y del respeto y garantía que al trámite del proceso le dio el juez, siempre avalado con la intervención del Ministerio Público.

Cabe señalar que esta convocatoria supone al mismo tiempo consagrar un derecho de exclusión, por el cual el proceso se forma con quienes hayan comparecido, sin que las individualidades sumadas conviertan al litigio en un proceso particular.

La diferencia está en la legitimación que tiene el grupo que es independiente de la que poseen el resto de las personas cobijadas por la misma causa que originó un daño plural. Por lo tanto, la legitimación que se confiere a cualquier miembro del grupo para asumir la representación de los demás, no es óbice para que se entablen acciones individuales, por fuera de las acciones de grupo.

En Colombia, la ley dispone en el artículo 55: *Integración al grupo.* Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de de-

---

630 CAMARGO, Pedro Pablo, *Las acciones populares y de grupos,* Leyer, Bogotá, 2002 (3ª ed.), pp. 89 y ss.

rechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas.

La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella.

Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud el interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo.

Es importante que el llamamiento esté suficientemente informado y sea totalmente masiva la comunicación, con el fin de evitar la inseguridad que tiene, por ejemplo, la notificación por edictos.

126. Etapa probatoria

126.1. No es preciso apuntar aquí más de lo ya comentado respecto a las especialidades que tiene la prueba en los procesos colectivos, y particular-mente, en los que tutelan los derechos e intereses de usuarios y consumidores.

El beneficio de las presunciones, unido al deber de colaboración en la búsqueda de la verdad, torna razonable lo establecido en el *Código Modelo,* cuando expresa en el art. 12 (parágrafo único) que *la carga de la prueba incumbe a la parte que poseyera conocimientos técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad en su demostración.*

Si en un proceso de conocimiento ordinario se pretende que las partes demuestren al juez la verdad de sus afirmaciones o confirmen las versiones que sostienen; en los juicios colectivos el objeto a probar también son los hechos u omisiones con la singularidad que tiene la extensión del daño o acto lesivo.

Significa entonces que ambas partes deben solidarizarse en la persecución del fin probatorio, pero al trabajarse sobre una fuerte presunción de verosimilitud, el Juez esta facultado para resolver con los aportes que se entreguen con la demanda, si considera que ello es suficiente para quedar persuadido.

126.2. Este es un criterio receptado en múltiples legislaciones que toman en cuenta dos parámetros básicos:

a) La necesidad de solucionar rápidamente, aun con medidas provisionales y urgentes; y

b) la potestad judicial para tener iniciativa probatoria si estima que la llevada al proceso es insuficiente, superficial o innecesaria.

La ampliación de los poderes y deberes de la jurisdicción son una característica de los procesos colectivos, porque anida en el activismo esperado la ansiada *tutela judicial efectiva,* que no tiene fundamento único 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.

> El uso de estas facultades provoca cierto conflicto con la imparcialidad, la cual se responde con los fines objetivos que persigue el proceso: falla conociendo la verdad más próxima a lo verdaderamente ocurrido (verdad jurídica objetiva).En efecto, el riesgo de una actuación parcial del Juez, que se concretaría si él ejercitare sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes, no es tal, pues el riesgo de la parcialidad es un peligro contingente, y la única manera de eliminarlo completamente sería confiar a una máquina la dirección del proceso. Atar las manos al juez en la investigación de la verdad es pagar un precio demasiado alto por la prevención de una amenaza que, aun sin tal exorcismo, normalmente permanecerá en "estado de peligro" y sólo en casos excepcionales se convertirá en daño actual. El remedio más eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en argüir obstáculos en la investigación de la verdad. Consiste sí, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructoria y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos.

126.3. Los medios de prueba admitidos son todos los que tengan suficiente elocuencia para demostrar los hechos que se exponen, con la salvedad de aquellos que sean obtenidos por medios ilícitos.

La prueba estadística o por muestrario tiene indicación particular en el Proyecto señalado (art. 13), aun pudiendo tratarse como una variable de la prueba instrumental o informativa.

Finalmente, la apreciación de la prueba rendida o aportada con los escritos constitutivos recibe el impacto de los equilibrios que busca el proceso colectivo. Recordemos que el fin de la prueba es comprobar la existencia de un derecho cierto o líquido, extremo que no está sujeto a un amplio debate y prueba sino a la mera verificación de la conducta lesiva y el consiguiente agravio.

Es por demás expresivo el art. 72 de la Ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires, de *implementación de los derechos de usuarios y consumidores*, que dice: "Las constancias de la actuación serán evaluadas con razonable criterio de libre convicción. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable al consumidor".

127. La sentencia en los procesos colectivos

127.1. El pronunciamiento final en los procesos colectivos estructuralmente no es distinto al que emiten los juicios ordinarios, a excepción del alcance y efectos de la sentencia respecto de quienes han actuado en el proceso como partes.

La decisión puede ser condenatoria o declarativa, y en su caso, ordenará hacer una cosa, cesar en una conducta continua productora del vicio denunciado, disponer

la realización de acciones necesarias para volver las cosas a un estado anterior al acto lesivo, o determinar una indemnización reparativa del daño colectivo.

En esta materia suele hablarse de *sentencias de condena abierta*, donde los otros que se encuentran en la situación colectiva se adhieren al fallo, sin haber sido partes en el proceso.

> Este tipo de sentencias no está aún legalmente contemplado en el país —dice la Corte Constitucional de Colombia—, pero como desarrollo de la implantación constitucional de las acciones por derechos e intereses colectivos o difusos, y los efectos hacía la comunidad que sus decisiones tienen, si el juzgador al admitir la demanda individual, considera que ella afecta derechos e intereses difusos, debe ordenar la comparecencia de la Defensoría del Pueblo y de los interesados, así quien demande lo haga en razón de su interés directo y personal, y escuchar sus alegatos al respecto, ya que así como hay otras personas que podrían gozar de los efectos del fallo, es posible que un sector de la sociedad, del género o del grupo, se oponga a los efectos sociales supuestamente beneficiosos que se derivarán del fallo. En el futuro, las bases que tomaría en cuenta el legislador para legislar sobre las indemnizaciones a la colectividad y su reparto, posiblemente surja de estas condenas abiertas.

En consecuencia, el fallo dictado en los procesos colectivos de trámite especial, tiene que ser congruente con las pretensiones deducidas en el juicio, y será diferente cuando se desenvuelva en un proceso constitucional como el "amparo colectivo", donde el primer deber jurisdiccional es controlar la supremacía constitucional y la defensa efectiva de los derechos humanos.

127.2. Es cierto que, aplicando principios generales, puede haber coincidencia entre uno y otro proceso, pero también lo es que se persigue dotar de una especialidad general a las acciones colectivas con el fin de ofrecer un cauce rápido, sencillo y eficaz a tono con las disposiciones del derecho procesal transnacional.

Desde esta perspectiva, mientras las acciones colectivas se orientan a la tutela de los grupos o sectores, y se extienden a la tutela de los intereses y derechos difusos; los procesos constitucionales persiguen acotar el marco de su deliberación a los problemas de inaplicación o violación de normas constitucionales y supranacionales.

Aunque exista entre ellos concurrencia —como en los amparos colectivos deducidos por afectación de derechos de incidencia colectiva—, la premisa mayor es: en uno, reparar el daño causado; y en el otro, restablecer el orden constitucional vulnerado.

La sentencia que pone fin al proceso tiene efectos *erga omnes*, ya que beneficia o perjudica a la colectividad en general o a sectores de ella, y produce cosa juzgada al respecto.

127.3. Pero la eficacia depende del resultado, en la medida que si con el fallo se modifican o cambian las situaciones de hecho en beneficio de la comunidad, el derecho se consolida y evita su la repetición o reiteración procesal. En cambio, si la sentencia determina inconsistencias de la pretensión, podrá renovarse la acción si nuevos hechos demuestran que persiste la amenaza o el acto lesivo.

Cuando la sentencia condena al pago de perjuicios, las posibilidades de adecuar la ejecución se acoplan al sistema de emplazamiento inicial:

a) Cuando se peticiona en nombre propio, la condena repara el perjuicio individualmente sufrido. Pero cabe recordar que esta es la variable más resistida por estimarse que las acciones colectivas no tienden a otorgar una ventaja procesal propia sino un beneficio a los grupos y sectores que poseen una debilidad especial para afrontar y enfrentar las situaciones de daño masivo. En otros términos se sostiene que las acciones colectivas no sirven para pretender daños y perjuicios particulares.

Por eso el proyecto que venimos comentando apunta en el art. 19 que *los intervinientes no podrán discutir en el proceso colectivo sus pretensiones individuales,* aun cuando es posible que cada legitimado pueda proponer en nombre propio y en el interés de las víctimas o sus sucesores, la acción civil colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos.

b) Cuando la demanda se presenta a través de una entidad o asociación con representatividad suficiente, la condena se puede determinar "in genere", y se liquidará con el procedimiento de la ejecución de sentencia.

En caso de daño a los recursos naturales el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización.

> En el régimen Colombiano, la sentencia que se dicte señalará un plazo prudencial, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminar su ejecución. En dicho término el juez conservará la competencia para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de conformidad con las normas contenidas en el Código Procesal Civil y podrá conformar un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo.

128. La cosa juzgada

128.1. La directiva central de la sentencia que se dicta en las acciones colectivas es dar una solución a todo el grupo o sector afectado. Cuando la decisión es declarativa, el beneficio es inmediato y no exige de procedimientos adicionales para lograr que se aplique con plenitud, porque la cosa juzgada se extiende hacia todos.

Si el pronunciamiento es condenatorio, en cambio, cada uno de los afectados podrá resolver a través del procedimiento de ejecución de sentencia la extensión particular de la sentencia.

El quid a desentrañar está con las demandas rechazadas o desestimatorias, donde ha sido común utilizar el criterio de la cosa juzgada formal (es decir que permite reiterar la demanda) frente a sentencias denegatorias; y de cosa juzgada material (que impide repetir el proceso) cuando hay sentencia que recibe y acoge la pretensión.

Esta es una solución clásica que en Latinoamérica tiene precedentes en la Ley de Acción Popular Constitucional de Brasil (1965), que tiende a evitar una eventual colusión entre las partes de un proceso colectivo, por el cual se lograría formar un precedente en contra de toda la comunidad.

128.2. Esta regla se conoce con el nombre de *secundum eventus litis*, que indica el alcance de la *res judicata* de acuerdo con el resultado obtenido en el proceso.

A ella se agrega otra particularidad que es el efecto *in utilibus* que significa beneficiar al afectado que litiga individualmente, suspendiendo el curso del proceso personal hasta que tenga sentencia la acción colectiva.

En consecuencia, el modelo muestra tres alternativas posibles:

a) Si la acción colectiva obtiene sentencia favorable, la eficacia del pronunciamiento es para todos los miembros del grupo colectivo;

b) Cuando la demanda se rechaza por falta de fundamentación suficiente, el Juez deberá indicar en los fundamentos del fallo las razones que lo llevan a tomar esa determinación. Los efectos son también generales, aunque se puede replantear con nuevos hechos.

c) Si la acción colectiva se deniega por falta de producción probatoria, la sentencia solamente tiene validez para las partes, y la cosa juzgada las somete solamente a ellas. Por ello, cualquier otra persona, grupo o entidad representativa, puede repetir la demanda aun cuando se acepta que para evitar reiteraciones abusivas, haya un plazo de caducidad para estos ejercicios.

Pereira Campos, explicando el art. 220 del Código General del Proceso (Uruguay) distingue estas tres situaciones aludidas:

> A) Si la pretensión es acogida: la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada para todos los miembros de la colectividad, tendrá eficacia general; B) Cuando la pretensión es rechazada por inexistencia de fundamentos, también los efectos se producen "erga omnes", de forma tal que la demanda ya no podrá volver a ser planteada por igual fundamento, aunque lo fuese por iniciativa de otro interesado. Se requerirá en este caso, para que sea posible iniciar otro proceso, que se invoque una diversa "causa petendi", y así no quedar alcanzado el nuevo interesado por los efectos de la cosa juzgada de la sentencia ya dictada [...]; C) La pretensión es rechazada por ausencia o insuficiencia de prueba: la sentencia no pasará en autoridad de cosa juzgada respecto de los no litigantes (sí respecto de los que litigaron) y cualquier otro interesado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso.[631]

129. Ejecución de la sentencia

129.1. La ejecución de la sentencia es la etapa más compleja del proceso al depender de la pretensión propuesta, y de la identificación posible de los beneficiarios.

---

[631] PEREIRA CAMPOS, Santiago, "Intereses difusos y colectivos en Uruguay: marco conceptual, legitimación y efectos de la cosa juzgada", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2002-2, pp. 249 y ss.

En España, por el caso, el art. 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene un sistema llamativo, pero al mismo tiempo, expresivo de lo que queremos mostrar.

En efecto, la regla tercera del precepto exige que la *sentencia condenatoria* que establece una indemnización, debe pronunciarse por separado respecto a cada consumidor o usuario que se haya constituido en parte en el proceso colectivo. Pero la regla primera sostiene que habrá de pronunciarse sobre la procedencia o no de esa condena, lo que significará, respectivamente, estimar o desestimar la demanda de clase.

Dice Marín López que:

> la LEC distingue en este punto dos hipótesis. En una primera, la sentencia tendrá que determinar "individualmente" los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes de su protección, han de entenderse "beneficiados por la condena". Lo más razonable es entender que, si los dañados están identificados, la sentencia hará mención individual de ellos. Pero no es nada claro si en la parte dispositiva de la sentencia puede decretarse el pago a cada uno de ellos de una cantidad concreta y determinada. El contraste entre esta primera hipótesis que ahora se analiza y la segunda que se examina después, anima a pensar que así debe suceder, y que, siempre que sea posible, la sentencia reconocerá *nominatim* un crédito indemnizatorio contra el demandado a favor de los perjudicados individualizados en el proceso; la sentencia constituirá título ejecutivo para esos perjudicados. Ello supone introducir en un proceso de acción de clase elementos propios de una acción indemnizatoria individual.
>
> La segunda hipótesis consiste en que "la determinación individual [de los perjudicados] no sea posible". En tal caso la sentencia estimatoria establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago en trámite de ejecución de sentencia.[632]

129.2. En cambio, cuando la sentencia no contiene condenaciones pecuniarias, sino la determinación de obligaciones de hacer (por ejemplo, cesar en la producción de actos), es una típica decisión destinada a beneficiarios directos y afectados indirectos que, tangencialmente, reciben los efectos del pronunciamiento. De este modo, el efecto erga omnes asigna un derecho de ejecución propio a todo aquél que quiera reclamar en su favor.

Esto es así porque ya hemos dicho que la sentencia que se dicta en las acciones colectivas extiende su eficacia a todo el grupo o sector representado. Mientras que, las mismas acciones pero de contenido patrimonial, no son susceptibles de formar cosa juzgada genérica respecto de las pretensiones indemnizatorias susceptibles de ser ejercitadas individualmente por los consumidores o usuarios afectados.

Agrega Marín López que:

> la sentencia dictada en un proceso de clase que reconozca una indemnización concreta a un consumidor o usuario individualizado y determinado constituye título ejecutivo (art. 517.2.1º LEC), por lo que el consumidor o usuario favorecido por la condena puede instar la ejecución contra el demandado invocando esa sentencia. Si la sentencia no ha deter-

---

[632] MARÍN LÓPEZ, Juan José, "Las acciones de clase en el derecho español", *Revista Indret*, marzo, 2003, Madrid.

minado individualmente los perjudicados, sino que se ha limitado a señalar "los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago" (art. 221.1ª II LEC), será en el trámite de ejecución sentencia regulado en el artículo 519 LEC cuando se individualizarán los perjudicados y se les señalará la pertinente indemnización. El artículo 519 LEC permite el aprovechamiento por terceros no litigantes (los perjudicados) de los efectos beneficiosos derivados de la sentencia condenatoria dictada en un proceso de clase.

Según el artículo 519 LEC, los perjudicados que reúnan los datos, características y requisitos fijados en la sentencia condenatoria podrán solicitar del tribunal competente para ejecutar la sentencia que los reconozca como beneficiarios de la condena. La petición abre un incidente en el proceso de ejecución. Después de oír al condenado, el tribunal decidirá mediante Auto si accede o no a la petición formulada por el perjudicado. El Auto constituye título ejecutivo en favor del perjudicado promotor del incidente.

Es anómalo que el artículo 221.1ª II LEC reconozca a la asociación demandante la posibilidad de instar ella misma la ejecución de la sentencia condenatoria. Semejante actividad debería de haberse reservado únicamente a los perjudicados.

ADDENDA NORMATIVA

1) Art. 43 Constitución Nacional Argentina (2º párrafo)

Podrán interponer esta acción (el amparo) contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, *así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.*

2) Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán —ley 6944 (de 1999). Capítulo V: Amparos colectivos

ART. 71.—*Extensión.* La defensa jurisdiccional de los intereses colectivos comprende la tutela de a salud pública; la conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y de la flora, y la protección del medio ambiente de conformidad a los principios contenidos en el art. 36 de la Constitución Provincial la preservación del patrimonio cultural y de los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos amparados por el inc. 1 del art. 124 de la Constitución Provincial; la correcta comercialización de mercaderías a la población, la competencia leal y los intereses y derechos del consumidor y del usuario de servicios públicos; en general, la defensa de valores similares de la comunidad y de cualesquiera otros bienes que respondan, en forma idéntica, a necesidades comunes de grupos humanos a fin de salvaguardar la calidad de la vida social.

ART. 72.—*Ámbito de aplicación.* Las normas básicas sustanciales de esta ley tienen vigencia en todo el territorio de la provincia, cualesquiera sea el Tribunal que las aplique.

ART. 73.—*Subsidiariedad.* No es admisible esta acción si se hubiera dejado de usar oportunamente rías de impugnación especiales acordadas por las leyes o reglamentos salvo que por tales vías no puliera obtenerse la finalidad tuitiva garantizada por esta ley.

ART. 74.—*Competencia.* Estas acciones pueden deducirse ante el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Común, con jurisdicción en el lugar donde ha producido o debido producir sus efectos H acto o la decisión del autor de la lesión, o en el lujar del asiento de éste, a elección del accionante.

Cuando una misma decisión, acto u omisión afecta el derecho de varias personas, conoce de todas las acciones que se deducen, el juez que ha prevenido, quien dispone la acumulación de autos.

ART. 75—*Acciones.* Cuando un acto, decisión, lecho u omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o local, o de entidades o personas privadas, de forma arbitraria o ilegal ocasione lesión, privación, perturbación o amenaza en el goce de intereses difusos, puede ejercerse ante los tribunales correspondientes las acciones de "Amparo de protección" de los intereses colectivos, para la prevención de un daño grave o inminente o 3 cesación de perjuicios actuales susceptibles de prolongarse; o de "Amparo de reparación" de los daños colectivos, para la reposición de las cosas al listado anterior del daño producido a la comunidad interesada.

ART. 76.—*Amparo de protección.* Sin perjuicio de cualquier otro supuesto, la acción de amparo de protección de los intereses colectivos, en particular, procede con el fin de:

1. Paralizar los procesos de emanación o desechos de elementos contaminantes del medio ambiente o cualesquiera otras consecuencias de un echo u omisión que vulnera el equilibrio ecológico, lesione, perturbe o amenace valores estéticos, históricos, artísticos, urbanísticos, arquitectónicos, arqueológicos, paisajísticos u otros bienes vinculaos al resguardo de la calidad de vida de la comunidad.

2. Impedir la circulación comercial de productos defectuosamente elaborados, o disponer su exclusión del mercado de consumo cuando, por no reunirse recaudos necesarios de calidad y seguridad, comprometan la salud o indemnidad personal o patrimonial de los consumidores, o de los usuarios.

3. Suprimir las irregularidades en las prácticas comerciales, como la competencia desleal, la publicidad que, por ser engañosa o por imprudencia en su contenido o la ausencia o insuficiencia de precauciones o advertencias a los consumidores, resultare perjudicial a los intereses colectivos.

ART. 77.—*Amparo de reparación.* La reposición de las cosas al estado anterior tiene lugar siempre que sea posible reparar el menoscabo de los intereses colectivos, que, en particular, consiste en:

1. La adopción de las medidas idóneas para recomponer el equilibrio de los valores ecológicos u otros bienes comunes a la colectividad perjudicada.

2. La rectificación de la publicidad engañosa por los mismos medios y modalidades empleados en el mensaje irregular, o la corrección de sus términos para una adecuada información a los consumidores.

ART. 78.—*Legitimación activa.* El Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y las agrupaciones privadas legalmente reconocidas, constituidas para la defensa de los intereses colectivos, adecuadamente representativas de la comunidad registrados conforme lo establezca la ley, con exclusión de cualquier otro sujeto, están indistintamente legitimados para proponer e impulsar las acciones previstas en esta ley. Las demás personas pueden denunciar ante el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo, los hechos que permitan articular la acción reglamentada.

El Ministerio Público, cuando no intervenga en el proceso como parte, actúa obligatoriamente en defensa del interés público. La autoridad pública, una vez evacuado el pedido de informe o vencido el plazo para hacerlo, en lo sucesivo es representada por el Ministerio Público.

El juez puede ordenar el impulso del proceso a cargo del Ministerio Público cuando resulte verosímil la existencia de la privación, perturbación o amenaza al interés colectivo demandado, incluso cuando resuelva denegar legitimación al demandante o éste no cumpliera con la carga impuesta en el inc. 1 del párrafo siguiente.

El Tribunal resuelve en cada caso concreto sobre la admisibilidad de la legitimación invocada, considerando prioritariamente el cumplimiento de alguno de los siguientes recaudos:

1. Que la agrupación esté integrada por los sujetos que en forma particular resulten perjudicados por el hecho u omisión violatorio del interés colectivo, en cuyo caso la acreditación de la personería jurídica del grupo puede efectivizarse dentro del plazo de treinta (30) días a partir de la resolución que le concede la legitimación para obrar.

2. Que la agrupación prevea estatutariamente como finalidad expresa, la defensa del específico tipo o naturaleza del interés colectivo menoscabado.

3. Que la agrupación esté ligada territorialmente al lugar de producción de la situación lesiva del interés colectivo.

4. El número de miembros, antigüedad en su funcionamiento, actividades y programas desarrollados y toda otra circunstancia que refleje la seriedad y responsabilidad de la trayectoria de la agrupación, en defensa de los intereses colectivos.

Las asociaciones legitimadas están habilitadas para tomar intervención como litisconsortes de cualesquiera de las partes.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las entidades legitimadas, la titularidad activa es asumida por el Ministerio Público.

Cuando hay dificultades para la individualización de las legitimaciones, el juez o Tribunal dispone las medidas más idóneas a los fines de la regular constitución del proceso, salvaguardando el principio de contradicción.

3) Ley 5034 - Provincia de Catamarca - Intereses difusos -Derechos Colectivos -Amparo Judicial.

ART. 1.—La presente ley regula el procedimiento para el amparo judicial de los intereses difusos o derechos colectivos.

ART. 2.—El amparo procederá cuando se promueva acción judicial pretendiendo:

a) La defensa del derecho de habitar en un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, preservando de las depredaciones o alteraciones las aguas, el suelo, los recursos minerales, la flora, la fauna, el aire, comprendiendo cualquier tipo de contaminación o polución que amenace, altere, o ponga en riesgo cierto cualquier forma de vida;

b) La conservación de los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos de interés general;

c) La defensa, en la relación de consumo, de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios de bienes y servicios públicos o privados, individuales o colectivos, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno;

d) A la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al derecho de exigir calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos y el derecho de constituir asociaciones de consumidores y de usuarios;

e) La defensa de cualquier otro bien o valor social que responda a necesidades o intereses colectivos, con el fin de salvaguardar la calidad de la vida.

ART. 3.—La violación de intereses difusos o derechos colectivos previstos en la Constitución Nacional y Provincial y en la presente ley, habilitará para promover ante los tribunales competentes, según corresponda:

a) La acción de prevención;

b) La acción de reparación en especie;

c) La acción de reparación pecuniaria por el daño ocasionado al interés colectivo.

ART. 4.—Sin perjuicio de los supuestos contemplados en el art. 2 y de cualquier otro que corresponda en virtud de esta ley, la acción de prevención procederá, en particular, con el fin de:

a) Paralizar los procesos de producción, emanación, dispersión, traslado o depósito de elementos contaminantes del medio ambiente o cualesquiera otras consecuencias de un acto, hecho u omisión que sean susceptibles de vulnerar el equilibrio ecológico, o que lesionen, perturben o amenacen la vida, la salud, los bienes o el patrimonio de los integrantes de la comunidad, relacionados con los derechos colectivos o intereses difusos;

b) Impedir la circulación o comercialización de bienes o productos defectuosamente elaborados o disponer su exclusión del mercado de consumo en los casos que, por no reunir las exigencias mínimas en cuanto a calidad, seguridad y aptitud bromatológica, se comprometiera o pudiere comprometer la vida, la salud o el patrimonio de los consumidores;

c) Suprimir prácticas comerciales desleales que se valieran de publicidad u otros medios engañosos, y no advirtieran a los consumidores o usuarios, o lo hicieran de manera insuficiente, acerca de los resultados perjudiciales a los derechos o intereses colectivos que pudieren producirse;

d) Impedir el uso de productos o elementos peligrosos para la salud e integridad física de personas o animales, o que perturben la tranquilidad pública o pongan en riesgo bienes públicos o privados, cuando dichos productos o elementos fueran manipulados en ambientes inapropiados o al margen de las normas de seguridad recomendadas o lo sean por personas inexpertas o no debidamente autorizadas o valiéndose de medios inadecuados;

e) Impedir la comercialización de bienes y servicios y el otorgamiento de créditos o sistemas de ahorro con estímulo, que se efectúen mediante contratos con cláusulas que sean contrarias a derechos o resulten abusivas o inmorales, según prudente apreciación judicial, por afectar el principio de la buena fe, ocasionando o que pudieren ocasionar perjuicios al consumidor, éstos se presumirán cuando existiera o sobreviniera un marcado desequilibrio económico o una manifiesta falta de equivalencia en las prestaciones recíprocas a que se obligaron las partes contratantes;

f) Contribuir a la detección de productos defectuosamente elaborados, facultándose a los organismos provinciales o municipales competentes para que efectúen los controles u operativos necesarios para tutelar los derechos o intereses de los consumidores.

El juez de la causa podrá designar peritos, establecer puntos de pericia, calidades de bienes o servicios que deben ser verificados, autorizar el allanamiento de domicilios y el uso de la fuerza pública, ordenar el secuestro de mercaderías y productos para su análisis y eventual decomiso y, en general, adoptar todas las medidas legales que sean necesarias.

4) Ley N.º 7714. Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de San Juan (con las reformas de la ley 7721).

TÍTULO VII
Acceso a la justicia

CAPÍTULO I
Tutela judicial

ART. 23.—Legitimación: Cuando los intereses de los usuarios o consumidores resulten afectados, amenazados o lesionados, las acciones establecidas en su defensa podrán ser ejercidas concurrentemente por los afectados, las asociaciones de usuarios y consumidores constituidas como personas jurídicas y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos en este Código, la autoridad de aplicación nacional o local y el Defensor del Pueblo.

En caso de interés social relevante, el Ministerio Público, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En caso de desistimiento infundado o abandono de la acción por la persona física, o asociación legitimada el juez notificará a la autoridad de aplicación local, al Defensor del Pueblo y, en lo posible, a otros legitimados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción.

ART. 24.—*Amicus curiae:* En los procesos en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general, cualquier persona pública o privada, podrá presentar un informe como amicus curiae relativo a datos, información, observaciones, dictámenes jurídicos, contexto social y cualquier otra consideración que pudiera contribuir a una justa y adecuada resolución del caso, con el consentimiento del Juez o Tribunal y previa consulta a las partes. Su actuación deberá limitarse a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión relevante.

El Juez o Tribunal también podrá invitar a la presentación de informes como amicus curiae. Las partes podrán formular alegaciones escritas respecto del contenido de los informes de los amicus curiae con carácter previo a su valoración por parte del Juez o Tribunal.

ART. 25.—Diligencia preliminar: Quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, podrá prepararlo con el objeto de precisar a los integrantes del grupo afectado cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto, el Juez adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al futuro demandado para que colabore con dicha determinación.

ART. 26.—Procedimiento: Para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este Código se seguirá el trámite del proceso de conocimiento más abreviado establecido en el Código Procesal Civil, Comercial y Minas de la Provincia de San Juan, salvo que el Juez determine en su primera providencia la aplicación de otro proceso de conocimiento como más apto para propiciar su adecuada y efectiva tutela. Esta resolución no será apelable.

ART. 27.—Representación: El mandato para ejercer derechos o intereses individuales protegidos por esta ley podrá ser otorgado por escritura pública o acta judicial extendida ante el Secretario del Juzgado.-

ART. 28.—Gratuidad: Las acciones promovidas en virtud de esta Ley gozarán del beneficio de litigar sin gastos. En caso de consumidores o usuarios que actúen en interés propio, el Ministerio Fiscal o el demandado podrán acreditar por incidente separado y sin suspensión del trámite principal, que los actores disponen de recursos económicos suficientes para soportar los gastos del juicio.

6) Código Procesal Civil, comercial, laboral, rural y minero de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (Ley 147).

TÍTULO X

Protección de los intereses colectivos o difusos

ART. 654.—Procedimiento. Las pretensiones tendientes a la protección de los intereses difusos tramitarán según las normas del procedimiento sumarísi-mo, con las modificaciones establecidas en este capítulo.

ART. 655.—Objeto de la acción. Las acciones judiciales a que hace referencia el artículo anterior, podrán tener por objeto especialmente y sin perjuicio de lo que puedan disponer otras leyes:

a) Paralizar o evitar la contaminación del medio ambiente o cualquier daño al ecosistema, a los valores culturales, estéticos, históricos, urbanísticos, arquitectónicos, arqueológicos, o cualquier otro vinculado al resguardo de la calidad de vida.

b) Evitar el comercio de productos perjudiciales o nocivos a la salud, a la seguridad o a la vida de las personas, o que perjudiquen el equilibrio del ecosistema.

c) Evitar las prácticas inmorales o engañosas, en especial las publicidades que tiendan a engañar al consumidor sobre la cantidad o calidad de los productos.

La enumeración precedente no es taxativa.

ART. 656.—Legitimación pasiva. Los legitimados mencionados en el artículo 74 del presente código, podrán dirigir su demanda contra:

a) Las personas públicas o privadas que realicen cualesquiera de los actos mencionados en el artículo anterior.

b) Las dependencias de la Administración Pública, central o descentralizada, las municipalidades y demás organismos que tengan a su cargo el ejercicio del poder de policía de la actividad y no lo ejercieren adecuadamente, lo que se presumirá si no hubieren evitado los daños habiendo podido hacerlo.

Cuando no sea demandado el organismo que ejerza el poder de policía, el tribunal deberá citarlo en calidad de tercero.

ART. 657.—Acumulación de acciones. Cuando una misma acción fuera interpuesta en distintos procesos por uno o más de los legitimados, todas las causas se acumularán a la primera que se haya iniciado, sin poder retrotraerse los actos ya cumplidos y precluidos. Esta acumulación no procederá en el caso de la pretensión a la indemnización de los daños y perjuicios, que tramitará en proceso separado.

ART. 658.—Registro de los juicios. En un registro especial, que se reglamentará por el Superior Tribunal de Justicia, se anotarán todos los juicios iniciados conforme a lo dispuesto en este capítulo. Deberá requerirse información del mismo antes de correrse traslado de la demanda a los efectos previstos en el artículo anterior.

ART. 659.—Publicidad de la demanda. Iniciada la acción y con el informe negativo del registro previsto en el artículo anterior, el juez ordenará se dé a publicidad un extracto de la demanda, por el plazo y los medios que el mismo determine. Esta publicidad será sin cargo en los medios de comunicación estatales. En todos los casos se reproducirá el artículo siguiente.

ART. 660.—Adhesión a la acción. Dentro del plazo que el juez fije podrán adherirse a la acción, sin modificarla, todos los legitimados aludidos en el artículo 74 de este código. En estos casos el juez dispondrá la unificación de la personería de los litisconsortes si fuera necesario para agilizar el trámite procesal.

ART. 661.—Admisibilidad. Finalizado el plazo del artículo anterior, y previa vista fiscal, el juez examinará la demanda y resolverá acerca de la viabilidad de la misma para desestimarla "*in limine*" o darle el curso que correspondiere.

ART. 662.—Sentencia. La sentencia definitiva dispondrá las medidas más eficaces para prevenir los daños o hacer cesar los producidos, o para repararlos cuando ello fuere posible. En caso contrario condenará al responsable a indemnizar a la comunidad en obras o acciones de prevención ambiental.

7) Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro. Ley 4142.

TÍTULO VIII
Protección de los derechos individuales homogéneos

Legitimación Art. 688 bis

Cuando se lesionen derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común y tengan como titulares a los miembros de un grupo, categoría o clase, los afectados, la Fiscalía de Estado, el ministerio público, los municipios y comunas, las entidades legalmente constituidas para la defensa de derechos colectivos y cualquier persona física que actúe en resguardo de los derechos afectados estarán legitimados para promover la acción en defensa de los derechos individuales homogéneos.

8) Ley de Política Nacional Ambiental nº 25.675.

Daño ambiental

ART. 27.—El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique

negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.

ART. 28.—El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.

ART. 30.—Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

9) Ley Nº 24.240 —Ley Nacional de Defensa del Consumidor —Reforma de la ley 26.361.

CAPÍTULO XIII
De las acciones

ART. 24.—Sustitúyese el texto del artículo 52 de la Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor, por el siguiente:

ART. 52.—Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas.

Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal.

ART. 26.—Sustitúyese el texto del artículo 53 de la Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor, por el siguiente:

ART. 53.—Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.

Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.

Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

ART. 27.—Incorpórase como artículo 54 de la Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor, el siguiente:

ART. 54.—Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

ART. 28.—Sustitúyese el texto del artículo 55 de la Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor, por el siguiente:

ART. 55.—Legitimación. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de éstos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley.

Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita.

10) U.S.A. Federal Rules of Civil Procedure 23: Class Actions.

(a) *Prerrequisitos para una acción de clase.* Uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como parte representativa en nombre de todos los que la componen, sólo si:

(1) La clase es tan numerosa que juntar a todos los miembros es impracticable,

(2) Existen cuestiones de derecho y hecho comunes a la clase,

(3) Las demandas o defensas de los representantes son típicas de los reclamos o defensas de la clase, y

(4) Las partes representantes serán honestas y protegerán adecuadamente los intereses de la clase.

(b) *Acción de clase admisible.* Una acción puede ser promovida como una Acción de Clase si son satisfechos los prerrequisitos de la subdivisión (a), y además:

(1) La prosecución por separado de los contendientes, miembros de la clase, de modo individual puede crear un riesgo de:

(A) Inconsistencia o diversas sentencias con respecto de los miembros individuales de la clase, las cuales establezcan decisiones con estándares incompatibles de conducta para las partes opuestas a la clase, o

(B) Sentencias con respecto a los miembros individuales de la clase, que en la práctica, tendrán efecto dispositivo de los intereses de otros miembros que no sean parte de los procesos resueltos o que sustancialmente perjudiquen o impidan sus capacidades para proteger sus intereses,

(2) Las partes que se oponen a la clase han actuado o se han negado a actuar con fundamentos generalmente aplicables a la clase, obteniendo con relación al caso un mandato final (sentencia de condena o de absolución), o la correspondiente declaratoria (sentencia declarativa) con respecto a la clase en su totalidad, o

(3) El tribunal ha encontrado que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de clase, predominan sobre cualquier cuestión que afecte sólo a miembros individuales, y que la Acción de Clase es superior a otros métodos disponibles para la justa y eficiente decisión de la controversia. Las materias pertinentes de la decisión incluyen:

(A) Los intereses de los miembros de la clase en el control individual de la promoción o defensa de acciones separadas;

(B) La extensión y naturaleza de cualquier litigio relacionado con la controversia ya comenzados por o contra miembros de una clase;

(C) La conveniencia o inconveniencia de concentrar los litigios o las demandas en un fuero determinado.

(D) Las dificultades que probablemente se encontrarán en una acción de clase.

11) Sistema del Código Procesal Civil Español 2001.

ART. 11.—Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en

juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

Sección 4ª El debido proceso

(I) *La entrada al proceso constitucional*

130. El debido proceso como garantía

130.1. Al observar que el proceso es una garantía abstracta anterior al conflicto, queremos indicar el sentido del derecho que preserva. Toda persona tiene derecho al proceso y a los jueces, al que puede recurrir sin egoísmos ni exigencias solemnes cada vez que un derecho suyo sea afectado.

Pero al mismo tiempo, la garantía se torna concreta cuando puesto el procedimiento en marcha es necesario evitar que las reglas esterilicen la protección o el derecho a la tutela, naciendo así el conjunto de garantías procesales que dan forma al debido proceso.

130.2. Como el proceso es "debido" al justiciable, son los jueces quienes tienen que eludir o soslayar ritualismos cuando se trata de protecciones constitucionales, o de ejercer en la función jurisdiccional el control de constitucionalidad de las leyes.

El objeto que se atiende es más importante que la persona afectada, y en su caso, cuando sea ésta quien pretenda la tutela constitucional, los estándares del proceso común solamente se deben aplicar supletoriamente.

De allí que para reconocer adecuadamente cuáles son los contenidos del "debido proceso" es menester profundizar sobre lo ya expresado.[633]

131. La obligación del Estado de atender los conflictos constitucionales

131.1. Desde la perspectiva del Estado, el acceso a la justicia tiene visiones polifacéticas. No hay que olvidar que el proceso es una garantía que es anterior al conflicto, y como tal, es deber de los jueces garantizar que se cumpla en forma justa y equitativa para resolver los conflictos entre los hombres. Es éste un mandamiento fundamental que nutre los derechos y garantías provenientes de la Constitución Nacional.

---

[633] *Cfr*. Capítulo IV, Sección 1ª, parágrafos 77/80.

Por eso, también la acción es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica, y para que ésta se cumpla, la acción no sólo afianza el primer espacio abierto, es decir, la entrada al proceso, sino, toda la instancia, lo cual significa llegar a la sentencia sobre el fondo del problema planteado.

Para Quiroga Lavié:

> el nacimiento de la garantía está implícita como derecho subjetivo público, de modo tal que, en definitiva, la exigencia de la legitimación subjetiva para el ejercicio de las acciones públicas —en el caso argentino del amparo colectivo previsto en el art. 43 de la Constitución nacional— lo es sólo para abrir la acción; la reparación del accionante no se fundamenta en aquella legitimación procesal sino en la violación del derecho objetivo que genera la reacción que da origen al derecho público en cuestión. Ello es así, porque la violación del derecho del sujeto afectado, impacta y lesiona la estructura social.[634]

131.2. Sin embargo, el deber constitucional no puede llevarse al extremo de facilitar el acceso ilimitado, teniendo en cuenta para ello Argentina no tiene acciones de clase y menos aun respalda la acción popular.

Si bien es cierto que el derecho subjetivo público dirigido al Estado le obliga a abrir las puertas de la jurisdicción. Esto sería, ni más ni menos, que el deber estatal a prestar la actividad jurisdiccional.

> En este aspecto, el derecho procesal constitucional es la sumatoria de reclamos constantes para resolver el problema del acceso a la justicia. Sostiene Morello que la consolidación definitiva está en las cartas y tratados internacionales, cuya idea rectora es la de que *toda persona —todas las personas—* han de contar con un remedio efectivo —art. 6º, Declaración Europea de los Derechos del Hombre—, que en sede administrativa y judicial se halle *siempre* en disponibilidad. Ese *right to an effective remedy*, supone el derecho a la tutela, a la jurisdicción, al cabo a la Justicia como quiera que es uno de los derechos fundamentales de la persona, al que se debe atribuir un concepto autónomo —en evolución dinámica— y, por cierto, de complejo significado.[635]

Pero la naturaleza procesal de la acción, tiene también la vertiente de obligar a quien reclama a acreditar el interés que sustenta y la personalidad con la que actúa. De este modo, el cometido del Estado es controlar que se cumplan estos presupuestos de admisión.

> Es menester agregar que esta idea de la acción, como garantía fundamental para el acceso a la justicia, 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 entrada al proceso 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

---

[634] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El amparo colectivo,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 1998, pp. 63 y ss.

[635] MORELLO, *Constitución y Proceso,* cit., p. 115.

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 derecho o interés difuso se identifica por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado. Mientras que los derechos de incidencia colectiva (para adoptar el signado de la Constitución Nacional) reconocen y definen un sector particular del gravamen. Para lograr su 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.

131.3. Queda supuesto que si es una garantía el derecho de acceder a las instancias jurisdiccionales, también lo son los pasos que continúan el desarrollo. Tema que, particularmente la Constitución española, lo consagra como el derecho a la tutela judicial efectiva.

Este derecho fundamental tiene como contenido esencial el de lograr de los órganos judiciales una respuesta a todas las pretensiones planteadas, so riesgo de provocar el "desamparo procesal" (equivalente a la *efectiva privación de justicia*).

Dice Morello que

> el ejercicio del acceso a la justicia no es libre, ni discrecional, sino reglado; condicionado —por la ley— a requisitos necesarios para que los valores coimplicados (orden, seguridad, igualdad de trato) sean asimismo preservados. Las acciones (pretensiones) y los recursos —en general— cuyo uso o el poder valerse el justiciable del proceso está (debe estar) resguardado por la exigencia de determinados presupuestos, si son razonables han de ser acatados porque ello se impone por los ordenamientos procesales de modo general, uniforme, sin odiosas discriminaciones. O lo que es similar, tales requisitos no pueden ser fijados arbitrariamente por el legislador; deben responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifiquen su exigencia, y han de interpretarse de acuerdo con esas finalidades, evitando que se conviertan en meros obstáculos procesales.[636]

Para el derecho procesal constitucional, el derecho a la jurisdicción supone privilegiar la actuación del juez en cualquiera de las actividades esenciales que refieren a su obrar, es decir que, dadas las características que tiene el proceso constitucional, no es posible pensar que se obstruya su intervención sobre la base de normas de pura técnica o que precisen rituales tradicionales del procedimiento común u ordinario.

Desde otro punto de vista, se trata de sostener que la jurisdicción no está solamente para resolver conflictos entre personas (y aun cuando fuese ésta su única misión, debiera —debe— asegurar el libre acceso y el camino abierto para reinstalar el derecho que a cada parte le corresponde), sino también, fiscalizar la supremacía constitucional y ejercer el control de legalidad de los actos administrativos y de particulares.

---

[636] MORELLO, *Constitución y Proceso,* cit., p. 119.

Es esta una función de complementación del ordenamiento jurídico —sostiene Gimeno Sendra—, por ello, a todo juez o tribunal le corresponde extraer nuevos significados a las normas, de manera que cobren todo su sentido lógico y actual, con independencia de que hayan sido expresamente previstos por la *mens legislatoris.*

Quiroga Lavié afirma que, por encima del planteo épico que tiene el proceso tradicional, también sirve para lograr el equilibrio del sistema social, y por ello no tiene por qué presuponer el conflicto previo como lo presupone el proceso específicamente privado. No se trata de que sólo haya que resolver conflictos y suprimir interferencias; se trata de lograr que el sistema social no pierda energía, que vigorice su funcionamiento, que se equilibre.

131.4. El derecho a la jurisdicción precisa también la garantía a *tener jueces*, que por sí mismo se ocupa de afirmar algo más que la simple entrada al proceso prestando oídos para que escuchen la súplica (en rigor, un juez que provea la demanda).

Este aspecto puede ubicarse en un tramo anterior ya referido, esto es, como *derecho al proceso* o a la jurisdicción antes del proceso.

El estudio de Horacio D. Rosatti es muy puntual y preciso para profundizar esta temática. Sostiene entre otros valiosos conceptos, que el derecho a la jurisdicción antes del proceso se puede conformar como "derecho a exigir del Estado —monopolizador del servicio de administración de justicia— el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta".[637]

131.5. El trecho siguiente para la caracterización se vincula con el *derecho a un proceso debido*, es decir, a sustanciar (tramitar) un procedimiento que, en la lucha por obtener el reconocimiento de los derechos, le permita a las partes debatir sin resultar sorprendidos por actos de autoridad que vulneren la posibilidad de llegar a una sentencia sobre el fondo del problema.

131.6. Otra cuestión se contempla con el proceso en funcionamiento y las facultades de los jueces. Ello constituye, de alguna manera, el grado de compromiso que establece la Constitución y el sistema legal interno con las potestades y deberes establecidos para asegurar el cumplimiento efectivo de cada una de las garantías, la supremacía de las normas fundamentales y la tutela efectiva de los derechos humanos.

En síntesis, el acceso a la justicia desde la perspectiva constitucional, significa conceder a toda persona el derecho a la jurisdicción y a tener un proceso donde debatir y resolver los conflictos que le afligen.

Pero, en otra dimensión, no lleva a significar que toda pretensión tenga que ser admitida y contradicha sin más trámite, pues existen poderes y deberes judiciales que imponen el análisis de los presupuestos procesales.

---

[637] ROSATTI, Horacio D., *El derecho a la jurisdicción antes del proceso,* Depalma, Buenos Aires, 1984. pp. 23 y ss.

132. Legitimación en la causa y en el proceso

132.1. Esta es la perspectiva que tiene el órgano jurisdiccional que recibe las pretensiones de partes que propician iniciar un proceso judicial y obtener un pronunciamiento determinado.

La relación entre quien pide y el derecho que reclama como suyo, así como el vínculo existente entre la pretensión y los efectos que se pretenden, son el pórtico de acceso que las partes deben superar para entrar al proceso. La llave la tiene el juez y sólo él puede dar paso.

132.2. Las llamadas *situaciones jurídicas subjetivas*, son los tipos de interés que emparentan al que reclama ante la justicia y frente a un adversario, con la consecuencia que solicita. De este modo, el derecho subjetivo, o propio, ha definido desde antaño las posibilidades del acceso a la justicia, tanto en el sentido de peticionar a la autoridad jurisdiccional, como para tramitar un proceso.

Con el tiempo, se evolucionó en categorías donde se radicaron otros tipos de intereses, dados en llamar (de acuerdo con la mayor o menor proximidad con la afectación propia): intereses legítimos; intereses colectivos; intereses simples, y el último progreso que fueron los llamados derechos o intereses difusos.

La pertenencia exclusiva del derecho supone que, llevada la demanda al proceso judicial, el derecho sea propuesto por la misma persona que lo titulariza, pues de otro modo, no existe la legitimación en la causa necesaria para resolver la condición para obrar.

132.3. El problema aparece cuando el interés expuesto a través de la demanda no se postula por quien ha sido el titular de la relación jurídica sustancial, tal como sucede en los casos de representación, cesión de derechos, sucesión, etc.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina refiere a la legitimación para obrar únicamente en el artículo 347 inciso 3º, al señalar en el capítulo de las defensas y excepciones (se pueden oponer al progreso de la demanda) que: "Sólo se admitirán como previas las siguientes excepciones… 3) Falta de legitimación para obrar en el actor o en el demandado cuando fuere manifiesta, sin perjuicio, en caso de no concurrir esta última circunstancia, de que el juez la considere en la sentencia definitiva".

La importancia que tiene no definir en parte alguna del código lo que se pretende con la legitimación, para referirse solo a ella en un capítulo contingente como es el de las excepciones, podría sospechar que es un tema meramente facultativo, dispuesto como potestades del demandado, antes que valoradas *ex officio* por el juez de la causa. Sin embargo, no es así.

132.4. Por su parte, la "*legitimación ad processum*" explica las aptitudes necesarias para actuar en juicio y las condiciones que ha de tener la relación jurídica procesal para que pueda dictarse una sentencia útil a los "contradictores necesarios".

Comúnmente se habla en el derecho material de legítima persona *standi in iudicio* con referencia a la capacidad para comparecer o estar en juicio, determinando

que sólo pueden hacerlo quienes estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, excluyendo a los incapacitados o inhabilitados.

Por eso, la legitimación se refiere al título legal en que la representación del derecho se funda y es indudablemente un presupuesto de validez del proceso como un todo y de cada uno de los singulares actos procesales.

Es el terreno de la admisión preliminar que configuran típicas cuestiones procesales, no materiales como en la legitimación *ad causam*.

> En este aspecto, sostiene Serra Domínguez que la legitimación puede contemplarse desde dos diversas perspectivas: a) la legitimación material derivada de la titularidad efectiva por las partes litigantes de la relación jurídica deducida en el proceso; b) la legitimación procesal consistente en la determinación de las personas que pueden intervenir como partes en un proceso concreto y determinado.[638]

132.5. El ordenamiento procesal federal de Argentina, también en el artículo 347 inciso 2º, propone como defensa la excepción de falta de personería "*en el demandante, en el demandado o sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente*".

Pero aquí la cuestión no se presenta aislada, pues el resto del sistema normativo encuentra otros "controles" de la regularidad, tales como los artículos 34, 36, 46, 47, 48, entre otros, sin perjuicio de las disposiciones emergentes del Código Civil (arts. 52, 128, 131, o en los capítulos signados para el mandato y la representación, etc.).

El tema se bifurca en dos aspectos, de un lado la aptitud necesaria que debe tener quien se presenta solicitando la calidad de "parte", el cual para serlo tendrá que tener capacidad suficiente; y por otro, la representación invocada, que ha de ser efectiva para no desvirtuar el alcance probable de la sentencia por indebida integración.

133. La legitimación procesal "*ad causam*"

133.1. Los códigos latinoamericanos reconocen antecedentes y modelo en la ley de enjuiciamiento civil española de 1855; la diferencia, en punto al tema de la legitimación, fue que algunos distinguieron los problemas de representación y capacidad, de aquellos que corresponden a la acción, propiamente dicha (por eso a la falta de personería suele llamarse excepción de falta de acción); mientras en España, admitiendo que recién con la Ley 1/2000 comienza a hablarse de legitimación, se dividieron las aguas entre el "carácter" con que el litigante se presentaba al juicio, y la "cualidad" que debía acreditar para dicho comparecimiento.

En Argentina, entonces, la legitimación procesal recibe las mismas cuestiones de tratamiento que en España, solo que se asignan denominaciones diferentes pero que llevan el mismo sentido.

---

[638] SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de derecho procesal,* cit., pp. 87 y ss.

Tal similitud obliga a reconocer en el paralelo idénticos problemas e iguales confusiones, aunque la jurisprudencia local utilizó algunas respuestas del sistema aplicado en Estados Unidos de América para definir el *standing to sue* (legitimación para obrar).

> Y con ello se introdujo una confusión constante que no advierte que los problemas de legitimación procesal tienen en Estados Unidos una connotación distinta a la que sucede en Europa, basada esencialmente, en la diferente metodología para actuar el control de constitucionalidad. Mientras América asigna a *todos los jueces* la potestad de fiscalizar la supremacía constitucional, sabiendo que la actuación no tiene jurisdicciones especiales (de modo tal que es el mismo Juez ordinario quien resuelve la cuestión constitucional); en Europa hay jurisdicciones específicas para lo administrativo, lo comunitario, la justicia ordinaria y los Tribunales Constitucionales, donde cada uno establece los requisitos de admisión y de postulación.

133.2. Quizás el fundamental sea el que propicia ubicar en el hall de entrada al proceso la acreditación del interés con que se actúa, circunstancia que es más grave en España porque el art. 24 constitucional, exige el acceso irrestricto a la justicia y consagra el derecho a la jurisdicción.

> En mi opinión —sostiene Ramos Méndez—, la teoría de la legitimación representa hoy un esfuerzo superfluo y vano para tratar de asegurar la presencia en el juicio desde su iniciación, del verdadero titular del derecho discutido en el juicio. Dicho propósito es estéril porque admitido el principio de libertad de acción, no puede condicionarse la admisibilidad del juicio a que el litigante justifique *in limine litis* la titularidad de su derecho. La existencia o no de dicha titularidad sólo resultará del juicio, de la sentencia, en definitiva. Lo que bastará para la conducción del juicio es sencillamente que dicha persona sea uno de los litigantes. Por este camino, la legitimación sólo nos viene a indicar quién es la parte que litiga o contra la cual se litiga, quien es el demandante y quién es el demandado, y nada más. Su aportación a la teoría de las partes es si se quiere sencilla, pero necesaria y suficiente, porque los juicios no se desenvuelven entre entes abstractos, sino entre personas concretas.[639]

Los nuevos rumbos que adquiere la teoría de la legitimación parecen no advertidos por la nueva Ley de Enjuiciamiento (Ley 1/2000) que establece en el art. 10: "Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso…".

Aunque, para ser sinceros, el párrafo siguiente dice que "…Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular".

Asimismo, el art. 11 ha dispuesto que:

> 1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los inte-

[639] RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Guía para una trancisión ordenada a la LEC,* Bosch, Barcelona, 2000, pp. 455 y ss.

reses generales de los consumidores y usuarios; 2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados; 3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

133.3. De este encuadre surgen dos situaciones que deberían demostrarse "*prima facie*", esto es: la representación legal suficiente y la acreditación del derecho que se esgrime.

Mientras que el derecho a tener abogado y obtener su patrocinio se tiene que indicar desde las primeras actuaciones y avalar con la prueba documental que desde el inicio debe acompañarse. La calidad del derecho que se actúa tendría, asimismo, que demostrarse para lograr el pronunciamiento de admisión.

En Argentina, el carácter en que se actúa asumió la fisonomía de la legitimación, en tanto que la representación quedó en la etapa preliminar de las alegaciones y en el cuadro de posibilidades defensivas (dilatorias) que tiene el demandado.

Como se ve, el sistema fue idéntico al español, incluso en el tema de la representación voluntaria, y por eso adquiere sentido tener a la legitimación para obrar como derecho a que se resuelva lo solicitado en la demanda, sobre el derecho sustancial que se pretende ejercer; de manera que la carencia de titularidad en el derecho (legitimación sustancial) queda configurada cuando una de las partes no es quien debe ser en la relación jurídica material.

No importa en el caso ver si la pretensión (el objeto de la demanda) es fundada o razonable, pues lo que debe cotejarse es si el que reclama y ante quien se reclama son los titulares de la relación jurídica sustancial.

De este modo, el análisis de la legitimación para obrar es un capítulo instalado en las potestades del Juez a actuar desde el primer momento que se abre la instancia. Cuestión que pone en tela de juicio el alcance de este poder cuando se actúa con excesiva discrecionalidad, pues puede ocurrir que se repela una demanda por cuestiones de pertenencia del derecho que no son claras y debieran, al menos, posibilitar que se desarrolle la causa y se resuelva definitivamente en la sentencia.

133.4. La *sine actionis agit* (falta de acción) solo puede alegarse ante la ausencia de esa integración adecuada entre partes, es decir, a la controversia debida entre quienes son "partes legítimas".

Pero además, tal como se ubica en la práctica procesal reglamentada, la excepción de falta de legitimación para obrar se puede denunciar ante alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el actor o demandado no sean los titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión, con prescindencia de los fundamentos que

tenga la demanda, o —por extensión— que el primero carece de interés jurídico a tutelar;

b) Que no concurre, respecto a quien se presenta como sustituto procesal, el requisito que lo autoriza para actuar en tal carácter, con la misma salvedad señalada precedentemente y

c) Que mediando alguna hipótesis de litisconsorcio necesario, la pretensión no sea interpuesta por o frente a todos los legitimados.

Ahora bien, cada una de estas posibilidades tiene recepción en el derecho de defensa, circunstancia que obliga a señalar qué facultades de control y corrección tiene el juez cuando advierte que la legitimación *ad causam* no coincide con las personas que efectivamente han trabado la litis.

134. El control de oficio de la legitimación "*ad causam*"

134.1. La posibilidad de controlar el acceso a la justicia desde el análisis inmediato de la legitimación procesal, involucra otras proyecciones temáticas que inciden en el estudio de quienes pueden llegar a ser partes en el proceso. De ello surge que existen otras cuestiones tan importantes como la legitimación, como son la capacidad, el derecho de comparecer al proceso, la aptitud sustancial, entre otras, que son en esencia, situaciones procesales.

Advertidos sobre la dimensión del problema, y procurando evitar que la legitimación *ad causam* se valore recién al tiempo de dictar sentencia, sostiene un sector importante de la doctrina que debe priorizarse la atención *in limine* litis, para evitar que se desarrolle un proceso inútil entre quienes no sean las "partes justas", o no estén todos los que deban comparecer obligatoriamente a la adecuada integración de la litis.

134.2. Para aplicar en los hechos esta postura, es preciso tener a la legitimación como un presupuesto procesal, de forma que pueda el juez resolver la calidad que tiene el portante del derecho alegado, sin necesitar que la parte lo pida.

En tal sentido, afirma Montero Aroca que "el juez ha de controlar de oficio la concurrencia de la legitimación, siendo ésta un verdadero presupuesto procesal. No hay que extenderse demasiado en fundamentar la afirmación de que su ausencia constituye un defecto no subsanable, dado que la legitimación se tiene o no se tiene".[640]

Aceptando esta corriente queda corresponderla con la situación prevista para el derecho de acción, el cual, como dijimos, no puede sufrir restricciones de acceso, a no ser que sea manifiestamente insostenible el derecho que se propone.

134.2. En otra visión se colocan quienes sostienen que la legitimación en la causa exige un análisis liminar porque hace a la correcta integración del proceso.

---

[640] MONTERO AROCA, Juan, *La legitimación en el proceso civil*, Cívitas, Madrid, 1994, pp. 18 y ss.

En este sentido, Quintero de Prieto menciona que:

> la legitimación en la causa tiene naturaleza eminentemente formal, atisba a la eficacia del proceso, no a su mérito; es la aptitud de las partes para recibir un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión. Su examen es oficioso siendo como es condición para el estudio de fondo, y su carencia implica sentencia apenas sobre el proceso mismo, indicativa de que se ha percibido la ineficacia del proceso y se hace impropio el adentramiento en el estudio sobre el mérito de la pretensión.[641]

Si bien este pensamiento no excluye la posibilidad de actuar el control a través de las excepciones o defensas procesales, lo cierto es que prevalece el sentido de aumentar las facultades jurisdiccionales en pos de asegurar una tutela judicial efectiva.

134.3. Pero también ocurre que, comparando legislaciones adjetivas, casi todas recurren a la vía de las excepciones previas para denunciar la ausencia o insuficiencia de legitimación para obrar.

Sin embargo, la conclusión no puede ser tan severa, en la medida que un somero estudio de las restantes disposiciones muestra que el legislador ha otorgado al juez facultades suficientes para otorgar regularidad a la marcha procedimental.

135. La legitimación "*ad causam*" y la pretensión procesal

135.1. Quizás parte de la problemática comience con el paralelo que se quiere conseguir entre la persona que pide con la pretensión vinculada, porque se quiere encontrar siempre un vencedor y un derecho nuevo consolidando un derecho subjetivo personal (individual)

Un estudio de Garbagnati, seguido después por otros autores italianos, echando mano a la teoría de la pretensión elaborada en Alemania por Leo Rosenberg, muda el enfoque que hasta entonces tenía la legitimación para observarla desde el objeto que el proceso persigue.[642]

La pretensión, recordemos, procura dos finalidades: una, que se desenvuelva el juicio jurisdiccional "pretensión procesal"; otra, que la razón llevada sea la causa determinante para obtener una sentencia favorable "pretensión material".

En la exposición de motivos del Código Procesal Alemán (ZPO) se lee:

> Si la ley admite, al lado de la acción de prestación que corresponde a la relación jurídica respectiva, una acción declarativa, reconoce con ello que de la relación jurídica nace, al lado de la pretensión de prestación, otra pretensión independientemente realizable, que tiene por objeto la declaración del derecho. Tal como la pretensión de la prestación, también puede ser infringida, la pretensión de declaración, y solo cuando hubiese sido infringida existir motivo para interponer una acción de declaración.

---

[641] Quintero de Prieto, Beatriz, "La legitimación en la causa", en *Revista de Estudios Procesales*, nº 36 (mayo, 1983), Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

[642] Rosenberg, Leo, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1955, pp. 163 y ss.

135.2. Conforme esta línea argumental la legitimación debe relacionarse con la pretensión en cuanto a revestirla de razones y argumentos que perfeccionen la situación jurídica que otorga derecho a tramitar un proceso.

No es ya la acción la que se vincula en la simetría, sino la pretensión procesal. Concepto que, tiempo después, avanzará Carnelutti al definir su posición respecto a la naturaleza jurídica del proceso.

En pocas palabras, la trascendencia que tiene el emplazamiento estriba en modificar la calidad de quien pide respecto a lo que espera obtener, esto es, no se trata ya de ver si quien acciona tiene derecho, sino de analizar, si quien pretende acredita suficiente interés para tramitar un juicio.

Rosenberg advierte que:

> la facultad de gestión del proceso, o el poder de conducción sobre el mismo, en el que se ha hecho versar la legitimación *ad causam,* se confiere o atañe por regla general a los mismos titulares de la relación jurídica controvertida; pero en el derecho contemporáneo no se confiere dicho poder a esos titulares sino a otros que nada tienen que ver con la relación sustancial, siendo entonces así que, a medida que se progresa en la teoría del proceso y relevándose la inexacta afirmación acerca de que el poder de conducción procesal lo tienen quienes son dichos propietarios del derecho o de la obligación.[643]

135.3. Precisamente, calificar la legitimación para obrar de acuerdo con la pertenencia del derecho, evita considerar las situaciones de sucesión procesal, representación, mandato, gestión, etc., que resultan en el caso aquellos que efectivamente deducen la pretensión.

Por eso la idea de relacionar pretensión con legitimación personifica la realidad circunstancial y permite ocuparse de los denominados casos de legitimación anormal o extraordinaria, en los cuales la relación jurídica clásica entre dos, desaparece por la confusión de una de las partes o la incorporación de otros interesados, que a su vez, lleva a tener que especificar el rol que tiene el interés en la teoría de la legitimación.

136. La legitimación y los presupuestos

136.1. La legitimación *ad processum* refiere a las condiciones particulares que las partes deben acreditar para comparecer en juicio. Son presupuestos vinculados con la capacidad y la representación.

Al resultar condiciones o aptitudes que deben tener las partes, la legitimación en el proceso se relaciona íntimamente con los presupuestos procesales, en especial, con aquellos que se exigen para el ejercicio de la acción.

Estos presupuestos son necesarios para validar la eficacia de los actos dispuestos en la estructura del procedimiento, atravesando etapas sucesivas con similares requisitos en cada una.

---

[643] ROSENBERG, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 168.

136.2. Con la demanda y el despacho del juez se inicia la instancia que obliga a proveer. Pero, antes de ello, el magistrado debe analizar la procedencia de las peticiones y vincular el ejercicio de la pretensión con el agente que la porta (representación); luego, investigar si tal acto puede o no ser tenido en cuenta (interés en obrar), prescindiendo de su incidencia con la providencia de mérito; y finalmente, controlar el revestimiento externo del acto para recabar del mismo su apego a las formas.

Este estudio previo de los requisitos de procedencia constituyen actitudes oficiosas del órgano jurisdiccional, y someten al proceso a un examen liminar tendiente a depurarlo de eventuales vicios invalidantes.

136.3. El autocontrol puede desplazarse a la decisión del contradictor, por medio de las excepciones procesales, que son, justamente, las situaciones que pueden oponerse al progreso de un proceso irregularmente constituido (art. 347 incisos 2º y 3º, Códifo federal de Argentina). Este pasaje importa considerarlo específicamente por mediar en nuestros códigos una confusión ancestral que pondera en un mismo rango a los presupuestos procesales con la posibilidad de obtener sentencia favorable.

Superado recién este segmento y sustanciada la causa, el juez puede entrar a la etapa resolutiva. Aquí la relación entre el mérito y los presupuestos procesales resulta diferente a los anteriores. Ahora las condiciones versan sobre la suerte de la pretensión para lograr sentencia de fondo y, en esta oportunidad, los presupuestos actúan en secuencia o complementarios de los aspectos investigados en particular. Ellos refieren a la existencia del derecho, a la relación jurídica material invocada, a la prueba rendida para verificar el derecho afirmado, a la exigibilidad cierta del interés, a la congruencia de la petición con lo obrado en juicio, a la claridad de los hechos invocados en la demanda, etc.

136.4. En otro sentido, para la sentencia favorable es difícil enumerar con pretendida precisión cuales serían los presupuestos requeridos. *Prima facie*, la legitimación *ad causam*, la posibilidad jurídica y la producción de la prueba serían los requerimientos principales.

De este modo vemos como se distancian la legitimación *ad causam* de la legitimación *ad processum*. Si el interés para obrar es el que justifica el derecho al proceso, por una parte; en la otra, los presupuestos validantes de la acción reposan en exigencias sustentadas en condiciones procesales, de manera que la distinción entre legitimaciones parece ambigua, siendo más conveniente referir a una sola legitimación.

La univocidad lograría que se ubique el dilema de la etapa donde debe analizarse la regularidad del trámite. El problema sería adecuar el tiempo apropiado, toda vez que si está entre los requisitos de admisibilidad de la demanda, podría eventualmente vulnerarse el derecho a la jurisdicción (esto es, el derecho al proceso, una vez reconocido el derecho de acción); y si es posterior, cabe la posibilidad de someter a la justicia a un desgaste innecesario, que pudo impedirse.

136.5. También es posible indicar como finalidades de estos presupuestos de la legitimación, dos direcciones. Una que se ocupa de validar la relación jurídica que se constituye; y otra, que persigue la eficacia de la sentencia aplicada a las "partes legítimas".

De esta manera, cuando se hable de legitimación procesal el interesado sabrá que para lograr la aptitud de tramitar un litigio y llegar a una sentencia sobre el fondo, tendrá que cubrir estos espacios fundamentales de los presupuestos procesales:

1) Los que se dirigen a validar el ejercicio de la acción por la persona que peticiona en la demanda, esto es, la verificación de la capacidad procesal y la forma de la representación en juicio.

2) Los que encaminan la eficacia de la pretensión, y como tales asientan en el interés para obrar, o lo que es igual decir, aquellos que demuestren la posibilidad jurídica de dar curso a la relación procesal con los sujetos que la integran y respecto de la causa de pedir, para constatar la efectividad de ese derecho.

3) Los relacionados directamente con el procedimiento y sus etapas, que si bien no se relacionan directamente con la legitimación, sí en cambio lo hacen para vincular el derecho a una sentencia favorable a partir del derecho acreditado, que justificaría la llamada legitimación *ad causam*.

137. Legitimación e interés para actuar

137.1. De lo expuesto puede colegirse cierta relación efectiva entre el derecho subjetivo y la legitimación *ad causam*. Evidentemente, todo el tratamiento doctrinario y legislativo se ocupa principalmente de resolver la acreditación del *status jurídico* para definir *a posteriori* la admisión al proceso (si se permite el relevamiento oficioso) o la denegación en la sentencia (con los efectos de cosa juzgada que cada caso merezcan).

Pero el tema no puede quedarse en esta parcela tan singular y acotada de los derechos personales, pues aquí la explicación se detiene para los llamados casos de legitimación ordinaria, sin ocuparse de las extensiones que tiene la dinámica del interés en otras áreas jurídicas.

Esta proyección del "derecho al proceso" a otros interesados que no resultan "dueños" del derecho subjetivo, suponen también el derecho de acceso al juicio.

137.2. De alguna manera es un retorno al problema que presentan los llamados "intereses o derechos difusos", donde la individualización no resulta posible, aunque esta clara la masificación del interés en actuar.

En España, la norma constitucional ha dado cierta apertura para la defensa de estas legítimas preocupaciones colectivas; de modo tal que si en sede ordinaria se declara inadmisible la pretensión por falta de legitimación activa, se puede recurrir en amparo requiriendo la calidad de "parte".

> En este sentido ha dicho el Tribunal Constitucional que, cuando el objeto del proceso previo sea la tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas…y la causa de la inadmisibilidad sea la falta de legitimación, este Tribunal no puede contraer

> el examen del caso a la mera comprobación de que hubo una sentencia fundada en derecho, sino que ha de entrar a analizar la concurrencia o no de la falta de legitimación, pues en el supuesto de que ésta hubiese sido incorrectamente apreciada por el tribunal ordinario, quedaría sin protección ni tutela efectiva el derecho o derechos fundamentales en cada caso debatidos y su ejercicio quedaría de facto indebidamente restringido (TC, sentencia del 11 de octubre de 1982).

No se trata, esencialmente, de identificar al derecho subjetivo con los intereses legítimos, tal como lo propone cierto sector doctrinario inspirado, principalmente, por autores administrativistas, sino de superar algunos dogmas impeditivos del acceso a la justicia.

137.3. En efecto, es evidente que el proceso mismo transforma los derechos inicialmente actuados, y que en su curso operan modificaciones, innovaciones, y aun creaciones de derechos y obligaciones nuevas (*v. gr.:* condenaciones en costas, sanciones por astreintes, multas procesales, etc.); tal virtualidad recrea un sinfín de alternancias que reconocen una dimensión distinta al tradicional derecho subjetivo.

Tampoco se ocupa de ver la eficacia que se puede dar a dichos intereses legítimos desde las compuertas que abre la flexibilización del concepto de propiedad individualizada del derecho y el sacrificio o daño de él emergentes; sino de entender que el proceso es una garantía de tutela que no puede cumplirse adecuadamente en la etapa solitaria que concreta el derecho de acción. Es imperioso que la protección cubra todo el trámite (derecho al acceso irrestricto y a tener un proceso desarrollado hasta la sentencia que resuelva sobre el fondo de la pretensión material), para justificar desde una perspectiva constitucional la nueva órbita en que se emplazan los derechos del hombre.

137.4. La legitimación tiene que ser reconocida porque se juega en su medida una cuestión fundamental que solo el derecho constitucional debe tomar a su cargo. Pero agregamos mas: hay casos en que, aunque la ley niegue legitimación a alguien, el juez tendrá que reconocérsela "contra ley", porque si se la niega en mérito de que esa es la solución que arbitra la ley, cumplirá la misma pero violará la Constitución.

Tal cosa ocurre cuando es evidente que en un proceso determinado y con un objeto también determinado, alguien que ostenta derecho e interés en la cuestión no puede intervenir en el proceso, no puede plantear la cuestión, esta privado del derecho a formular su pretensión y a obtener resolución judicial sobre ella, y tampoco puede promover el control constitucional.

La inconstitucionalidad que se tipifica en esos supuestos radica, en su última base, en la violación del derecho a la jurisdicción como derecho de acceder a un tribunal judicial.

La cuestión mas importante, vertebral, es aquélla que focaliza el problema en ciernes, es decir, el objeto del proceso, para después resolver desde la dinámica procesal, si la legitimación para obrar justifica el interés puesto de manifiesto, y en su caso, si la sentencia puede originar sobre alguien que pretende los efectos jurídicos que se propusieron.

En nuestra opinión, el ejercicio del derecho de acción importa reclamar a la justicia actos necesarios para tutelar un determinado interés. Luego, en la sentencia, se ver si ese interés posible de incitar la actividad jurisdiccional, tendrá los resultados esperados por las partes; por ello, en la etapa inicial, no es necesario que quien exponga razones las tenga, basta con la creencia de obrar asistido de buena fe.

Es decir, que las partes pueden estar legitimadas en la causa, tengan derecho o no, porque el titular del derecho subjetivo no es el único al que le corresponde el derecho de acción.

La legitimación llega después, casi inmediatamente. El interés para obrar significa tener derecho a que se resuelvan las peticiones formuladas en la demanda, sin que se tengan nexos con la obtención de sentencia favorable.

En consecuencia, cuando una de las partes no acredita la calidad invocada, la decisión final no puede ser definitiva en cuanto al sustento material deducido en juicio, sino únicamente, sobre la legitimación.

En este único aspecto, la legitimación *ad causam* es un presupuesto de la pretensión para la sentencia de fondo, ya que determina quienes deben o pueden demandar y a quien se debe o puede demandarse. Dicho de otro modo, el proceso necesita que actúen quienes han debido hacerlo, por ser las personas físicas o jurídicas idóneas para discutir sobre el objeto concreto de la litis.

138. Clasificación en las legitimaciones para obrar

138.1. Esquemáticamente, y por razones prácticas que facilitan la comprensión acerca de como sucede la cobertura del acceso a la justicia de una persona o conjunto de ellas, suele clasificarse el interés a tutelar en la medida que admite cada ordenamiento jurídico.

Se divide así en dos campos bastante diferentes: *a)* Legitimación ordinaria; *b)* Legitimación extraordinaria.

a) *Legtimación ordinaria*

Este tipo de legitimación es el más común, aquél que busca relacionar el derecho subjetivo en cabeza de quien se presenta ante la jurisdicción formulando la demanda. No interesa el problema de la representación o el mandato, sino quien asume la calidad de parte legítima "justa parte".

Está claro que a partir de este concepto, y precisamente por su generalidad, se llega al problema de confundir legitimación *ad causam* con titularidad del derecho subjetivo.

Es el inconveniente de nuestro sistema adjetivo, que para cierto tipo de procedimientos pide al juez que verifique previamente la calidad del que pide y el interés que suscita, a efectos de formular un antejuicio sobre la legitimación material. Es lo que acontece con el proceso de declaración de incapacidad que admite únicamente la denuncia de personas ciertas; el juicio de alimentos, que exige acreditar en quien promueve la demanda el título en cuya virtud solicita; las tercerías y el proceso ejecutivo, que imponen al juez examinar cuidadosamente el instrumento con que se deduce la ejecución.

b) *Legitimaciones extraordinarias*

Se refieren a las diversidades de intereses que tienen protección judicial y a las personas que los promueven.

Por un lado, supone reconocer otros derechos diversos al subjetivo que se posicionan como intereses jurídicamente relevantes que deben tener tutela jurídica.

Por otra, surgen en contraposición a la idea de legitimación ordinaria, explicando la función de quienes actúan en el proceso en nombre de otro a quien representan, sustituyen o acompañan (*v. gr.:* sustituto procesal, sucesión procesal, litisconsorcio necesario, intervención de terceros, condóminos, representantes legales, etc.)

La legitimación extraordinaria en el primer aspecto, se produce como parte del ensanchamiento de la franja de derechos tutelados que diseña todo orden jurídico. Así como antaño solo era objeto de atención el derecho subjetivo, dando cuño individualista al proceso judicial; ahora promedian otros intereses colectivos, sociales, o meramente difusos ("de incidencia colectiva" los llama el art. 43 de la Constitución de Argentina) que a través de situaciones o representantes diversos, tienen cabida en el aura de la legitimación para actuar.

Se trata de cubrir el quid que surge cuando la pretensión planteada en juicio no viene en cabeza de su titular, sino en la masificación del interés. Algo así como un bien indivisible que admite "cuotas" identificadas en cada afectado, donde cada uno tiene parte de un todo, pero donde nadie es dueño absoluto.

138.2. El reconocimiento de estos derechos repercute en la calidad de parte y en los efectos que siguen a la sentencia, por ello, cada sistema legal debe garantizar el acceso a la jurisdicción, sin descuidar los excesos probables de los grupos que actúan.

El segundo orden de la legitimación extraordinaria se da en supuestos de cesión de la personalidad, representación o intervención de terceros, entro otros casos.

138.3. En resumen, los casos de legitimación extraordinaria quedan simplificados en la modalidad como se presenta y tiene el derecho o interés a tutelar. Lo común es que sea el titular el que reclame, pero el mismo interés puede estar cedido, en cuyo caso quien lo adquiere tiene un interés derivado pero excluyente.

Si la cuestión se deduce a través de representantes legales o judiciales, la legitimación *ad causam* se vincula con la condición de parte.

Mientras que la acumulación de personas en un mismo sector permite referir a legitimaciones activas o pasivas conforme se traten de litisconsorcios de uno u otro tipo.

El debido proceso

(II) *El derecho al recurso*

139. El derecho al recurso

139.1. Instalados en el campo del procedimiento, la garantía amplia y genérica del debido proceso comienza a encontrar puntualizaciones. Una de ellas es producto de la evolución jurisprudencial y de la influencia de Pactos y Convenciones, que han establecido el derecho de toda persona a tener un recurso contra la sentencia de condena.

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.

Tal exigencia no se puede omitir cuando la intervención jurisdiccional opera con tribunales colegiados, porque el derecho al recurso no se funda en la prevención del error, ni se satisface con la composición del órgano que, por vía de principio, compensa y controla cuando se integra con más de un magistrado. La garantía es la revisión plena de lo juzgado, y por eso, no es cualquier recurso el que lo cumplimenta, sino aquél que permite explorar sin limitaciones formales ni reducciones impuestas.

139.2. De este modo, la impugnación cubre dos aspectos: revisa el pronunciamiento por un órgano jurisdiccional de grado superior, y permite que el Estado afiance el control sobre 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 consienten 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.[644]

[644] PODETTI, J. Ramiro, *Tratado de los recursos*, Ediar, Buenos Aires, 1958, p. 125

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.[645]

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.

139.3. 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.

En este espacio, las opiniones difieren y pueden llegar a contemplar a la garantía como un simple principio que admite morigeraciones.

La desconfianza en los jueces (monocráticos), propio de este sistema que no ve con buenos ojos la actuación en soledad, podría modificarse con los tribunales u órganos colegiados de la magistratura, siguiendo la idea que la pluralidad de curiales reduce la suspicacia y disminuye la falibilidad; o bien, que con la participación de varios jueces se compensa la reducción de recursos. Si así fuera, el derecho al recurso quedaría al menos obstruido, justificándose en los tribunales de única instancia la restricción de impugnaciones, y directamente la prohibición de recursos cuando la situación a considerar es de mínima cuantía o no manifiesta algún interés prevalente.

Por eso es cierto que los intereses que se movilizan ante el derecho a los recursos son, en sí, contradictorios y diversos según el orden jurisdiccional en que se intente implementar. Reconoce González Pérez,

> [...] que los recursos y la multiplicación de las instancias, se ha considerado, más que como garantía del justiciable, como instrumento para prolongar los procesos varios años, en detrimento de la efectividad de la justicia. Se contraponen, sin duda, el interés del demandante favorecido por una decisión del tribunal de primera instancia, de que ésta resolución fundada en derecho sea firme y se ejecute, frente al litigante que ha sido condenado; como no es imprudente pensar que el ciudadano absuelto se lamente de la impugnación de la sentencia por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular, mientras

---

[645] Julia V. Montaño de Cardona, profesora de Medellín (Colombia), sostiene que un proceso debido no puede excluir la doble instancia. La inapelabilidad en los procedimientos de única instancia por la materia o la cuantía, que culminan con sentencias de igual grado, no se justifica, bajo ninguna argumentación, desde el constitucionalismo democrático; en consecuencia, frente al binomio antagónico economía procesal - doble instancia, debe prevalecer ésta última, debiendo desterrarse la única instancia, que hace de la inapelabilidad de la sentencia, regla general. Todo procedimiento debe contar con una segunda instancia, de cara a la justicia material, permitiendo que un funcionario jurisdiccional en un grado de conocimiento diferente, al que profirió la providencia, realice los controles que permitan detectar errores judiciales a fin de enmendarlos (MONTAÑO DE CARDONA, Julia Victoria, *Instituciones procesales desde el constitucionalismo*, Leyer, Bogotá, 2002, p. 95).

que el ciudadano condenado por el tribunal penal, disintiendo del fallo, quiera someterlo al enjuiciamiento de un tribunal superior.[646]

139.4. 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.[647]

139.5. Finalmente, no puede eludir el estudio 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.

Recordemos que la noción de *debido proceso legal*, abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial; y en su dimensión tuitiva comprende a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión de ellas regulado en el art. 27. Por eso, las garantías judiciales previstas no disponen de un recurso concreto, porque solamente representa el conjunto de requisitos que se deben cumplir en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales.

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.[648]

---

[646] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional,* Cívitas, Madrid, 1989 (2ª ed.), p. 118.

[647] 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 (*Cfr*. GOZAÍNI, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2004, pp. 461 y 462).

[648] En nuestro *Derecho Procesal Constitucional - Amparo,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2002), presentamos la interesante labor de exégesis y reelaboración jurisprudencial que hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Giroldi". En efecto, después de señalar que, tradicionalmente

140. Constitucionalización del derecho a recurrir

140.1. Se ha señalado en múltiples ocasiones, que la incorporación de los Tratados y Convenciones sobre derechos humanos al derecho interno (art. 75, inciso 22, CN) 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 que recrean un nuevo perfil para el debido proceso, obliga 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.

140.2. 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.[649]

Sin embargo —dice De Bernardis—:

> [...] frente a la manera irrestricta como este derecho aparece consagrado se encuentra la necesidad de brindar a todos los justiciables el acceso a un proceso que arribe a su resolución final dentro de plazos razonables y que, por la demora en su tramitación, no convierta en ilusoria la tutela que el proceso debe otorgar. Por tal motivo, la regulación específica de este derecho en las normas procesales debe encontrar un justo medio entre la posibilidad de acceder a una instancia jerárquicamente superior y la necesidad de no

---

se había sostenido por el Alto Tribunal que la garantía de la doble instancia quedaba satisfecha con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario federal; reconoció que el "certiorari" había incorporado una facultad discrecional por la cual se podían denegar impugnaciones excepcionales sin dar mayores fundamentos, y con ello, quedaba vulnerada la posibilidad de tener una nueva instancia de discusión. Más adelante agregó que, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le correspondía —en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados internacionales a que el país esté vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido la Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1º de la Convención, en cuanto los Estados Parte deben no solamente "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella", sino además, "garantizar" su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. Según dicha Corte "garantizar" implica el deber del Estado de 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 art. 1º.1 de la Convención (O/C. 11/90 del 10 de agosto de 1990).

[649] La inteligencia que se acuerda al principio por algunas constituciones latinoamericanas se refleja en Perú, donde 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.

prolongar más allá de lo razonablemente tolerable la resolución del conflicto, teniendo como fiel de esa balanza la necesidad de justicia de ambas partes y la materia del proceso.[650]

En Argentina, la jurisprudencia no considera que la doble instancia sea una exigencia del debido proceso, al menos en los procesos civiles, porqué mientras se conserve inalterable el derecho a alegar, debatir, probar y obtener una sentencia motivada y razonable, la posibilidad de recurrir puede limitarse sin menoscabar la constitucionalización del proceso. Establecer causales para los agravios posibles; imponer plazos para la interposición de los recursos; determinar cargas económicas como medidas necesarias para la admisión formal; reglamentar una técnica expositiva que de autosuficiencia a la impugnación; entre otras condiciones de procedencia, no limitan la garantía procesal.

140.3. Ahora bien, esta conclusión depende del criterio como se forme e implemente el derecho al recurso. Si se adopta como una garantía individual no cabe duda que no se pueden formalizar condiciones ni límites a la procedencia; mientras que si lo es como "principio" del proceso, las abstinencias son posibles.

Habitualmente las normas fundamentales no refieren en sus preceptos a la exigencia del doble tránsito judicial, pero cuando un Estado ratificado el tratado que lo contiene, se obliga a ello.

En efecto, todos los documentos que se citan a continuación contienen la obligación procesal, a saber:

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* se limita a establecer que "durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: "[...] Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior" (art. 8°, inc. 2°, ap. h).

Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* contempla una garantía similar pero con otra redacción. El art. 14, inc. 5° dice que: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley".

En otra dimensión, pero con lógica comparable, dispone la *Convención sobre los Derechos del Niño*, en el art. 37 inciso d), que "todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción".

En definitiva, como se observa, la obligación constitucional agregada a nuestra plana fundamental, asienta en el proceso penal y así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

---

[650] DE BERNARDIS, Luis Marcelo, *La garantía procesal del debido proceso,* Cuzco S.A., Lima, 1995, p. 117.

141. Evolución de la jurisprudencia argentina

141.1. El Alto Tribunal, desde sus orígenes, consideró en varias sentencias que la garantía de la doble instancia no era parte del debido proceso integrado como garantía procesal en el art. 18 de la Constitución Nacional.

La preocupación constante fue el derecho de defensa en juicio, por eso había dicho, por ejemplo que, la circunstancia de que el fallo de Cámara confirme el de primera instancia por sus fundamentos, no da lugar por sí solo al recurso extraordinario por arbitrariedad derivada de violación del derecho de defensa, toda vez que la doble instancia no constituye requisito constitucional de la defensa en juicio y el punto, además, es de orden procesal.[651]

Sólo se introdujeron algunas aclaraciones, como exigir una fundamentación adicional cuando la sentencia confirmada no era bastante para sustentarla, o en el momento que se permite introducir en el proceso elementos de juicio nuevos que requieren análisis. Pero la doctrina judicial insistió en que la doble instancia judicial no constituía requisito constitucional de la defensa en juicio.[652]

Inclusive, al considerar aspectos procesales específicos que podían mostrarse como limitaciones al derecho de recurrir, se agregó que, no siendo la doble instancia requisito constitucional de la defensa en juicio, la exigencia del depósito previo de la suma condenada como recaudo para la concesión de recursos en el orden local no es violatoria de dicha garantía; y tampoco es contraria a al igualdad pues se trata de una exigencia que el legislador provincial puede imponer.[653]

141.2. Más adelante se avanzó en la idea, y hasta se excluyó el tránsito del recurso como una instancia obligatoria en el procedimiento constitucional. En este aspecto, se afirmó que el principio de la doble instancia carece de jerarquía constitucional.[654]

Los tribunales inferiores aceptaron el criterio, y acotaron aun más la garantía, al sostener que la exigencia se reducía al derecho de ser oído, de manera que la efectividad no dependía del número de instancias que las leyes establecieran.[655] También el fuero penal dijo que, el sistema de la doble instancia es un instituto procesal que de ninguna manera constituye una garantía de jerarquía constitucional.[656]

Sin embargo, esta abrumadora tendencia va a cambiar en el caso "*Giroldi*" fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 7 de abril de 1995.[657]

---

[651] CS, 1978/02/14, "*Valestra, Humberto A. y otro c. Instituto Nac. de Vitivinicultura*", Fallos, 300:65

[652] CS, 1980/03/13, "*Schillaci, Alfredo A. c. Sruoga, Adolfo*", *La Ley*, 1980-C, 45

[653] CS, 1982/11/11, "*Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor c. Mulgura y Cía.*", Fallos, 304:1632

[654] CS, 1983/04/21, "*Partida, Héctor R. c. Asociación Civil Santísima Cruz*", Fallos, 305:535

[655] CNCom., Sala C, 1999/05/07, "*Rodríguez, Ricardo c. Tabares, Elisa*", *La Ley*, 2000-A, 458; también, CNCom., Sala E, 1997/12/05, "*Banco Bansud c. Campión, Héctor H. y otro*", *La Ley*, 1998-D, 89.

[656] CNCrim. y Correc., Sala III, 1983/11/17, "*Odell, Alejandro*", *La Ley*, 1984-D, 677 [36.701-S].

[657] El Tribunal Oral en lo Criminal Nº 6 de la Capital Federal, condenó a Horacio Giroldi y a Raúl B. Hatchondo, a la pena de un de mes de prisión de cumplimiento en suspenso como coautores de tentativa

Allí se dijo que, la reforma constitucional de 1994 confirió jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales (art. 75, inc. 22, párr. 2º), entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su ya recordado art. 8º párr. 2º, inc. h, dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho "*de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*".

141.3. En consecuencia, entró a considerar si dentro del ordenamiento procesal penal existen el órgano y los procedimientos para dar adecuada satisfacción a la garantía constitucional, y en ese sentido, remitió a la causa "*Jáuregui*", donde había sostenido que, la inexistencia de recurso en la ley de rito ha conducido a evidenciar que la sentencia del tribunal oral era susceptible del recurso extraordinario.

Este precedente es importante, porqué algunos pudieron concluir que la doble instancia estaba garantizada con la existencia del recurso extraordinario (Fallos, 311:274, consid. 6º del voto de la mayoría, 7º del voto del juez Caballero, y 6º del voto del juez Petracchi), pero el Alto Tribunal va a modificar el temperamento.[658]

---

del delito de robo simple (arts. 26, 29 inc. 3º, 42, 44, 45 y 164, Código Penal).

La Defensora Oficial interpuso recurso de casación, y fundó sus agravios en la violación a las garantías del debido proceso y la defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional) en que había incurrido el Tribunal Oral en lo Criminal, al no observar las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa y sentencia, lesionando, además, las disposiciones concernientes a la insistencia y representación del imputado (art. 167 incs. 2º y 3º, Código Procesal Penal de la Nación). Defectos que, a su criterio, llevaban a la nulidad de la sentencia, que consideró enmarcados de las previsiones de los dos incisos del art. 456 de Código adjetivo para la habilitación de la vía casatoria.

En cuanto a la procedencia formal de aquel recurso, sostuvo que el límite establecido en el inc. 2º del art. 459 del Código Procesal Penal, no resultaba aplicable en situaciones en las que, como en el caso, se encontraba gravemente afectada a la garantía de defensa en juicio y donde se habían conculcado principios básicos del debido proceso referidos a la necesaria intervención del acusador y la defensa.

Subsidiariamente, planteó la inconstitucionalidad de la referida norma procesal, ya que, a su criterio, el limite que establecía lesionaba el principio de igualdad ante la ley (art. 16, Constitución Nacional), argumentando a este respecto que un condenado a 7 meses de prisión por un delito correccional puede recurrir en casación, en tanto que a otro condenado a igual pena por un tribunal en lo criminal, le está vedado acceder a aquella vía recursiva.

Sostuvo, por último, que el limite del art. 459, inc. 2º del Código adjetivo, restringe la plena vigencia de las normas constitucionales que hacen a la garantía del debido proceso y a la defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional), al impedir la Cámara Nacional de Casación Penal examinar cuestiones que afectan derechos de raigambre constitucional por razones de montos de penas, máxime cuando el art. 8, inc. 2º, apart. H) del Pacto de San José de Costa Rica, garantiza a todo imputado al derecho de recurrir ampliamente el fallo ante un tribunal superior.

La Cámara Nacional de Casación Penal resolvió rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 459, inc 2º del Código Procesal Penal de la Nación y declaró inadmisible el recurso de casación, dando lugar al recurso extraordinario que, denegado, resolverá la Corte Nacional como queja o recurso directo.

[658] La Corte Suprema, con el voto de los Dres. Fayt y Bacqué, argumentó en el considerando 6°) de Jáuregui, lo siguiente: […] "Que respecto de la supuesta infracción al principio del debido proceso por parte de la norma impugnada en cuanto ésta prevé la supresión de la instancia militar al permitir el avocamiento de la justicia civil, conviene señalar —con arreglo a reiterada jurisprudencia de esta Corte—, que la doble instancia no constituye, por sí misma, requisito de naturaleza constitucional (Fallos 246:363; 250:753; 289:95; 290:120, entre otros). Cabe agregar, en tal sentido, que el requisito previsto en el art. 8,

En efecto, la variación se encuentra en la reforma introducida en el año 1990 por la ley 23.774, que otorgó a la Corte la facultad de rechazar, por la sola aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (*certiorari*).

Por eso, dijo que en tales condiciones el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como "*garantía mínima*" para "*toda persona inculpada de delito*" (art. 8º, párr. 2º, apart, h. Convención).

El considerando 9, afirmó que, las reformas introducidas por las leyes 23.984 y 24.050 respecto de los distintos órganos judiciales que conforman los "tribunales inferiores de la Justicia nacional (art. 75.inc. 20, Ley Fundamental), incluyeron la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal. Esta circunstancia modificó la organización del Poder Judicial de la Nación existente para la época en que fue fallado el caso "*Jauregui*" —que no contemplaba un "tribunal intermedio" entre la Corte Suprema y las Cámaras Nacionales o Federales de Apelación—. La Cámara Nacional de Casación Penal ha sido creada, precisamente, para conocer, por vía de los recursos de casación e inconstitucionalidad —y aun de revisión— de las sentencias que dicten, sobre los puntos que hacen a su competencia, tanto los tribunales orales en lo criminal como los juzgados en los correccional.

Que lo expuesto determinó la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 459, inc. 2º del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena.[659]

Después de "*Giroldi*" queda afincado el principio constitucional de la doble instancia en materia penal, con dos proyecciones importantes. Por un lado, se reafirma la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y por otro, se consideró que la Cámara Nacional de Casación Penal se constituye como un órgano judicial "intermedio" al cual no le está vedada por obs-

---

apartado 2° inc. h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por ley 23.054) que establece el derecho de toda persona inculpada por delito de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, sólo debe ser considerado en los supuestos de la sentencia definitiva de la causa u otra resolución asimilable a ella, extremo que se da en el presente proceso; en casos como el sub examine aquella exigencia se halla por otra parte satisfecha por la existencia del recurso extraordinario ante esta Corte".

[659] Síguese de lo expresado —concluye la Corte—, que la solución que aquí se adopta permite, desde el punto de vista de las garantías del proceso penal, cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el Estado nacional a la vez que salvaguarda la inserción institucional de la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la Justicia Federal y respeta el sentido del establecimiento de órganos judiciales "intermedios" en esa esfera, creados para cimentar las condiciones necesarias para que el tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sea porque el sujeto a revisar por ésta ya sería un producto seguramente más elaborado (Fallos: 308:490, consid. 5°, con cita del Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, período de 1901, Congreso Nacional, Buenos Aires, 1961).

táculos formales, la posibilidad de conocer y resolver los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión.

141.4. Sobre esta base doctrinaria, se confirma que el derecho de impugnar el fallo ante el juez o tribunal superior, no garantiza vías recursivas plenas o sin restricciones, sino revisiones suficientes que aseguran el control de la efectiva observancia de los preceptos constitucionales que informan el debido proceso, en particular, el vinculado a la defensa en juicio.

141.5. El problema siguiente fue considerar si cualquier recurso existente era bastante para configurar la garantía, o si el mismo debía ser cubierto por el Estado a través de la creación legal necesaria.

Algunos dijeron que, toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente y dicho recurso no puede ser restringido, conforme disposiciones expresas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que es procedente la apelación contra la resolución que denegó la detención domiciliaria del imputado mayor de setenta años;[660] de este modo, la sola articulación de una queja se pensó bastante para cumplir con el recaudo constitucional.

En la misma línea, se afirmó que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional o por el Pacto de San José de Costa Rica, aun cuando la violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.[661]

La Corte, por su parte, procuraba orientar la jurisprudencia nacional, y sostenía, entre otros casos que, la decisión del superior tribunal provincial, que privó al imputado de la garantía a la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, configura un palmario desconocimiento de las pautas dadas por la Corte Suprema. Si no existen argumentos que permitan determinar el criterio seguido para prescindir de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso, la sentencia debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido.[662]

Inclusive, llegó a declarar la inconstitucionalidad de normas restrictivas. Al respecto indicó que, la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 87 de la ley 23.077, en cuanto veda la admisibilidad de recurrir a la Cámara Nacional de Casación Penal de las sentencias condenatorias dictadas por los tribunales de acuerdo al procedimiento regulado por dicha normativa.[663]

---

[660] C.Fed. San Martín, Sala I, 1998/07/16, "*Videla, Jorge R.", La Ley*, 1998-E, 673

[661] J.Instruc. Córdoba, 8ª Nom., 1997/09/11, "*Carabajal, José M. y otros*", LLC, 1997-794

[662] CS, 1999/06/30, "*García, Sixto F.*", *La Ley*, 1999-E, 352, con nota de Mariana P. Sica - DJ, 1999-3-455.

[663] CS, 1999/10/19, "*Gorriarán Merlo, Enrique H. y otra*", *La Ley*, 2000-B, 108 - DJ, 2000-1-1120 - ED, 187-1224.

El sentido dogmático del fallo, llevó a enseñar que el recurso de casación satisface los requerimientos transnacionales relativos a la garantía de la doble instancia judicial, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso (voto en disidencia del doctor Petracchi. La mayoría desestimó la queja).[664]

141.6. Hasta llegar al caso "*Felicetti*", donde se modifica la lectura dada en la causa "*Giroldi*", para decir que, la norma del art. 8° inc. 2°, apartado h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no importa necesariamente la doble instancia como renovación del debate realizado en el proceso. Lo que la Convención aseguró fue que la condena proviniese del tribunal mayor en grado y no de uno inferior.[665]

Esta sentencia insiste en la calidad definitiva del fallo dictado por una magistratura superior, aunque sea en única instancia, olvidando de alguna manera lo dicho en "*Jáuregui*" (el recurso extraordinario es el mecanismo que salvaguarda la doble instancia), y en "*Giroldi*" (no es el recurso extraordinario el sistema garantista que se debe afianzar sino la posibilidad de tener una vía útil para la revisión de la condena).

El origen del problema fue la decisión de la Cámara de Casación que había dicho que, el art. 8º, apart. 2º, inc. h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto reconoce a todo condenado en una causa penal el derecho de apelar el fallo ante un tribunal superior, constituye una norma jurídica de derecho interno en virtud de su incorporación a la Constitución Nacional —art. 75, inc. 22— y como tal está sujeta a la interpretación final que realice la Corte Suprema, debiendo tenerse en cuenta el temperamento de los tribunales internacionales en la esfera específica de su actuación.[666]

La Corte va a colegir que, en realidad, el mandato que implícitamente se deriva de los fallos y opiniones consultivas proveniente de los órganos del sistema intera-

---

[664] CS, 2000/02/15, "*Zambianchi, Jorge y otros*", La Ley, 2000-C, 36 - DJ, 2000-2-593. Sostiene la Corte que, lo que el art. 8º inc. 2º apartado h) establece, es el derecho del imputado de recurrir del fallo ante un Juez o tribunal superior, lo que no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la escala más alta, con lo que el juzgamiento directo por ésta —que no se comprende en qué medida pudiera ser distinto por ser pronunciado directamente que si lo hubiera sido por vía de recurso contra una decisión anterior— en modo alguno afecta garantías de los derechos de los procesados. Una interpretación distinta pondría en pugna la cláusula del pacto con el art. 117 de la Constitución, según el cual la Corte Suprema tiene competencia originaria y exclusiva en ciertas causas aun penales, pues ambas tienen sin lugar a dudas igual valor por imperio de lo establecido en el art. 75 inc. 22, ya que la segunda no pertenece a la primera parte de la Constitución. Semejante conflicto carecería de clara solución.

[665] CS, 2000/12/21, "*Felicetti, Roberto y otros*", *La Ley*, 2001-B, 64, con nota de Walter F. Carnota - *La Ley*, 2001-B, 783, con nota de Germán J. Bidart Campos - DJ, 2001-2-156 - JA del 07/02/2001, p. 26

[666] CNCasación Penal, Sala II, 2000/11/23, "*Felicetti, Roberto y otros*", *La Ley*, 2001-B, 145, con nota de Germán J. Bidart Campos.

mericano de Derechos Humanos, no se contradice con la lectura actual, pues en la época en que la sentencia se había emitido, no estaba creada la Cámara Nacional de Casación, de modo tal que el último fallo lo pronunciaban las Cámaras Federales de Apelaciones, por lo que al provenir la sentencia de condena de una de ellas, la regla internacional no era violada.[667]

Sin embargo, son valiosas y fundadas las disidencias del fallo, porque apuntan hacia el deber del Estado de adecuar su legislación interna frente a situaciones donde ya se había advertido el déficit procesal y su directa afectación a las reglas y principios del debido proceso. Nuevamente se recordó que el recurso extraordinario no es el remedio eficaz para salvaguardar el derecho al recurso que se conserva como garantía en el proceso penal, y que aún en el mismo ámbito de esta impugnación excepcional, en la causa "*Abella y otros*"[668] se había hecho lugar a la revisión de una condena alcanzada por la preclusión del sistema recursivo.

La disidencia del juez Boggiano concretó que, el art. 8º.2 del Pacto complementa el art. 18 de la Constitución Nacional, y por eso, la garantía de la doble instancia en materia penal, por su rango constitucional, debe juzgarse incursa en el ámbito del principio de la ley penal más benigna, pues sería una irrazonable contradicción que una norma material penal quede sujeta a tal principio y no a una garantía constitucional.

141.7. El 20 de septiembre de 2005 la Corte dicta el fallo "*Casal*", donde parece concretar una línea definitiva. El actor había sido condenado en un juicio oral por robo calificado. El recurso que interpuso luego, impugnando la prueba rendida, fue denegado por la Cámara Nacional de Casación Penal en base al criterio de que las cuestiones de hecho y valoración de la prueba resultan ajenas al control casatorio.

La Corte Suprema revoca la decisión y reafirma la garantía de la doble instancia sosteniendo que "[…] el Tribunal de Casación debe agotar el esfuerzo por revisar

---

[667] En esas condiciones, concluye el Alto Tribunal de la Nación, que la solución de Fallos, 322:2488 en modo alguno importa una violación a la garantía de igualdad ante la ley respecto de los demás condenados, toda vez que se trata de estadios procesales diferentes. En el primero la sentencia aún no estaba firme y sí en el segundo, como dijo el juez Petracchi en Fallos, 321:3555. Sostuvo allí, en el considerando 8º, que "…*A)* Las recomendaciones a que se refiere el texto de la Convención son dirigidas a los estados miembros para que se adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y de sus preceptos constitucionales…(art. 41, inc. B), con lo que el respeto al orden jurídico interno resulta ser aquí una exigencia de la propia norma interamericana. *B)* Otorgar la libertad, como una suerte de reparación que se originaría en violaciones a derechos y garantías ajenas a ella —tal lo pretendido por los recurrentes— no sólo no se deriva del texto de la aludida recomendación, sino que obligaría a los jueces argentinos a violar el marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales (art. cit.) que les impone respetar los efectos de una sentencia condenatoria firme…".

[668] Fallos, 315:325, voto del Juez Fayt que dice: […] "Desde esta perspectiva, no se trata de estudiar la constitucionalidad de limitaciones recursivas puntuales, sino, antes bien, de compatibilizar la garantía en estudio con el sistema procesal vigente, al modo *mutatis mutandi* en que lo hizo esta Corte en Fallos 318:514. En este sentido, cabe afirmar que la única vía procesal adecuada resultaría el recurso de revisión, en la medida en que sólo este recurso es el potencialmente apto para cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos (*cfr. La Ley*, 2001-B, 72).

todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable", acogiendo así la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit*, o del "agotamiento de la capacidad de revisión". Y, en línea con la doctrina de la Corte Interamericana en el caso "*Herrera Ulloa c. Costa Rica*", indicó que la interpretación de la ley procesal debe permitir "una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas".[669]

---

[669] En sus considerandos más explícitos la Corte dice [...]: 24) Que formulada esta teoría, se impone preguntar qué es lo no revisable. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y —en el nivel jurídico— porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la *Leistung*, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso.

25) Que se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc. En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la inmediación, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar. Rige a su respecto un principio general del derecho: la exigibilidad tiene por límite la posibilidad o, dicho de manera más clásica, *impossibilium nulla obbligatio est*. No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto.

26) Que con el texto del art. 456 entendido exegéticamente y en armonía con los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional, resulta aplicable en nuestro derecho la teoría que en la doctrina alemana se conoce como del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento (Leistungsfähigkeit), y con ello se abandona definitivamente la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho. Al respecto cabe también acotar que la distinción entre

La Corte reafirmó el principio repitiéndolo en otros fallos, pero también avanzó en el alcance de los procesos, permitiendo que el derecho al recurso fuera no solo para el proceso penal, sino además, para todas aquellas materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

141.8. En la causa *Marchal*[670] le dice a los superiores tribunales de provincias que no se deben apegar a las limitaciones que los códigos procesales locales establezcan para la concesión de los recursos, porque considera "cuestión constitucional" el análisis del art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la senda de interpretación que aporta la Corte Interamericana en el caso "Tribunal Constitucional del Perú" (31 de enero de 2001) donde sostuvo que:

> [...] Si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

142. Contenido esencial del derecho al recurso

142.1. 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

---

cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho sustantivo. Ello obedece, en el ámbito procesal, no sólo a que una falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración. O sea, que en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y, viceversa, la inobservancia de una regla procesal —como puede ser el beneficio de la duda— puede considerarse como una cuestión de hecho. Por consiguiente, esta indefinición se traduce, en la práctica, en que el tribunal de casación, apelando a la vieja regla de que no conoce cuestiones de hecho, quedaría facultado para conocer lo que considere cuestión de derecho, o de no conocer lo que considere cuestión de hecho. Semejante arbitrariedad contraría abiertamente al bloque constitucional, pues no responde al principio republicano de gobierno ni mucho menos satisface el requisito de la posibilidad de doble defensa o revisabilidad de la sentencia de los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional.

En este orden de ideas, se ha sostenido que "la estricta exigencia de rigurosa distinción entre cuestiones de hecho y de derecho a los fines del recurso de casación ignora, por un lado, la extrema dificultad que, como regla, ofrece esa distinción, en particular cuando la objeción se centra en el juicio de subsunción, esto es, en la determinación de la relación específica trazada entre la norma y el caso particular (*cfr*., en general, PIERO CALAMANDREI, *La Casación Civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945, t. II, pp. 294 y ss.). Por otra parte, también pasa por alto el hecho de que, en la mayor parte de los casos, la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que postula (*cfr*. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995, pp. 54 y ss.) (Fallos: 321:494, voto de los jueces Petracchi y Fayt).

[670] CS, 2007/10/04, "*Marchal, Juan",* Fallos, 330:1427.

la esencia de la garantía consiste en verificar todos los extremos de hecho y de derecho que persuadieron al juez para resolver la condena.

> Para Albanese, citando la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el control del fallo de primera instancia se refiere a las características mínimas de un recurso que controle la corrección del fallo desde un punto de vista material y desde otro, formal. Desde este último aspecto, el formal, el recurso debe proceder contra toda sentencia de primera instancia con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de normas de derecho que determine la parte resolutiva de la sentencia.[671]

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 legal y constitucional.

142.2. Tal es la amplitud que algunos postulan que el derecho al recurso se instale como un derecho fundamental propio, autónomo del debido proceso. 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 aun 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.[672]

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. En consecuencia, la garantía que ofrece el derecho al recurso se expande a todo tipo de procesos cualquiera sea su naturaleza.

142.3. Para la vigencia de esta garantía, no basta con el reconocimiento formal del derecho a impugnar y promover la revisión, 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, etcétera.

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 responsabili-

---

[671] ALBANESE, Susana, *Garantías Judiciales,* Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 156.

[672] En otras oportunidades, la Comisión Interamericana abordó el problema. 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*).

dad, 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.[673]

143. Doble instancia y derecho al recurso

143.1. Muchas veces la doble instancia confunde al intérprete que reclama el derecho al recurso. Puede existir lo primero y estar ausente el segundo; así como es posible encontrar recursos de revisión en solo una instancia.

En materia penal, por ejemplo, la referencia al "doble conforme" se concreta con el recurso de casación, que opera en un campo diferente al que, por vía de principio, tiene el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria, o derecho al recurso.

Por vía de principio —insistimos— la casación se ocupa de la función nomofiláctica de la jurisprudencia, del principio de legalidad y de aplicar la justicia de equidad cuando las circunstancias del caso lo permitan. Pero casación no significa revisión en términos estrictos.

143.2. Es cierto que en forma temprana esta modalidad de impugnación vino a resolver el problema de las sentencias dictadas por los Tribunales Orales, o en tér-

---

[673] 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.

minos más amplios, aquellos pronunciamientos dictados en instancia única; pero también lo es que cuando comenzaron a advertirse los condicionamientos formales y las exigencias *de jure,* el temperamento cambió al ser evidente que las cuestiones de hecho —asiento principal de la revisión— quedaban fuera de los motivos de impugnación.

Este revés del recurso de casación opera desde el 2 de julio de 2004, fecha cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló la causa:"*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*" y básicamente dijo que la demandada había violado en perjuicio del actor sus derechos a la libertad de pensamiento y expresión y las garantías judiciales, en especial respecto a los derechos a recurrir la sentencia condenatoria.[674]

---

[674] El voto razonado de Sergio García Ramírez dijo, en la parte pertinente, [...] (29). En el orden del enjuiciamiento es bien conocido el sistema de doble instancia, con mayor o menor amplitud de conocimiento en el caso de la segunda, enderezada a reexaminar la materia que nutrió la primera y a confirmar, modificar o revocar, con apoyo en ese reexamen, la sentencia en la que ésta culminó. También existe la posibilidad de someter a control la resolución definitiva, esto es, la dictada en la segunda instancia —exista o no plazo legal para intentar el control—, a través de un medio impugnativo que permite examinar la conformidad de ese pronunciamiento con la ley que debió aplicarse, en el doble supuesto del *error in judicando* y el *error in procedendo*. Otra cosa es el proceso extraordinario en materia penal —o, si se prefiere, recurso extraordinario— que autoriza, en contadas hipótesis, la reconsideración y eventual anulación de la sentencia condenatoria que se ejecuta actualmente: comprobación de que vive el sujeto por cuyo supuesto homicidio se condenó al actor, declaratoria de falsedad del instrumento público que constituye la única prueba en la que se fundó la sentencia adversa, condena en contra de dos sujetos en procesos separados cuando resulta imposible que ambos hubiesen cometido el delito, etcétera. Evidentemente, este remedio excepcional no forma parte de los recursos ordinarios para combatir la sentencia penal definitiva. Tampoco forma parte de ellos la impugnación de la constitucionalidad de una ley. (30) En este punto debemos preguntarnos qué es lo que pudiera exigirse del recurso mencionado en el artículo 8.2 h) de la Convención, dentro del criterio de máxima protección de los derechos del individuo y, por lo tanto, conforme al principio de inocencia que le sigue acompañando mientras no se dicta sentencia firme, y del derecho de acceder a la justicia formal y material, que reclama la emisión de una sentencia "justa" (inclusive condenatoria, aunque con un contenido punitivo diferente del que pareció adecuado en primer término). ¿Se trata de una revisión limitada, que pudiera dejar fuera aspectos verdaderamente relevantes para establecer la responsabilidad penal del sujeto? ¿Basta con una revisión limitada, que aborde algunos aspectos de la sentencia adversa, dejando otros, necesariamente, en una zona inabordable y por lo mismo oscura, no obstante la posibilidad de que en éstos se hallen los motivos y las razones para acreditar la inocencia del inculpado? (31). La formulación de la pregunta en aquellos términos trae consigo, naturalmente, la respuesta. Se trata de proteger los derechos humanos del individuo, y entre ellos el derecho a no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto, y no sólo de cuidar, en determinados extremos, la pulcritud del proceso o de la sentencia. Por lo tanto, ese recurso ante juez o tribunal superior —que sería superior en grado, dentro del orden competencial de los tribunales— debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, inclusive en aspectos tales como la individualización de la pena o medida (que abarca la sustitución pertinente), como resulte justo en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización (atenuantes y agravantes o elementos de referencia que guían el razonado arbitrio judicial). (32). Es evidente que esas necesidades no se satisfacen con un recurso de "espectro" reducido, y mucho menos —obviamente— cuando se prescinde totalmente de cualquier recurso, como algunas legislaciones prevén en el caso de delitos considerados de

143.3. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina encausó el problema en el caso "*Casal*",[675] cuando desde el dictamen del Procurador General se dijo que:

> [...] lo dispuesto por el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, debe ser compatible con el derecho fundamental del condenado a una revisión realista y eficaz de su sentencia. Desaparecidos los fines políticos del recurso y debiendo asignársele ahora un espectro más amplio, no hay ninguna razón jurídica para no atribuir al recurso de casación la función de permitir al imputado que, a través de ese medio de impugnación, denuncie todos los errores que considere existentes en la sentencia condenatoria con independencia de su naturaleza.
>
> En otras palabras, que el agravio del condenado pueda ser considerado una cuestión de hecho y prueba no puede servir ya más de excusa para negar su derecho al examen de los posibles errores del fallo por él denunciados. Frente al derecho del condenado a serlo definitivamente sólo si la sentencia ha superado los controles de calidad en cuestión, no es posible sostener el principio usual de los tribunales de casación según el cual los aspectos de la sentencia que se refieran a la determinación de los hechos y a las cuestiones probatorias son decisiones discrecionales reservadas al tribunal de mérito salvo el supuesto de arbitrariedad manifiesta.
>
> En cambio, según la visión actual del recurso contra la condena, las equivocaciones de la sentencia no pueden quedar sin fiscalización por su falta de gravedad como arbitrariedad o por la supuesta existencia de poderes exclusivos del juez del primer grado. Satisfecha la segunda instancia podrá el orden jurídico establecer límites a la revisión ulterior de las resoluciones judiciales, escogiendo, p. ej., conceder esa impugnación sólo ante motivos especiales (cuestión federal, precedentes contradictorios, etc.), pero el primer recurso contra la sentencia de condena no puede contener tales limitaciones al objeto de lo impugnable.

Basados en la preferencia del recurso, en lugar del doble conforme estricto, se trazan diferencias que superan el simple dogmatismo. Una cosa es habilitar una vía de revisión de la sentencia de condena en cualquier tipo de procesos, y otra considerar que si existe doble instancia se resuelve el reclamo del derecho transnacional que opera como derecho interno a través del bloque de constitucionalidad (art. 75.22, CN).

El resumen indicaría que la doble instancia no es suficiente si para abrir su actuación el recurso no cumple con la garantía de revisión que la condenada espera. No se trata de asignar un medio de impugnación, sino de habilitar el reexamen de hechos y la renovación del derecho cuando éste sea menester actualizar. El Tribunal debe contar con una jerarquía orgánica superior y ha de tolerar con amplitud el análisis de los agravios que contra la sentencia se expongan.

---

poca entidad, que dan lugar a procesos abreviados. Para la plena satisfacción de estos requerimientos, con inclusión de los beneficios de la defensa material del inculpado, que traiga consecuencias de mayor justicia por encima de restricciones técnicas que no son el mejor medio para alcanzarla, sería pertinente acoger y extender el sistema de suplencia de los agravios a cargo del tribunal de alzada. Los errores y las deficiencias de una defensa incompetente serían sorteados por el tribunal, en bien de la justicia.

[675] "*Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa*", 20 de septiembre de 2005.

143.4. En suma, el derecho al recurso no es otra cosa que dar vida al derecho de toda persona a tener un remedio eficaz contra los pronunciamientos judiciales que condenen las conductas juzgadas. Los mínimos que resguarden el derecho a la verificación de la sentencia condenatoria deben 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.[676]

144. La interpretación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

144.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se aplica con igual extensión en los Estados europeos, pero incluye el protocolo nº 7, del 22 de noviembre de 1984, del Convenio Europeo de Derechos Humanos que agrega el derecho a los recursos en el proceso penal en estos términos:

> 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tiene el derecho de hacer examinar por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad o de condena. El ejercicio de este derecho, comprendido los motivos por los que puede ser ejercitado, son regidos por la ley.
>
> 2. Este derecho puede ser objeto de excepciones para las infracciones menores, tales como sean definidas por la ley, o cuando el interesado ha sido juzgado en primera instancia por la más alta jurisdicción o ha sido declarado culpable y condenado a consecuencia de un recurso contra su absolución.

144.2. Al sistema se agregan los principios del art. 6º.1 de la misma *Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Individuales* (4 de noviembre de 1950) que ha llevado al Tribunal de Estrasburgo a sostener que, siendo la doble instancia un derecho del inculpado, le corresponde a éste ser oído personalmente en audiencia pública cuando así lo solicita (caso *Ekbatani c. Suecia*, del 26 de mayo de 1988).

La diferencia con el sistema interamericano se encuentra en la lectura completa que se realiza del procedimiento penal, al que se lo enmarca en el derecho a un *proceso justo y equitativo,* donde las instancias no determinan la preclusión de opor-

---

[676] Sostiene Bandrés Sánchez-Cruzat que, ello no equivale a dejar en libertad al legislador nacional para negar el reconocimiento de este derecho al recurso ante un tribunal superior en el ámbito penal, en su derecho interno, sino exclusivamente le concede discrecionalidad, como observa el informe del Comité de Derechos Humanos de fecha 24 de Marzo de 1982, para establecer las características de la modalidad de la revisión. Cuando un estado incluye la reserva "conforme a lo previsto por la ley", no mira a dejar a la discrecionalidad de los Estados la existencia misma del derecho de someter la condena a una instancia superior, la cual debe ser determinada de conformidad con la ley, en cuanto a la modalidad del examen de la sentencia por parte de la instancia superior (BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992, pp. 168 y ss.).

tunidades, sino antes bien, se comprende en la idea fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, la participación necesaria del derecho a los recursos, como integrante del derecho a un proceso equitativo.[677]

Pero la impugnación no constituye una suerte de proceso nuevo, sino abrir la oportunidad para que un tribunal superior al que dictó la condena, revise los agravios que se presentan en la queja. De este modo, el ámbito de conocimiento no es amplio ni discrecional, porque se reduce y simplifica en los límites del recurso, en tanto y cuanto ellos estén regulados por la ley.

144.3. En la causa *Ruiz Torija*, el tribunal recuerda que el art. 6.1 obliga a los tribunales a motivar sus decisiones, pero no en el sentido de la exigencia de una respuesta detallada a cada argumento. La extensión de este deber puede variar según la naturaleza de la decisión. Es necesario además, tener en cuenta especialmente la diversidad de las alegaciones que una parte pueda formular en justicia así como las diferencias entre los Estados contratantes en materia de disposiciones legales, costumbres, conceptos doctrinales, presentación y redacción de las sentencias y decisiones. En consecuencia, para saber si un tribunal no cumplió con su obligación de motivar sus decisiones, exigencia regulada por el art. 6 del Convenio, es preciso realizar el análisis caso por caso.[678]

Esta lectura restrictiva conduce a resultados no queridos, porque cuando se discurre sobre los alcances del concepto *tutela judicial efectiva*, se puede configurar como un derecho de contenido complejo que incluye, entre otros, el acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener una sentencia de éstos, y el derecho a que ese pronunciamiento se cumpla sin dilaciones.

144.4. De tal modo, el derecho a recurrir quedaría fuera del emplazamiento mínimo, y con ese sentido el Tribunal Constitucional español ha dicho que, "si bien el art. 24.1 garantiza a cada uno el derecho a la tutela judicial, o derecho al proceso, tal tutela no significa que para todas las cuestiones esté abierto necesariamente un recurso…".[679]

---

[677] Recuerda Gil Robles que, el propio tribunal ya ha advertido en el caso *Golder*, que si bien el art. 6º, párrafo 1, no proclama expresamente un derecho de acceso a los tribunales, no obstante enuncia distintos derechos que derivan de la misma idea fundamental y que en su conjunto constituyen un derecho único del que no da el Convenio una definición precisa en el sentido estricto de éste término. Debe, por tanto, el Tribunal definir a través de la interpretación si el acceso a los tribunales constituye un elemento o aspecto de dicho derecho, y por ello, tal como lo prevé la regla general del art. 31 del Convenio de Viena, el proceso de interpretación de un tratado debe entenderse como una sola operación compleja; dicha regla integrada estrictamente pone en pie de igualdad los distintos elementos que enumeran los cuatro párrafos del artículo. En consecuencia, los términos del art. 6.1 del Convenio Europeo, tomados en su contexto, hacen pensar que dicho derecho está incluido dentro de las garantías reconocidas (GIL ROBLES, Alvaro, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 45 y ss.).

[678] *Cfr*. GOZAÍNI, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, cit., pp. 459 y ss.

[679] TC, sentencia del 21 de abril de 1982.

Así entiende Solé Riera que:

> la falta de previsión legislativa del sistema de recursos no comporta inconstitucionalidad, ya que el derecho a impugnar no se deriva del contenido del citado art. 24.1 de la Constitución española, ni forma parte de la tutela judicial efectiva. De ahí que podamos afirmar —agrega— que no existe norma alguna en el texto constitucional de la que se desprenda la obligación de articular un sistema de recursos en el proceso civil.[680]

Asimismo, pareciera que no es un problema judicial o una cuestión constitucional la que se plantea cuando el recurso es insuficiente para cubrir el requerimiento de revisión plena, o directamente no existe en el ordenamiento legal, porque los tribunales se excusan argumentando que debe ser el legislador quien configure el sistema de recursos, con los requisitos y garantías que deban cumplirse para su ejercicio. Solo cuando el remedio existe, y el Juez arbitrariamente lo anula o imposibilita, se daría el derecho constitucional al recurso.[681]

144.5. En suma, el derecho al recurso se considera en la dimensión de todos los procesos, como un juego de articulaciones hábiles y reglamentadas, que no se deben imposibilitar con exigencias formales exageradas, ni condicionar sin dar fundamentos para ello.

El principio general es la subsanación de los defectos formales que se pudiera producir al interponer un recurso, como mecanismo propio de las facultades jurisdiccionales implícitas la dimensión del derecho de toda persona a tener un proceso justo y equitativo.

Por eso, la constitucionalización del derecho a la impugnación es posible únicamente cuando el ordenamiento interno de cada Estado haya previsto la vía; en caso contrario, existe un deber del Estado porque los jueces no pueden crear derecho positivo, ni alterar con sus sentencias, la voluntad del legislador.[682]

---

[680] SOLÉ RIERA, Jaume, *El recurso de apelación civil,* Bosch, Barcelona, 1998 (2ª ed.), p. 145.

[681] El Tribunal Constitucional en la sentencia 130/87, del 17 de julio, sostiene que "el derecho al recurso se integra en las garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva y ésta se vulnera cuando se cierra al ciudadano la posibilidad de interponer aquél, con obstáculos indebidos o por denegación injustificada, no explicada o debida a error imputable al funcionamiento del órgano judicial".

Una vez más se afinca el temperamento, que se advierte con mayor nitidez en el voto del Juez Díez Picazo (sentencia 81/86, del 20 de junio) cuando afirma que, "no existe un derecho al recurso que nazca autónomamente de la Constitución española, y sólo existe el derecho a interponer los recursos que la ley reconozca, y en la medida, casos y alcance con que la Ley los configure".

[682] Sin embargo, dice Bandrés Sánchez-Cruzat, una concepción más comprometida y garantista, y ante la oportunidad que ofrecen las cláusulas abiertas que para definir el derecho al proceso debido establece el art. 24.2 de la Constitución —precepto especialmente destinado a soportar los derechos del acusado en el proceso penal—, conduciría a integrar sin dificultades el derecho a los recursos en el ámbito penal con el mismo alcance con que se reconoce en el Pacto Internacional de 1966. También se agrega, sin mayores aditamentos, en la noción del derecho matriz a la tutela jurisdiccional, o en el derecho a un proceso "con todas las garantías", y se lo puede calificar sin rubor, como derecho fundamental, participando de la naturaleza de éstos, atendiendo a la proyección universal y al significado uniformador que

146. Derecho al recurso y plazo razonable

146.1. Una de las cuestiones conflictivas del derecho al recurso, o a la doble instancia, se presenta cuando se trata de conciliar la garantía con otra de similar cobertura: *el derecho a que la causa sea resuelta en un plazo razonable, y sin dilaciones indebidas*.

Dice Gimeno Sendra que, "en la necesidad de cohonestar el derecho fundamental a un *proceso con todas las garantías* (y dentro de él, a un eficaz sistema de recursos), con el no menor derecho constitucional a un proceso *sin dilaciones indebidas*, ha de basarse la principal preocupación del legislador a la hora de abordar la reforma del sistema penal de recursos".[683]

146.2. El camino de las impugnaciones no tiene plena aceptación en la dogmática procesal, toda vez que reproduce en múltiples ocasiones la actitud maliciosa de quien, amparado en el derecho de defensa en juicio, persigue dilatar la llegada a una sentencia definitiva. Pero también es cierto, que el ejercicio responsable de los recursos contrae la obligación de agotar todos los esfuerzos posibles en procura de una sentencia favorable.

Cuando la conducta se muestra abusiva, el código procesal deduce del comportamiento una conducta calificada como *malicia*, que debe entenderse como utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente cuando el cuerpo legal los conmina con una sanción especifica (inconducta procesal específica), y se evidencia el empleo de las facultades que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación del los deberes de lealtad, probidad y buena fe.

Hay que encontrar, entonces, un justo límite entre quien defiende sus derechos usando todas las herramientas disponibles, y aquél que se abusa de ellas a sabiendas de su propia sin razón. De algún modo es la tradición jurisprudencial que inveteradamente sostuvo que la doble instancia no es una garantía del debido proceso, pero que en materia penal se debe resguardar el derecho a la revisión de la condena por un tribunal superior.

146.3. Ahora bien, si la apertura de impugnaciones difiere en el tiempo la realización del derecho, es un problema de la estructura y del sistema donde se implementa, pero no se puede asentar en la rapidez compulsiva la privación de un derecho esencial para las partes que controvierten en un proceso.

---

subyacen en los textos internacionales de protección de los derechos humanos, configurando el estatuto básico de civilidad de la libertad de los ciudadanos. Es además un derecho público subjetivo de prestación, en cuanto concede a su titular capacidad de reacción contra la Ley procesal penal en cuanto que no lo establezca y en cuanto que su establecimiento requiere una determinada actividad de organización de los poderes del Estado, aunque puede debilitarse esa caracterización como derecho fundamental, por la aparente necesidad de una ley de desarrollo para su efectiva concreción en el sistema procesal, revelando las dificultades de aplicación inmediata (ob cit., p. 176).

[683] GIMENO SENDRA, Vicente, *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 56 y ss.

En España, por ejemplo, se ha dicho que:

> el derecho a la tutela judicial no comprende el de obtener dos resoluciones judiciales a través del sistema de la doble instancia, de forma que obligue a crear un sistema de recursos al legislador. Todo ello dejando aparte las peculiaridades que representa el artículo 24.1 de la Constitución en el orden penal…[…]. De acuerdo con esta doctrina, la existencia o inexistencia de doble instancia queda, con carácter general, confiada al legislador, sin que afecte al derecho fundamental del art. 24 de la Ley Suprema del Estado.[684]

Explica Bandrés Sánchez-Cruzat que:

> el art. 24 de la Constitución no reconoce un derecho fundamental a la segunda instancia que permita al justiciable impugnar la resolución fundada en derecho obtenida en primera instancia. El derecho a la tutela judicial o el derecho al proceso no integra el derecho a recurrir las decisiones judiciales, de modo que la imposición de los recursos no se encuentra afectada en su establecimiento por el artículo 24. Es la Ley, el instrumento normativo capacitado para disciplinar al sistema de recursos, de modo que cualquier restricción de este sistema no implica al derecho al proceso. Es necesaria la ley para establecer y delimitar el ámbito del sistema de recursos. La garantía de los recursos que establezca el legislador procesal es instrumental respecto del derecho a la tutela, en cuanto considera los medios procesales adecuados para que el ciudadano pueda defender suficientemente sus derechos e intereses legítimos a través del establecimiento de la pluralidad de instancias que estime conveniente a los intereses de la adecuada administración de justicia.[685]

146.4. En Argentina, el derecho a la doble instancia en el proceso civil se ha mitigado con varias disposiciones que incluyeron presupuestos y condiciones para el acceso a los recursos, y aun los impidió directamente mediante el artilugio del gravamen económico (*v. gr.:* art. 242 párrafo final, CPC); mientras que en materia penal ya hemos señalado lo sucedido con la restricción revertida en el caso *Giroldi*.

En los hechos, la solución a esta dualidad debe partir de interpretar en sus justos términos el principio de igualdad constitucional.[686]

---

[684] TC, pleno del 14 de diciembre de 1982, con voto de Truyol y Serra

[685] Ob. cit., p. 326.

[686] En Brasil, por el caso, se ha colocado el doble grado de jurisdicción como principio constitucional. La doctrina interpreta este principio como parte integrante del debido proceso legal, otros creen que es una derivación del principio de igualdad, y hasta se encuentran los que afirman que es un principio autónomo.

Así, Calmon de Passos lo considera un aspecto del principio constitucional del debido proceso, señalando que es de esencia del Estado de Derecho su existencia dentro de la necesidad general de que existan controles para los actos de los órganos detentadores del Poder (CALMON DE PASSOS, J. J., "O devido processo legal e o duplo grau de jurisdiçào", *Revista da Procuraduria Geral do Estado*, nº 17, Sao Paolo, 1981). Ada Pellegrini Grinover, por su parte, estima la existencia de un principio constitucional, que puede ser autónomo o derivado del principio de igualdad. Desde este punto de vista violaría la regla constitucional, no sólo una ley que negara el doble grado de jurisdicción en general, sino también aquella que lo reservara especialmente para algunos procesos (PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "As garantías costitucionais do direito de açao", Sào Paulo, *Revista Dos Tribunais*, 1973, pp. 31 y ss.).

Con la actual situación, y a pesar de la orientación que ofrece la jurisprudencia transnacional, hay dos lecturas para el derecho al recurso: la que proviene cuando se trata de revisar la sentencia de condena, en cuyo caso no hay dobleces y se admite sin resistencia; y cuando se ocupa de procesos no penales, donde aun se advierten limitaciones y condiciones que, de alguna manera, quiebran la noción del debido proceso, porque serían diferentes las exigencias para el proceso civil respecto al proceso penal. Y si tenemos en cuenta que, en definitiva, es el proceso la única garantía que tienen las personas, las limitaciones que se establezcan deberán asegurar una secuencia lógica y repetida a todo tipo de procesos, para no caer en desigualdades absurdas.

146.5. En suma, si la pretensión en el proceso civil es la rapidez, habrá que resolver adecuadamente el funcionamiento de la segunda instancia y encontrar ante el juez *a quo* la posibilidad de reconsiderar situaciones firmes (una suerte de reposición *in extremis*); mientras que el proceso penal debe resguardar la revisión de las sentencias condenatorias como una obligación emergente de los deberes internacionales comprometidos al ratificar Tratados y Convenciones que establecen el derecho al recurso.[687]

147. Limitaciones posibles en el derecho al recurso

147.1. Cualquiera sea la conclusión que se alcance respecto a la exigencia constitucional de la doble instancia, o las modalidades que se encuentren para su definición, ya sea como derecho a la revisión de la sentencia penal condenatoria, o el

---

En cambio, el maestro uruguayo Véscovi, ha enseñado que el verdadero sentido de la impugnación y en especial del recurso de apelación, o sea, de la segunda instancia; no se trata, normalmente de una revisión total del proceso, sino de la instancia, conforme los sistemas que nos rigen. En virtud del proceso de primera instancia y de la sentencia que lo culmina, se produce una verdadera depuración, especialmente del material de hecho, un trabajo de clasificación y de selección, que permite, en el segundo grado, una decisión más ajustada y meditada. Inclusive los argumentos de las partes quedan generalmente reducidos, como los puntos en discusión (objeto del proceso). Se trata, en síntesis, no de atribuir una superioridad personal a los jueces de la segunda instancia, sino de resguardar al Poder Judicial en su unidad, mirándolo con mayor respeto y confianza (VÉSCOVI, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 26).

[687] En opinión de Gimeno Sendra, se debe derrumbar el mito de la rapidez de la instancia única, porque la única objeción que puede permanecer válida en el momento presente es la de que la importación de la segunda instancia constituiría un factor de dilación, habida cuenta de que en nuestro país (España) es manifiestamente deficitario el número de Jueces y Magistrados. Al Estado incumbe, pues, la obligación de dotar a los distintos Tribunales Superiores de Justicia del número de Salas necesario para permitir que la segunda instancia penal no corriera, en cuanto al tiempo, la misma suerte que las apelaciones civiles. En cualquier caso, cabe recordar que nuestro sistema de apelación restringida impide procesalmente tales dilaciones, que podría acelerarse la tramitación de la apelación obligando al recurrente a concentrar sus motivos de impugnación en el mismo escrito de interposición y que podría instaurarse también una casación *per saltum*, que permitiera trasladar directamente el asunto al Tribunal Supremo, cuando el recurso hubiera de fundamentarse exclusivamente en la infracción de la ley Material o Procesal (ob. cit., p. 62).

derecho al recurso en todo tipo de procesos, lo cierto es que en todos la impugnación no varía su naturaleza como derecho disponible.

Con ello se quiere manifestar que sigue vigente el principio dispositivo, que pone en claro el carácter facultativo de los medios de gravamen y las vías de impugnación. Basados en esta característica, se podría afirmar que el derecho a recurrir es renunciable.

147.2. Es cierto que las normas procesales no admiten claudicación anticipada, por lo que debe resolverse el problema que generan los convenios por los cuales se renuncia el derecho de impugnación. Mientras la doctrina tiene posiciones ambivalentes, nosotros creemos que existe una postura intermedia que se emplaza en la transigibilidad de los derechos en juego. Por el caso, la libertad de las personas no es un derecho negociable, por eso la doble instancia en el proceso penal es un derecho indisponible; mientras que los derechos patrimoniales lo son. Por su parte, los derechos personales pueden transigirse en la medida que no se afecte el orden o la moral pública.

147.3. Sin embargo, lo que no puede faltar es el medio o la herramienta para formalizar el manifiesto de disconformidad. Que se concrete o no es un derecho del interesado, y este derecho no se podría afectar por cuestiones tangenciales como la inexistencia de recursos, porque de surgir este inconveniente, el Juez deberá cubrir el déficit procurando resguardar el control de eficacia (y también de constitucionalidad) de las sentencias.

Obsérvese el caso del art. 78 de la ley 11.683 (ley tributaria de Argentina) que establece la imposibilidad de apelar decisiones administrativas (clausura de un comercio por violación a las nuevas reglas sobre facturación), a cuyo fin —pensamos— el fundamento reposa en la cuestión de bagatela y en la posibilidad de saneamiento inmediato que tiene estas sanciones administrativas. Sin embargo, está quebrada en la especie una regla de oro del sistema republicano de gobierno. En efecto, la autoridad ejecutiva obra sin más control que el impartido por la estructura piramidal de la administración, soslayando por decisión propia, el control judicial. Evidentemente, la crisis se multiplica cuando las actitudes son abusivas, absurdas o intimidatorias, por cuanto al particular se le priva del derecho de acción, y al proceso, entendiendo como reclamo de justicia y protección de las autoridades pertinentes (art. 14 CN).

Asimismo, no tiene causa legítima la supresión de vías procesales idóneas para remediar la arbitrariedad, porque cercenamientos de este contenido sustraen a a los jueces la posibilidad de concretar el control de constitucionalidad de las leyes y la fiscalización oportuna sobre los actos de gobierno.

147.4. Distinta es la cuestión cuando el derecho de recurrir se renuncia anticipadamente, porque la vigencia del principio dispositivo pone en claro el carácter facultativo de los medios de gravamen y las vías de impugnación.[688]

---

[688] En la jurisprudencia se sostiene que, la renuncia anticipada a la facultad de utilizar las vías recursivas, encuentra sustento en las prescripciones contenidas en los arts. 872 y 1881, incs. 3º del Código

Si bien es cierto que el derecho al recurso obedece a una razón de política procesal, su vía puede ser renunciada en tanto la declinación no afecte la voluntad de manifestarse en forma espontánea y libre.

Es decir, la estipulación concertada para prestar conformidad con el fallo futuro puede aceptarse como derecho disponible, pero si está perjudicada la libre concertación negocial, o existe adhesión a cláusulas predispuestas, o bien en líneas generales, se vulnera el orden y moral públicos, el acto presuntamente voluntario de sometimiento podría caer por inoperancia de su básico compromiso con la buena fe contractual.

Además, no todos los actos del proceso pueden renunciarse, pues existe un esquema natural que hace a la garantía del debido proceso o del litigio justo, razón por la cual, el verdadero problema radicaría en establecer qué actos constituyen manifestaciones incompatibles con la voluntad previamente declarada.

147.5. Otra situación, diversa, se da cuando la renuncia es posterior a la sentencia, pues aquí sí se manifiestan dos claras posibilidades; o la actitud voluntaria de abstenerse y operar la caducidad del recurso por preclusión de los actos pertinentes; o la decisión negociada entre las partes sobre un referente concreto como es el derecho consagrado en el fallo.

Civil, pudiendo ser pactada entre las partes, tanto por ser un derecho de individuo que no afecta al orden público, como en la consideración de que la doble instancia no configura requisito de la garantía constitucional de la defensa en juicio, siempre que ambas partes igualitariamente abdiquen de tal derecho (CNCiv., Sala G, 1997/03/04, "*Andrei, Ana M. c. De Bartolo, Rolando*", *La Ley*, 1998-A, 495, J. Agrup., caso 12.392).

Si bien el ordenamiento procesal está estructurado de acuerdo con el sistema de doble instancia, en virtud del cual el conocimiento del proceso corresponde a órganos unipersonales cuyas decisiones son susceptibles de recursos ante órganos colegiados, la limitación a la intervención de éstos puede ser legal —v.gr. arts. 242 incs. 3º y 74 inc. 5º, Código Procesal—, o convencional, cuando las partes pactan expresamente la renuncia a tal derecho (CNCiv., Sala G, 1997/09/18, "*The First National Bank of Boston c. Lamanna, Juan C.*", *La Ley*, 1998-B, 242).

Cabe hacer lugar a la renuncia anticipada al derecho de interponer recurso de apelación, procedencia fundada en los arts. 872 y 1881 inc. 3º del Código Civil, pues la renuncia constituye un derecho del individuo que no afecta al orden jurídico y, asimismo, la doble instancia no configura un requisito de la garantía constitucional de defensa en juicio (CNCiv., Sala G, 1997/09/18, "*The First National Bank of Boston c. Lamanna, Juan C.*", *La Ley*, 1998-B, 242).

Finalmente, se argumenta que, ante el principio general que otorga facultad a los litigantes de apelar la sentencia recaída en los juicios de mayor cuantía, el ordenamiento de forma ha dispuesto restricciones respecto de algunas resoluciones, interlocutorias y providencias simples, así como también de sentencias definitivas relacionando dicha posibilidad con el monto del pleito. Esta política legislativa reconoce un doble fundamento: por un lado lograr mayor economía procesal y evitar el dispendio jurisdiccional consiguiente en los procesos de menor monto económico, y por otro otorgar en esos casos una mayor autonomía de decisión a los jueces de primera instancia. Por otro lado, al establecer la única instancia en estos procesos se abarata sustancialmente su costo, adecuando el procedimiento al valor de la controversia (CNCiv., Sala K, 1993/03/08, "*Malaiu, Gabriel E. c. Kazka, Ludmila*", *La Ley*, 1993-E, 641, J. Agrup., caso 9409).

El debido proceso

(III) *El plazo razonable*

148. Introducción

148.1. Establecer en el territorio de las garantías al "plazo razonable" supone consagrar una exigencia destinada a trascender el simple espacio del cómputo del tiempo que insume un litigio judicial. El Estado tiene la obligación de suministrar recursos humanos y económicos para que pueda cumplirse adecuadamente la garantía; los jueces velarán por el avance de los procedimientos, y las partes estarán obligadas a debatir con lealtad y buena fe.

El potencial en el verbo se aplica porque aun no está consolidado el plazo razonable como una parte vital y necesaria del debido proceso; quizás porque se mantiene alguna incertidumbre para el concepto que, como tal, encuentra lecturas contradictorias.

En verdad esto es propio cada vez que se realizan tares de interpretación. Las opiniones tienen sentidos y objetivos, como sensaciones e influencias que afectan los criterios a seguir. Por ejemplo, para un sector de la ciencia procesal el proceso no tiene necesidad de tiempos porque la satisfacción de los litigantes no proviene de la rapidez que tenga el sistema donde ventilar las controversias. En consecuencia, son las partes quienes disponen de los tiempos del proceso, porque solo a ellas les interesa la oportunidad para que el Juez resuelva con carácter definitivo.

Cipriani, analizando el principio de impulso procesal desde la visión de Franz Klein, sitúa la cuestión entre dos ideologías. Los garantistas —dice—

> [...] encuentran lógico que las partes, siendo libres de disponer de la relación sustancial, gocen de una cierta libertad en el proceso, y agregan que, desde el momento en que los recursos disponibles son limitados, debemos agradecerle al cielo que, sobre cien causas, sesenta no lleguen a sentencia. Los publicistas, por el contrario, sostienen que, durante el proceso, la libertad de disponer de la relación sustancial es en realidad sólo una concesión y, por lo tanto, aquella no implica disponer de los tiempos del proceso [...].
>
> Podemos deducir que Klein, dando poderes a los jueces para hacer avanzar imperativamente los procedimientos civiles, fuerza una puerta que se abre para aquellas causas que, de otro modo, dormirían y, tal vez, no llegarían jamás a sentencia. Lo que significa, si no me equivoco, que el discurso de Klein no lleva tanto a acelerar el proceso civil sino

más bien a imponer el tratamiento forzado de las causas que las partes querrían, al menos por el momento, mantener en *surplace*. De esto surgen algunas consecuencias. La primera es que el discurso de Klein presupone que el juez tenga poco que hacer; más precisamente, que las causas que las partes quieren ver decididas le dejen tiempo libre [...]. La segunda consecuencia es que obliga al juez a ocuparse también de las causas que las partes no quieren tratar, se resuelve no sólo en menoscabo de la libertad de las partes, sino también en daño del juez, que se ve constreñido a trabajar de más (a cambio de la misma retribución). El juez, en efecto, para conducir el proceso desde el inicio, lo debe conocer y, para conocerlo, debe estudiarlo. Con el riesgo que supone, al inicio, de estudiarlo inútilmente. Así se explica por qué Klein, como Guardasellos, estuviera constreñido a controlar «con mano dura» a los jueces. La tercera consecuencia nos atañe de cerca: el discurso de Klein, si tiene sentido cuando el juez tiene poco que hacer, se torna peligroso cuando las causas a decidir por voluntad de las partes toman ya todo el tiempo del juez y pierde toda razonabilidad cuando sobre el escritorio del juez se forma, como en la Italia de hoy, que tiene 2200 jueces para más de dos millones de causas pendientes, una montaña de trabajo atrasado.[689]

148.2. En cambio, otros han instalado el 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 (art. 75 inciso 22, Constitución de Argentina) los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que, expresamente, contienen este derecho fundamental.

En esta línea, el voto razonado de Sergio García Ramírez en el caso "*de las Masacres de Ituango*" (29 de Junio de 2006), es claro al admitir que el plazo razonable es un concepto indispensable y arraigado en las condiciones del debido proceso. Es cierto que no es una fórmula matemática universal y constante que se confronta con las condiciones de tiempo en las que se encuentra el inculpado sujeto a proceso.

En estos casos —dice el ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. "[...] valoramos la racionalidad del tiempo transcurrido entre el principio y el final del procedimiento del que derivan restricciones a derechos o que desembocará, en el otro extremo, en goce y ejercicio efectivos de éstos. En esta circunstancia adoptamos, para guiar nuestra apreciación —puesto que no existen, ni podrían existir, ya lo dije, reglas cuantitativas únicas, aplicables a todos los supuestos—, determinados elementos tomados de la experiencia judicial, a los que se ha referido la jurisprudencia europea: complejidad del caso, conducta de las partes, comportamiento de las autoridades, puntos, todos ellos, sujetos a consideración casuística en función de su razonabilidad y pertinencia. Estos criterios se ven naturalmente influidos por las circunstancias en las que cada caso se desenvuelve [...]. He sugerido agregar un dato a la estimación acerca del plazo razonable: la mayor o menor 'afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes —es decir, la situación jurídica— del individuo', como manifesté en mi *Voto ra-*

[689] CIPRIANI, Franco, *Batallas por la justicia civil,* Cultural Cuzco, Lima, 2003, p. 62.

zonado sobre el *Caso López Alvarez vs. Honduras,* con sentencia del 1 de febrero del 2006. Estimo procedente asociar este elemento a los otros que generalmente consideramos. En la materia que ahora interesa, es preciso estimar la razonabilidad de un plazo también —pero no exclusivamente— desde la perspectiva del gravamen —desde leve hasta insoportable— que el paso del tiempo impone al sujeto que aguarda la solución al conflicto que le atañe".

En fin de cuentas, la razonabilidad del plazo para proveer justicia debe analizarse con referencia al fin que se procura alcanzar y a la mejor manera de obtenerlo, considerando los diversos extremos que implica la administración de justicia en todos los aspectos que debe abarcar a fin de alcanzar la plenitud posible y deseable: declaración, previo esclarecimiento de los hechos; disposición de reparaciones adecuadas en función de las violaciones cometidas y cumplimiento de las decisiones adoptadas, a este fin, por los órganos competentes.

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.[690]

148.3. Ahora bien, si el plazo razonable se instala como auténtica garantía, y proyecta desde allí deberes y obligaciones con derechos de reparación cuando la demora sucede, será necesario confrontar de qué manera se ocupan las instituciones del proceso en la reglamentación del tiempo en el proceso.

---

[690] Sostiene Cançado Trindade que, toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano. Esto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último, en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano, y, de cierto modo, también al tiempo existencial, de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente a la búsqueda de la realización del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo (Voto concurrente en la Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

La corriente positivista-voluntarista, con su obsesión con la autonomía de la voluntad de los Estados, al buscar cristalizar las normas de ésta emanadas en un determinado momento histórico, llegó al extremo de concebir el derecho (Positivo) independientemente del tiempo: de ahí su manifiesta incapacidad de acompañar los constantes cambios de las estructuras sociales (en los planos tanto interno como internacional), por no haber previsto los nuevos supuestos de hecho, no pudiendo, por lo tanto, dar respuesta a ellos; de ahí su incapacidad de explicar la formación histórica de las reglas consuetudinarias del derecho internacional. La propia emergencia y consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se debe a la reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección.

En el plano del derecho procesal el mismo fenómeno ocurre con la evolución en el tiempo del propio concepto de debido proceso legal. El aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es aquí innegable, como lo revela la rica jurisprudencia de la Corte y Comisión Europea de Derechos Humanos bajo el artículo 6.(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En este aspecto rige el *principio de economía*, pensando deberes, cargas y obligaciones de las partes a cumplir bajo ciertas formalidades (principio de legalidad instrumental), y en plazos y términos poco flexibles (generalmente, perentorios y fatales) que urgen las actuaciones procesales en períodos que raras veces se consiguen.

Vale decir, que el desatino entre la norma y la realidad es evidente, al punto de convertir en letra muerta buena parte de las disposiciones adjetivas vinculadas. Por eso, la moderna orientación doctrinaria apunta que, un plazo procesal, independientemente del número de unidades temporales que reúna, debe ser flexible, objetivo y razonable, y, además, responder a un criterio uniforme de asignación; de tal manera que cuando se susciten controversias respecto de la duración adecuada de una concreta actuación procesal, el Juez pueda recurrir a una regla general que permita superar formalismos innecesarios.

> Por ello —dice Riba Trepat— si decimos que un proceso constituye una sucesión de actos a través de los que se verifica la interacción entre la acción y la jurisdicción; la duración de un juicio no es otra cosa que la duración del conjunto de sus actuaciones, y, en consecuencia, la razonabilidad temporal del proceso se construye también mediante el establecimiento de plazos razonables.[691]

148.4. En síntesis, descartando la primera doctrina que se desentiende del tiempo en el proceso, las corrientes que advierten la condición de resolver con certeza y rapidez, no compatibilizan las formas y procedimientos para lograrlo, quizás porque, en definitiva, el tiempo necesario no coincide con el tiempo justo, y aun logrando celeridad y hasta urgencia, la justicia del caso puede quedar postergada.

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.

149. El principio de economía procesal

149.1. 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 en la perspectiva de la realidad, es decir, midiendo en términos de lentitud o celeridad la eficacia que del servicio judicial se transmite.

La unión de ambos frentes se da con los sujetos del proceso, que en materia penal asume una connotación diferente por el derecho a la libertad y el derecho a la verdad y justicia que la víctima reclama. Las reglas del procedimiento le imponen a todos los sujetos un mecanismo de actuación que, comparadas con el tiempo apli-

---

[691] RIBA TREPAT, Cristina, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 256 y ss.

cado para alcanzar conclusiones necesarias para dictar la sentencia, pueden ser auténticas frustraciones de la garantía que se quiere implementar.

Si, por ejemplo, una variable para reconocer cuando hay violación del plazo razonable, se mide con la satisfacción oportuna de los legítimos intereses, será evidente la confrontación entre uno y otro sujeto. La tensión entre libertad y seguridad aparece de inmediato, y en este orden el diseño de los procedimientos tiene mucho que ver.

En el recordado caso de las "*Masacres de Ituango*", el maestro García Ramírez advirtió este problema y sostuvo que

> [...] es preciso acotar los extremos dentro de los que corre un plazo, es decir, el tiempo para la solución de asunto sometido a determinadas autoridades: el momento en que comienza y el instante en que concluye, aunque estas definiciones se hagan en términos aproximados y sin perder jamás de vista las circunstancias de cada caso, que dominan las soluciones correspondientes. En este orden reviste gran importancia el régimen procesal prevaleciente, que no es un dato neutro, sino un fenómeno presionante o condicionante.
>
> Bajo algunos regímenes de enjuiciamiento, las investigaciones se sustraen a la autoridad judicial y pueden prolongarse apreciablemente mientras el indagador satisface los requerimientos legales para someter el punto al órgano jurisdiccional. En otros, la investigación y el enjuiciamiento corren por diversas etapas, cada una de las cuales posee rasgos e implicaciones característicos, y quedan en manos de distintas autoridades. También puede ocurrir que sea el propio juzgador quien lleve adelante la investigación, a reserva de remitir sus resultados al Ministerio Público o a un juez de diversa competencia para la prosecución, en su caso, del juzgamiento. Todo esto incide en los tiempos de sujeción del individuo a la autoridad que conoce —*lato sensu*— su caso, y por lo tanto en los tiempos de definición de derechos y deberes, que es lo que en definitiva interesa y afecta al individuo, más allá de los tecnicismos procesales.

149.2. Veamos entonces, esta primera etapa del estudio, para observar de qué manera ha propiciado el derecho procesal constitucional 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*. Este postulado fue definido por Chiovenda como un criterio utilitario, porque se refiere a dos aspectos que, aunque se encuentran vinculados, no son propiamente principios sino aspectos que inciden en los gastos de tiempo y esfuerzos. En este sentido, de economía procesal se habla tanto para explicar la duración del proceso, como para resolver la onerosidad que significa transitar por él.[692]

---

[692] Suele decirse —dice Cipriani— que el gran mérito de Klein fue aquel de individualizar el aspecto sociológico-económico del instituto del proceso (...). La disciplina del proceso austríaco fue la primera entre aquellas relativas a los ordenamientos procesales modernos en basarse efectivamente en el hecho de que el proceso es un fenómeno social de masas y que debe ser reglamentado como un instituto de bienestar. Queriendo examinar de cerca el pensamiento y el proceso de Klein debe decirse que éstos están

El primer aspecto es consecuencia de la llamada *publicización del proceso civil*, que significa poner entre los postulados del proceso, la necesidad de conseguir eficacia en el término más breve posible e invirtiendo para ello la menor cantidad de actos procesales.

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).

149.3. 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.

150. Los principios de eventualidad y concentración

150.1. Uno de los requerimientos metodológicos referidos es el principio de *eventualidad*. Consiste en pedir de las partes que todos los actos de postulación,

---

basados en dos grandes postulados que refleja el pensamiento de Sprung: *a)* las controversias entre los particulares son "males sociales" (*soziale Übel*) relacionados con pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad; *b)* el proceso, en la medida en que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional, en cuanto que toda causa altera la pacífica colaboración, rompe ordenados nexos económicos, bloquea valores y los distrae de la ordinaria circulación. La sociedad tiene, de todos modos, un gran interés en sanar lo más rápidamente posible tales heridas sobre su propio cuerpo. De estos postulados el gran procesalista y guardasellos austríaco extraía con toda coherencia algunos corolarios: el interés del legislador a que aquellos "males sociales" que son los procesos tengan una definición rápida, poco costosa y simple, posiblemente en una única audiencia; la necesidad de que el legislador no admita que el poder de conducir el proceso sea dejado en las manos de las partes privadas; y la exigencia, en fin, de que el proceso sea oral y que el Estado, a través del juez, asuma desde el principio la responsabilidad del funcionamiento del proceso y que vele por una individualización rápida de la verdad, exenta de complicaciones. Compendiando el pensamiento de Klein, dice Baur (*Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale,* en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* 1965, pág. 1689): «el proceso será racional y conforme al concepto moderno de Estado sólo si la defensa del derecho consistirá efectivamente en la concesión de la asistencia del Estado, no sólo con la sentencia, sino desde la primera fase del proceso» (CIPRIANI, ob. cit., pp. 66 y ss.).

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. Excepción al principio sería el recurso de reposición con apelación en subsidio; y en situaciones excepcionales, la doble interposición de los recursos extraordinarios (locales y federal).

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.

150.2. De *concentración* se puede hablar con variables. 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.

151. El principio de preclusión

151.1. 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 aun bajo el pretexto de mejorar o integrarlo con elementos involuntariamente omitidos en la primera ocasión.

151.2. 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.

152. El principio de saneamiento

152.1. 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.

El art. 34 inciso 5º ap. *b)* del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina impone a los jueces el deber de "señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades".

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.

152.3. 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.

153. El principio de adquisición

153.1. 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).

153.2. 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.

154. La celeridad procesal como problema económico

154.1. Con otra visión, se señala que la función social del proceso consiste en la satisfacción de pretensiones, desplazando el *prius* de la resolución justa de los conflictos intersubjetivos.

De este modo, la actividad jurisdiccional se establece como una obligación de hacer constante, que evite los tiempos muertos del proceso, y con el fin de lograr la máxima cobertura asistencial en el menor tiempo posible. Esta imagen acotada se instala en los intereses a tutelar y en la persona que reclama la intervención del Estado a través del proceso jurisdiccional.

No obstante, el proceso como garantía constituida en las normas fundacionales de la organización jurídica, no puede transportar al justiciable las penurias del sistema político económico ante una situación financiera angustiosa; porque al Estado le corresponde ofrecer una vía rápida y expedita para concretar la tutela judicial sin que la misma se coarte o convierta en una utopía por cuestiones de diversa restricción.

Es decir, ni el acceso a la justicia ni el desarrollo de los procedimientos puede tener vinculación con la economía, porque el proceso es una garantía para el hombre; a él se debe la formación lógica de esta vía de pacificación que reconoce en los jueces una especie de representantes sociales que tienen el poder-deber de resolver los conflictos por la delegación obtenida a través de la confianza en ellos depositada cuando la sociedad se organizó para vivir en comunión.

154.2. En nuestro concepto, desligados de afanes economicistas que ven al proceso como un medio de inversión a riesgo donde las ventajas que otorga la presunción de obrar a derecho puede generar un cierto índice de seguridad que se desvirtúa por el costo adicional no previsto (honorarios regulados, honorarios de peritos, tasas posteriores del trámite, etc.), creemos que el tema merece abordarse desde otra perspectiva.

La situación se puede observar como un problema de pérdida constante de interés (espiritual y económico) para solucionar la controversia, cuanto mayor sea el tiempo que insuma el trámite para llegar a la sentencia. Es evidente que el costo que tiene el actor difiere del que asume el demandado, como también lo es que ambos pierden, cuanto más distante se vea el horizonte de la solución definitiva.

Por ello, ninguna regla puede resolver el problema de la celeridad sino se adecua a la realidad que lo trasciende, para comprender que cuanto más presupuestos se pongan para la rapidez procesal más lentas serán las respuestas del sistema, porque como ha dicho el Comité de Ministros del Consejo de Europa: *para preservar las garantías de todos los justiciables, contenidas en las reglas tradicionales del procedimiento, y la cualidad de la justicia exigida en una sociedad democrática, convendría que el procedimiento civil fuera más simple, más flexible y más breve*.[693]

Este es un mensaje implícito para medir la garantía del plazo razonable. La defensa en juicio, así como incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación con grave e irreparable perjuicio de quienes lo invocan, exige que frente a medida de lo posible, las consecuencias que puede generar la razonable espera de una decisión definitiva una intensa verosimilitud en el derecho y un claro peligro en la demora, se consagre dicha garantía constitucional adoptándose las decisiones jurisdiccionales previas y provisionales que atemperen o impidan, en la medida de lo posible, las consecuencias que puede generar la razonable espera de una decisión definitiva.

154.3. Uno de los requisitos que vinculan el tiempo con la eficacia de los actos, es que se realicen en días y horas *hábiles* o *habilitados*. De este modo, se impone como regla general y absoluta que *las actuaciones y diligencias judiciales se practicarán en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad* (art. 152, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina).

Esta norma se encarga de aclarar que "son horas hábiles las comprendidas dentro del horario establecido por la Corte Suprema para el funcionamiento de los tribunales; pero respecto de las diligencias que los jueces, funcionarios y empleados

---

[693] En el plano del derecho internacional —donde se pasó a estudiar los distintos aspectos del derecho intertemporal— del mismo modo, se tornó evidente la relación entre el contenido y la eficacia de sus normas y las transformaciones sociales ocasionadas en los nuevos tiempos. Un *locus classicus* al respecto reside en un célebre *obiter dictum* de la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva sobre Namibia de 1971, en que afirmó que el sistema de los mandatos (territorios bajo mandato), y en particular los conceptos incorporados en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones, "no eran estáticos sino por definición evolutivos". Y acrecentó que su interpretación de la materia no podría dejar de tomar en cuenta las transformaciones ocurridas a lo largo de los cincuenta años siguientes, y la considerable evolución del *corpus juris gentium* en el tiempo: "un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación" (Voto concurrente del Dr. Cançado Trindade, en Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999).

deban practicar fuera de la oficina, son horas hábiles las que median entre la siete y las veinte".

Además, "para la celebración de audiencias de prueba, las cámaras de apelaciones podrán declarar horas hábiles con respecto a juzgados bajo su dependencia y cuando las circunstancias lo exigieren, las que median entre las siete y las diecisiete o entre las nueve y las diecinueve, según rija el horario matutino o vespertino".

Finalmente, el criterio de actuar únicamente en las horas establecidas, se elastiza cuando "a pedido de parte o de oficio", se habiliten días y horas para realizar actuaciones fuera de los tiempos dispuestos, que de otro modo, pudieran tornarse ineficaces u originar perjuicios evidentes a las partes.

En definitiva, mientras el requisito de tiempo referente a días y horas hábiles (o habilitados) es de carácter absoluto, el art. 152 citado, como norma general para los actos del órgano jurisdiccional y otros muchos preceptos como disposiciones especiales, establecen un requisito temporal *relativo* de los actos procesales: que cada uno de ellos se realice en el momento oportuno concreto (*término*) o en el período de tiempo (*plazo*) establecidos específicamente.[694]

154.4. La premisa que conduce la instalación de tiempos hábiles en el proceso significa establecer un criterio de rigidez que empalma con el principio de legalidad instrumental propio de los actos procesales.

Si bien es cierto que con ello se persigue imponer la celebración oportuna de las actuaciones y diligencias, también lo es que la brevedad del período (pese a las aperturas que se indican en el texto legal) limita manifiestamente la posibilidad de concentrar las actividades.

De este modo, los términos conspiran con su posibilidad real de cumplimiento, obligando a anulaciones, aplazos o suspensiones que postergan hasta el cansancio la efectividad cierta de la utilidad que se espera.

154.5. Lo mismo sucede con los plazos, pues ellos se imponen como exigencias de obrar oportunamente, sujetos a que la comunicación sea personal o presunta, condiciones que por su exigencia ritual y solemne, provocan causas permanentes de anulación, o incidencias.[695]

---

[694] En general, dice Schönke, la materia sobre el tiempo de los actos procesales comprende ante todo dos cuestiones: primero, la de cuáles sean los días y horas en que los tribunales están a disposición de las partes, y luego, el referente al lapso de tiempo que dentro de un proceso tienen las partes a su disposición para cada uno de los actos procesales [...]. Los términos y plazos están sustraídos al acuerdo de las partes, en interés de la concentración del procedimiento; de manera que por convenio entre ellas nunca pueden los plazos ser prorrogados, sino sólo abreviados. La supresión del poder dispositivo de las partes sobre plazos y términos está asegurada por la prohibición de que las mismas convengan la paralización del procedimiento, ya que ésta sólo puede producirse mediante acuerdo judicial (SCHÖNKE, Adolfo, *Derecho Procesal Civil,* Bosch, Barcelona, 1950, p. 125).

[695] Aparece así la "paralización del proceso civil" que fuera advertida por Guasp hace muchos años, sin perder vigencia esta observación. Decía el maestro español que cuando se manejan criterios sistemá-

En consecuencia, la estructura diseñada para la actividad procesal rápida y concentrada se convierte en pura ilusión, porque la gran mayoría de actos se deben cumplimentar en el horario de funcionamiento de los tribunales, y siendo éste de apenas seis horas diarias, demuestra un contrasentido con lo declamado, y evidencia un actuación contraria a los principios que postula.

Observado desde el plano económico, la inversión de tiempo útil respecto de resultados alcanzados, es francamente pobre y totalmente distanciado de una media razonable que pondere, al menos, satisfacciones parciales.

154.6. Con mayor intensidad de crítica y repulsa es la tradición horaria de los tribunales federales y de la ciudad autónoma de Buenos Aires (no generalizamos al resto del país, porque si bien la diferencia no es evidente, también es verdad que existe mejor aprovechamiento de las franjas horarias). Hasta hace poco tiempo atrás el horario matutino era de 7.00 a 13.00 horas y el vespertino de 7.30 a 13.30 horas !!!

La Corte Suprema —dispone el art. 6º del Reglamento para la Justicia Nacional— establecerá el horario para el funcionamiento de los tribunales nacionales de la Capital Federal. Para los tribunales del interior del país regirán los horarios que establezcan las respectivas cámaras nacionales con aprobación de la Corte Suprema. El horario no podrá ser inferior a seis horas, sin perjuicio de la prolongación o disminución que, con carácter general, pueda disponerse por la Corte Suprema o las cámaras nacionales de apelaciones con aprobación de aquélla, o accidentalmente, por los tribunales o jefes de las oficinas que lo requieran.[696]

---

ticos diferentes a los clásicos para estudiar las causas de la suspensión de los tiempos del proceso, se incurre en un error palmario porque no se atienden los requisitos que deben cumplir los sujetos, el objeto procesal y la misma actividad. En efecto, si se atiende a las partes, una de las causas de la paralización (mejor llamada de *interrupción*) proviene de las circunstancias que a ellos le ocurre (*v. gr.:* muerte, pérdida de capacidad), o que otros les provoca (*v. gr.:* renuncia del procurador, fallecimiento o promoción del Juez de la causa), de modo tal que el proceso se interrumpe hasta que se valida nuevamente la relación jurídica procesal. Cuando la paralización procesal reconoce como causa directa o razón fundamental de ser la producción de una circunstancia que no afecta a los sujetos, sino al objeto, entonces nos hallamos ante una de las manifestaciones de la figura menos reconocida por la teoría y por la práctica, pese a su indiscutible significación dogmática y real. Por ejemplo, las cuestiones prejudiciales que significan un motivo de *detención* procesal. El problema está en paralizar el proceso en toda su práctica, por esperar una resolución que podría no afectar todo el continente litigioso. Finalmente existe una tercera manifestación de la paralización procesal que se da independientemente de los sujetos y del objeto procesal, son los actos procesales mismos; aquellos que engendran la quietud normal del procedimiento por cuestiones vinculadas con la actividad estricta que deben desarrollar. Surge aquí la idea de *suspensión*, concepto empleado por el derecho positivo en general, pero que en realidad, debiera recibir un acotamiento técnico que lo limite a supuestos específicos (GUASP, Jaime, *La paralización del proceso civil y sus diversas formas,* en "Estudios Jurídicos", edición al cuidado de Aragoneses, Pedro, Cívitas, Madrid, p. 545).

[696] En la primera edición de su *Derecho Procesal Civil* (tomo IV) decía Lino Palacio: En la actualidad (1977) rigen las acordadas de fechas 13 de junio y 2 de noviembre de 1950: la primera, aparte de declarar feriado judicial a los días sábado, fijó para los tribunales de la Capital Federal el horario de 11.30 a 18.00 horas; la segunda introdujo una modificación respecto de los meses de verano, y dispuso que desde el 15 de noviembre al 15 de marzo, ambos inclusive, las oficinas de los tribunales de justicia de la Capital

Faltaríamos a la verdad si afirmamos que en estas horas se realiza toda la actividad judicial, pero es cierto que la tarea de abogar y las diligencias que partes y terceros suscitan en audiencias, deben concretarse en ese tiempo.

Consecuencia inmediata es que la concentración resulta imposible, porque por más empeño que se ponga, las declaraciones de testigos, el interrogatorio entre partes, la absolución de posiciones, la audiencia preliminar, las entrevistas de conciliación, etc., etc., por disposición expresa del código deben celebrarse ante el Juez o el Secretario (y esto se reclama como un deber del oficio bajo pena de nulidad del acto, en caso de incumplimiento), obligando al juzgado a sortear el obstáculo normativo haciendo el trabajo amparo en un juego de ficciones.

154.7. Los plazos y términos son parte del objetivo de celeridad, pero no pueden llevar al extremo de pagar un precio demasiado costoso para lograrlo. De hacerlo, se vuelve real aquella afirmación hecha al tiempo de sancionarse el Código procesal de la Ley 17.454: *se ha creado un Código para el infarto.*

La Corte de la Nación expresa con naturalidad que los plazos deben ser *razonables*, en forma tal que no impliquen un impedimento serio para el adecuado ejercicio del derecho de defensa (Fallos, 255:72), sin advertir que el problema no asienta en la dimensión temporal que se permite para concretar la actividad útil en el proceso, sino en la restricción horaria que ha llevado a dividir las actuaciones en dos planos diversos: el de lo formal que se concreta en el expediente; y el real que espera en la trastienda la oportunidad para su alegación.

En períodos vacacionales la norma establece: "Los tribunales no funcionarán durante el mes de enero, la feria de julio, los días domingo, los que no sean laborables y los que el señor presidente de la Corte Suprema o el ministro que éste designe declare feriados judiciales. Los tribunales nacionales del interior del país tampoco funcionarán los días señalados no laborables por los respectivos gobiernos" (art. 2º, Reglamento de la Justicia Nacional, texto conforme Acordada 58/90 del 9 de octubre de 1990).

Además, la Acordada de fecha 13 de junio de 1950, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mantiene al sábado como *día feriado* con carácter general y permanente.

154.8. Hurgando antecedentes de estos períodos vacacionales no encontramos más fundamentos que la reproducción del precepto contenido en la vieja *Ley de Enjuiciamiento civil española* que inspira nuestro sistema procesal repitiendo la idea del período ordinario de actividad de los tribunales, el inicio formal y solemne del año judicial (previsto en el RJN pero suspendido por Acordada del 7 de diciembre de 1955), el horario limitado, etcétera.

Federal permanecerán abiertas al público de lunes a viernes de las 07.00 hasta las 13.00 horas, debiendo las respectivas cámaras de apelaciones introducir, para los tribunales del interior del país, las modificaciones necesarias en los horarios matutinos, comunicándolas de inmediato a la Superintendencia de la Corte (PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil,* Tomo IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 61).

Para Riba Trepat:

> el horario de trabajo de los tribunales supone un quebranto a las garantías de acceso a los órganos judiciales, y también una dejación de tiempo por parte de los máximos órganos de gobierno del Poder Judicial. Y es que éste se debate en el tema entre dos disyuntivas: su función de juzgar y de proteger el valor justicia —que no conoce horarios—, y el carácter funcionarial de las personas a él adscritas.[697]

Si la actividad judicial se observara como actividad empresarial y a los justiciables se los considerara consumidores del servicio, sería evidente el desatino del tiempo empleado para "hacer justicia", toda vez que la única urgencia reconocida es para los asuntos discrecionalmente habilitados, mientras que las demás angustias que se debaten en los tribunales vacacionan por lapsos demasiado extensos para los tiempos menesterosos de mejores realidades.

En tren de formular propuestas, la celeridad interna del litigio podría conseguirse aprovechando la totalidad de las horas del día (que fue el criterio rector para considerar la habilidad del tiempo en el proceso), organizando la tarea judicial sin recargar tareas a funcionarios y empleados, y por supuesto, eliminando los largos períodos de vacaciones, que bien pueden aplicarse por semanas sin paralizar en ningún momento la actividad judicial.

154.9. 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 agra-

[697] RIBA TREPAT, ob. cit., p. 316.

viada para reclamar la indemnización de perjuicios y demás responsabilidades que procedan.[698]

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 sanciones disciplinarias que se eluden o derivan hacia el Secretario u otros funcionarios o empleados, siendo el Juez únicamente la custodia formal prevista por el art. 34 inciso 5º en sus distintos apartados, del Código Procesal nacional.

Recién con la sanción de la Ley 25.488 se han previsto modificaciones de otro tipo, que inciden en la consideración de idoneidad, o en la afectación del patrimonio (*hasta un 15% de su remuneración básica*, dice el art. 167 inciso 2º, párrafo tercero) cuando la sentencia se pronuncie fuera de los plazos previstos.

154.10. No obstante, la estructura formalista del proceso civil, sostenida por principios que necesitan renovarse (como el dispositivo, entre otros), mantiene la idea que al comienzo de este trabajo se enunció:

Si son las partes quienes dinamizan el impulso procesal, no puede el Juez estar obligado a realizar lo que las partes no concretan. Una vez más, aparece en el discurso procesal el error de encontrar responsabilidad por la conducción del proceso y el impulso que el mismo merece.

En síntesis: plazos y términos constituyen una estructura anquilosada que no respeta las nuevas consignas fundamentales del derecho a contar un proceso rápido y expedito (art. 43, Constitución Nacional Argentina), ni tiene presente el mensaje de tratados y convenciones sobre Derechos Humanos que reclaman un proceso breve, sencillo y eficaz.[699]

155. Los Tratados y Convenciones Internacionales

155.1. El establecimiento del derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, es decir, a no postergar *sine die* la garantía de acceder a los tribunales; y a resolver las diferencias dentro de un tiempo útil y efectivo, vale decir, conservando el interés en llegar a una sentencia justa dirimente del conflicto, aparece consagrado en distintos tratados y convenciones internacionales.

---

[698] Ramos Méndez, Francisco, *El Sistema Procesal Español,* Bosch, Barcelona, 200, p. 283.

[699] Magníficamente resume Riba Trepat que, el plazo, por sí mismo, no presenta elementos suficientes como para sustentar una clasificación más allá de consideraciones superficiales, pues lo verdaderamente significativo es la respuesta del ordenamiento jurídico ante la verificación de una actuación procesal que carece de regularidad temporal. Otra cosa es que, por ser los actos de parte predominantemente potestativos, sea la ineficacia la consecuencia propia de la inobservancia de los plazos que les afectan, de modo que la responsabilidad subjetiva recae fundamentalmente sobre el órgano jurisdiccional, que es quien tiene que cumplir con la obligación de resolver, y de hacerlo en el tiempo que marca la ley (ob. cit., p. 258).

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); 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 las autoridad competente en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege" (art. 2. apartado 3, incisos a, b y c).

Asimismo, contiene el derecho "a ser juzgado sin dilaciones indebidas".

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica), con el mismo sentido y preocupación dispone en el art. 8º (garantías judiciales) que:

> 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 formulado contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter…

Además queda establecido el parámetro del recurso sencillo y rápido como mecanismo procesal prometido como amparo contra los actos que violen cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en la Convención (art. 25).

La función de garantía que el proceso adopta, se expresa también en la *Convención sobre los derechos del niño*, cuyo art. 40 reproduce en parte las condiciones mínimas establecidas, agregando importantes instituciones como el abogado del niño (art. 37).

155.2. Vinculando normas con derecho judicial no pueden descartarse las opiniones consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues ellas han dejado bien establecido que la garantía del recurso sencillo y eficaz que todo Estado debe tener para la protección efectiva de los derechos fundamentales, no basta con encontrarlo prescrito en una ley formal o en la misma Constitución, sino que sea auténticamente posible.

En resumen, si tenemos en cuenta que el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional establece la complementariedad de estos tratados y convenciones supranacionales con las garantías y derechos reconocidos en la primera parte de la ley

superior, queda demostrado que todas las garantías enumeradas deben formar parte de los mínimos requeridos para el debido proceso legal.

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 artículo 18 de la Constitución Nacional (Argentina), de modo tal que, por una parte deben analizarse las condiciones previstas para la seguridad personal y la defensa individual; y por otra, las garantías que en todo proceso judicial deben mantenerse vigentes.

155.3. 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.*

Conseguido, el derecho a tener cumplido el proceso en un plazo razonable se convierte en una garantía concreta, y en derecho exigible sujeto a reparaciones cuando se viola el precepto.

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, sin haber perdido en el recorrido el interés de los justiciables.

Se propicia trabajar los conceptos en armonía, porque de no hacerlo, cualquier infracción al tiempo sería una manifestación supuestamente irrazonable, lo que no es cierto, porque tal derivación supone propiciar una condena al órgano judicial y/o al Estado, ante la simple infracción formal.

Además, la estructura de los procedimientos y la materia con la que se trabaja, no se pueden eludir, en la medida que es muy distinta la prioridad que merece una controversia privada respecto de una crisis constitucional; así como no es lo mismo un robo de gallinas que un lavado de dinero.

156. El plazo razonable en la jurisprudencia del sistema interamericano

156.1. La Corte Interamericana ha establecido que 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.

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…".

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 precepto.

> A pesar que la Convención no ha aclarado el alcance de la expresión "plazo razonable" existen muchísimos antecedentes en la jurisprudencia de órganos internacionales de acuerdo con los cuales se ha considerado, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, los siguientes criterios*: a)* la complejidad del litigio*; b)* la conducta de los demandantes y de las autoridades judiciales y, *c)* la forma como se ha tramitado la etapa de instrucción del proceso (Dictamen de la Comisión del 15 de octubre de 1996, *in re* Gral. Gallardo, José Francisco).[700]

---

[700] Con respecto a la *complejidad del litigio,* los delitos que se le imputan al General Gallardo son los de malversación, destrucción de lo perteneciente al Ejército y enriquecimiento ilícito. En relación a esto el Código de Justicia Militar establece en su artículo 616 que: *La instrucción se practicará a la brevedad posible, a fin de que el procesado sea juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa*.(Dictamen de la Comision del 15 de octubre de 1996, *in re* Gral Gallardo, José Francisco). Los delitos de malversación, de destrucción de lo perteneciente al Ejército y de enriquecimiento ilícito, son de aquellos que su pena excede de dos años de prisión, por lo que de conformidad con el citado artículo el General Gallardo ha debido ser juzgado en el lapso de un año, pues de autos no consta que éste haya solicitado mayor plazo para su defensa.

La Comisión observa que la misma legislación mexicana de una manera objetiva ha establecido los parámetros de complejidad de los casos, colocando como criterio de distinción la gravedad de la pena. Sin embargo, aunque esta Comisión analizase la complejidad de los casos de manera individual, *se estima que dos años y medio sobrepasa el plazo razonable*.

En relación a la *conducta de los demandantes*, en el presente caso al General Gallardo lo han tenido en todo momento en circunstancias de expectativa y de inseguridad jurídica, pues luego de haberse declarado cerrada la averiguación No. 28/89, la misma fue reabierta años más tarde e instruida la causa, y encontrándose detenido en el campo militar Nº. 1 de la Ciudad de México, se le instruyó otra, razones por las cuales se encuentra actualmente detenido. Asimismo de autos se desprende que el General Gallardo ha aportado en el curso de los procesos en mención la debida colaboración para el esclarecimiento de los mismos (Dictamen de la Comisión del 15 de octubre de 1996, *in re* Gral. Gallardo, José Francisco, Informe 43/96).-

Con respecto a la *conducta de las autoridades judiciales*, la Comisión considera que el comportamiento del tribunal no ha sido diligente, pues en la cause penal No. 2949/93, instruida luego de 5 años de cometido el presunto hecho, han pasado 2 años y medio sin obtenerse una decisión, y en la causa penal nº. 2389/94, instruida encontrándose éste detenido, ha pasado un año y medio sin tampoco obtenerse alguna decisión.

En consideración al último punto, es decir a la *tramitación de los litigios en la etapa de instrucción*, como ya se ha señalado en los puntos 6 y 7, la instrucción debe realizarse a la brevedad posible para que, como en este caso, el procesado sea juzgado en un plazo de un ano. *Si el plazo establecido por el Código de Justicia Militar para que se decidan las causas de este tipo es de un año, el plazo para la tramitación de la*

156.2. Conviene sintetizar las opiniones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y otros organismos con jurisdicción supraestatal para observar cómo se dan los cambios en las exigencias temporales del debido proceso.

El punto inicial fue adoptar como criterio general, el establecimiento de un derecho subjetivo a tener sentencia en un plazo razonable; y para ello, al contemplar los casos penales que fueron considerados, se dijo que el proceso penal debe quedar librado de dilaciones indebidas.

El 1º de marzo de 1996, la Comisión emitió un informe relacionado con la República Argentina, donde se resuelve un caso que versa sobre la interpretación de varias disposiciones de la Convención. En primer lugar, se establece qué supone "*ser juzgado dentro de un plazo razonable*", en el contexto del artículo 7.5 de la Convención. En particular, si en el caso, la privación de libertad prolongada sin condena dejó de ser razonable. Otra cuestión fue determinar si dicha privación de libertad, más allá de un plazo razonable, es o no una violación del principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 8.2. Asimismo, la Comisión estimó si la detención prolongada del señor *Gimenez* vulneró también su derecho a un juicio dentro de un plazo razonable conforme el artículo 8.1 de dicha Convención.

Con dicho encuadre, estudió las disposiciones procesales internas y, en particular, el artículo 701 del Código de Procedimientos en Materia Penal, que previene que *todas las causas deben terminarse completamente dentro de los dos años; pero no tuvo en cuenta las demoras resultantes de las peticiones de las partes, los procedimientos relacionados con oficios o cartas rogatorias, declaraciones de testigos o expertos u otros trámites necesarios* cuya duración no dependiera de la actividad del juzgado.[701]

---

etapa de instrucción debe ser mucho menor; sin embargo, en las últimas informaciones que ha obtenido la Comisión, consta que las dos causas por las que se encuentra procesado el General Gallardo todavía se encuentran en esta etapa. Asimismo, tampoco se ha obtenido información sobre complicaciones anormales de las causas durante su instrucción.

Asimismo, el artículo 8.2 de la Convención Americana señala que "*toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presume su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad…*".

En este sentido, como ya bien se ha señalado, el hecho de que se hayan abierto una cantidad considerable de averiguaciones y de causas penales, que haya existido una sucesión de juicios seguida a una declaración de inocencia, que los mismos afecten a una misma persona, que esa persona haya sido absuelta en todas las causas que hasta el momento se han decidido, y que actualmente se encuentre detenido, hace presumir a la Comisión que se ha violado el derecho a la presunción de inocencia del General Gallardo, mediante la utilización de los órganos de la justicia militar.

En conclusión, la Comisión consideró que al General José Francisco Gallardo se le han violado los derechos a las garantías y a la protección judicial estipulados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Dictamen de la Comisión del 15 de octubre de 1996, *in re* Gral. Gallardo, Jose Francisco, Informe 43/96).

[701] El Gobierno argumentó que el término de dos años que estipulan los artículos 379.6 y 701 constituyó la base para "un plazo razonable" que guarda relación con las garantías establecidas en el artículo 7.5 de la Convención. Sin embargo, se le dijo que dichas leyes no podían tener una interpretación que llevara al uso de la palabra "podrá" como una consagración de facultades judiciales antes que constituir una verdadera obligación de conceder la libertad a un acusado que está bajo prisión preventiva. Por tanto,

En definitiva, se establece que no se puede constituir en forma abstracta el "plazo razonable" de prisión sin condena y, por lo tanto, contradice el punto de vista expresado por el Gobierno de que el plazo de dos (2) años que estipula el artículo 379.6 encierra un criterio de razonabilidad que guarda relación con las garantías que ofrece el artículo 7.5 de la Convención.

156.3. La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal.[702]

Finalmente quedó dicho que, el interés del Estado en resolver presuntos casos penales no puede contravenir la restricción razonable de los derechos fundamentales de una persona. Esta preocupación —menciona el informe— está presente en la legislación Argentina que regula los límites en los plazos de los procesos penales. En este sentido, es esencial tomar nota de que la detención preventiva se aplica sólo en casos excepcionales y que su duración se debe examinar a fondo, especialmente cuando el plazo es superior al límite que estipula la ley para todo el proceso penal. La detención sin condena puede no ser razonable aunque no exceda dos años; al mismo tiempo, dicha detención puede ser razonable aún después de cumplido el límite de dos años que estipulan los artículos 379.6 y 701.[703]

156.4. De lo anterior se desprenden dos conceptos importantes en lo referente al problema del "plazo razonable": *primero*, que no es posible establecer un criterio *in abstracto* de este plazo, sino que éste se fijará en cada caso una vez vistas y valoradas las circunstancias procesales correspondientes.

En este alcance la Comisión acoge el punto de vista de que el Estado Parte aludido "no está obligado (por la Convención) a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de las circunstancias". En esto concuerda también la Corte Europea.

Más o menos sobre la misma base fáctica, ya se había establecido una pauta distinta, porque en el caso de *Mario Eduardo Firmenich* consideró la situación del

---

la denegación de la excarcelación en la creencia del Estado era un espacio discrecional del Juez, que se revierte con la opinión que emana de la Comisión.

[702] Aunque la Comisión concuerda con el Gobierno que el artículo 701 del Código de Procedimientos en Materia Penal no implica necesariamente una excarcelación automática cuando se trata de detención preventiva, cualquier detención preventiva que se prolongue más allá del plazo estipulado debe ser considerada ilegítima *prima facie*. Esto guarda relación con el razonamiento de que la interpretación de una norma que autoriza la excarcelación de un prisionero no puede conducir a una detención sin sentencia más prolongada que el plazo considerado razonable en el Código de Procedimientos para todo el proceso judicial (*Jorge A. Gimenez v. Argentina*; dictamen de la Comisión; 1º de marzo de 1996).

[703] *Jorge A. Gimenez v. Argentina*; dictamen de la Comisión; 1 de marzo de 1996

Estado en lugar del cómputo mecánico de los plazos. Se dijo allí que la libertad no puede ser concedida sobre el plano de una simple consideración cronológica de años, meses y días. Así se ha explicitado también la Corte Europea, quedando el concepto de "plazo razonable" sujeto a la apreciación de "la gravedad de la infracción", en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable.[704]

156.5. Tiempo después, se afirmó que la protección judicial que reconoce la Convención comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos, que brinden la posibilidad, pero nunca la garantía de un resultado favorable. En sí mismo, un resultado negativo emanado de un juicio justo no constituye una violación de la Convención.[705]

La conclusión que precede tiene una gravitante trascendencia porque limita el cuadro de intervención y fija la competencia de revisión que ejerce. En este aspecto, repite en el informe citado que: 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 tribunales competentes considerar los asuntos que ante ellos se plantean. Cuando es evidente que ha existido la violación de uno de los derechos protegidos por la Convención, la Comisión tiene competencia para entender en el caso.

Por eso, la Comisión está plenamente facultada para fallar con respecto a supuestas irregularidades de los procedimientos judiciales internos que den lugar a manifiestas violaciones del debido proceso o de cualquiera de los derechos protegidos por la Convención.[706]

156.6. En definitiva, un análisis de cualquier denuncia por parte de la Comisión, y una ulterior decisión sobre el fondo del caso, requerirían que la misma actuara como una cuarta instancia cuasi-judicial, o tribunal de alzada de derecho interno, con respecto a la sentencia definitiva dictada por las autoridades judiciales argentinas; lo que se considera improcedente cuando no se advierten violaciones a los derechos humanos.

Como se aprecia, no hay pautas directas en la jurisprudencia interamericana, las que sí serán señaladas al considerar el concepto de *dilaciones indebidas* en el proceso penal.

---

[704] Dictamen de la Comisión del 13 de abril de 1989*, in re* "*Firmenich, Mario*"

[705] *Marzioni v. Estado Argentino*; Conclusión de la Comisión del 15 de octubre de 1996.

[706] Esa práctica ha sido explicada del modo siguiente: "…No obstante, cuando la Comisión declara que una petición es manifiestamente infundada, en realidad se pronuncia sobre el fondo del asunto, basándose en un examen *prima facie* de los hechos aducidos y del fundamento de derecho expresado. Por otra parte, quienes elaboraron la Convención procuraron, de hecho, conferir a la Comisión la función de tamiz del gran número de peticiones que se preveía. La competencia de la Comisión de desestimar las peticiones manifiestamente infundadas, a los efectos de no seguir tramitándolas, parecería congruente con ese objetivo de economía procesal" (*Marzioni v. Estado Argentino*; Conclusión de la Comisión del 15 de octubre de 1996).

157. El plazo razonable en los tratados y convenciones de Europa

157.1. A diferencia de Latinoamérica donde es común reunir varias competencias en una misma jurisdicción, en Europa lo civil se distancia de lo administrativo, como difiere de lo constitucional y lo comunitario, por citar solo algunos ejemplos.

La diversidad de ordenamientos genera también un tratamiento singular respecto a las dilaciones que se encuentren en cada mecanismo procesal, por eso se ha dado tanta importancia a lo que ocurre con el proceso penal.

Bien apunta Gimeno Sendra que, ciertamente, cuando las dilaciones indebidas inciden sobre el derecho a la libertad, el celo del juzgador a la hora de reparar dicho derecho ha de ser mucho mayor, puesto que, tal y como declara el propio Tribunal Constitucional,

> cuando se juzga en materia penal o desde otro orden, en materia de derechos a los que el constituyente ha asignado una preferencia, la idea de plazo razonable tiene otros componentes y otras exigencias. Mientras un proceso, más allá de ciertos límites temporales, puede generar un rechazo claro cuando se trata de materia penal, no lo es cuando la demora se da en otras materias.[707]

157.2. El plazo razonable se comprende en Europa a partir de las dilaciones indebidas. La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), originó una amplia cobertura jurisprudencial que interpreta el art. 6.1 de la Convención, habiendo dictado más de un centenar de sentencias.

Hay que observar que estos pronunciamientos analizan la garantía del plazo razonable en el contexto de los tribunales administrativos y judiciales nacionales, y pensando inclusive, en que el mismo procedimiento ante el tribunal debía ser simplificado a tono con las exigencias que a los demás se recomendó.

157.3. En lo que respecta al debido proceso legal, el art. 6.1 citado sostiene *que toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá sea sobre sus derechos y obligaciones civiles, sea sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.*

El tratamiento tiene larga data. Entre ellos el caso "*Wemhoff*" resuelto el 27 de junio de 1968, versa sobre el tiempo de prisión preventiva y su impacto en la extensión misma del procedimiento para la determinación de los hechos punibles. Fue así que la Comisión Europea de Derechos Humanos consultó sobre el alcance de la expresión "razonable", y desde entonces se forjó la doctrina de los "siete criterios", de los cuales resultaría la razonabilidad o no del plazo; los primeros tres relativos a la detención provisional y los últimos cuatro referidos específicamente al plazo razonable. De estos criterios nos ocupamos más adelante.

En el caso "*Neumeister*" del 27 de junio de 1968, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desecha aplicar esta doctrina, reiterando la oposición que había anticipado;

---

[707] GIMENO SENDRA, *Constitución y Proceso,* cit., p. 144.

así hasta llegar al caso "*Stögmüller*" del 10 de noviembre de 1969, que ratifica la imposibilidad de traducir cuál es el tiempo del plazo razonable.

157.4. Tiempo después se pronuncia en resonadas causas, como los casos *König* del 28 de Junio de 1978 (Serie A nº 27), *Buchholz* del 6 de mayo de 1981 (Seria A nº 42), *Zimmermann y Steiner* del 13 de Julio de 1983 (Seria A nº 66), *Baraona* del 8 de Julio de 1987 (Seria A nº 122), donde comienza a elaborar una teoría sobre las dilaciones indebidas.

El caso *König*[708] fallado por el Tribunal de Estrasburgo (CEDH) pone en claro que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe aplicarse en cada caso y de acuerdo con sus circunstancias a cuyo fin se toman como pautas la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y la manera en que el problema fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales.

El primer aspecto se mide en relación con la mayor o menor sencillez del tema conflictivo, de manera que la dificultad para el esclarecimiento depende del tipo de asunto a considerar.

Estos inconvenientes pueden asentar en la complejidad de la prueba; en la imposibilidad de practicar notificaciones personales imprescindibles; en cuestiones prejudiciales que dejan latente la continuidad de las actuaciones, etc. Sin embargo, como se comprenderá, estas son contingencias procesales que no alteran el conocimiento jurisdiccional, porque se trata de dilaciones probables y no de demoras injustificadas.

Por eso, la precisión se busca a partir del complejo mundo de situaciones que el juez debe resolver.

La conducta procesal de las partes se confronta en su comportamiento activo y pasivo. Es decir, en las maniobras utilizadas para dilatar sin causa el procedimiento, obligando a demoras inusitadas; o a través de alegaciones inconducentes que evidencian la conciencia de obrar sin derecho.

157.5. Esta forma de prolongar sin razones puede castigarse en la misma sede jurisdiccional por las medidas sancionatorias a la conducta desleal y artera o temeraria y maliciosa. No obstante, la pasividad de los jueces que con su tolerancia propician el descontrol, admiten prever el supuesto de procesos demorados a causa del tribunal.

En efecto, la disposición puesta a nivel constitucional pretende conseguir la eficacia del servicio jurisdiccional de manera que las demoras inusuales injustificadas

---

[708] El caso *König* se refiere a la situación de un médico que, sancionado disciplinariamente por el colegio profesional al que pertenece (faltas éticas), tuvo como consecuencia la condena impuesta por un tribunal administrativo de Alemania retirándole la autorización para funcionar de la clínica que le pertenecía. Se recurren ambas resoluciones en 1967 y 1971 respectivamente, para llegar a la CEDH denunciando la excesiva duración del procedimiento. En 1978, se dicta sentencia y se reconoce la dilación indebida al encontrar injustificada la suspensión del trámite por espacio de 21 meses, entre otros aspectos.

puedan generar responsabilidades civiles, esto es, pretensiones indemnizatorias que reparen el daño efectivamente adquirido por la tardanza del tribunal.

En palabras de Gimeno Sendra:

> [...] conviene remarcar aquí que, si bien el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ofrece un marcado carácter instrumental con el derecho a la tutela, por cuanto el exceso de tiempo puede producir una satisfacción platónica a las partes litigantes, tampoco es menos cierto que el derecho fundamental del artículo 24.2 constituye un derecho autónomo y distinto al de la tutela, cuya infracción ha de ocasionar el nacimiento de la oportuna pretensión de resarcimiento.[709]

157.6. En el caso "*Buchholz*" se dijo que el plazo razonable se mide en proporción con el entorpecimiento pasajero de las tareas que el tribunal debe remediar con la presteza debida.[710] Si las demoras provienen de sucesivos requerimientos del interesado, la dilación injustificada se torna con causa, de manera que aunque transcurra un tiempo demasiado prolongado hasta llegar a la sentencia definitiva, no se puede descartar que en ese tránsito procesal fatigoso y pausado ha tenido seria influencia la conducta de la parte.

Uno de los precedentes más renombrados fue "*Zimmermann y Steiner*", donde estos dos ciudadanos de Suiza demandan al Estado a consecuencia de las demoras sufridas en el proceso que habían entablado contra el Cantón de Zurich, reclamando indemnización por los daños y perjuicios que les provocaba el ruido y la polución del aire como consecuencia del tráfico del aeropuerto cercano a sus respectivos domicilios.

En ese expediente, al no poderse llegar a un acuerdo amistoso, las autoridades resolvieron someter las propiedades de los demandantes a un procedimiento de estimación de valores con el fin de expropiarlos. De todos modos, tras una larga tramitación, se decidió que la pretensión era de contenido moral y no material, de manera que no era procedente aplicar la ley federal de expropiación.

Estas actuaciones se suscitaron ante jueces con jurisdicción administrativa, y el recurso se articuló ante el Tribunal Federal, que al conocer de la queja, sostuvo que "según las estadísticas facilitadas por el gobierno, de 1969 a 1979, el número total de recursos pasó de 1.629 a 3.037, es decir que el aumento fue del 86 por ciento. La tasa de crecimiento supone el 107 por ciento para los recursos de derecho público (1.336 contra 634), y alcanza incluso al 318 por ciento para los de derecho administrativo (590 contra 141)".

Con este argumento pretendió solapar la lentitud procesal.

---

[709] Ob. cit., p. 144.

[710] En esta causa el problema que se trataba era el reclamo que hizo el actor por la larga tramitación que tuvo el procedimiento judicial seguido ante los tribunales laborales de Alemania, a raíz del despido que padeció. Si bien las demoras eran, esencialmente, de la segunda instancia, se estimó que en gran medida ellas fueron producto de determinadas cuestiones que el mismo demandante había propuesto. Además, el Tribunal de Estrasburgo expresó en su sentencia que no se podía olvidar que las demoras procedimentales sucedieron en un período durante el cual la República citada estaba inmersa en una aguda crisis económica que había aumentado notablemente el volumen de conflictividad.

La CEDH terminó por resolver que si el propio tribunal federal había tomado medidas de orden práctico para hacer frente a la situación que lo abrumaba, debía considerarse ese gesto de voluntad. Por ello, si estaban convencidos de que la tramitación de los litigios por orden cronológico produciría injusticias graves, adoptando en su lugar el temperamento o sistema denominado "*triage*" o "*sorting*", fundado en el grado de urgencia y en las implicancias de cada asunto, podían tener un fundamento contrario al que se les denunciaba.

157.7. No obstante, en el fallo del 13 de Julio de 1983 se fijan los criterios para encontrar dilaciones indebidas. De este modo se analiza: a) *la complejidad del asunto*, diciendo que el mismo Estado había reconocido que el problema no era complejo; b) *la conducta de los demandantes*, que demostraba su falta de participación en las causas que motivaron las demoras, y c) *la conducta de las autoridades Suizas*, donde si bien se había invocado el precedente *Buchholz* para excusar responsabilidades, la diferencia era manifiesta, pues mientras en aquél el tránsito por varias instancias indicaba un devenir apropiado aunque lento, en el presente solamente había un largo y único período de completa pasividad que no encontraba justificación por circunstancias excepcionales.

Finalmente, la cita estadística aun cuando fue considerada, se advirtió que existía inacción del tribunal para revertir ese cuadro que, antes que afectar al proceso en sí mismo, provocaba una clara afectación en la estructura judicial.

157.8. El caso "*Baraona*" se dio la misma extensión de plazos, con la diferencia que esta vez el alongamiento se produce por las reiteradas peticiones del Ministerio Público en pos de lograr ampliaciones de tiempo para cumplir determinadas diligencias procesales.

La CEDH sostiene que, aun cuando la legislación interna permita al Estado demandar una prórroga de plazos, no excluye su responsabilidad por los retardos resultantes, ya que hubiese podido renunciar a solicitar esas prórrogas o el Juez, rechazarlas.

158. El plazo razonable en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

158.1. Es verdad que la noción de plazo razonable es novedosa, lo cual no obsta a encontrarla presente en las Convenciones y Tratados que se han referido, los que permanecieron ocultos o solapados como simples programas de acción, hasta el resurgir de la democracia en las últimas décadas del siglo XX.

No obstante, la Corte federal Argentina se refirió a ella al fallar la causa "Mattei" el 29 de noviembre de 1968,[711] cuando considera el impacto del tiempo en el derecho de defensa en juicio.

[711] Fallos, 272:290.

En aquella se había resuelto una nulidad procesal que obligaba a retrotraer el expediente a la etapa instructoria. La anulación de todo lo hecho llevó a sostener que la seguridad jurídica y la necesidad de una administración de justicia rápida, dentro de lo razonable, imponían la vigencia de los principios de progresividad y preclusión procesales, conforme a los cuales, un proceso sólo podía ser retrogradado a etapas anteriores cuando sus actos previos no hubieran sido válidamente realizados.

Elabora aquí la teoría del "paralelogramo de las nulidades" después ampliada en la causa "Frades",[712] donde concreta el principio de preclusión de los actos regulares siempre que se hubieran cumplido las formas sustanciales del juicio.

158.2. En 1976 la Corte resuelve en "Villada de García":[713]

> [...] si la investigación de los delitos presuntamente cometidos se ha desarrollado en forma morosa, no parece solución acorde con un correcto y eficiente servicio de justicia, dictar un sobreseimiento definitivo en la causa, sino por el contrario, es menester tomar las medidas conducentes para acelerar los trámites y llegar así a determinar con certeza la verdad.

No se relaciona estrictamente con el tema, pero puede observarse como se decide continuar hasta el final, pese a las demoras del sumario de investigación, con el fin de dar mayor seguridad al imputado.

158.3. En cambio en el caso "*Pileckas*" del 12 de mayo de 1977,[714] vuelve los pasos sobre la doctrina de "*Mattei*", y declara como derecho constitucional implícito en el derecho de defensa, el deber de resolver la situación del imputado tan rápido como sea posible. Poco tiempo después, el 7 de julio de 1977 decide en la causa "Klosowsky" evitar que una nulidad del proceso pueda incidir en la duración del proceso, repitiendo el derecho a ser juzgado en forma rápida. Lo mismo reitera en "*Mozzatti*" del 17 de octubre de 1978,[715] que llevaba más de veinticinco (25) años de tramitación.

En esta senda, por vez primera el Alto Tribunal acepta que la duración excesiva representa por sí mismo, una pena para los acusados, expresándolo en los siguientes términos:

> [...] Las personas sometidas a este proceso, además de haber estado detenidas por distintos lapsos, durante todo el resto de la sustanciación vieron indiscutiblemente restringida su libertad con las condiciones impuestas por la excarcelación. Y eso durante un término de prolongación insólita y desmesurada. Semejante situación es equiparable, sin duda, a una verdadera pena que no dinama de una sentencia condenatoria firme, y se sustenta sólo en una prueba semiplena de autoría y culpabilidad. Con ella, se hace padecer física y moralmente al individuo, no porque haya delinquido, sino para saber si ha delinquido

---

[712] Fallos, 312:2434.

[713] Fallos 294:131, del 26 de febrero de 1976.

[714] Fallos, 297:486.

[715] Fallos, 300:1102.

> o no, lo cual es contrario al principio que este tribunal ha enunciado en Fallos 272:188 de que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.[716]

Años después, todavía en períodos no democráticos, el Alto Tribunal se pronuncia analizando la conducta del encartado en el proceso penal, resolviendo que no correspondía seguir la doctrina de "*Mattei*" por el abuso de recursos interpuestos por la defensa.[717]

En suma, "*Mattei*" ha sido la causa testigo que hizo punta de lanza y argumento central para analizar otras cuestiones tangenciales. Así, entre muchos otros, dice en "*Casiraghi*"[718] que las nulidades que pueden revertir el proceso son únicamente las trascendentes; y en "*Bolo*"[719] argumenta que el imputado debe conservar cierta tolerancia con las vicisitudes normales del proceso penal.

158.4. En el Caso "*Cardozo*" del 9 de enero de 1987, la Corte —dicen Basile y Diez Azconegui

> [...] señaló que del derecho a un pronunciamiento judicial rápido "se derivaba una expectativa razonable a contar con alguna vía idónea para hacerlo valer, para impulsar el proceso". Así, reconoció la necesidad de establecer un instrumento para hacerlo valer con el fin de terminar con la excesiva duración del proceso o de la prisión preventiva. Lo cual significó reconocer también que ambas instituciones pueden trabajar como pena anticipada y que, llegada su duración a un punto, los daños son definitivos y la revisión de su subsistencia no puede ser demorada, habilitándose de esta manera la revisión judicial anticipada del proceso.[720]

Con mayor dedicación se ocupa de establecer cuál es el tiempo razonable de la prisión preventiva en el famoso caso "*Firmenich*"[721] tomando esta vez explicaciones de algunos fallos del sistema interamericano que trabajan sobre la imposibilidad de traducir en un número fijo de días, semanas, meses o años, sino para analizar la razonabilidad del tiempo de privación de la libertad con las circunstancias del caso, la gravedad del hecho, sus características, y las condiciones personales del imputado.

158.5. Lo mismo sucede con la causa "*Villalba*" del 1 de enero de 1988,[722] que la Corte decide asumir competencia positiva resolviendo para evitar que el reenvío

---

[716] *Cfr*. BASILE, Luciana Glenda y DIEZ AZCONEGUI, María Belén, *Plazo razonable de duración del proceso penal,* passim (cfr. http://www.espaciosjuridicos.com.ar).

[717] Caso "*Berel Todres*" del 11 de noviembre de 1980, Fallos, 302:1333.

[718] Fallos, 306:1705 del 22 de noviembre de 1984.

[719] Fallos, 307:1030.

[720] Ob. cit., *passim*.

[721] Fallos, 310:1476.

[722] Fallos, 311:2005.

provoque mayores dilaciones; o la causa "*Borthagaray*" del 14 de noviembre de 1989, que sigue el mismo sentido.

Avanzado el tiempo, un recordado voto del ministro Bossert relacionó el problema con las decisiones del sistema interamericano, pretendiendo eludir los inconvenientes de no poder establecer la duración razonable de un tiempo para el proceso. El caso "Estévez" del 3 de octubre de 1997[723] llevó a sostener que "[...] La ley 24.390 al fijar el ´plazo razonable´ para que toda persona sea juzgada o puesta en libertad en un lapso de dos años, ha incorporado expresamente un principio general sólo sometido al transcurso del mencionado plazo y supeditado —sin remisión explícita a otras normas— a las condiciones fijadas en el ámbito de la misma ley".

Después se ha insistido con una fórmula corriente: "Tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitándose de ese modo que los procesos se prolonguen indefinidamente".

Esta es la línea consolidada, sin embargo, queda en el tapete y para ser desarrollado un problema subsiguiente: ¿de quién es la obligación de establecer el tiempo razonable para el proceso? ¿Del legislador? O ¿del juez?

159. El derecho al proceso rápido, expedito y eficaz

159.1. La influencia de los Pactos y Convenciones, sumado a lo dispuesto en los arts. 18, 43 y 75.22 de la Constitución Nacional argentina, proponen un nuevo cuadro de situación en la interpretación de los alcances que tiene el derecho al plazo razonable. Esta es una garantía que supera el espacio que le corresponde al derecho de petición (art. 14, CN) y a ser oído (art. 18, CN), pues se explana en la dimensión más amplia que ofrece el art. 43 cuando dispone que *toda persona tiene derecho a un proceso rápido y expedito*.

Esa obligación fundamental de actuar en tiempo y oportunamente, se acentúa en los procesos constitucionales, pero supone, además, incorporar a todo proceso el valor de la *tutela judicial efectiva*.

En suma, el resultado de un proceso, sea para otorgar una satisfacción jurídica a las partes, ó, para cumplimentar el deber jurisdiccional de resolver los conflictos intersubjetivos, debe ser pronunciado en un lapso de tiempo compatible con la naturaleza del objeto litigioso y de las circunstancias que rodean al caso; en caso contrario, la tutela judicial sería ilusoria, haciendo cierto el aforismo que dice "*injusta la sentencia que juzga cuando ya no debe juzgar*".

159.2. De alguna manera, el artículo 43 constitucional refresca los alcances del art. 24.2 de la Constitución española, estableciendo el derecho a la tutela judicial efectiva (nuestro derecho de amparo) aplicable en todo tipo de procesos.

---

[723] Fallos, 320:2105.

Este concepto, articulado con el resto de los Tratados y Convenciones que se agregan como derechos fundamentales a nuestra Constitución nacional (art. 75 inciso 22) generan un nuevo marco: *el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz*.

160. Proceso rápido y dilaciones indebidas

160.1. El problema de la *rapidez* que ha de lograr un proceso se asocia con las *dilaciones indebidas* para definir la garantía a la seguridad jurídica que deben tener las partes en el conflicto judicial. 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.[724]

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.

160.2. No es posible establecer una regla temporal como se ha establecido en el proceso penal con el criterio de orientación del 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.[725]

---

[724] En el art. 6.1 del Convenio de Roma, promovido por el Consejo de Europa, los Estados contratantes coincidieron en atribuir la condición de derecho humano a la garantía procesal consistente en obtener una decisión judicial en un plazo razonable; y consecuentemente, asumieron la obligación de Derecho Internacional Público, de articular los mecanismos jurídicos necesarios para que las causas que se sustancien ante sus órganos jurisdiccionales sean resueltas en un plazo que, permitiendo el adecuado ejercicio del derecho de defensa, incorpore el factor temporal indispensable para no hacer ilusoria la tutela judicial (*cfr*. RIBA TREPAT, ob. cit., p. 263).

[725] 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.

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.

Sancionar la demora inusitada no resuelve el problema. Se comprueba con la ineficacia del articulado procesal en los institutos de la pérdida de jurisdicción y la sanción por mal desempeño, donde no existe, prácticamente, jurisprudencia señera.

Sin embargo, la violación al plazo razonable que debe tener el proceso judicial, origina un deber de resarcimiento hacia la parte perjudicada por la rémora jurisdiccional.[726]

160.3. La *sencillez* y la *eficacia* completan el cuadro del modelo a instrumentar para un proceso que se adapta a la rapidez exigida al comienzo. El modelo a desarrollar podrá ser oral o escrito, pero tiene que resultar entendido por quien debe acudir al proceso. La simplicidad de las formas y la comprensión del método empleado para el debate es el problema acuciante en la actualidad, por el cual se observa en los trámites y procedimientos más ficciones que realidades.

Procedimiento sencillo también puede ser aquél que resume las actuaciones procesales en etapas bien delimitadas en sus posibilidades de tiempo y actuación efectiva. El proceso por audiencias que propicia el "Código Modelo Tipo para Iberoamérica" (aprobado en Río de Janeiro —Brasil/1988— por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal) es un modelo interesante y responsable con la concentración de los actos y la depuración del objeto a resolver.

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 (ALBANESE, Susana, *Garantías Judiciales,* Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 145).

[726] Pico i Junoy dice que debe diferenciarse la tutela judicial efectiva que promete el art. 24.1 de la Constitución española, respecto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, aunque entre ellas existe una relación instrumental innegable. Así el Tribunal Constitucional ha destacado que la carta fundamental (de España) no sólo ha integrado el tiempo como exigencia objetiva de la justicia, sino que además, ha reconocido como garantía individual el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, autónomo respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, aunque ello no significa negar la conexión entre ambos derechos (sentencia del 1º de diciembre de 1994) (PICO I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso,* Bosch, Barcelona, 1997, pp. 118 y ss.)

160.4. Sin embargo, conspira contra la sencillez el fatalismo de las formas que han acostumbrado al litigante a obrar de una determinada manera, sin analizar cuanto tiene el acto de necesario y fundamentado (por ejemplo, la necesidad de acompañar copias al tiempo de presentar escritos de los cuales se debe dar traslado, cuando la obligación de notificar está en cabeza del interesado quien, en su caso, podría agregarlas en esa oportunidad; las ficciones irritantes de la notificación por edictos que se podría resolver comunicando a la autoridad nacional que registra el domicilio de las personas en una sola ocasión; el emplazamiento personal realizado para el traslado de la demanda que recuerda al vocero del Alcalde de las épocas primeras de nuestra patria cuando comunicaba al pueblo los bandos del Cabildo; las formas complicadas de los interrogatorios al testigo que deben preparar con anterioridad las partes, cuando el que debe interrogar es el juez y *prima facie*, no necesitaría de esas piezas de orientación; etc., etc., etc.).

160.5. Finalmente la *eficacia* es un concepto pragmático. Se mide con resultados. Con esta vara el plazo razonable sería aquél con el que las partes se muestren conformes, pero es obvio que tal criterio es dubitativo y perverso. La eficacia que referimos se debe valorar desde una perspectiva constitucional. No hay un proceso debido por sí mismo. La garantía se le debe a la sociedad y a cada individuo en particular, por eso, el proceso existe con anterioridad al conflicto, y puesto en marcha, "mide" su eficacia en relación con los derechos que viene a tutelar.

161. Dilaciones indebidas en el proceso penal

161.1. La expresión "proceso sin dilaciones indebidas" es tributaria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), que simplifica la exigencia para los procesos penales. No obstante, la tendencia mundial extiende el concepto a todo tipo de procedimientos donde se debe hacer realidad la noción de "tutela judicial efectiva".

Se propicia que en el desarrollo de las etapas procesales no se provoquen acciones dilatorias o obstruccionistas (de manera que el principio de moralidad procesal está implícito en la idea) que paralicen o demoren inútilmente la solución final de la controversia.

La dilación se produce por el comportamiento intencionado de las partes, o mediante la inejecución por el órgano judicial de las obligaciones que están bajo su responsabilidad.

161.2. Por dilación, en una primera aproximación conceptual, cabe entender todo retardo o detención de una cosa o situación durante un espacio temporal. Se trata de una visión interesante que alude a una de las lacras tradicionales del proceso: su lentitud.[727]

---

[727] VALLESPÍN PÉREZ, David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 12 y ss.

A veces, estas actitudes propias de la rémora judicial se convalidan por la ausencia de denuncia de los perjudicados, haciendo real e irritante, el principio que sostiene que en el proceso, *todas las nulidades son relativas.* En otras, el mismo sistema deja sin defensas al interesado que afronta, en tal caso, la imposibilidad de reclamar y contradecir el método que se le impone, debiendo quedarse a la espera de una sentencia que nunca llega.

Muchas veces, la inercia se produce en el escalonamiento de las etapas del procedimiento, y en el desinterés de actuar conforme a la obligación ya anunciada, es decir, de "tutelar el derecho, en un proceso rápido y expedito".

Cuando las demoras procesales son producto de la acción de las partes, la dilación compromete el deber jurisdiccional de controlar la regularidad de las actuaciones que el proceso suscita; mientras que si la lentitud se produce por la injustificada reacción de la judicatura a los pedidos de los litigantes, la consecuencia hace responsable al órgano judicial.

Por tanto, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se vincula con el derecho a la jurisdicción y no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos, dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.[728]

161.3. Con este marco, las dilaciones indebidas tienen un esquema predispuesto en forma *general* donde se requiere analizar: *a)* la complejidad del caso; *b)* la conducta de las partes, y *c)* el comportamiento de la autoridad judicial; y un cuadro *especial* de consideraciones que se conocen como los "siete criterios" para deducir si hay dilaciones indebidas en el proceso penal.[729]

---

[728] Por eso, dijo el Tribunal Constitucional español que, "el ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales lo viene a consagrar el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución, al hablar de un proceso público sin dilaciones indebidas, y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo, las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso" (TC, sentencia del 14 de Julio de 1981).

[729] En el caso *Suarez Rosero,* la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que, el principio de "*plazo razonable*" al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente. Considera la Corte que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción (*cfr. Cour eur. D.H., arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A nº 81*, párr. 29) y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. Asimismo comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: *a)* la complejidad del asunto, *b)* la actividad procesal del interesado y *c)* la conducta de las autoridades judiciales (cf. *Caso Genie Lacayo*, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr 77; y *Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991*, Series

161.4. La famosa distinción que hace el uso forense entre causas "con o sin presos", pareciera evidenciarse en la dogmática que estudia los criterios de la dilación indebida. Y ello no está mal, porque en definitiva al quedar en juego la libertad de las personas, de otro modo considerado, se podría llevar a sostener que no existe el principio de la "presunción de inocencia", y que se enjuicia siempre al culpable que, detenido preventivamente, va pagando con anticipación la condena a que se verá expuesto.

La duración total del procedimiento se visualiza para estimar si hubo o no demoras injustificadas que permitan sancionar al responsable. Para ello es preciso encontrar el momento preciso donde aparecen las dilaciones, y luego que se las determina, habrá que comprobar si ellas son indebidas o injustificadas.

Pico i Junoy dice que

> los criterios para encontrar dilaciones indebidas, dependen de las circunstancias siguientes: el exceso de trabajo del órgano jurisdiccional; la defectuosa organización, personal y material, de los Tribunales; el comportamiento de la autoridad judicial; la conducta procesal de la parte; la complejidad del asunto; y la duración media de los procesos del mismo tipo.[730]

Por tanto, en la definición del instituto es necesario realizar dos etapas. En la primera se tiene que resolver que significa un proceso con dilaciones indebidas; y en la segunda, determinar los criterios que orienten soluciones particulares.

161.5. El concepto de dilación se puede relacionar con demora o retraso en la práctica de alguna actuación judicial, de manera que el tiempo invertido para decidir o hacer, no sea oportuno ni razonable, y aparezca manifiestamente inexcusable.

No se castiga la simple inactividad, ni la rémora por la desorganización, sino la tardía producción de actuaciones necesarias para evitar perjuicios materiales o morales en la persona que ha requerido la intervención judicial.[731]

Por su parte, la individualización de acciones constitutivas de la demora irracional del proceso, las podemos resumir en los ya anticipados siete criterios, que se clasifican de acuerdo con lo que resulta de la causa como expediente judicial sometido a un trámite de alguna manera burocrático; y de la conducta del imputado y su representación letrada.

A No. 195-A, párr. 30*; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993*, Series A No. 262, párr. 30).

[730] Ob cit., p. 120.

[731] Riba Trepat sostiene que hay un género de dilaciones que está a medio camino entre la omisión, entendida como ausencia total de actividad jurisdiccional, y el acto judicial expreso de contenido dilatorio; y es aquel en el que el Tribunal Constitucional español entra a valorar la trascendencia temporal en la sustanciación de un proceso como resultado de la impugnación de una resolución judicial que, por sí misma, no es capaz de producir dilación alguna, sino que únicamente sirve a la parte como vehículo formal de acceso al Tribunal. De alguna forma, el núcleo del debate constitucional en asuntos como éste, gravita en torno al contenido del deber de impulso de oficio que incumbe al órgano judicial responsable del proceso (ob. cit., p. 268).

Los primeros son:

Duración de la detención en sí misma (1)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostiene que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (cfr. "*Giroldi, Horacio D.*", 1995/07/04, La Ley, 1995-D, 462); y en tal sentido en la causa "*Bramajo, Hernán J.*" (1996/09/12, La Ley, 1996-E, 409, con nota de Francisco Javier Posse), resolvió que la validez del art. 1º de la ley 24.390 estaba supeditado a que los plazos fijados no resulten de aplicación automática por su mero transcurso, sino que debían ser valorados en relación a las pautas establecidas en los arts. 380 y 319 del Código de Procedimientos en Materia Penal y Código Procesal Penal, respectivamente, a los efectos de establecer si la detención dejaba de ser razonable.

Posteriormente agregó que, si bien el "plazo razonable" de duración del proceso penal no podía ser fijado con precisión matemática, eso no eximía al juzgador de formular argumentos racionalmente controlables, a fin de evitar que se convierta en una expresión de mera subjetividad (del voto en disidencia de los doctores Petracchi y Boggiano.[732]

La Comisión Interamericana ha desarrollado algunos aspectos de la normativa convencional; entre ellos, el derecho al plazo razonable como elemento indisoluble del debido proceso legal (art. 8º.1); el principio de inocencia (art. 8º.2); y el derecho a la libertad personal y a la razonabilidad de la duración de la detención preventiva (art. 7º.5). Con respecto al art. 7º.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —dice—, la Comisión, entre otras consideraciones sostuvo que 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; destacando "…de otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuiciaría a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad" (Informe nº 12/96, Caso 11.245).[733]

---

[732] CS, 1998/03/16, "*Kipperband, Benjamín*", *La Ley*, 2000-B, 831 [42.449-S].

[733] En la causa "*Sánchez Reisse, Leandro y otros*", explicó que el concepto de plazo razonable de detención, previsto en el art. 7º.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 9º, inc. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de jerarquía constitucional —art. 75, inc. 22, Constitución Nacional—, tiene como fundamento la injusticia que significa la morosidad en un proceso donde una persona encarcelada espera su veredicto, y tiende a acelerar el proceso penal. Con ello se debe evitar razonablemente la prisión preventiva, y dar cauce a la excarcelación durante su trámite, con subordinación a garantías que hacen a la eficacia del mismo (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo) (CS, 2000/03/14, *La Ley*, 2000-D, 394).

En consecuencia, se agregó que, en los casos de juicios de extradición en que el lapso de la detención en el exterior haya sido prolongada, cabe considerar como plazo de detención razonable sólo el tiempo de prisión preventiva como medida cautelar en el proceso penal, que es cuando se puso al imputado a disposición del magistrado competente para procesarlo y, eventualmente juzgarlo, —art. 24, Código Penal y art. 66, ley 24.767- (fallo citado).

El análisis del tiempo de detención preventiva, llevó a tener que estudiar si existe un plazo máximo de prisión para los procesados aún no condenados, circunstancia que se articula con la excarcelación del inculpado frente al delito que se le imputa.[734]

La detención preventiva se aplica sólo en casos excepcionales y su duración se debe examinar a fondo, especialmente cuando el plazo es superior al límite que estipula la ley para todo el proceso penal.

De todos modos, la prisión sin condena puede no ser razonable aunque no exceda dos años, como, asimismo, dicha detención puede ser razonable aun después de cumplido el límite de dos años.[735]

En suma, no se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea razonable "*per se*" solamente basándose en lo que prescribe la ley, sino que debe fundamentarse en la sana crítica del juez, quien llega a una decisión utilizando los criterios que establece la ley.

De igual alcance resulta el párrafo que indica la validez del art. 1º de la ley 24.390 —que autoriza al juez de grado a prorrogar excepcionalmente y por un año más la prisión preventiva de los imputados una vez superado el plazo previsto—, pues la supedita a la circunstancia de que los plazos fijados en ella no resulten de aplicación automática por su mero transcurso, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas en el Código Procesal Penal, según el caso, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable (CNCrim. y Correc., Sala IV, 1997/03/04, "*Iglesias, María M.", La Ley,* 1998-F, 883 [41.088-S]).

[734] En la causa "*Fasciutto, Julián*" resuelta por la C.Criminal y Correccional de Mar del Plata, Sala II (Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, 1997/12/05) se estableció que, la duración razonable del proceso está incluida dentro de la garantía constitucional de la defensa en juicio. Ello se encuentra reconocido por las disposiciones contenidas en los arts. 7º.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y art. 9º.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22, CN), al asegurar el derecho de toda persona detenida a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Lo contrario implica tergiversar el carácter meramente cautelar de la prisión preventiva para convertirla en una verdadera pena anticipada. Por tanto, la prisión por más de tres años y medio, sin sentencia, constituye una violación de la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Allí también se dijo que, el cese de la prisión preventiva se diferencia de la excarcelación, razón por la cual debe considerarse cancelada la fianza real oportunamente fijada, pudiendo imponerse aquellas garantías que se aplican a los casos de imputados que sufren un auto de procesamiento sin prisión preventiva.

Por eso se ha dicho que, si en el delito tipificado en el art. 165 del Código Penal, el lapso de detención preventiva ha triplicado el "plazo razonable" al cual refiere el art. 7º. 5 del Pacto de San José de Costa Rica, estimado por el tribunal en dos años, corresponde ordenar la libertad; salvo que por las circunstancias de la causa cobren virtualidad las pautas de naturaleza negativa fijada en el art. 319 del Código Procesal Penal (C.Fed. San Martín, Sala II, 1994/12/16, "*Franco, Carlos G.*", La Ley, 1995-C, 550 - DJ, 199-2-540).

[735] Esta es la lectura que hace el *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (1996/03/01, Informe 12/96, caso 11.245: Argentina, *La Ley*, 1998-D, 628), donde agrega que, si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable, y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que existe en su contra, está sustituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo, la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia, y de medio se transforma en fin.

Naturaleza del delito y la pena que tiene señalada (2)

Conviene advertir en este aspecto las sustanciales diferencias que tienen las causas, sean estas motivadas por faltas, contravenciones o delitos, pues mientras se admite en unas la suspensión del procedimiento —por la bagatela o escasa gravedad del hecho— en otras, las punitivas, puede llevar al entorpecimiento y virtual bloqueo del desarrollo del enjuiciamiento, postergando una decisión que —esté o no detenido el imputado— obliga a despejar la incertidumbre que el principio de inocencia no consigue doblegar.[736]

Efectos personales sobre el detenido de orden material, moral u otros (3)

Aquí la Corte ha dicho que, tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero, además, y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, dichos principios obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal.[737]

---

[736] Cabe aclarar que en nuestro país, la ley 24.390 es una reglamentación de la ley 23.054, que consagra el derecho de ser juzgado dentro de un plazo razonable. La norma internacional abre la alternativa entre la celeridad del proceso penal y el derecho a estar en libertad, por ello no impone la excarcelación automática en un plazo inexorable, dejando margen para la reglamentación legal de los requisitos de la excarcelación en el derecho interno (del voto en disidencia del doctor Rudi) (C.Fed. San Martín, Sala II, 1994/12/16, "*F., C. G.*", ED, 161-579). En consecuencia, para establecer la duración razonable del encarcelamiento preventivo deben tenerse en cuenta, por un lado, aquellos *límites absolutos* como el principio de proporcionalidad, por el cual no se puede prolongar la prisión preventiva excediendo el plazo de la pena privativa de libertad prevista para el delito; y por otro, *límites relativos*, constituidos por la complejidad e implicancias del caso, actividad de los órganos judiciales y la conducta procesal del acusado (T. Oral. Crim. Fed. Mar del Plata, 2000/08/17, "*N. Ch., C.", La Ley*, 2001-B, 354, con nota de José I. Cafferata Nores - DJ, 2001-1-1071).

Pero si bien es cierto que la aplicación de la ley 24.390, en cuanto determina el plazo razonable de prisión preventiva, ha de conjugarse con las normas aplicables a la excarcelación, también lo es, que para ello dicho término debe haber sido prorrogado al tiempo de operar su vencimiento (CNCrim. y Correc., Sala VII, 1998/03/12, "*Restivo, Jorge O.*", La Ley, 1998-E, 685).

Problema éste bastante complejo, tanto en materia civil como penal, pues como sostiene Albanese, la Corte Europea de Derechos Humanos argumenta que en el orden sustancial el punto de partida para la evaluación del "plazo razonable" debe comenzar el día en que se acude a la jurisdicción competente (caso Buccholz, 1981/05/06); mientras que en materia penal, se trata de saber a partir de cuándo una persona se encuentra delante de una "acusación": puede ser el momento del arresto (caso *Wemhoff*, 1968/06/27, caso Corigliano, 1982/12/10); de la acusación (caso *Neumeister*, 1968/06/27); de la iniciación de incidentes preliminares contra el presunto acusado (caso *Ringeisen*, 1971/6/16); de la fecha en la cual el presunto acusado recibe la notificación de una orden de arresto (caso *Eckle*, 1982/7/15), entro otros momentos a tener en consideración (ob. cit., p. 166).

[737] Fallos, 272:188, "*caso Mattei".*

En suma, debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional (Argentina), el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que…ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.[738]

Dificultades de la instrucción del proceso (4)

En estos casos se trata de equilibrar la complejidad de la instrucción sumarial con el tiempo de la detención preventiva.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho que "no es legítimo invocar la complejidad de un caso y las necesidades de investigación en el curso del proceso, de manera general y abstracta, para justificar la imposición de prisión preventiva, ya que debe existir un peligro efectivo de que tal investigación sea impedida por la liberación del acusado.

> Toda persona que se encuentra privada de libertad tiene derecho a que su caso sea analizado con prioridad, y que se imprima una diligencia especial en su tramitación. De esta forma, el poder del Estado para detener a una persona en cualquier momento del procedimiento constituye el fundamento principal de su obligación de sustanciar tales casos dentro de un plazo razonable (CIDH, 1997/3/11, Informe 2/97).[739]

---

[738] Riba Trepat explica que la noción de rapidez se debe asociar también a la tutela judicial efectiva, porque la permanencia de incertidumbre conspira con la garantía de seguridad que el proceso debe ofrecer. Así sostiene que existe una idea de equilibrio entre la actividad procesal tendiente a determinar la verdad jurídica subyacente en el caso se sustancia, y el tiempo invertido en la resolución del mismo. Todo lo cual necesariamente conduce a la identificación, en dicha noción constitucional, del principio de economía procesal, entendido como factor de ponderación jurídica que articula e integra los diferentes derechos contenidos en el art. 24 (Constitución española), para que obedezcan a un fin último, cual es la eficacia del proceso como instrumento indispensable para una verdadera realización de la Justicia (ob. cit., pp. 176 y ss.).

[739] La Corte nacional por su parte, admite que, la morosidad que tiende a evitar el principio de plazo razonable establecido por el art. 7º, inc. 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se refiere al trámite del proceso, pero no a las demoras que sufre por complejos y delicados trámites de extradición, en los que no se puede avanzar en el juicio del imputado, pues en nuestro sistema procesal penal está prohibido celebrarlo en ausencia —art. 290, Código Procesal Penal y 151, Código de Procedimientos en Materia Penal— (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo) (CS, 2000/03/14, "*Sánchez Reisse*, *Leandro y otros*", *La Ley*, 2000-D, 394).

En la causa se observó que las circunstancias habían dado lugar a complicados trámites de extradición que no fueron ajenas al imputado, incidiendo directamente en la demorada tramitación del proceso, por lo cual no correspondía atribuir los retardos sufridos exclusivamente a los tribunales a los fines de evaluar el plazo de detención razonable previsto en la ley 24.390 (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo) (CS, 2000/03/14, causa antes citada).

Atinadamente, el voto del señor Presidente de la Cámara de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, sostiene que la noción de plazo razonable cede ante la de seguridad de comparecencia en juicio, puesto que ese es el texto del inciso 5 del artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica. Pero esa interpretación hace que prevalezca —dice Federico Domínguez— este valor "seguridad de sometimiento a juicio" por encima de otros que son los que sustentan el valor plazo razonable. Más claramente, por virtud de la operancia del principio de inocencia, la norma en materia de sometimiento a proceso penal es la

La actitud de la autoridad judicial en el trámite del expediente (5)

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe 12/96, había sostenido que la detención preventiva representa la privación de la libertad de una persona que todavía goza de la presunción de inocencia, por ello debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que la libertad condicional de un acusado pueda convertirse en un riesgo significativo.

Afirmó, además, que se viola la norma del art. 7º.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativa al derecho a la libertad personal de los procesados, cuando éstos fueron retenidos en prisión preventiva más allá de un plazo razonable, y el Estado no empleó la debida diligencia en los procedimientos respectivos.[740]

De ambos conceptos, se reconoce la imposibilidad de traducir el concepto "plazo razonable" utilizado por el art. 7° inc. 5° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos art. 75 inc. 22, Constitución Nacional en un número fijo de días, meses o años, o en variar la duración según la gravedad de la infracción, sino que hay que tener en cuenta la complejidad de los acontecimientos analizados, el número de personas involucradas y otras circunstancias; como que en varias oportunidades el legajo haya necesitado el pronunciamiento del tribunal de alzada.[741]

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.[742]

En materia civil los principios no son diferentes, aunque se puedan encontrar distancias respecto al tiempo preciso que debe tener un determinado procedimiento.

---

libertad. Ello no sólo resulta de la interpretación progresiva de las normas constitucionales de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y 21 de la Constitución de la provincia, sino —ahora— de las expresas mandas de los arts. 1º y 144 del Código de Procedimientos Penal (Causa 25/98, Boletín de Jurisprudencia nº 95 del Colegio de Abogados de La Plata).

También se sostiene que, el legislador en el inc. 6° del art. 379 mencionado ha entendido que los procesos deben tener un plazo razonable de duración, pero ello debe guardar correspondencia con la factibilidad de sustanciación futura de la causa, lo que no se da cuando el expediente ha sido destruido o extraviado, por lo que corresponde la excarcelación del encausado (CNCrim. y Correc., Sala II, 1990/04/04, "*Valenzuela, Gustavo E.", La Ley*, 1990-D, 530).

[740] Informe 2/97, 1997/03/11, *La Ley*, 1998-D, 683.

[741] CNCrim. y Correc., Sala IV, 1997/08/05, "*Kipperband, Benjamín*", *La Ley*, 1999A, 493 (41.208S)

[742] De otro modo, como ya se adelantó, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad, cuando, conforme con las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad (1996/03/01, *Informe 12/96*, caso 11.245: Argentina, *La Ley*, 1998-D, 628).

Si bien no hay plazos ni términos, se considera que se ha llevado por demasiado tiempo el expediente que prolonga el proceso por más de cinco años, sin que se haya dictado sentencia de término (informe anterior citado).

Temperamento que asume la jurisprudencia al sostener que, la prolongación del proceso por más de cinco años sin que se haya dictado sentencia constituye una violación del derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro del plazo razonable que establece el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CNFed. Crim. y Correc., Sala I, 1998/09/25, "*Fridman, Salomón*", *La Ley*, 1999C, 266).

Partiendo de los planteos antes efectuados, existen condiciones necesarias para evidenciar las dilaciones indebidas (injustificadas) del Juez o Tribunal. No se trata únicamente de sancionar la conducta omisiva, ni la pasividad o lentitud asumida en el trámite, sino de advertir que el deber de respuesta judicial oportuna se desvirtúa por la inacción *in tempore*.[743]

La actuación de estas autoridades durante todo el procedimiento (6)

La complejidad de la causa no exime ni excusa al Juez para alcanzar una decisión oportuna, de modo tal que las dificultades de sustanciación no son motivos para facilitar la lentitud jurisdiccional.

De todo ello surge que el respeto hacia el tiempo procesal justo, en materia punitiva, comienza desde que una persona conoce de la acusación, lo cual puede ser anterior al mismo enjuiciamiento (supuestos de arresto, instrucción preliminar, averiguación previa, etc.) y se confronta con la duración del procedimiento.

El informe de la Comisión Interamericana sobre Argentina, expuso claramente que, la detención preventiva representa la privación de la libertad de una persona que todavía goza de la presunción de inocencia por ello, debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que la libertad condicional de un acusado pueda llegar a convertirse en un riesgo significativo.[744]

---

[743] El Tribunal Constitucional español dice respecto a un proceso examinado, que en él se han producido actuaciones redundantes e inútiles que provocaron una zigzagueante tramitación, de tal manera que el retraso ocasionado es imputable total y exclusivamente a la burocracia judicial, cuya despreocupación en este caso fue la causa de que se prolongara indebidamente una situación tan penosa como la estancia en una cárcel, cuando ello se pudo haber evitado desde el principio (TC, sentencia del 17 de enero de 1994, *cfr*. RIBA TREPAT, ob. cit., pp. 164 y ss.).

[744] La privación de libertad previa a la sentencia no debe basarse únicamente en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social (1996/03/01, *Informe 12/96,* caso 11.245: Argentina, *La Ley*, 1998-D, 628). Agregó, también que [...] no se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea razonable "*per se*" solamente basándose en lo que prescribe la ley, sino que debe fundamentarse en la sana crítica del juez, quien llega a una decisión utilizando los criterios que establece la ley.

La decisión de mantener la prisión preventiva del imputado en el caso, como resultado de sus condenas previas, vulnera el principio de presunción de inocencia —protegido por la Convención América de Derechos Humanos—, así como el concepto de rehabilitación en el derecho penal, pues fundar en dichas condenas previas la culpabilidad de un individuo o la decisión de retenerlo en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo. Una vez que la persona condenada ha cumplido su sentencia o ha transcurrido el período de condicionalidad, debe restablecerse a dicha persona en el goce pleno de todos sus derechos civiles.

La restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, por ello la razonabilidad y proporcionalidad se pueden determinar únicamente por la vía del examen del caso específico. En el caso, la inspección vaginal de las visitantes que ingresan a la penitenciaría —realizada por los agentes del Servicio Penitenciario Federal— es mucho más una medida restrictiva, pues implica la invasión del cuerpo de la mujer, por lo que el equilibrio de intereses que se debe hacer, al analizar la legitimidad de dicha medida, necesaria-

En suma, es oportuno precisar el concepto de dilación, caso por caso, de forma tal que permita discernir algunas pautas sobre lo que debe entenderse por razonabilidad de los tiempos de duración de un proceso, y el significado y alcance de su exceso. Además, permite descubrir cuando esa dilación es indebida, por superar negativamente todos los criterios de justificación y pertenecer al ámbito de diligencia exigible a los tribunales de justicia, con abstracción de la laboriosidad de su titular.[745]

Conducta del acusado (7)

Este es un argumento que se aplica en sentido inverso al principio; es decir, si es el mismo acusado quien no colabora para la celeridad en el trámite, su propia conducta no puede aplicarse como argumento en favor de encontrar dilaciones indebidas en el proceso. Son los supuestos clásicos de quienes se pretenden amparar en los beneficios de la eximición de prisión sin haberse puesto a disposición de las autoridades jurisdiccionales.

La razonabilidad del principio tiene fundadas resistencias. En este aspecto se ha dicho que, no se advierte la necesidad de que a quien se le haya revocado la excarcelación o la eximición de prisión deba constituirse como detenido para peticionar su libertad, pues la concesión del beneficio de disfrutar de ella mientras dure el proceso no depende de que el procesado la pida desde el encierro, sino de las prescripciones permisivas del ordenamiento iguales, como ya se dijo, para uno y otro instituto. Por otra parte, la ley no autoriza a hacer distinciones, pero si alguna duda subsistiere al respecto, el espíritu de aquélla indica que debe evitarse todo encarcelamiento inútil.[746]

En materia civil, el problema de las demoras injustificadas deben ponerse en paralelo con la interpretación judicial que se tenga respecto al deber de instar el proceso, la pertenencia del objeto procesal y, en mayor medida, el sentido que se asigne a la garantía de la defensa en juicio.

---

mente requiere sujetar al Estado a una pauta más alta con respecto al interés de realizar una revisión vaginal o cualquier tipo de requisa invasiva del cuerpo.

[745] Una vez más dice el Tribunal Constitucional español que, en estos casos, sólo al órgano judicial es reprochable el retraso. Que éste sea imputable al titular del órgano judicial, o sea producto de defectos estructurales o de organización carece de relevancia para apreciar la lesión del derecho fundamental (TC, sentencia del 5 de mayo de 1990). De este modo, dice Riba Trepat, se institucionaliza la imputación de la violación del art. 24.2 de la Constitución, de manera que, en principio, se objetivaría la responsabilidad derivada del ilícito procesal (ob. cit., p. 276).

[746] Del voto en disidencia del doctor Gómez (CNCrim. y Correc., Sala III, 1980/11/21, "*Castellanos, Luis M. R.*", JA, 981-II-140). Con el art. 379 del Código de Procedimientos Penal, texto según ley 23.050, se introduce un nuevo régimen dirigido a liberalizar el instituto de la eximición de prisión y de la excarcelación, estableciendo como límite para su procedencia, —en los casos en que la pena a aplicar supere los ocho años—, que de acuerdo a las circunstancias del hecho y las características personales del procesado, pudiera corresponder condena de ejecución condicional.

Pero, necesario es concluir que tal factibilidad debe ser apreciada desde la óptica de los arts. 26 y 27 del Código Penal (del voto del doctor Roldán) (CNPenal Económico, Sala III, 1984/09/13, "*M., R. M.", La Ley*, 1985-C, 127 - ED, 112-317).

En efecto, la dinámica procesal permite considerar como se dijo al comienzo, dos posiciones claves en la cuestión. Quienes dicen que el proceso es cosa de partes, no autorizarían bajo ningún concepto que se pudiera sancionar la demora judicial o la inactividad de las partes; mientras que el sector que procura el activismo judicial —donde predicamos—, estima que el control y dirección del Juez es imprescindible, y obliga a cumplir tiempos y responsabilidades para los litigantes y para el mismo órgano jurisdiccional, porque el plazo razonable se concibe en términos de solución justa, equitativa y oportuna.

La defensa en juicio es otro aspecto de una misma cuestión. Nuestro sistema procesal permite repetir actuaciones inoficiosas y desgastantes que se amparan en el derecho de postulación, alegación y réplica, exagerando demasiado los tiempos procesales que se dilatan ante la obligación de sustanciar. Si a ello se agrega el poco, escaso o nulo control judicial —oportuno—, observaremos que la dilación procesal y todas las demoras tienen justificaciones formales, pero inapropiadas en el marco actual donde se emplaza el debido proceso constitucional.

El principio de colaboración debiera revertir la noción de lucha en el proceso, y aunque esto pueda verse como un desatino teórico, no está lejos del fin último que la justicia persigue: alcanzar la verdad y resolver con justicia dando satisfacción a cada litigante. De otro modo, pervive el criterio respecto a unos ganan y otros pierden y ambos salen insatisfechos por circunstancias diversas.

Por eso, si la conducta procesal tiene consecuencias, será posible remediar la eficacia de sus actuaciones en orden a mejorar los tiempos y pese a que se diga que ello es un acto propio del autoritarismo judicial. Por otro lado, cuando la prolongación judicial sea fruto de la inadecuada actuación del Juez o del Tribunal, el comportamiento de las partes no tendrá importancia porque el impulso ha de ser de oficio, y aunque no lo sea, será deber judicial encontrar en los principios procesales enunciados al comienzo, las pautas certeras para alcanzar una sentencia oportuna.[747]

162. Autonomía de la garantía

162.1. Si dejamos sentado que el plazo razonable define un derecho subjetivo nuevo que tiene todo litigante para que su conflicto sea resuelto en tiempo razona-

[747] Esta es la tendencia que trae el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar sobre hechos concretos la noción de "plazo razonable". Sea como fuere —dice Riba Trepat—, lo cierto es que el planteamiento que actualmente subyace en la doctrina constitucional en materia de dilaciones indebidas se ha subjetivizado de tal forma que en realidad el carácter indebido de la dilación descansa en el agente de la produce; de modo que si se entiende que la misma obedece al comportamiento de la parte, se resuelve desestimando el recurso. Por el contrario, cuando de las circunstancias del caso, más allá de la mera contemplación de su dimensión temporal, se llega a la convicción de que el recurrente en nada interfirió respecto al desarrollo del proceso, se imputa al órgano judicial y, en consecuencia, se declara la lesión del art. 24.2 de la Constitución (ob. cit., pp. 177 y ss.)

blemente oportuno; cabe también proyectar el análisis a una segunda línea de investigación que consiste en resolver si el derecho a la tutela judicial efectiva, que reiteramos tiene correspondencia con nuestro derecho al amparo (art. 43, Ley Fundamental de Argentina), es independiente del derecho a obtener sentencia en un plazo razonable.

La conexión parece obvia pero no lo es tanto cuando se trata de perseguir la rapidez como un objetivo para todo proceso. En efecto, el contenido de una y otra garantía se autoabastecen y retroalimentan, llegando a confundirse en algunas circunstancias; por ejemplo, cuando la sentencia tarda en llegar y se pierde el interés en la resolución definitiva por haber devenido abstracta.

162.2. Pero el plazo razonable, si bien no tiene reglas de medición ni es conveniente que las tenga, sí encuentra parámetros con las dilaciones indebidas. Éstas tienen reconocimiento en los Tratados y Convenciones antes citados, y establecen el derecho que se propicia aunque no se refieran expresamente al cumplimiento estricto de los plazos procesales. Por ello, no cualquier violación en los términos (*v. gr.:* el plazo de prueba será de cuarenta días, y en los hechos supera holgadamente este espacio temporal) supone violar la garantía del plazo razonable, pero sirve para advertir si la demora sucede por un motivo indebido de dilación estructural o provocada por las partes.

La tutela judicial efectiva se integra en el conjunto de requisitos constitucionales y supranacionales que venimos destacando: acceso a la justicia, juez independiente e imparcial, juicio justo y sin abyectas solemnidades, sentencia fundada y ejecución posible, todo en el marco de una dimensión temporal que sea razonable. Este marco de garantías mínimas no se ciñe ahora al clásico perfil del art. 18 de la Constitución Nacional, porque debe cubrir dichas exigencias que se integran como componentes actuales de esa obligación se preservar el derecho a la protección judicial efectiva.

Tampoco se trata de crear en el derecho un contenido inasible, como tampoco provocar una reglamentación que lo torne estéril. La razonabilidad sigue siendo el molde donde adaptarse. En ese grupo contextual se inserta el *plazo razonable* como derecho autónomo a reclamar una indemnización del Estado cuando la demora en dictar sentencia, o habiéndola dictado, excede todo límite tolerable.

162.3. La independencia conceptual no impide espejar ambas circunstancias: *si el proceso se interpreta vulnerado en su eficacia por la resolución adoptada fuera de los tiempos considerados como razonables; al mismo tiempo se afecta la garantía a la tutela judicial efectiva; mientras que la situación inversa no es igual*. Simultáneamente, considerar que es éste un derecho de contenido indemnizatorio supone limitar su alcance y eficacia, al dejarlo yacente en el campo de lo puramente individual y como derecho subjetivo privado.

Los derechos entendidos como pretensión de reparación de la injusticia tienen sólo un valor transitorio, dice Zagrebelsky, por cuanto persiguen la vigencia del orden justo y pierden significado una vez alcanzado el resultado. En ese momento, los de-

rechos en sentido subjetivo están destinados a confundirse con el derecho objetivo.[748] En una situación de justicia realizada, si se debe algo a alguien no es porque éste tenga un *derecho*, en el sentido de una pretensión de su voluntad, sino porque eso viene impuesto como deber por el orden del ser. Son los deberes de todos hacia los demás los que están destinados a asentarse de una manera estable, como situación empírica permanente. En otras palabras, en las sociedades justas la categoría dominante es la de los deberes, no la de los derechos.[749]

Si se trata de definir (o encontrar) la longevidad de un proceso judicial, lo es para resolver la crisis que lo lleva a esa situación; como para resolver el daño sufrido por quien lo padece. Lo primero es de política judicial donde el sistema organizacional trasciende el espacio de estos comentarios; en cambio, para deducir si un proceso devino irrazonable por la pauta temporal cumplida, tiene consideraciones de posible comprensión.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos marca conductas a considerar, que en alguna medida hemos desarrollado como los *siete criterios* de dilaciones indebidas en el proceso penal. La diferencia está en que se extienden los presupuestos a todo tipo de procesos. Dichos estándares procuran establecer cuando aparece violado el principio del plazo razonable; y que perjuicios tiene o provoca al que afirma dicho resultado. Ellos son: *a)* la complejidad de la causa; *b)* la conducta de las partes en el proceso; *c)* el análisis de la función jurisdiccional, y *d)* las consecuencias que tiene la demora.[750]

a) *Complejidad de la causa. Dificultades intrínsecas*

Varias veces se ha dicho que no se puede válidamente confrontar los tiempos previstos para el desarrollo del procedimiento con los acaecidos en el devenir judicial de la causa, para deducir de ellos la aplicación de la regla del plazo razonable. Los retrasos judiciales tienen que ser imputables, lo que no sucede cuando se aprecian factores extraprocesales que explican las demoras.

La Corte Nacional de Argentina, por ejemplo, sostuvo que, la gravedad, complejidad y especificidad de los sucesos investigados con motivo del atentado perpetrado contra la Embajada de Israel, así como la extensión del sumario instruido hasta la fecha, y la posible vinculación de la causa con diferentes expedientes judiciales en

---

[748] ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil,* cit., p. 36.

[749] *Ibidem*, p. 37.

[750] Dice Vallespín Pérez que el Tribunal Constitucional español agregó un quinto elemento: *la duración media de los procesos del mismo tipo.* Condición que tiene gran resistencia en la doctrina, porque como apunta Díez Picazo, el carácter indebido de una dilación no puede hacerse depender de la estadística ni del mejor o peor funcionamiento de la administración de justicia. Es más, la incorporación del criterio del estándar medio de la duración de los procesos entre en contradicción con el resto de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre dilaciones indebidas, pues es incongruente predicar, de una parte, que la avalancha y acumulación de asuntos o las deficiencias estructurales no son justificación de las dilaciones; y, de otra, afirmar que la razonabilidad o no de una demora depende, entre otras cosas, de la duración media de los procesos de un tipo (DIEZ PICAZO, Ignacio, *Poder Judicial y responsabilidad,* La Ley, Madrid, 1990, p. 87; *cfr*. VALLESPÍN PÉREZ, ob. cit., p. 90).

trámite ante otros tribunales, exige la creación de una estructura especializada y con dedicación exclusiva, para agilizar la pesquisa. Así, por medio de la acordada 26/97, se dispone la creación de la secretaría especial para la sustanciación de dicha causa.[751]

La complejidad de la causa es un concepto que se relaciona con los hechos y con la prueba, que suponen tener que invertir un esfuerzo mayor al que normalmente tiene la etapa probatoria, o la interpretación de las circunstancias que concomitan en la litis. No se trata, claro está, de asignar demora imputable al Juez que aplica el Código a pie juntillas, porque en definitiva, es el sistema procesal que impera y tiene que respetar.[752]

Hay situaciones donde el exceso en las facultades judiciales puede ocasionar una rémora atribuida a dichas potestades. En este aspecto se afirma que, en caso de procedencia de la acción de amparo por mora de la administración, el plazo que se determina para que ésta se expida no obedece a cánones fijos, sino que responde a una estipulación prudencial del juez de la causa, sobre la base de la naturaleza o complejidad de las tramitaciones pendientes. No obstante ello, el ejercicio de tales atribuciones jurisdiccionales no puede aparejar que el tribunal amplíe los plazos para que las oficinas técnicas de la comuna laboren en mejores condiciones, cuando esa concesión se hace a costa de los padecimientos del administrado, que por el solo hecho de pagar sus contribuciones e impuestos, tiene derecho a la prestación de un servicio adecuado en el que está comprendido el despacho en tiempo propio de los expedientes administrativos.[753]

La complejidad requiere de lecturas flexibles, porque no se pueden dar reglas generales ni aplicar criterios estancos. Por ejemplo, la complejidad de la investigación de los hechos en averiguación en la causa y el gran número de implicados, no pueden ser obstáculo para que sea llevado a juicio un caso perfectamente deslindado de las investigaciones pendientes y de los trámites respecto de otros imputados.[754]

---

751 CS, *Embajada de Israel*, 1997/08/12, *La Ley*, 1997-E, 98 - DJ, 1997-3-306.

752 Por eso, se afirma que corresponde desechar la imputación relativa al excesivo formalismo y retardo de justicia atribuidos al magistrado, cuando la complejidad de la causa e incluso la propia negligencia del letrado al formular sus peticiones, explican el prolongado trámite de las inhibiciones y del embargo decretado, pero no autorizan a presumir anomalía alguna (CS, *Lona, Ricardo*, 05.07.1979, *La Ley*, 1979-C, 466 - Fallos, 301:1242).

753 CNCiv., Sala A, *Ceriani, Benjamín V. c. Municipalidad de Buenos Aires*, 27.05.1996. *La Ley*, 1997-F, 942 (39.999-S).

754 CNPenal Económico, Sala A, *García, Gustavo A.,* 30.05.1997, *La Ley*, 1997-E, 422 - DJ, 1997-3-928). Asimismo, no se configura defecto en la administración de justicia si las demoras no son imputables a los funcionarios judiciales o la ausencia de ellos, máxime, si el proceso duró casi 5 años debido a la complejidad de la causa y a la cantidad de medidas de prueba, por aplicación del art. 442 Código Procesal que excluye expresamente del cómputo de plazos del art. 701 del mismo cuerpo legal las demoras causadas por articulaciones de las partes, diligenciamiento de oficios o exhortos, realización de peritaciones u otros trámites necesarios, cuya duración no dependa de la actividad del juzgado (CNFed. Civ. y Com., Sala III, *Rosa, Carlos A. c. Ministerio de Justicia y otro*, 02.05.1997, *La Ley*, 1998-B, 561).

En la misma senda transitan los plazos acordados desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se ha de indicar que el plazo máximo de duración de dos años que prevé el art. 1° de la ley 24.390 (de acuerdo con las recomendaciones oportunamente dadas por la CIDH) respecto de la prisión preventiva no es absoluto, por cuanto la misma norma faculta la prórroga de dicho lapso cuando sean varios los delitos que se endilguen o bien cuando así lo exija la complejidad de la causa.

Finalmente cabe agregar que, la dificultad que tenga el trámite debe apreciarse objetivamente, sin que ello impida encontrar casos de dilaciones indebidas en alguna etapa del conjunto (*v. gr.:* un proceso puede tener lentitud sin constituir *in totum* un plazo irrazonable, y llevar varios años esperando la decisión del Superior Tribunal de la causa, constituyendo esa instancia un retraso temporal imputable a un órgano en particular).

b) *Conducta de las partes*

El proceso judicial tiene reglas temporales y principios que afirman la conducta leal, proba y honesta de los litigantes. En líneas generales, la buena fe en el proceso supone que las partes ejercitarán su respectivo derecho de defensa sin excesos ni abusos.

La mala fe, a *contrario sensu*, es una noción compleja. Para advertirla en el litigio, es menester atender su componente subjetivo, consistente en la intención o conciencia de perjudicar o engañar, y su elemento objetivo, es decir, la imprescindible manifestación externa de esa conciencia dolosa.

Ambas relaciones coinciden con el concepto ético social que comprende la buena fe. El elemento ético sería la mala intención o conciencia de la propia sinrazón; y el valor social, la actuación de la parte demostrada en sus propios actos. Por eso, en el derecho procesal, la intención no es causa bastante para sancionar, aunque debe recordarse que […] "la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones" (art, 163 inciso 5º, Código federal de Argentina).

Ahora, si la buena fe es la justa opinión de que lo que se ha hecho o se tenía el derecho de hacer; la presunción de buena fe, no es más que un principio general, del cual cabe apartarse, no sólo cuando se proporciona la prueba de la mala fe —que puede ser a través de presunciones graves, precisas y concordantes— sino también cuando las circunstancias del caso demuestren que la *bona fides* no puede haber existido.

En tal sentido, quien ha urdido con sus actos una prolongación innecesaria del proceso (malicia, en sentido estricto) no puede reclamar después por la demora inusual, y menos aun, pretender beneficiarse con una reparación indemnizatoria.

De esta conclusión surge que un litigante va contra sus propios actos cuando intenta formular una pretensión, dentro de una determinada situación litigiosa, que no es compatible con su obrar primero.

La doctrina de los actos coherentes se ampara en la buena fe, en cuanto el ordenamiento jurídico impone a los sujetos el deber de proceder, tanto en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas como en la celebración y ejecución de los negocios jurídicos, con rectitud y honradez.

Esta política, extendida al proceso, significa que la pretensión marca el hilo conductor de un juicio, condicionando a las partes y al juez, en razón del principio de congruencia, a ajustar sus intervenciones a los hechos y al derecho suscitado en la instancia.

c) *Análisis de la función jurisdiccional*

Las demoras procesales, a veces, son producto de la actividad del órgano jurisdiccional. Ello puede tener dos ángulos de observación: o se limita al caso concreto medido en su dimensión de tiempo y espacio; o se analizan otras circunstancias coadyuvantes en la rémora, como las deficiencias estructurales o la coyuntura afrontada (*v. gr.:* juicios de amparo promovidos en Argentina a consecuencia de las medidas económicas dispuestas a fines del año 2.001).

El primer supuesto tiene consideración jurisprudencial en el caso "*Mattei*"[755] donde la Corte destaca que, debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener —luego de un juicio tramitado en legal forma— un pronunciamiento que definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.[756]

Desde otra perspectiva, se piensa que la insuficiencia de medios económicos, la ausencia de infraestructura, la imposibilidad de afrontar situaciones de emergencia, sin contar otras deficiencias estructurales y normativas, son fundamentos que impiden imputar responsabilidad a los jueces por las demoras incurridas en la sustanciación y resolución de un litigio.

Esta es una posición más flexible que permite distinguir entre aquellas situaciones pasajeras que surgen como consecuencia de un imprevisto y extraordinario aumento del número de procedimientos en determinadas jurisdicciones y órganos

---

[755] Fallos, 287:299.

[756] También se afirmó que, como la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no puede traducirse en un número de días, meses o años; sin embargo hay algunos factores insoslayables para saber si se ha conculcado la garantía a obtener un juicio rápido: la duración del retraso, las razones de la demora y el perjuicio concreto que al imputado le ha irrogado dicha prolongación (del voto en disidencia de los doctores Fayt y Bossert (CS, *Kipperband, Benjamín*, 16.03.1998, *La Ley*, 2000-B, 831 [42.449-S]).

En el caso "*Cantos*", la Corte Interamericana afirmó al analizar la conducta de las autoridades competentes, que no era un plazo razonable los 10 años transcurridos desde la presentación de la demanda hasta la resolución emitida por la Corte Suprema. Además, la Comisión advirtió que el expediente judicial estuvo un año fuera de la Corte Suprema de Justicia, y ésta, a su vez, demoró otro año en resolver la última solicitud sobre el beneficio de litigar sin gastos; mientras tanto, expidió el auto para dictar sentencia y emitió ésta un año después.

judiciales; y aquellas otras, de carácter prolongado y estructural, que se producen tan sólo a partir de la inactividad del órgano judicial, que sin justificación alguna deja transcurrir el tiempo sin impulsar de oficio el procedimiento, sin emitir su resolución de fondo u omitiendo la adopción de medidas oportunas y adecuadas para lograr la satisfacción real de las pretensiones de las partes.[757]

No obstante, cuando se aplica este criterio también suele derivarse la responsabilidad hacia el Poder Ejecutivo, por no haber aportado soluciones presupuestarias y, en consecuencia, haber contribuido a las dilaciones provocadas en los procesos judiciales.

Dice Vallespín Pérez que:

> el Tribunal Constitucional español sintetiza el problema en tres factores: *a)* el carácter indebido de la dilación no exige negligencia del juez en la protección del retraso; *b)* la acumulación de asuntos que pueda exculpar al juez no justifica la dilación en la producción del retraso; y *c)* la carencia de medios estructurales de los órganos judiciales no puede ser esgrimida como elemento de carácter exculpatorio.[758]

d) *Consecuencias de la demora. Reparación y prevención del daño*

Las demoras en el trámite judicial que lo llevan a desarrollarse en un plazo irrazonable, obliga a resarcir a la víctima, que se ampara en el principio "el daño injustamente causado origina el deber de reparar".

Al referir al plazo razonable, la imputación de los factores de postergación que viola la oportunidad temporal para conseguir resultados útiles y efectivos, no se considera únicamente con la terminación del proceso. En efecto, también las etapas pueden balancear el tiempo aplicado, de manera que la reparación pensada al inicio, puede tornar hacia otra pretensión, de carácter preventivo, que busca evitar el daño.

De este modo, en lugar de pagar una indemnización que sustituye el dolor a cambio de una suma de dinero, aparece la denominada tutela inhibitoria que pretende impedir el perjuicio derivado de un daño potencial.

El tránsito de la reparación *ex post facto* a la prevención del daño, supone al mismo tiempo, modificar el eje de atención normativo. Mientras *ab initio* se castigó al autor del ilícito, actualmente se atiende la situación de la víctima. De este modo, el derecho a la indemnización que era un valor equivalente a la ponderación del daño sufrido, ahora se convierte en un derecho creditorio que persigue garantir en su integridad al derecho en sí mismo.

La relación daño efectivamente sufrido igual a derecho a la reparación, pierde consistencia en este fenómeno que visualiza la asignación de responsabilidad allí donde haya la probabilidad de un daño injusto, difuminando el sentido objetivo antes consagrado.

---

[757] Caso *Neumeister*, sentencia de la CEDH, del 27 de Junio de 1968; *cfr*. caso *Buchholz* del 6 de mayo de 1981).

[758] Ob. cit., p. 143.

Con este mecanismo, la idea fuerza que impulsa el principio de "*plazo razonable*", se adecua mejor al destino pensado. Es decir, antes que reparar el perjuicio sufrido, es mejor prevenir la repetición de las demoras inusuales o provocadas en el procedimiento judicial.

Teniendo en cuenta la dimensión constitucional del problema, las posibilidades de actuar con el principio mentado pueden perseguir: *a)* la satisfacción económica por la rémora judicial; o *b)* impedir la continuación o repetición del plazo procesal excedido e irrazonable.

El peligro de daño debe ser acreditado sin necesidad de forzar el proceso de prueba, pues debe ser manifiesta la gravedad del hecho o estar apoyado en una fuerte probabilidad para que suceda.[759]

163. Extensión del plazo razonable al proceso constitucional

163.1. Así como el concepto repetido de dilaciones indebidas se tiene como pautas de medición para el plazo razonable; también las materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, son llevadas al terreno de la solución en tiempo oportuno.

Dice la Comisión Interamericana que el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal.[760]

Una vez más se aplica en Argentina el art. 43 de la Constitución Nacional (que empalma con los arts. 8.1 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica), imponiendo el derecho de *toda persona* a un *proceso rápido y expedito*. Además, como el plazo razonable integra los contenidos esenciales del debido proceso, no se podría interpretar

---

[759] En la doctrina del Tribunal Constitucional español es posible distinguir tres niveles diferentes referidos al supuesto de retraso que pueden ser extrapolados a todo caso de funcionamiento anormal: el primero, constituido por la simple irregularidad procesal, que no goza de la consideración de funcionamiento anormal indemnizable cuando no exceda de las cargas o molestias inherentes al desarrollo de la actividad en cuestión; el segundo, aquél en que tienen cabida los casos en los que existen irregularidades procesales o con incidencia en el proceso que alcanzan a ser configuradas como funcionamiento anormal indemnizable al concurrir los requisitos indispensables para ello; y el tercero, que incorpora aquellas irregularidades procesales o con incidencia en el proceso que comportan la vulneración de un derecho fundamental, que son también funcionamiento anormal, como ocurre en los casos de apreciación de las dilaciones indebidas (*cfr*. VALLESPÍN PÉREZ, ob. cit., pp. 118 y ss.).

[760] Opinión Consultiva 11/90; 10 de agosto de 1990. Asimismo, el artículo 8.1 establece el derecho que tiene toda persona de ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente. El derecho a un proceso "dentro de un plazo razonable" que prevé la Convención Americana se fundamenta, entre otras razones, en la necesidad de evitar dilaciones indebidas que se traduzcan en una privación y denegación de justicia en perjuicio de personas que invocan la violación de derechos protegidos por la referida Convención (dictamen de la Comisión del 15 de octubre de 1996, *in re* "*Gral. Gallardo, José Francisco*").

un sistema procesal diferente según la fisonomía del problema o el interés que en el mismo se ponga.

163.2. Con insistencia destacamos la inconveniencia de establecer pautas temporales para indicar la aparición del plazo irrazonable en la duración de los procesos.

Inclusive, el mismo sentido de las palabras "*plazo razonable*" deja abierto el camino para la amplitud interpretativa; y hasta sería imprudente propiciar reglas o principios que con el devenir y progreso de las instituciones lleve a su misma contradicción. De algún modo, el *plazo razonable* es un concepto abierto, como lo son la moral, las buenas costumbres, el buen padre de familia, el orden público, y otras tantas voces donde la indefinición muestra la incapacidad del legislador para encontrar precisión conceptual, o quizás, porqué no también, el mensaje implícito de impedir bloqueos lingüísticos donde se necesita libertad y criterios amplios.

Vale decir que la idea se concreta como un derecho en permanente evolución que se influye y modifica por los cambios y transformaciones que le inciden (*v. gr.:* reformas procesales; cambios constitucionales; exigencias sociales; etc.). Es un principio antes que una regla, y como tal tiene su norte en la justicia, antes que en resolver una deficiencia estructural.

Empero es válido tener un estándar donde reflejar los tiempos y comparar las circunstancias, criterio que como antes se dijo tiene España, aplicado como *duración media de los procesos de igual tipo.*

De este modo, el Poder Judicial recibe una doble imposición de fuente constitucional. Por un lado tiene que dar solución a los conflictos estructurales del sistema, y a renovar el método de enjuiciamiento cuando sea éste el motivo de los desvelos. Por otro, ha de fiscalizar el cumplimiento de los tiempos establecidos y aplicar con firmeza y prudencia las dilaciones que el tribunal mismo provoque.

163.3. El art. 167 del Código Procesal federal (Argentina), sanciona con la pérdida de jurisdicción al juez o tribunal que no hubiere dictado sentencia dentro del plazo pertinente y prescribe la nulidad de la sentencia dictada con posterioridad a ese vencimiento. Si la parte se opone expresamente a tener por válida una sentencia tardía, la misma deberá ser anulada sin perjuicio de los agravios que se tengan contra la misma.[761]

---

[761] Ahora bien, ese planteo expreso, no resulta atendible la cuestión si es deducida una vez que la parte ha tenido conocimiento de la sentencia que le es desfavorable, doctrina ésta fundada en el principio que exige rectitud y buena fe en el ejercicio de las acciones ante los tribunales de justicia (CS, "*Destri, Humberto M. c. Zatti, Luis A. y otros*", 18.11.1992, Fallos, 304-1663).

La nulidad que contempla el art. 167 apart. 3º del Código Procesal, como consecuencia de la pérdida automática de la jurisdicción derivada del vencimiento del plazo para fallar, sólo rige en los supuestos de sentencias definitivas, según resulta de generalizada interpretación y expresa referencia en el texto normativo citado, por lo que no procede dicha hipótesis en los casos de demora en proveer el escrito de apelación y en el que se plantee la nulidad de las actuaciones, ya que no se trata en ninguno de los casos de sentencia definitiva (del dictamen del Fiscal ante la Cámara que ésta comparte y hace suyo) (CNCom.,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando debió considerar el tiempo razonable de los procesos, estableció pautas en distintos casos. Por ejemplo, en *Neves e Silva c. Portugal* (27 de abril de 1989) dijo que el plazo de seis años y siete meses era excesivo para comprobar si la causa estaba o no prescripta. En *Troiani Marcelo c. Italia* (6 de diciembre de 2001) se ocupó de una denuncia radicada ante el Tribunal de disciplina de los abogados y sostuvo que ella no juzgaba en tiempo equitativo y razonable si había llegado a trece años y nueve meses, habiendo recorrido siete instancias. En la causa *Selva c. Italia* (11 de diciembre de 2001) que versaba sobre un reclamo contractual también declaró irrazonable el lapso corrido de catorce años en dos instancias; y finalmente en *Gentilhomme c. Francia* (14 de mayo de 2002), resolvió que se violaba el principio del plazo razonable cuando para decidir un juicio de daños y perjuicios, en única instancia, se había llegado a cumplir siete años, un mes y diecisiete días.

El XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad de Paraná (Entre Ríos-Argentina) desde el 12 de Junio de 2003, polemizó en esta línea de aceptar o no, reglas temporales que orienten o adviertan cuando el proceso torna su tiempo en irrazonable.

163.4. En definitiva, el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz que obtenga sentencia dentro de un plazo razonable, evitando dilaciones indebidas, se consagra desde los Tratados y Convenciones internacionales, concretándose como derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 43 de la Constitución Nacional. No hay una obligación temporal establecida con parámetros, porque la medida del tiempo depende de las circunstancias, y pese a la generalidad del aserto, creemos que es más útil el sentido común, que la peligrosidad de reglas que impongan la rapidez sin control ni razones.

En suma, debido proceso es aquél que tiene reglas claras y simples que no dificultan el tránsito por sus diversas etapas, donde la actividad se ejercita en primer lugar a través de los recursos y mecanismos procesales que permitan dar al pleito el curso legal correspondiente.

Es decir, la primera trinchera contra el retardo injustificado es el proceso mismo. Sólo cuando han fallado estas armas y se ha producido un daño a la parte, queda expedita la fórmula indemnizatoria que surge respaldada por la violación al plazo razonable.

Sala A, "*Tavella y Cía. S. A. s/ quiebra s/ inc. de rev. por: Banco Español del Río de la Plata",* 29.02.1996, *La Ley*, 1997-A, 361 (39.234-S), DJ, 1997-1-416).

La multa es una sanción pecuniaria que no podrá exceder el 15% de la remuneración básica del Juez de primera o segunda instancia, que resulta independiente de la pérdida de jurisdicción.

No obstante no corresponde aplicar la multa, a los jueces de la Cámara de Apelaciones a quienes el recurrente denuncia por haber dictado sentencia vencido el plazo legal y sin solicitar uno nuevo a la Corte Suprema, si las razones expuestas por aquellos en el informe producido justifican, en el caso, la demora y omisión en que incurrieron (CS, "*Berardi de Berardo, Adela c. Acre, María R.*", 18.11.1982, La Ley, 1983-C, 600 (36.405-S).

No se trata de resarcir el daño producido por el error judicial, que en todo caso, es diferente al supuesto que se analiza. Se pretende indemnizar al perjudicado por el anormal funcionamiento del servicio de justicia.

164. El procedimiento indemnizatorio en caso de violación a la garantía del *plazo razonable*

164.1. Ya hemos visto que para determinar la existencia de un proceso ineficaz por violar el principio del plazo razonable, no se requiere comparar parámetros específicos; aunque se pueda echar mano a los criterios generales que tienen presente la complejidad del caso, el volumen de asuntos ante el órgano judicial, la conducta de los litigantes, el comportamiento de los órganos judiciales, las consecuencias perjudiciales del retardo, el alargamiento del proceso en relación con el "nivel medio admisible" y la valoración de las deficiencias estructurales de la organización judicial.

Si el cuadro a confrontar evidencia, por ejemplo, que la conducta de las partes obró a favor de la demora, en ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios.

Lo mismo puede decirse cuando se comprueba el mero incumplimiento de plazos procesales establecidos (*v. gr.:* plazos para dictar las resoluciones judiciales), porque no es una causal aislada de los demás criterios.

164.2. La determinación de la indemnización tiene un sistema procesal específico, que parte de asignar competencia al órgano judicial de igual competencia que el denunciado, y si éste fuera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la misma se integraría con jueces *ad hoc* designados al efecto.

Cabe aclarar que se habla de un procedimiento especial independiente de los procesos de responsabilidad civil y penal de Jueces y Magistrados; porque lo que interesa es la producción de un daño en el patrimonio del litigante a causa de un retardo irregular del servicio de administración de justicia.

Esta cuestión es separable de la concurrencia de ilicitud en el Juez o en los Magistrados actuantes. Otra cosa es que, si la Administración es condenada a indemnizar, ésta ejerza la acción de repetición contra el Juez o Magistrado que —con dolo o culpa grave— causó la lesión.

En realidad el sistema no es muy diferente del que debe situarse cuando se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado. Corre el mismo plazo de prescripción, y se aplica el proceso ordinario de conocimiento.[762]

---

[762] En España, el proceso es el propio de toda solicitud de iniciación de un procedimiento administrativo, tal como lo establece el art. 70 LRJPAC: nombre y apellidos del interesado (y, en su caso, del representante); identificación del lugar a efectos de notificaciones; hechos, razones y petición; lugar y fecha; firma del solicitante; órgano administrativo al cual se dirige.

164.3. En Europa donde el sistema se ha afinado, se establece un sistema por audiencias donde cabe lugar principal al encuentro de conciliación.[763]

Se deben indicar las lesiones producidas y relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público. Recordemos: no basta la mera dilación. Es preciso que ésta genere un concreto daño en cualquiera de los bienes o derechos del litigante.

Se debe evaluar la magnitud económica de la responsabilidad patrimonial: tal como indica el art. 2.2. del R.D. 429/1993, el procedimiento tiene como objetivo la fijación de la cuantía y del modo de la indemnización (no se limita, pues, a la declaración de la existencia de responsabilidad). Como pauta general, el art. 141.2 LRJPAC indica que "la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado".

También se debe establecer el momento en que la lesión efectivamente se produjo: el art. 141.3 de la LRJPAC recuerda que "la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo". Este precepto se remite, en materia de intereses de demora, a la Ley General Presupuestaria de 1988 (que declara que se tendrá en cuenta el interés general del dinero: arts. 45 y 36). Dicho esto, es cierto que el cómputo puede ofrecer dificultades (máxime en el momento primigenio del trámite). Por eso, el art. 6.1 del R.D. 429/193 sólo exige ahora esta evaluación económica "si fuera posible".

Además, la instancia "irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos, y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante" (art. 6.1 del R.D. 429/1993).

[763] Manuel J. Silva Sánchez y Juan Amenós Álamo, informan que el art. 8 de las normas antes citadas (LRJPAC) dispone que, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, el órgano competente, a propuesta del instructor, podrá acordar con el interesado la terminación convencional del procedimiento mediante acuerdo indemnizatorio. Si el interesado manifiesta su conformidad con los términos de la propuesta de acuerdo, se procederá a evacuar el trámite de informe del Consejo General del Poder Judicial. Posteriormente, el órgano competente someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo que deba suscribirlo. Ahora bien, el Ministro de Justicia (o el órgano en que delegue) puede estimar improcedente la formalización de la propuesta de terminación convencional. En tal caso, dictará resolución en los términos ordinarios (que veremos de inmediato). Durante el plazo del trámite de audiencia, lo haya hecho o no con anterioridad, el interesado podrá proponer al órgano instructor la conclusión convencional del procedimiento, fijando los términos definitivos del acuerdo indemnizatorio que estaría dispuesto a suscribir con la Administración Pública (art. 11.2 del mencionado Real Decreto). Si el instructor está de acuerdo, se procede como en el supuesto anterior (informe del Consejo General del Poder Judicial y elevación de la propuesta ante el órgano competente para resolver).

Estamos, en definitiva, ante una concreción de la terminación convencional del procedimiento administrativo, dispuesta con carácter general en el art. 88 LRJPAC. Al acuerdo también puede llegarse cuando —impugnada la resolución administrativa— nos hallamos ya en el litigio ante la jurisdicción contenciosa. El justiciable, que empezó solicitando a la Administración Pública una indemnización por dilación de un pleito, ha vuelto de nuevo al ámbito judicial y quizás el cuerpo le pide ya (perdónese la expresión) un mal acuerdo o lo que sea. Como un clavo ardiendo, aparece ante sus ojos el art. 77 de la nueva LJCA, que regula la transacción judicial. El art. 77.1 recuerda que esta transacción puede promoverse, en particular, cuando el juicio verse sobre estimación de cantidad. Del art. 77.2 se deriva que podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia. El art. 77.3, en fin, precisa que "si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de

El proceso se resuelve mediante la prueba del perjuicio, y aligerando la carga de las afirmaciones teniendo en cuenta que es el Estado quien está en mejores condiciones para demostrar que su funcionamiento no ha sido irregular.

La resolución se ajustará con carácter general a lo dispuesto en el art. 89 LRJPAC expresión de los recursos que procedan y plazo para interponerlos, utilización de informes o dictámenes como motivación, etc.). Pero el art. 13.2 del R.D. 429/1993 exige que la resolución se pronuncie "necesariamente" sobre:

- La existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida.
- La valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización, explicitando los criterios utilizados para su cálculo.

Un punto de generosidad nos ofrece el art. 141.4 LRJPAC cuando precisa que "la indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado".

Contra la resolución ya no cabe recurso administrativo (salvo el extraordinario de revisión) y queda expedita, por tanto, la vía contencioso-administrativa. Ya estamos de nuevo, pues, en el ámbito judicial. No hay aquí especialidad procedimental alguna, aunque sí queremos consignar la nueva redacción del art. 71.1.d) LJCA, relativo a un supuesto de estimación del recurso contencioso-administrativo:

> Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando, asimismo, quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia.

Cabe agregar que la persecución por lograr un plazo razonable en la terminación de los procesos, no es una máxima declamada sin más razonamientos que la utopía. Se trata nada más, ni nada menos que resolver uno de los más graves problemas de la administración de justicia en la hora presente y su resolución demanda una reflexión global sobre esta función del Estado.

Por tanto, para garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (tal como propone el art. 24.2 Constitución española), el ordenamiento comparado ha dispuesto dos mecanismos.

El primero es la invocación del defecto en el curso del proceso (a través de la queja del litigante o de los recursos dispuestos por la ley rituaria). El segundo es la percepción de una indemnización que repare los daños que, en el patrimonio de la

---

terceros". Dato capital en esta transacción será no únicamente la cuantía de la indemnización, sino también la posible estipulación de concretos plazos para su cobro.

parte procesal, ha causado el retardo. Se configura así la dilación indebida como un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

La determinación de la indemnización sólo cabe si el retardo procesal ha causado un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

164.4. Una de las derivaciones que tiene otorgar un derecho indemnizatorio a quien padece los efectos del tiempo procesal, ocurre con la asignación de titularidad o legitimación procesal para el ejercicio de la pretensión resarcitoria.

Sucede que si al concierto de lo explicado con anterioridad este derecho se otorga a todos quienes hayan sido partes en sentido procesal, podría quedar el Estado constituido en damnificado, confundiendo la naturaleza y finalidad que tiene la dimensión constitucional del principio.

En efecto, si bien es cierto la doctrina administrativa esclareció oportunamente la personalidad del Estado cuando actúa en un proceso judicial, también sucede que consentir esa individualidad colisiona con esta garantía que se ejerce esencialmente "contra el Estado".

164.5. A igual tiempo, una interpretación tan sesgada genera una desigualdad en el tratamiento que debiera relegarse. No obstante, el estudio sistemático de los plazos procesales muestra, una vez más, la ambivalencia con que se reglamenta las situaciones procesales del Estado frente a los particulares, ofreciendo al primero una ampliación de plazos que no resiste el menor análisis cuando se piensa en el objetivo de aceleración y simplificación del litigio (*v. gr.:* art. 338 párrafo segundo del Código Procesal federal).

En consecuencia, aunque se ratifica que el plazo razonable de un proceso no se cumplimenta con comprobar la oportunidad de los términos dispuestos; también es verdad que la extensión irrazonable de los plazos que benefician al Estado no le puede servir de causa para alegar, posteriormente, que el proceso violó la garantía que venimos comentando.

164.6. Con relación a *las partes*, se entiende que la legitimación se concede a quienes así han quedado declarados en el proceso donde se ha ocasionado la dilación que provoca el incumplimiento al plazo razonable.[764]

Inclusive, la legitimación se consigna en favor del *Defensor del Pueblo* que tiene la tutela y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses que la Constitución Argentina y las leyes contienen al respecto; aun cuando es preciso destacar que la persecución lleva como objeto principal la prevención de un

---

[764] No obstante, Vallespín Pérez sostiene que esta conclusión no debe ser tan certera, porque si el art. 162.1.b de la Constitución española, permite deducir el recurso de amparo a toda persona que invoque un interés legítimo, podría concluir que no debería cerrarse la eventual posibilidad de intervención como demandante o codemandante en el proceso de amparo por violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, de aquellas personas que aunque no hayan sido parte formal en el proceso donde éstas se produjeron, tienen no obstante, un interés legítimo en su reparación.

daño eventual ante el transcurso prolongado de los plazos; antes que requerir una reparación material que no es posible.

> El enunciado que trae el art. 86 de la Constitución Nacional Argentina, lejos de ser genérico, apunta a aspectos muy particulares de la función que lleva a cabo el ombudsman, que se completa en el párrafo final del apartado, cuando agrega que tiene también en su cometido, el control del ejercicio de las actividades administrativas públicas.
>
> Los demás derechos parecieran referirse a lo que podríamos llamar el "bloque de constitucionalidad" atrapado por las normas y tratados con jerarquía constitucional que se incorporan reconocidos al texto de la ley superior.
>
> Sería el caso, también, de las defensas contra cualquier forma de discriminación, las relativas a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva, que deben esperar de sus normas reglamentarias, pero que no impiden el obrar protector del ombudsman cuando el desconocimiento se advierta.

Esta apertura en la legitimación procesal que la Constitución asigna, enfoca más que a la faceta del derecho de petición (art. 14), al derecho de tener un proceso útil y efectivo (art. 18), por el cual se pueda obtener el ansiado derecho a la tutela jurisdiccional, que se encuentra tan bien perfilado en el art. 24 de la Norma Fundamental española.

Este derecho a la jurisdicción incluye la facultad de deducir la inconstitucionalidad de las leyes (art. 43, párrafo primero, apartado final) cuando ellas afecten los derechos e intereses legítimos, y tanto más, cuando la agresión sea sobre derechos humanos.

El último eslabón que asume la defensa a través del ombudsman, está indicado para los "intereses" (demás derechos, garantías e intereses, dice la Constitución). Estos están referidos al conjunto de acciones que el individuo tiene derecho a sostener y no los encuentra entre los anteriores.

164.7. En consecuencia, la legitimación procesal contrae también las pretensiones que se pueden plantear y los tiempos cuando se concretan, a saber:

a) *Cuando el proceso termina en tiempos absurdos respecto a la razonabilidad de los plazos aplicados, no importa el resultado final; es decir, la legitimación procesal supone reclamar por la violación al principio de plazo razonable, demandando por los perjuicios que ello ha generado y que no se pueden derivar del resultado de la sentencia. Son daños diferentes que se deben alegar y probar.*

b) *La legitimación le corresponde tanto al actor como al demandado, quedando fuera de este marco —en nuestra lectura— el Estado Nacional constituido en justa parte en el proceso donde han sucedido las dilaciones indebidas.*

c) *Se puede demandar preventivamente, persiguiendo evitar los efectos perniciosos del paso del tiempo, cuando el proceso se paraliza, detiene o tiene rémoras inusuales en el trámite de una instancia en particular. El objeto puede ser restitutivo cuando la pretensión llega de las partes; y es inhibitorio o preventivo si la demanda la deduce el Defensor del Pueblo.*

165. Responsabilidad del Juez y del Estado

165.1. No vamos a elaborar en este sector una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado y sus funcionarios, ni pretendemos hacerlo en un campo que no es el nuestro. Solamente el parágrafo lleva la intención de presentar al sujeto pasivo de la obligación de reparar, teniendo en cuenta para ello, todo lo dicho precedentemente.

Es evidente que en la búsqueda de responsables por la demora judicial se puede llegar a encontrar varios involucrados, desde el Juez que provoca o padece la inercia judicial, pasando por los abogados y partes que colaborar con sus actos en la rémora, siguiendo por el Poder Ejecutivo que no toma a su cargo la provisión de medios e insumos necesarios para solventar la infraestructura, continuando con el Poder Legislativo que es constitucionalmente responsable por la omisión en sancionar reformas reclamadas, etc. etc. Inclusive, el art. 36 de la Constitución Nacional hace responsable a los funcionarios y a los particulares que se enriquecen en forma ilegítima a expensas del erario público.

Tampoco se trata de manifestar nuestra desilusión con el fracaso evidente de la regla de responsabilidad establecida en el art. 1112 del Código Civil; ni de establecer, en definitiva, si el Juez puede ser o no tomado como funcionario público y quedar alcanzado los paradigmas del Estado responsable.

165.2. El problema a presentar es simple. El Estado Argentino adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y agregó al plexo constitucional una serie de Tratados sobre Derechos Humanos que obligan a enmendar, corregir, adaptar, transformar, crear, y en definitiva, asumir positivamente que tiene nuevos deberes constitucionales que cumplir. Entre esos derechos fundamentales se consigna el que los procesos deben sustanciarse y terminarse en un plazo razonable, bajo apercibimiento de que la demora indebida e injustificada, transforma la rémora en una obligación indemnizatoria a favor del afectado.

Cuando el objetivo de rapidez se instruye desde una norma de carácter transnacional, el horizonte se generaliza y aplica sin observar el destinatario sino el deber a realizar. Por eso, cuando el proceso judicial tiene demoras imputables al Estado y no concreta la eficacia ni la justicia requerida, se refuerza la tesis de la responsabilidad, porque la vigencia de las normas incorporadas sería absolutamente debilitada si el particular afectado no tuviera medios o mecanismos para denunciar la alteración y reclamar el resarcimiento prometido.

Es una manifestación distinta de la responsabilidad: se produce por una omisión que provoca actos de aletargamiento y dilación que socavan el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz. Curiosamente es una omisión objetiva que se expone en *acciones positivas* (*v. gr.:* errores de procedimiento, dilaciones provocadas por excesos formales, exceso ritual, arbitrariedad manifiesta, etc.) o *negativas* (*v. gr.:* demorar sin necesidad ni fundamentos el dictado de la sentencia, no adoptar medidas de aseguramiento, o de tutela anticipada que pudieron actuar oportunamente).

165.3. En cuanto al sujeto pasivo a demandar, surge *prima facie* evidente que la inercia judicial se produce por comportamientos abúlicos de la magistratura, por el accionar galvanoso del juez, por la ausencia de interés en impulsar el proceso a una sentencia oportuna, entre otras declinaciones del deber de actividad que tiene la función jurisdiccional. En tal caso, el Juez debe responder patrimonialmente si es considerado responsable de la violación al principio del plazo razonable.

Si las demoras se suscitan con causas convergentes (*v. gr.:* problemas de infraestructura; colapso institucional por exceso de causas; etc.) y el Estado no tiene reacción alguna; la omisión lo vuelve responsable.

En suma, el problema de la responsabilidad del Estado no es diferente de la responsabilidad del Juez, en la misma dimensión como quedan atrapados los funcionarios públicos.

166. Demoras en la ejecución de la sentencia

166.1. El plazo razonable se interpreta en el conjunto de instancias y con el signo de la unidad jurisdiccional, de modo tal que se aprecia el tiempo invertido en total sin perjuicio de advertir cuándo y cómo suceden las dilaciones indebidas. Ello no impide dotar de cierta autonomía a las etapas, fomentando la acción del principio como preventivo de eventuales daños que la demora pueda suscitar (*v. gr.:* si la Corte Nacional tiene un recurso pendiente donde el agravio se produce por la imposición de un impuesto mal aplicado, los intereses que viene generando el incumplimiento tributario sumado al riesgo de la acción ejecutiva, son medidas que se pueden advertir por esta vía —como admonición y anticipo de una responsabilidad que se avizora en la rémora en expedirse— o bien, a través de medidas cautelares que, respecto al plazo, tienen escasa o nula incidencia).

Inclusive, la lectura armónica que ha de recibir el concepto de oportunidad para desarrollar y finalizar un proceso, debe comprender la etapa de ejecución de la sentencia, porque de otro modo, la dilación indebida queda suprimida por caprichos etimológicos que interpreten que el proceso finaliza con la expedición del pronunciamiento definitivo; abriendo la ejecución un nuevo proceso y, como tal, un tiempo nuevo de cómputo independiente.[765]

---

[765] Un buen ejemplo de la influencia que tienen las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en esta faceta de análisis sobre el cumplimiento del plazo razonable, se aprecia en el *Informe 03/01 (Caso 11.670) resuelto el 19 de enero de 2001*. Entre el 27 de diciembre de 1995 y el 30 de septiembre de 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió peticiones de varias personas naturales —en su propio nombre o en el de un tercero, por sí mismas o a través de su representante legal—, y de varias organizaciones no gubernamentales (individual o colectivamente) a favor de 47 presuntas víctimas. Las peticiones denuncian la violación de los derechos a las garantías judiciales (artículo 8), a la propiedad (artículo 21), a la igualdad ante la ley (artículo 24) y a los recursos efectivos (artículo 25(2)(c)) y, de los deberes de los Estados de respetar los derechos (artículo 1(1)) y de adoptar medidas para hacerlos efectivos (artículo 2), establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También alegan la violación de los derechos a la salud y al bienestar (artículo XI) y a la seguridad social en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social (artículos XVI, XXXV

167. Conclusiones

167.1. La protección judicial que se propicia desde los tratados y convenciones internacionales incorpora, como uno de los derechos fundamentales que se agregan al "debido proceso", la garantía de sustanciar el procedimiento en un plazo razonable. Se trata, nada más que de concretar el derecho a un juicio justo, imparcial y rápido, que brinde la posibilidad, pero nunca el respaldo para un resultado favorable.

En sí mismo, una sentencia contraria emanada de un proceso regular y equitativo no constituye una violación de la Convención, tal como se dijo en la causa "*Marzioni c. Estado Argentino*" (conclusión de la Comisión del 15 de octubre de 1996). 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,

---

y XXXVII) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la Declaración) por parte de la República Argentina (en adelante el "Estado", el "Estado argentino" o "Argentina"). Los peticionarios son jubilados, que han reclamado el reajuste de sus haberes previsionales ante el ANSeS, el cual es un ente descentralizado del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social del Poder Ejecutivo Nacional (anteriormente la Caja Nacional de Previsión Social). A partir del año 1992, el ANSeS comenzó a expresar su disconformidad con las sentencias relativas al régimen de movilidad o los intereses de los reajustes previsionales por vía del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A partir de la vigencia de la Ley 24.463, del 30 de marzo de 1995, entró a regir un nuevo sistema y se otorgó un plazo de gracia excepcional al ente administrador para organizar la transición de un régimen a otro, al término del cual, estaba sometido a los plazos procesales del juicio sumario. Los Juzgados Federales de Primera Instancia de la Seguridad Social creados por la Ley 24.463 sólo comenzaron a funcionar a partir de febrero de 1997.

Los peticionarios alegan que las violaciones fundamentales son las referentes a los artículos 8 y 25 de la Convención por el retraso en dictar sentencias definitivas para la determinación de los derechos de las presuntas víctimas; la postergación de la ejecución de las sentencias; y la ejecución inadecuada de las mismas. En cuanto al cómputo del plazo razonable, consideran que se inicia a partir del comienzo de la vía administrativa y finaliza, no cuando se dicta la decisión definitiva, sino cuando dicha decisión se hace efectiva con su ejecución o cumplimiento. Así, la necesidad de acudir a otras instancias para obtener el cumplimiento de una decisión judicial ante el ANSES debe ser tenida en cuenta en la medida en que el resultado que se obtenga de aquellas pueda influir en el éxito del litigio. La Comisión consideró que una vez que la Convención entró en vigor en el Estado, ésta y no la Declaración se convirtió en fuente primaria de derecho aplicable por la Comisión, siempre que la petición se refiera a la presunta violación de derechos idénticos en ambos instrumentos y no se trate de una situación de violación continua. En el presente caso, existe una similitud de materia entre las normas de la Declaración y de la Convención invocadas por los peticionarios.

Así, los derechos a la justicia (artículo XVIII) y a la propiedad privada (artículo XXIII) consagrados en la Declaración se subsumen en las normas que prevén los derechos protegidos en los artículos 8 y 21 de la Convención. Por tanto, con relación a dichas violaciones de la Declaración, la Comisión sólo se refiere a las normas de la Convención. En consecuencia, confrontados los tiempos que llevaban sin ejecución las sentencias dictadas, derivó en advertir la violación a las garantías judiciales establecidas en el principio del plazo razonable.

La CIDH señaló el retraso en los procedimientos advirtiendo demoras que oscilaban aproximadamente entre tres y seis años. Por ello consideró que los retrasos constituían *prima facie* un retardo injustificado en los mencionados procesos.

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.

167.2. 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 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 resistencia 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.

167.3. 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 todo 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 inferior 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 suerte 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.[766]

[766] Desde ese punto de vista —se ha dicho—, el lugar del remedio para el individuo, con independencia de lo importante que sea, principalmente vinculado con las infracciones más graves, es secundario en relación con el primer objetivo, que consiste en elevar el nivel general de protección de los derechos humanos, y en extender la jurisprudencia al conjunto de la comunidad de los Estados que forman parte del Convenio. Desde la perspectiva de la efectividad del sistema, se pone entonces acento en la necesidad de evitar la repetición de las circunstancias que dan lugar a la infracción. Sin embargo, este contexto debe adecuarse con la situación actual de los Tribunales, que tienen una carga de asuntos que crecen sin cesar procedentes de diversidad de lugares. En Europa, son cuarenta y tres Estados, que serán pronto cuarenta y cuatro, y después cuarenta y cinco… Además, reúnen —continúa afirmando—, una población de más de 800 millones de habitantes. El futuro del sistema no debería depender de una reparación legal individual. Esto nos lleva a algunas cifras. El Tribunal tiene actualmente 23.000 consultas pendientes ante sus órganos decisorios. Una auditoria realizada en el 2001 por el servicio de auditoria interna del Consejo de Europa preveía más de 20.000 consultas anuales de aquí al 2005. Nuestras propias cifras nos hacen pensar que el aumento será aún más rápido. En 2001, hemos registrado unas 14.000 consultas. El número de consultas ha aumentado en cerca de un 130% a partir de la entrada en funciones del Tribunal actual, en noviembre de 1998, y en cerca del 400% desde 1988. El potencial de aumento es casi ilimitado como consecuencia de la ampliación del Consejo de Europa en el curso del último decenio y, esta situación, no hará más que agravarse cuando los nuevos Estados miembros hayan ratificado el Convenio. Por otra parte, la evolución de la carga de los asuntos no es simplemente cuantitativa. La naturaleza de los asuntos que aparecen ante el Tribunal refleja inevitablemente el cambio de composición del Consejo de Europa, donde un número importante de Estados se encuentran aún en transición en varias consideraciones y, en particular, por lo que se refiere a su orden judicial, si bien algunos de ellos han conseguido ya un progreso considerable. Estos Estados se arriesgan a volver a encontrar problemas estructurales que no puedan ser resueltos el día de mañana. Los imperativos políticos comprensibles de los embriagadores días que siguieron a 1989 han dado al Tribunal dolores de cabeza, justo es decirlo, precisamente porque se trata de un Tribunal, y porque debe resolver cuestiones de derecho sin preocuparse de la oportunidad política (Discurso de Luzius Wildhaber, Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pronunciado en Madrid ante el Tribunal Constitucional, el 7 junio de 2002).

El debido proceso

(IV) *El derecho a la sentencia fundada*

168. Enunciados generales

168.1. 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.*

168.2. 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.

En la historia jurisprudencial de Argentina, el deber de fundamentación *es una condición para la validez de las sentencias* (Rey c/ Rocha, Fallos 274:260; 283:86: 295:95, entre otros); *para no ser arbitraria debe expresar el derecho aplicable en cada caso concreto* (Fallos 244:521; 259:55); y es inconstitucional aquella *que carece de toda motivación,* o si la tiene, cuando *es aparente o insustancial.*

La obligación es constitucional, aunque ella no resulta explícita ni directa. Sólo se menciona en el artículo 17 (derecho de propiedad) la expresión "*sentencia fundada en ley*" y después, en el art. 18 (debido proceso) cuando alude al "*juicio previo fundado en ley*".

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.[767]

168.3. La fundamentación tiene explicaciones distintas según el sistema judicial que se confronte. Si observamos que el *common law* relega el acto de establecer razones al confiar en el acierto del veredicto previo, se comprueba que la motivación tiene más interés para la creación del derecho que como pautas aplicadas al caso concreto. Mientras el *civil law* no reposa tanto la confianza en la primera instancia como sí en la certeza adquirida en las instancias superiores, que en esencia, son las formadoras de la jurisprudencia.

Esta diferencia no puede ser baladí. En primer lugar porque las codificaciones del siglo XVIII fueron el ejemplo más notable de las distancias trazadas para la actividad judicial; mientras ellas establecieron la obligatoriedad de la motivación en sus normas ordinarias; no sucedió lo mismo en el derecho anglosajón, el cual acentuó la importancia del Juez primero para crear el derecho y recrear la confianza del pueblo.

Enseguida se entiende porque los jueces del sistema codificado están obligados a someterse al imperio de la ley (en cualquiera de los mecanismos de control de constitucionalidad), mientras que un diseño disímil admite las bondades de la equidad y la interpretación abierta de la norma.

> En definitiva, de lo que se trata es de fijar una idea estable para la razonabilidad de las sentencias. Atienza Rodríguez señala que ello no puede quedar desprendido de la racionalidad, y en consecuencia, una decisión jurídica tiene estos requisitos cuando: 1) respeta las reglas de la lógica deductiva; 2) respeta los principios de la racionalidad práctica que, además de la racionalidad lógica, exige la presencia de los principios de consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; 3) no elude premisas jurídicas vinculantes; 4) no utiliza criterios de tipo ético, político o similares, que no estén previstos específicamente por el ordenamiento.[768]

169. Breve historia de la motivación en las decisiones judiciales

169.1. El derecho romano nunca exigió que los fallos se justificaran porque la justicia era obra de los pontífices, patricios y *advocatus* que, en conjunto, como conocían los textos legales, ejercían la *juris dictio* y la representación confiriendo así el honor de atender un conflicto social.

---

[767] Ob. cit., pp. 36 y ss.

[768] ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, "Sobre lo razonable en el derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 27 (septiembre-diciembre 1989).

Según Gil Cremades:

> en la antigua Roma no se conocía la necesidad de motivar ya que existía una jurisprudencia "oracular" en la que los magistrados no tenían la obligación de indicar la *ratio decidendi* de sus decisiones, pues no hay que olvidar que la actividad juzgadora era una tarea reservada a la nobleza, por lo que el fundamento y respaldo de la actividad de un Juez se encontraba en su prestigio social sin necesidad de fundamentación racional expresa.[769]

En la edad media se rindió culto al derecho "justinianeo", el cual seguía el precepto de los brocardos latinos que contenían los principios esenciales de la decisión.

Colomer Hernández explica que:

> la recepción del derecho justinianeo se realizó a través de la técnica de la glosa. Para estos glosadores el modo de razonar jurídicamente consistía en acudir a proposiciones o brocardos latinos que portaban las razones (reglas) de la sentencia. De ahí que, con carácter general en toda Europa, las decisiones judiciales no eran motivadas, pues bastaba la indicación del brocardo para entenderlas justificadas.[770]

No obstante, las Leyes de Partidas, en particular la III (*Título XVIII y XXI*) estableció el deber de indicar la causa de la orientación en uno u otro sentido (*deuen dezir los juezes que juzgaren la alcada porque fallamos en tal razón*); temperamento que se reproducirá en varios textos españoles posteriores.

> Paralelamente —agrega Colomer Hernández— durante los siglos XII-XVI era práctica muy difundida el denominado *consilium sapientis iudiciale*, que era un acto del proceso que debía ser leído con la sentencia, previa citación de la partes para esos fines. La particularidad del mismo se encontraba en el hecho que debía ser motivado, de forma que en modo alguno se reducía a una mera lectura de la resolución de la controversia.

169.2. De alguna manera, aunque con una tendencia diferente, en Italia tuvo influencia para ordenar que las sentencias fueran justificadas, el razonarlas sobre motivos de fe, conocidos como fundamentos de la "Rota Romana", los que al decir de Colomer, "…desempeñaban una doble función: de una parte, proteger los intereses de las partes a conocer los motivos de la sentencia (función endoprocesal), y de otra, tutelar los intereses del público o del Foro mediante el conocimiento de las causas de la sentencia como eventual precedente judicial, o como ejemplo de justicia del caso concreto por la decisión adoptada en la misma (función general o extraprocesal).

La distinción reproduce en definitiva sendas orientaciones: mientras unos exigieron que la sentencia fuera fundamentada en brocardos o principios; las reglas de la Rota obraban en un acto anterior, a suerte de dictamen o prevenciones, que orientaban al juzgador.

---

[769] GIL CREMADES, Juan José, "La motivación de las decisiones jurídicas", en *Estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Angel Dique Barragués*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1983, pp. 234 y ss.

[770] COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 126 y ss.

Esta praxis del "*exprimere causam in sententia*" aparece —dice Colomer Hernández— históricamente con la Decretal "Sicut Nobis" del año 1199 que se redujo en indicar tres obligaciones esenciales: a) tutelar, en cierto sentido, el interés público, ya que no se debe olvidar que en aquel tiempo existía la posibilidad de declarar la nulidad de la sentencia por expresión de una causa falsa en todos aquellos casos en que la resolución hubiese producido una notoria injusticia; b) permitir a las partes y a la sociedad en general que pudiese apreciar la justicia de la sentencia redactada; y c) expresar en el pronunciamiento cuales habían sido las acciones o excepciones adoptadas para condenar o absolver.

169.3. Tras la revolución Francesa de 1789, el famoso argumento de la "desconfianza en los jueces" torna en obligación legal el deber de dar razones y fundamentos en las sentencias. La ley francesa del 24 de agosto de 1790 impuso expresamente esta situación de práctica.

Posteriormente, el siglo XVIII consolidó con múltiples reformas legislativas y códigos sustanciales y procesales, la carga legal de motivar las resoluciones judiciales.

En síntesis, la idea que ha evolucionado desde tiempos remotos ha sido evitar la arbitrariedad judicial, otorgando desde la obligación de dar explicaciones o rendir cuentas sobre los porque de la certeza adquirida, una fuente de control a la parte que litiga, y a la sociedad que fiscaliza el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

169.4. La impronta, en cambio, no fue siempre lineal, porque para lograr el cumplimiento efectivo del deber, a los jueces se los sometió primero a justificaciones de carácter subjetivo (adoptar reglas de la fe; seguir principios generales; aplicar brocardos latinos indiscutibles, etc.); y después (con el advenimiento de la doctrina que interpretó al Juez como "boca de la ley") a consideraciones absolutamente objetivas, como son aplicar la ley y ajustarse a sus preceptos.

Expresan este criterio, en Argentina, algunos fallos de la Corte Suprema Nacional, donde se dice que, la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideren tales sino que atiende solamente a supuestos de excepción en los que, fallas en el razonamiento lógico en que se sustenta la sentencia o una manifiesta carencia de fundamentación normativa, impiden considerar al pronunciamiento apelado como un acto jurisdiccional válido (CS, 1982/03/09, "*Aguzzi, Juan C.*", La Ley, 1982-D, 231 - ED, 99-338).

Igualmente, cuando se afirma que, toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación. No es, pues, sólo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances de la sentencia (CS, 1993/04/06, "*Amaya, Mario A.*", La Ley, 1994-B, 168).

170. Ventajas e inconvenientes de motivar las resoluciones

170.1. 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 también 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.

170.2. 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.

170.3. 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.[771]

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.

---

[771] RUIZ LANCINA, María José, *La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, Noticias Jurídicas - página web, 2002.

170.4. Pero, al mismo tiempo, la elaboración escrita de la fundamentación obliga a invertir tiempos del proceso que, a veces, contrarían otros principios fundamentales como el "derecho al plazo razonable", el cual no queda resuelto con la imposición de plazos y términos para expedir las resoluciones judiciales.

Inclusive, existen problemas ocasionales como la motivación de las sentencias en los procesos orales, que aun siendo posible emitirlas verbalmente ("*in voce*"), obligan a la reproducción documental posterior.

No se descarta que la tarea de fundamentación exhaustiva produce la obligación de ocuparse de todas y cada una de las pretensiones, de manera que la simple motivación no se puede tener cumplida con la mera declaración de voluntad del juzgador, en la medida que la decisión judicial debe estar precedida de una argumentación sólida y referida.

170.5. Por otra parte no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa y pormenorizada que vaya respondiendo a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa que en su caso realicen quienes ejerzan la potestad jurisdiccional; lo importante es que las pretensiones de las partes se sometan a debate y se discutan de forma argumentada y razonada.

171. Naturaleza de la obligación

171.1. La progresividad del derecho de las partes y la obligación constitucional de los jueces de motivar los fallos, plantea la naturaleza que tiene este deber fundamental.

No se trata de contabilizar una simple fundamentación que puede resultar suficiente con la aplicación mecánica de la ley, sino de analizar si dicha exigencia radica en una necesidad política propia de la justificación de los actos de un poder del Estado; o significa establecer una garantía constitucional que forma parte de un conjunto mayor contenido en el principio del debido proceso.

No se descarta que la visión se pueda acotar al simplismo adjetivo de tomarlo como un presupuesto procesal de la sentencia, o como parte integrante del acto procesal por excelencia.

Finalmente, la naturaleza puede ocupar el espacio de los deberes jurisdiccionales que hacen al derecho a la tutela judicial efectiva, o afincarse en los derechos exigibles que tienen las partes para que se cumpla con la garantía o principio fundamental al debido proceso (como variable de las garantías jurisdiccionales).

171.2. 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.[772]

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.

En una editorial de "El Araucano" publicada el 25 de noviembre de 1836, señalaba Andrés Bello (Chile):

> El proyecto de ley propuesto al Congreso en el mensaje que insertamos en el presente número presenta a los chilenos una de las garantías más reales que la legislación puede ofrecer a un pueblo. Hasta hoy han estado sometidos nuestros derechos a las decisiones arbitrarias de los jueces, que sujetos a las pasiones, errores y preocupaciones que forman el patrimonio de la especie humana, han gozado del ominoso y extravagante privilegio de fallar sobre las cuestiones más importantes sin dar cuenta a la nación de los fundamentos de sus juicios, ni explicaciones satisfactorias de sus operaciones administrativas... Admitir sentencias no fundadas equivale en nuestro concepto a privar a los litigantes de la más preciosa garantía que pueden tener para sujetarse a las decisiones judiciales.

171.3. 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.

> Decíamos en nuestro *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, que la tendencia "promotivacionista", al decir de Sagüés, cobra impulso a partir de la Revolución Francesa,

[772] Ob. cit., pp. 177 y ss.

> sobre todo, después del artículo 94 de la Constitución de 1793: Los jueces "…motivan sus decisiones" (la Constitución de 1795 agregó que las sentencias debían enunciar los términos de la ley que aplicaren: art. 208)…En Argentina, el tramo colonial y el poscolonial muestra el predominio de la no motivación; pero una importante excepción fue el Tribunal de Recursos Extraordinarios de la provincia de Buenos Aires (1838-1852), cuyas decisiones fueron suficientemente fundadas. Con la sanción de la Constitución de 1853, en la esfera nacional (y en la provincial, con el texto bonaerense de 1854), la tendencia motivacionista logró paulatinamente imponerse.[773]

171.4. 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 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con el Protocolo n° 11, estableció en el art. 45 — Motivación de las sentencias y de las resoluciones:

1. *Las sentencias, así como las resoluciones que declaren a las demandas admisibles o no admisibles, serán motivadas.*

2. *Si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquier juez tendrá derecho a unir a ella su opinión por separado*.

Un modelo preciso está en la Constitución española de 1978 que incluye el deber de motivar en el art. 120.3 de la Constitución, dentro del título VI dedicado al "Poder Judicial"; y en un precepto que consagra otras dos fundamentales garantías procesales: la publicidad y la oralidad.

Dice Ibáñez que:

> esta inclusión no puede dejar de ser significativa. Significativa y totalmente coherente, puesto que, como ha escrito Ferrajoli, estas últimas, junto con la de motivación, son "garantías de garantías", de carácter "instrumental", por tanto, pero condición *sine qua non* de la vigencia de las "primarias o epistemológicas" del proceso penal, en general, como vehículo del derecho punitivo.[774]

De ello resulta que la motivación se convierte en una garantía que trasciende a las partes porque proyecta la obligación como un valor constitucional que hace a la eficacia de las sentencias.

171.5. En América no ha sido diferente la axiología entendida para el deber de fundamentación, solo que ha tenido posibilidades de lectura más amplios y flexibles, porque sirvió para eludir la imposibilidad de sentenciar cuando el proceso estaba hueco de verificaciones o la prueba era manifiestamente insuficiente.

Se encontró así un principio nuevo "*pro sententia*", según el cual todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de la

---

[773] GOZAÍNI, *Derecho Procesal Constitucional,* tomo 1, editorial de Belgrano, cit., pp. 190 y ss.

[774] IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal,* texto de la conferencia pronunciada por el autor dentro del plan estatal de formación de jueces (1992), Consejo General del Poder Judicial de España, *passim*.

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.

Afirma Piza Escalante siguiendo este criterio, que:

> las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto.[775]

De todos modos, las nuevas constituciones americanas han incorporado el deber de fundamentar toda resolución judicial, sea directamente en el texto de la Norma básica o reglamentando en disposiciones especiales como leyes administrativas o procesales.

172. El fundamento como presupuesto de validez constitucional

172.1. Desde otra perspectiva el deber de motivación se instala como un presupuesto procesal constitucional para que la sentencia sea válida.

El código procesal federal (Argentina), por ejemplo, dice en el art. 34 inciso 4° que el juez debe *fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia.*

En realidad, no es la nulidad propiamente dicha el efecto que tiene un pronunciamiento sin fundamentos, sino la determinación para obtener agravios directos por esa ausencia de razones y motivos que habilitan el recurso correspondiente, el cual, eventualmente, puede conducir a la nulidad.

Sucede que como presupuesto procesal también se vincula con el deber constitucional que se instala como garantía judicial, porque una sentencia infundamentada es un caso de arbitrariedad que traslada a la revocación de lo resuelto.

Con simpleza ha dicho Carnelutti que, "la motivación de la sentencia consiste en la construcción de un razonamiento suficiente para que de los hechos que el Juez percibe, un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte

---

[775] PIZA ESCALANTE, Rodolfo, *sentencia sobre el debido proceso,* su voto en el fallo 1739/92, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1º de julio de 1992.

dispositiva [...]. La motivación está impuesta para que muestre el juez que ha razonado8.[776]

172.2. En uno u otro caso lo importante estriba en la consolidación del deber de argumentar y tomar partido entre una de ambas pretensiones. No significa más que resolver en el marco dialéctico del proceso donde si las partes están obligadas a presentar sus afirmaciones por escrito, es obvio y natural que la decisión respectiva sea expresada del mismo modo.

Dice Alvarado Velloso que "este deber —que entronca aparentemente con la concepción montesquiana del Poder Judicial: los jueces son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley— no debe entendérselo, empero, como la actividad mecánica de un ser inanimado que no puede moderar ni la fuerza ni el rigor de la 'voluntad de la ley'".[777]

Para esta posición es suficiente que la sentencia exprese razones de hecho y de derecho, sin necesidad de desarrollar explicaciones argumentales. La fundamentación se sostiene con la mera aplicación de la ley, sin necesidad de adornarla con proyecciones intelectuales.

De este modo, mientras una sentencia se funda con la simple interpretación del derecho que al caso se subsume; la motivación es un proceso mental que exterioriza un proceso intelectivo que impone al Juez pronunciarse de una determinada manera.

172.3. En la misma línea que la tesis anterior se presenta otra tendencia que persigue encontrar en la falta de fundamentación un supuesto de inexistencia del acto procesal más trascendente en el proceso.

En este sentido Carocca Pérez apunta que:

> en lo que se vincula con la defensa, la clave se encuentra en que la obligación de motivar las sentencias, que al mismo tiempo que constituye un derecho de los litigantes, se transforma en garantía de que sus respectivas alegaciones y pruebas serán efectivamente valoradas por el tribunal. De ese modo, permite comprobar el cumplimiento de la obligación del juez de tener en cuenta los resultados de la actividad de alegación y prueba de las partes, que así concretan su intervención en la formación de la resolución judicial, que es la esencia de la garantía de la defensa.[778]

La diferencia sucede en la trascendencia que se asigna a la omisión de dar explicaciones, porque se considera que existe violación a las reglas de la defensa en juicio, y como tal, lleva a una sentencia revocable por defectos de fundamentación.

> La teoría debe analizarse con la precedente, porque la primera convierte a la fundamentación de la sentencia en un mero formulismo, puesto que bastaría con hacer re-

---

[776] CARNELUTTI, Francesco, *Estudios de derecho procesal,* tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1952, p. 223.

[777] ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El juez: sus deberes y facultades,* Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 35 y ss.

[778] CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal,* Bosch, Barcelona, 1998, pp. 188 y ss.

> ferencia a los hechos, a la norma aplicable y al mandato judicial, para que se tenga por fundamentada. Por eso —dice Lorca Siero— la segunda procura que el imperio de la ley que ordena el artículo 117.1 de la Constitución española, presente un aspecto de cumplimiento en cuanto se refiere a la función juzgadora por todos sus trámites, cumpliendo el procedimiento y finalmente dictando sentencia en la que se aplica la ley a los hechos. Esta última es el balance de la legalidad juzgadora, donde ha de ejercitarse la subsunción. La sentencia es un orden lógico en el que por seguridad se opera acudiendo a la fórmula legal, pero cuando la lógica que ha de emplear el Juez se sustituye por su interpretación y no por la aplicación estricta de la ley, puede haber motivación pero no legalidad.[779]

En los hechos el déficit proviene por la infracción al principio de congruencia y, en particular, cuando el Juez resuelve fuera o más allá de lo pedido y no da fundamento alguno para ello.

172.4. Otros interpretan que en lugar de analizar la sentencia como acto procesal, hay que recurrir a los deberes jurisdiccionales e instalar en ellos la obligación de dar razones y fundamentos a las resoluciones judiciales.

> Precisamente porque el contenido esencial y normal de la tutela judicial efectiva consiste en la obtención de una resolución de fondo —dice Chamorro Bernal—, las decisiones judiciales de inadmisión afectan ese contenido y pueden incurrir en inconstitucionalidad si la negativa a entrar a conocer del fondo no se ha realizado de acuerdo con la interpretación que de tal derecho fundamental hace el Tribunal Constitucional [...] La tutela judicial resulta otorgada con plena eficacia, aunque la decisión consista en negar —de forma no arbitraria y razonable— el examen de la cuestión de fondo, por no concurrir un presupuesto procesal necesario o por haberse incumplido las formas y requisitos procesales razonables, es decir, que no constituyan rígidos formalismos, vacíos de contenido.[780]

Tal lectura se adapta a la orientación constitucional de los códigos procesales de Argentina, que en su mayoría establecen como deber de los jueces el fundar sus sentencias en ley; luego reglamentado en las leyes procesales como deber de fundamentación y efectos de nulidad en caso contrario (art. 34 inciso 4º, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Como no se persigue con esta carga del oficio, imponer una norma demasiado genérica, la jurisprudencia fue aclarando que el juez no está obligado a referirse concreta y separadamente a cada uno de los elementos de convicción suministrados por las partes, bastándole para fundar su decisión que valore los que a su entender, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, revistan relevancia jurídica para servir de base a sus conclusiones.

O lo que es lo mismo, al fundamentar su decisión no tiene que hacerse cargo de todos los argumentos de las partes, sino sólo de aquellos que estime pertinentes para la solución del caso.

---

[779] LORCA SIERO, *Los jueces y la constitución,* cit., p. 45.

[780] CHAMORRO BERNAL, *El derecho a la tutela judicial efectiva,* cit., p. 277.

172.5. Finalmente se encuentra otra tendencia dominante, que pone a la motivación de las sentencias como un derecho que las partes pueden exigir por ser parte integrante del derecho al debido proceso.

Para ella, la solución justa de un litigio no es simplemente —como lo afirma el positivismo jurídico— el hecho que sea conforme con la ley, es decir, legal. En efecto, no hay palabras que cubran la necesidad de justicia sino va implícito en los contenidos del pronunciamiento la cobertura de argumentos suficientes para convencer a las partes sobre la justicia del caso.

Una vez más aparece la dimensión social del proceso y la repercusión que tiene en la sociedad cualquier sentencia judicial, porque la medida de la legalidad no siempre es la vara de la justicia, como también la discrecionalidad excesiva, irrazonable o directamente incongruente, es una arbitrariedad que el mismo sistema repulsa.

172.6. Todas las teorías o pensamientos expuestos no tienen mayores diferencias si creemos que con la motivación se obtiene una herramienta para proscribir la arbitrariedad.

Sostiene Ruiz Lancina[781] que:

> la razonabilidad es el criterio demarcatorio de la discrecionalidad frente a la arbitrariedad ya que si la potestad discrecional consiste en elegir una opción entre un abanico de posibilidades razonables no hay potestad discrecional cuando es sólo una la solución razonable y por tanto no hay posibilidad de elección. En el supuesto más habitual en que caben varias elecciones entra de manera determinante la persona del juez quien estará investido de potestad para decidir en una u otra dirección, es decir hay un margen discrecional cuando sobre una cuestión aparecen varias soluciones razonables y es preciso elegir entre ellas. Por ello, el ejercicio de la potestad discrecional presupone dos elementos, por una parte una opción entre varias soluciones razonables y es preciso elegir entre ellas y por otra parte que esa opción sea razonable dentro de un marco socio-cultural determinado.
>
> La motivación garantiza que se ha actuado racionalmente porque da las razones capaces de sostener y justificar en cada caso las decisiones de quienes detentan algún poder sobre los ciudadanos. En la motivación se concentra el objeto entero del control judicial de la actividad discrecional administrativa y donde hay un duro debate sobre hasta donde deben fiscalizar los jueces.

Pero si extendemos la noción para darle un campo más amplio a su desarrollo, rápidamente se verá que la fundamentación forma parte de la sentencia como un todo indisoluble, creador de argumentos para quienes encuentren justificadas sus razones, como para los que no encuentren satisfechas con ella sus pretensiones.

"Por eso las sentencias de nuestro Superior Tribunal de Justicia que se apegan al llamado principio de *«trascendencia»* y/o *«sustancialidad»*, provocan con el abuso

---

[781] RUIZ LANCINA, María José, *La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española,* Noticias Jurídicas, 2002, web *passim*.

del *writ of certiorari* un claro supuesto de sentencias nulas por defectos de fundamentación".

En este terreno abonan múltiples proyecciones que, al mismo tiempo, se amparan en los nuevos contenidos del debido proceso.

Por ejemplo, será intolerable que se declaren nulidades procesales allí donde el juez tuvo oportunidad de advertirlas y su intervención resulta extemporánea o inusitada (*cfr*. art. 34 inciso 5 apartado b] del Código Procesal federal de Argentina); o cuando el trámite se posterga *sine die* por cuestiones de competencia mal resueltas; o en los motivos que abrigan justificaciones vulgares o renuentes al deber de asumir jurisdicción positiva en cuestiones de urgencia; etcétera.

172.7. Finalmente, un análisis enjuto de la teoría actual que explica los caminos de la impugnación y los recursos, continúa afirmando que los motivos de queja del recurrente están únicamente en la parte decisoria, provocando una dimensión increíble de las causales de arbitrariedad. Esto es equivocado, la sentencia es un conjunto de argumentos, razones y derechos aplicados que conducen a un resultado. La justificación del recurso no se puede encontrar en lo contingente del fallo, sino en los motivos dados para su fundamentación.

> Por eso, dice Chamorro Bernal, la motivación de la resolución judicial supone una justificación racional, no arbitraria, de la misma, mediante un razonamiento no abstracto sino concreto. Esta justificación de la resolución deberá incluir: *a)* el juicio lógico que ha llevado a seleccionar unos hechos y una norma; *b)* la aplicación razonada de la norma; *c)* la respuesta a las pretensiones de las partes y a sus alegaciones relevantes para la decisión.

173. Contenidos de la motivación

173.1. Antes de ahora hemos anunciado que fundamentar no significa lo mismo que motivar. Aplicando la ley sin más tarea que laborar 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".[782]

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 incongruencia, el error, el absurdo, es decir, todo lo contrario a la regla

---

[782] COLOMER HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 77.

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.

173.2. 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 Pico 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.[783]

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; porqué no sostener que puede ser una autojustificación de la discrecionalidad judicial.

173.3. 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

---

[783] PICO I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso,* cit., p. 64.

requisitos constitutivos de tipo formal, que encapsularon el discurso en la técnica de lo previsible.

173.4. 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 primero 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).[784]

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.[785]

173.5. 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.

Dicho en otros términos, como lo hace Farell: "la circunstancia de que los jueces deban juzgar de acuerdo a razones excluye también la posibilidad de que ellos decidan en base a la simple expresión de sus preferencias. Los jueces emiten juicios basados en razones, y tratan de alcanzar una 'verdad', entendida en este caso como una buena interpretación del derecho vigente".[786]

---

[784] TARUFFO, Michele, *La motivazione Della sentenza civile,* Cedam, Padova, 1975, p. 99.

[785] COLOMER HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 78.

[786] FARRELL, Martín D., *La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos, La Ley*, 2003-F, 1161.

174. Las distintas formas de motivar una decisión judicial

174.1. En la formación de la sentencia primera acceden buena parte de los esfuerzos de la jurisdicción. Lógica, inteligencia, psicología y voluntad, son los principales componentes que caracterizan el proceso mental de elaboración.

En materia de argumentación es preciso referir a dos niveles de entusiasmos —por así indicarlos— cuando de motivar la sentencia se trata. El primero asienta en la actividad del juez de primer grado, que limita su intervención al principio de congruencia y al brocardo *secundum allegata et probata* con las flexibilidades advertidas en este libro. La delimitación del *thema decidendi* lo fijan los litigantes y no le es posible al Juez desviar por otros caminos el destino de las pretensiones trazadas. En consecuencia, los hechos se incorporan por las partes, las peticiones delinean el objeto procesal, y la congruencia es el límite fijado para evitar el exceso jurisdiccional.

174.2. Ahora bien, una vez obtenida la sentencia, el problema de la motivación se controla desde los recursos, pudiendo señalarse deficiencias por limitación o por ausencia; en otros términos, fundamentos incompletos o insuficientes.

> El criterio de la suficiencia —dice Colomer Hernández— es un parámetro de creación jurisprudencial para el control de la efectividad de la obligación de motivar. Es decir, la suficiencia no es más que un mínimo que debe cumplir la justificación del Juez para poder ser aceptada como existente al ser controlada en vía de recurso por un superior jurisdiccional, o en vía de recurso de amparo (en España) por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, la suficiencia en modo alguno puede ser utilizada por un Juez como criterio de actuación a la hora de motivar [...] Los jueces a la hora de motivar deben realizar una completa justificación de la decisión adoptada.[787]

174.3. El segundo problema son las sentencias de tribunales de alzada, donde es más difícil aplicar los mismos conceptos antes enunciados.

En éstos es evidente que antes de emitir el acto definitivo será necesario contar con un acuerdo o, al menos, con una mayoría que participe de un mismo criterio. Y aun así ¿será posible la única versión?

La posibilidad de armonizar las argumentaciones y conclusiones se encuentra en la elaboración particular que presenta la sentencia de segunda instancia y, en general, la de todos los cuerpos integrados a pluralidad de miembros.

Se parte de ciertas premisas de organización que consisten en no apartarse de las solemnidades requeridas para la emisión de toda sentencia. Es decir, los requisitos formales se mantienen invariables, pero cambia el análisis en los fundamentos y su trascripción de acuerdo con las reglas siguientes.

174.4. En los tribunales colegiados las características son otras. Las causas que quedan en estado de dictar sentencia son sorteadas para el estudio del magistrado que resulte seleccionado en primer turno. En este aspecto, se respeta el principio

---

[787] COLOMER HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 80.

según el cual el presidente, *primus inter partes*, de manera tal que será el último en juzgar.

Concluido el voto del primer opinante, pasan las actuaciones al siguiente para que formule su propia argumentación.

Esta fase, permite adherir a los fundamentos obrantes, adherir parcialmente, discrepar en todo o en parte, o emitir el fallo con propias motivaciones pero que coinciden en la parte dispositiva del fallo.

El voto adhesivo es una particularidad de las sentencias de grado, y se concreta en el denominado acuerdo.

El pilar donde asienta esta metodología es la convergencia hacia la mayoría de opiniones en sentido coincidente.

Según Carnelutti:

> [...] el fundamento del principio de mayoría, está, como cualquiera ve, en aquellas relaciones entre el buen sentido y el sentido común; ...verdad es que la coincidencia entre el buen sentido y el sentido común está condicionada a un cierto grado de desarrollo espiritual de aquellos que juzgan y éste es, como a cualquiera le debe parecer claro, el problema de la democracia; pero, cuando se trata de jueces, esta condición se puede presumir cumplida.[788]

174.5. El art. 271 del código procesal federal (Argentina) dice:

> El acuerdo se realizará con la presencia de todos los miembros del Tribunal y del Secretario. La votación se hará en el orden en que los jueces hubiesen sido sorteados. Cada miembro fundará su voto o adherirá al de otro. La sentencia se dictará por mayoría, y en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios.

Por su parte el art. 397 del Código Procesal Penal establece que:

> ...Los jueces emitirán su voto motivado sobre cada una de ellas (las cuestiones que son objeto de juicio) en forma conjunta o en el orden que resulte de un sorteo que se hará en cada caso. El tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica, haciéndose mención de las disidencias producidas. Cuando en la votación se emitan más de dos opiniones sobre las sanciones que correspondan, se aplicará el término medio.

El voto individual con sus argumentos desenvueltos responden, por lo común, a dos interrogantes ¿es justa la sentencia apelada? y en su caso, ¿qué pronunciamiento correspondería dictar?

El problema que presenta la mayoría coincidente se da cuando las motivaciones del tribunal son discrepantes entre sí, o interpretan de manera disímil las situaciones analizadas, aun cuando coincidieran en la confirmación o revocación del fallo.

174.6. Cuando no existe la mayoría requerida, el órgano colegiado debe integrarse con otros pares hasta reunir la supremacía de argumentos que determinen el

---

[788] CARNELUTTI, Franceso, *Derecho y proceso,* Ejea, Buenos Aires, 1981, pp. 242 y ss.

carácter absoluto de la versión encontrada (al respecto el art. 31 del decreto/ley 1285/58 establece las formas como se integran los tribunales federales o sus sedes de provincia).

En cambio, las decisiones de los tribunales superiores se adoptan por la mayoría simple de los ministros que integran el cuerpo, siempre que sus votos sean concordantes en la solución del caso. Si existiera desacuerdo se procede con el criterio de la mayoría absoluta.

Al respecto dice el art. 281 del código precitado: "*Las sentencias de la Corte Suprema se redactarán en forma impersonal, sin perjuicio de que los jueces disidentes con la opinión de la mayoría emitan su voto por separado*".

No existe inconveniente en dictar la sentencia de grado cuando se alcanzan las votaciones consecuentes, aun cuando reste el pronunciamiento de un tercer miembro. Igual conclusión tiene el supuesto de pronunciamientos dictados con la ausencia de uno de sus miembros, sea por vacancia, licencia o algún otro impedimento para integrar el órgano.

174.7. Otro supuesto, diverso del anterior, pero interrelacionado, surge cuando la discrepancia en la votación emerge de pensamientos coincidentes en la línea a seguir para solucionar el caso, pero fuertemente alejadas de coherencia en su faz de racionalidad y fundamentación.

La Corte, en numerosos casos sostiene que debe preservarse la unidad lógico-jurídica de la sentencia, de manera que su parte dispositiva sea la conclusión final y necesaria de los prudentes análisis realizados sobre los supuestos fácticos y normativos.

Por ejemplo, en el pronunciamiento que refleja *Fallos 304:590*, determina que adolece de arbitrariedad en razón de fundamentación contradictoria la sentencia en la que el primer voto se inclinó por declarar la nulidad parcial del fallo de la instancia inferior, el segundo resuelve por la nulidad total, y el tercero por la desestimación de la apertura revisora del Tribunal superior; no obstante lo cual, a fin de computar la mayoría emergente el tercer opinante adhiere al primero, con lo que demostraba que tal manifestación careció de virtualidad y dependió de la mera voluntad del magistrado, contraria a su propio convencimiento y a la conclusión razonada a que antes había llegado.

La ausencia de relación impide corresponder la suma de opiniones coincidentes que hacen a la mayoría computable a los efectos de fijar el curso de acción. Por tanto, una sentencia de tal naturaleza incurre en dos vicios: es arbitraria por carecer de fundamentación lógica, tal como veremos en el punto que sigue; y es nula, por estar ausente de requisitos esenciales que hacen al derecho constitucional previsto por el art. 18 (Argentina).

174.8. Puede ocurrir que una sentencia cualquiera exprese los motivos de su inclinación y convencimiento, pero que al traducirlos en la parte dispositiva del fallo, resultan alejados absolutamente de la congruencia necesaria que debiera ponderarse.

Los casos de auto contradicción destacan una casuística muy numerosa que la Corte prolijamente ha vertebrado postulando como regla que, dicha falta de coherencia entre los considerandos y el decisorio constituyen una causal de invalidez que impide tener a la sentencia como acto procesal válido y propicio para surtir efectos legales.

En supuestos de los aquí citados, corresponde tener por válidos los argumentos expuestos en la parte resolutiva, únicamente, toda vez que de ella proviene la autoridad de cosa juzgada.

174.9. La sentencia de segunda instancia requiere la coincidencia de voluntades; la armonización de argumentos y conclusiones que finalmente quedan expresadas en la parte dispositiva de la resolución jurisdiccional.

Un caso paradigmático los extraemos de la causa fallada por la Corte Nacional el 23/2/95 in re: *Bichute de Larsen, Silvia M. y otros c/ Tintas Letta S.A.,* donde se indica que cuando en la votación los jueces mencionan precedentes que resultan contrarios a su forma de votar en ellos, oportunamente, existe falta de coherencia.

Allí se dijo que tal proceder importa una violación a elementales principios constitucionales que exigen que el fallo sea un acto motivado y razonado (art. 18 de la Constitución Nacional), en garantía del derecho de los justiciables (Considerando 5).

En efecto, esa ausencia de voluntades coincidentes se refleja si el primer voto confirma la sentencia del juez de primera instancia con sustento en fundamentos contrarios a su propia convicción y no se da ningún supuesto de obligación legal para proceder de tal modo (en el caso que mencionamos, el juez resolvió remitiéndose a lo resuelto por la mayoría en un precedente y aclaró que ello era sin perjuicio de dejar a salvo su opinión expuesta en minoría en el mismo).

De esta forma, el proceder comentado importa una violación manifiesta del modo como se han de expresar la sentencia de los tribunales colegiados, y en particular, a la necesidad de que este acto sea motivado y razonado (art. 18, Constitución Nacional).

174.10. Como en el parágrafo anterior, cabe interrogar nuevamente: ¿Por qué el defecto en la sentencia? ¿Es un vicio formal o sustancial?

Estos interrogantes deben responderse a partir de una comprensión total de la forma como se debe constituir un pronunciamiento válido.

Teniendo en cuenta lo dicho precedentemente respecto a que toda sentencia constituye una unidad lógica-jurídica, cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en su fundamentación. No es, pues, sólo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la decisión definitiva lo que da validez y fija los alcances de la sentencia; estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base al pronunciamiento.

En los organismos colegiados, la deliberación previa que determina el acuerdo no constituye una simple formalidad. Todo lo contrario, la sentencia de tribunales colegiados no puede concebirse como una colección de opiniones individuales y aisla-

das de sus integrantes, sino como un producto de un intercambio racional de ideas entre ellos. Esta es la manera pertinente de actuar en un sistema deliberativo.

Va de suyo que la adhesión (voto adhesivo) no ocasiona problemas en la unidad ontológica del decisorio en la medida que expresa la mayoría coincidente.

En cambio, si la formación de opiniones coincide en la parte dispositiva (por ejemplo, haciendo lugar o denegando una pretensión) pero con fundamentos divergentes para alcanzar ese resultado, se quiebra la concordancia intrínseca del acuerdo y, por ello, la mayoría real no existe e impide dotar al fallo de la mayoría racional que valide la sentencia.

No obstante, se ha dicho que la habitual divergencia de opiniones o fundamentos de los votantes (aun cuando por ella no se obtenga mayoría doctrinaria sobre el tema en consideración) no es obstáculo para que se estime lograda una mayoría real, cuando sobre el fondo del asunto haya vencedor y vencido en el pleito a través del cómputo de las conclusiones a que los jueces del tribunal colegiado arriben (Fallos 311:2023).

De todos modos la obtención de mayorías aritméticas no es una buena técnica para auspiciar en la justicia clara e intelegible "para todos".

El pronunciamiento debe ser congruente con el pensamiento de quienes lo forman y recorrer los pasos necesarios para la formación de la voluntad colectiva del cuerpo.

175. El caso particular del veredicto

175.1. El veredicto es un acto procesal característico de los procesos orales, pero su explicación actual y la forma como lo regulan hoy los ordenamientos jurídicos que lo disponen demuestra que el modelo no responde al arquetipo originario.

175.2. En efecto, antiguamente la figura estaba ordenada para el juicio por jurados, quienes al no tener —necesariamente— formación jurídica, deliberaban sus percepciones naturales sobre lo ocurrido en la audiencia y emitían un juicio sensible, una verdad hipotética carente de apoyatura legal, pero de altísima convicción. Su presupuesto era la equidad y lo que "el pueblo" entiende como justo.

El veredicto se pronunciaba verbalmente y el Juez o tribunal que lo oía, contaba ya con la advertencia popular que el fallo podía tener; por eso alguna vez se dijo que los magistrados que juzgan en instancia única y en juicio oral, tiene forzosamente que seguir las prácticas del jurado, "que no se concibe sin la sentencia inmediata".

De esta forma, el acto procesal contenía un juicio de valor subjetivo. Era el extracto de opiniones y sentimientos que acudían voluntariamente a representar la sociedad ante el conflicto humano que afrontaban.

El juez, por su parte, debía motivar en derecho su decisión.

Con la colegiación del tribunal llegó un problema a esta etapa ¿Cómo lograr la coincidencia en la sentencia y en los argumentos que la fundamentan?

El veredicto pasó, entonces, a ser una reunión previa de los jueces para discutir los puntos concernientes al tema pendiente de resolución. Dejó de plantearse ya

como una institución lega para convertirse en un acto deliberativo, con un alcance mucho mayor que la simple deducción sensible.

El veredicto abandona la condición de ser un acto anterior a la sentencia, para desfigurarse y colegir si formaba parte inescindible o no del fallo consecuente.

Jofré, comentando el código procesal penal hoy derogado decía que el veredicto "…designa la respuesta del Jury a las preguntas que se le han hecho; pero el código le da una acepción más amplia desde que lo toma como sinónimo de la sentencia que ha de dictarse sobre los hechos, por magistrados permanentes y técnicos…".[789]

Justamente, el tránsito hacia la profesionalización hizo que el veredicto fuese una institución técnica, porque del análisis puramente lógico que realizaban los legos como soberanos representantes de las valoraciones de la comunidad, se pasó a una deliberación analítica, donde se precisaron las razones de hecho y de derecho; donde la prueba se aprecia desde una distancia inmediata y en el cual, el resultado que propicia es, estadísticamente hablando, la misma sentencia.

175.3. A tal punto se conecta el veredicto con la sentencia que, muy a pesar de la exigencia constitucional de motivar las decisiones jurisdiccionales, la expresión de los hechos que se consideran en el primero enlazan y otorgan sustento a las impugnaciones —de hecho limitadas— que extraordinariamente recibe la sentencia del tribunal oral.

Esta proximidad del veredicto y la sentencia lleva a parangonar la etapa reflexiva con el acuerdo característico de los tribunales de alzada del proceso escrito.

Confrontando este proceso con el mencionado en los puntos anteriores, respecto al proceso de elaboración de la sentencia colegiada, pueden tomarse ciertas correspondencias que sostienen la proximidad, aún cuando existen diferencias notables que conviene remarcar.

- El veredicto no es parte integrante de la sentencia. Sólo constituye una precisión de los hechos vinculados con la pretensión planteada y sobre la convicción que la prueba rendida en la vista de causa ha generado en el Tribunal.
- Ese vínculo entre hechos alegados y confirmación deducida de los medios de prueba, debe ser expresamente motivado en el veredicto, sin importar que el sistema de valoración basado en la "apreciación en conciencia" otorgue libertad para adquirir la convicción porque, en definitiva, se trata de un modo de racionalizar, diverso de la manera de expresar el convencimiento obtenido.

  La "convicción sincera" carente de fundamento es arbitraria porque viola el principio de fundamentar que imponen las cartas fundamentales.
- El veredicto supone deliberación y no resolución o sentencia. En cambio, todo pronunciamiento que revista el carácter definitivo debe dictarse observando la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces, requisito constitucional que es esencial para la validez del fallo pues sin él no puede considerarse

[789] JOFRÉ, Tomás, *Código de Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires, comentado y concordado,* Depalma, Buenos Aires, 1965 (2ª ed.), pp. 145 y ss.

cumplida la disposición constitucional prealudida, a fin de dejar establecida la mayoría de opiniones que conforma el acto jurisdiccional decisorio, por lo cual su omisión acarrea la nulidad, como ocurre cuando se dicta en forma de simple auto.

- Asimismo el veredicto no requiere la ponderación individual de cada una de las cuestiones, precisamente porque se trata de una deliberación (discusión). En cambio, la sentencia colegiada obliga —por vía de principio— al voto personal, bajo pena de nulidad. Así ocurre en el art. 156 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, resolviendo el Superior Tribunal local que si la cuestión relativa al pronunciamiento que correspondiera dictar en definitiva aparece emitido por el voto del Juez que llevó la palabra en el Acuerdo, omitiendo hacerlo sus colegas actuantes, corresponde decretar la nulidad de oficio, sin posibilidad de enmienda por el voto adhesivo posterior, o en su caso, colocando las firmas al pie del mencionado Acuerdo (DJBA, 118:141).
- Interesa también, subrayar la diferencia que se produce con relación al procedimiento oral en los casos en que no existe coincidencia de opiniones o promedia desintegración del Tribunal; por cuanto en la oralidad, el sistema establecido para dirimir las contiendas recibe actos vinculados y sucesivos (vista de causa, veredicto y sentencia) y, además, el poder de documentación se ejerce en forma restringida; en cambio, en la mecánica de la doble instancia y en proceso escriturario, los actos procesales quedan instrumentados, de suerte que si se produjere discordancia de opiniones entre los jueces que emiten su voto, no existían dificultades técnicas para superar la situación, integrando el tribunal.
- Finalmente, la división entre veredicto y sentencia no es tan distante cuando se trata de obtener referentes para las impugnaciones extraordinarias. Ello así porque el veredicto debe consignar las bases objetivas que de la prueba se alcanzan, pues la discrecionalidad de la apreciación en conciencia tiene el límite de la razonabilidad argumentada que evita dejar inerte la casación posterior.

175.4. La confrontación ingresa en un tópico distinto al que hasta aquí ocupamos, pero de él puede extraerse como síntesis que, cualquiera sea el sistema para apreciar o valorar la prueba, se llega a un camino naturalmente abortado para la revisión en recurso, aun cuando se autoriza la impugnación y su pertinencia cuando el absurdo es evidente o sus conclusiones aparecen como violatorias de las leyes que rigen tales pruebas.

Dicen Sosa y Mancuso que:

> la intimidad entre veredicto, sentencia y recurso se observa con nitidez cuando las conclusiones del veredicto son contradictorias a una constancia auténtica y fehaciente del proceso; o si dicho acto procesal decisorio adolece de irregularidades al describir uno o varios hechos y al mismo tiempo dejar formulado un interrogante que hace a la calificación de esos hechos, pues si bien dicha anomalía no produce nulidades, es indiscutible

que a los fines de la potestad revisoria de la casación, la mezcla o amalgama de hechos sin calificación, podría conducir a indebidas limitaciones en el reexamen atribuyendo carácter de hechos a consideraciones que no lo son.[790]

175.5. El veredicto tiene obligaciones insoslayables según el tipo de procesos donde se expide. Por ejemplo, es muy distinto aquél que se expide en un juicio por jurados, donde éste solamente manifiesta el sentido de lo que el pueblo entiende como justo, donde no existe necesidad alguna de pronunciarlo por escrito y fundadamente; a diferencia de los procesos orales, donde en el veredicto se encuentran las pocas motivaciones de hechos y convicciones que llevan a emitir una sentencia determinada.

En particular nos interesa la última formulación, toda vez que, si bien es cierto el veredicto no integra ni es parte de la sentencia, en su lugar le aporta todos los elementos para que el tribunal o el juzgador —en su caso— relacione esos hechos con el derecho aplicable, dando plenitud al deber de fundar las sentencias en esa lógica subsunción que presenta el dictado de todo pronunciamiento jurisdiccional.

175.6. Ahora bien, corresponde precisar que en el veredicto no existen tantas libertades como *prima facie* pareciera entenderse. En efecto, ya fue dicho que puede anularse de oficio tanto un veredicto como la sentencia que le corresponde si no resultan proporcionados los presupuestos fácticos necesarios para resolver la litis, o bien, cuando no se exponen conclusiones claras sobre las cuestiones esenciales, porque ese proceder impide al tribunal revisor ejercitar la función de casación que le es propia.

El precedente orienta en torno a ese deber, significando que cada uno de los hechos constitutivos de la litis han de ser valorados en derredor de las confirmaciones que puedan haberse suscitado. Es decir, si las pretensiones de las partes fueron objeto de precisas demostraciones, cupe al órgano jurisdicente pronunciarse sobre ellas, so riesgo de nulificar la sentencia por deficiencias en la congruencia.

Obsérvese que para impugnar el fallo, el apelante tendrá que criticar certeramente los errores in iudicando, y si estos no se reflejan claramente en el veredicto no contará con medios suficientes para hacer viable su recurso, implicando una seria merma en la garantía del derecho de defensa.

Los hechos principales (esenciales) deben ser considerados en el veredicto, porque a través de ellos se nutren las pretensiones y, en definitiva, la suerte de todo el litigio.

Una vez hecho el relato de los antecedentes fácticos, han de suscitarse cada una de las acciones planteadas, a fines de extraer de las pruebas producidas las valoraciones emergentes y los convencimientos obtenidos.

---

[790] SOSA, Gualberto Lucas, MANCUSO, Francisco, *El absurdo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires,* en "Temas de casación y recursos extraordinarios", Platense, La Plata, 1982, pp. 265 y ss.

175.7. Conviene apuntar que aun siendo correcto afirmar que en el veredicto no se requiere el tratamiento individual de cada una de las cuestiones, la referencia apunta al análisis que realiza cada uno de los jueces individualmente.

Lo correcto resulta interpretar en dicha actividad una tarea de conjunto, se trata, justamente, de deliberar en busca de coincidencias en las percepciones conseguidas una vez cumplida la audiencia.

La debida valoración de antecedentes, circunstancias y corroboraciones (actividad probatoria) permitirá lograr una sentencia adecuada con la síntesis que refleja el veredicto.

176. La inconstitucionalidad por ausencia de motivación y fundamentos

176.1. Toda omisión del fallo inficiona su validez intrínseca y por varias razones. La primera porque existe un deber de explicar los fundamentos sobre los que asienta el juez su convicción, bajo pena de nulificar el fallo. Esos fundamentos deben respetar un orden crítico, de modo tal que se analicen los hechos, se aprecie la prueba, se determinen las presunciones emergentes, se disponga el derecho aplicable y, en su caso, se califique la conducta de las partes.

En el sistema de coincidencias previas que persigue el veredicto, ese orden secuencial se divide en una etapa dirigida a la consideración de hechos y prueba; y en otra que hace al decisorio en concreto.

Además, en toda sentencia, ha de existir un tratamiento pormenorizado de las cuestiones sometidas a litigio, y una adaptación lógica (congruencia) entre las pretensiones y la decisión.

176.2. La sentencia debe ser fundada. Así lo disponen la mayoría de los códigos procesales y algunas constituciones estatales. Inclusive, es un triunfo adquirido por el derecho procesal constitucional, al exigir este recaudo de motivación como pauta de validez del pronunciamiento, y a modo de soporte fundamental de la garantía del debido proceso.

Jurisprudencialmente se ha diseñado esta regla, indicando que constituye requisito indiscutible de validez de las sentencias judiciales que ellas sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente de plena aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Resulta así imprescindible que todo pronunciamiento definitivo explicite las razones que representan la motivación que guía a cierta orientación. Es menester precisar ese desarrollo mental, suministrando en los considerandos (o en el veredicto) las pautas de pruebas que se consideran verificadas y la subsunción efectuada en el orden normativo.

176.3. Además, una suficiente exposición facilita el grado de persuasión que la sentencia conlleva como medio de indicar la justicia en el caso concreto; tanto como para que las partes conozcan las razones por las que se admite o rechaza una pretensión, dando posibilidad consecuente para una crítica puntual.

No debe descartarse que este recaudo de fundamentación confiere, a igual tiempo, una posibilidad de control efectivo de los actos; haciendo pública la opinión vertida, en el sentido de que el fallo deja de ser cosa de partes para transferirse a la consideración pública.

La carencia de motivación resulta descalificada por el vicio de nulidad; igual consecuencia contrae la sentencia con fundamentos insuficientes, o equivocados, o bien que se afirma en consideraciones meramente dogmáticas que no tiene en cuenta las circunstancias que fueron demostradas en la causa.

176.4. Importa advertir que el calificativo de sentencia infundamentada, tiene un contraste en la apreciación que las partes sostengan. Quien obtiene pronunciamiento favorable, seguramente, ante la ausencia de agravio, no podrá decir que el fallo sea infundado. De otro lado, el perdidoso, podrá calificar de aquél modo a la sentencia pero su estima tiene un valor meramente hipotético y eventual, sólo posible de confirmación si prospera el recurso que dedujese contra el fallo.

176.5. Las motivaciones de hecho se refieren a las cuestiones propuestas por las partes como conducentes y en contradicción circunstancial. La investigación que el juez pueda abordar es un tema contingente, porque la regla indica que no puede apartarse del perfil de la realidad que el actor presenta y de la modificación —eventual— que el demandado proponga. Son los principios de igualdad en el debate y de la garantía de defensa en juicio.

Finalmente, el veredicto, como antecedente de la sentencia, define otras singularidades técnicas o formales.

Una de ellas refiere a que el juez que emite su opinión y queda en minoría, debe emitir su voto en la sentencia de conformidad con las circunstancias fácticas que la mayoría consideró acreditadas en la primera de dichas piezas procesales.

Tal deducción permite un interesante resultado: en las sentencias dictadas por los tribunales orales no caben discrepancias o votos en minoría, porque la unidad intelectiva debe reflejarse en la parte dispositiva, y las diferencias en el veredicto.

Y algo más, ¿qué ocurre con las diferencias jurídicas?, es decir, aquéllas que asientan no en la interpretación de las cuestiones fácticas, sino en la aplicación del derecho. En estos casos, se nos ocurre concluir que puede el juez discordante pronunciarse en el sentido que lo inspire, toda vez que ello no provocaría vicio alguno al fallo.

177. La sentencia motivada en formularios

177.1. Las nuevas tecnologías dispuestas para la emisión de documentos, e inclusive, para guardar los pensamientos sistemáticos que se repiten, ha permitido almacenar jurisprudencia y compendiar fallos emitidos en circunstancias concretas, que se reproducen en casos similares, facilitando la redacción y aportando una considerable riqueza de automatismos lingüísticos.

La contrapartida de esta constatación de la realidad lleva al rutinario lenguaje (muchas veces críptico) de las decisiones, que de ésta forma, conservan un patrón

o modelo que limita la racionalidad aplicada al supuesto particular que se debe resolver.

Es evidente así que la idea de motivar todas las resoluciones judiciales queda expuesta a su mínima expresión. Porque más allá de la certidumbre que pueda reproducir el mecanismo informático, conspira contra la elaboración pensada de un conflicto singular.

177.2. Un ejemplo de lo que aquí se plantea nos lo ofrece la sentencia 6/2/1998 de la Sala 1ª del tribunal constitucional español, que estudió la posible nulidad de una sentencia por falta de motivación debido a la utilización de "modelos impresos o formularios estereotipados". Esta concluyó que, aunque obviamente estos son desaconsejables por ser potencialmente contrarios al derecho a la tutela efectiva, no implican necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación.

El tribunal constitucional consideró que existe un elenco de supuestos en los que debido a la importancia de la materia tratada —derechos fundamentales, presunción de inocencia, introducción de nuevos criterios— exigen un específico y reforzado deber de motivación del que no participan del mismo modo el resto de las resoluciones, las cuales deben ser examinadas caso por caso. Se admite que la sentencia que provocó el recurso "no contiene en la redacción de su fundamentación jurídica referencias concretas que permitan singularizar su razonamiento como específicamente referido al caso". Igualmente, se considera la respuesta "construida a partir de un lenguaje en el que abundan las expresiones estereotipadas".

La sentencia causante de la petición de amparo se redactó de la siguiente manera: Los hechos relatados aparecen debidamente acreditados por los elementos probatorios contenidos en el juicio de faltas… sin que se aprecie motivo alguno para declarar que se ha incurrido en omisión esencial o error en la valoración de dichas pruebas. Sin embargo, el TC deniega el amparo y considera correcta la sentencia impugnada, la cual "ha venido a efectuar una motivación por remisión… cuya legitimidad y validez dependerá de si la recaída en primera instancia resolvía fundamentalmente la cuestión planteada".

Sin embargo, el magistrado D. Vicente Gimeno Sendra, formuló voto particular considerando que "no es que, como advierte la mayoría, la sentencia contengan muchas expresiones estereotipadas, sino que toda ella es un auténtico estereotipo". Según su opinión, para convalidar la sentencia impugnada, el TC utilizó dos argucias argumentales, consistentes, de un lado, en extender desmesuradamente la doctrina sobre la motivación implícita y trasladar, de otro, su doctrina sobre la proporcionalidad al derecho de tutela.

Este peligroso mecanismo de compensación sustitutoria puede hacernos concluir que algunos jueces, lejos de fortalecer sus hábitos expresivos, o son los verdaderos autores de sus pensamientos, o lo que sería aun peor, que no existe en su caso proceso de pensamiento.

Marina realiza en su libro "La selva del lenguaje" una descripción certera y casuística del lenguaje inerte: "La sociedad puede suplantar el habla personal por claudicación del sujeto. Claudicación que se produce de varias maneras: por pereza, sumisión, estupidez, cobardía, abandono. El habla del rebaño es siempre un habla desidiosa y pasiva. No hay que esforzarse en hablar ni hay que esforzarse en comprender. Una de las vías por las

que la sociedad habla a través de los sujetos es, como hemos visto, proporcionando los contenidos del habla".

No conozco un solo letrado, ni creo que exista, que redacte una demanda o un recurso utilizando estereotipos similares a los que aquí se critican. Será porque en la facultad no nos enseñaron la necesidad de un específico y reforzado deber de expresión y redacción según el cliente o asunto a tratar. Por eso, no es de extrañar que los abogados nos sintamos contrariados cuando después de arduos esfuerzos preparando nuestras argumentaciones en un recurso de apelación, obtengamos como respuesta: "La Sala acoge íntegramente los acertados razonamientos y el contenido de la sentencia apelada que da por reproducidos en aras de evitar inútiles reiteraciones, confirmando la misma en todos sus términos".