

OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL





BIBLIOTECA DIGITAL

TEXTOS DE DERECHO

PODER CONSTITUYENTE, DECLARACIONES DE DERECHOS HUMANOS, TEORÍA CONSTITUCIONAL, DERECHO CONSTITUCIONAL, ASAMBLEAS CONSTITUYENTES, REFUNDAR EL ESTADO, ASAMBLEA CONSTITUYENTE BOLIVIANA 2006, DERECHOS CONSTITUCIONALES PLANES NACIONALES DE ACCIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES, PROCESAL CONSTITUCIONAL, DICCIONARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, TRANSCONSTITUCIONALISMO, TCP, SENTENCIA, ACCIONES, REFORMA CONSTITUCIONAL, ANUARIOS, JURISPRUDENCIA

DERECHO CONSTITUCIONAL

FICHA DEL TEXTO

Número de identificación del texto en clasificación derecho: 1989

Número del texto en clasificación por autores: 5518

Título del libro: Introducción al Derecho procesal constitucional

Autor (es): Osvaldo Alfredo Gozáini

Editor: Rubinzal-Culzoni Editores

Registro de propiedad: ISBN: 9507277161; 9789507277160

Año: 2006

Ciudad y País: Buenos Aires – Argentina

Número total de páginas: 274

Fuente: <http://www.gozaini.com/propios/38/0039.pdf>

Temática: Derecho procesal Constitucional

Introducción al derecho procesal constitucional

Oswaldo Alfredo Gozaíni

Índice general

Capítulo I: Autonomía del derecho procesal constitucional

Sumario: 1. Punto de partida; 2. Nociones generales; 3. El derecho procesal constitucional: ¿rama o ciencia autónoma?; 4. Ubicación de la ciencia; 5. Autonomía científica: 5.1 La jurisdicción, 5.2 La acción, 5.3 El proceso. Bibliografía.

Capítulo 2: Contenidos del derecho procesal constitucional

Sumario: 6. Visiones diferentes para un mismo problema, 6.1 La jurisdicción constitucional, 6.2 El derecho a ser oído (acción), 6.3 Particularidades del proceso constitucional; 7. Los procesos constitucionales; 8. Desarrollo del derecho procesal constitucional; 9. La doctrina, 9.1 Hans Kelsen, 9.2 Piero Calamandrei, 9.3 Eduardo J. Couture, 9.4 Mauro Cappelletti, 9.5 Héctor Fix Zamudio. Bibliografía.

Capítulo 3: Jurisdicción y Justicia Constitucional

Sumario: 10. Significado que tiene la “justicia o jurisdicción constitucional”; 11. Antecedentes necesarios para conocer el problema; 12. Los modelos para el control de constitucionalidad, 12.1 El modelo político, 12.2 El modelo jurisdiccional, 12.3 Jueces y tribunales constitucionales, 12.4 Métodos: a) control preventivo (puro), b) control represivo, c) control ocasional, 12.5 Vías procesales: a) recurso de inconstitucionalidad, b) acción de inconstitucionalidad, c) excepción de inconstitucionalidad, d) incidente de inconstitucionalidad, 12.6 Las consultas de constitucionalidad; 13. Clasificación moderna de los mecanismos de control de constitucionalidad. Bibliografía.

Capítulo IV: El control de constitucionalidad

Sumario: 14. Explicación preliminar; 15. El principio de la supremacía constitucional; 16. Los modelos para el control de constitucionalidad, 16.1 El modelo político para el control de constitucionalidad, 16.2 Requisitos para el control de constitucionalidad en el modelo jurisdiccional: a) Control difuso, b) Control concentrado, c) Síntesis.; 16.3 La Justicia latinoamericana. Bibliografía.

Capítulo V: La misión del Juez Constitucional

Sumario: 17. El paradigma: la supremacía constitucional; 18. La evolución de funciones en la actividad judicial, 18.1 La sentencia constitucional: a) Tipos de sentencias, b) Sentencias que admiten la inconstitucionalidad, c) Sentencias que interpretan el texto cuestionado, d) Sentencias que integran el vacío constitucional, e) Sentencias que admiten la inconstitucionalidad y sustituyen el ordenamiento declarado ilegítimo, f) Sentencias denegatorias; 18.2 El juez ordinario y el juez constitucional; 18.3 El rol político de los Tribunales Constitucionales; 18.4 La llamada "omisión inconstitucional". Bibliografía.

Capítulo VI: El acceso a la justicia

Sumario: 19. El derecho a ser oído; 20. El acceso a la justicia; 21. La legitimación procesal, 21.1 Las cuestiones de representación: a) Grupos organizados con interés establecido en sus estatutos, b) Grupos asociados constituidos regularmente que no establecen representación, c) Grupos indeterminados con representación, d) Grupos indeterminados sin representación; 21.2 Representación de los intereses colectivos y difusos: a) Representación adecuada, b) El "ente exponencial", 21.3 La personalidad procesal y las nuevas categorías de intereses: a) Los intereses colectivos, b) Los intereses legítimos, c) Los intereses difusos; 22. La protección constitucional de los derechos difusos. Bibliografía.

Capítulo VII: Principios y presupuestos del proceso constitucional

Sumario: 23. Introducción; 24. Principios procesales en los procesos constitucionales, 24.1 Principios del proceso: a) La autoridad del Juez constitucional, b) El principio de igualdad, c) El Juez natural, d) La bilateralidad y contradicción del proceso constitucional; 24.2 Los principios del procedimiento: a) El impulso procesal y la intermediación, b) Carga y valoración de la prueba, c) El principio de saneamiento procesal; 25. Presupuestos del derecho procesal constitucional, 25.1 Gratuidad de las actuaciones, 25.2 Proceso sencillo y breve, 25.3 El principio "iura novit curia", 25.4 El principio "pro homine". Bibliografía.

Capítulo VIII: Los procesos constitucionales en particular

Sumario: 26. Concepto general; 27. Clasificación de los procesos constitucionales; 28. El proceso constitucional de amparo, 28.1 Tipos o modalidades en el proceso de amparo, 28.2 Naturaleza jurídica del amparo, 28.3 El amparo como proceso; 29. El proceso constitucional de hábeas corpus, 29.1 Fisonomía del proceso constitucional, 29.2 Garantía específica: la libertad, 29.3 Garantía judicial: el proceso, 29.4 El hábeas corpus en la Constitución Nacional, 29.5 La desaparición forzada de personas, 29.6 El cumplimiento de la pena, 29.7 Desarrollo procesal constitucional; 30. El proceso constitucional de hábeas data, 30.1 Naturaleza jurídica, 30.2 Autonomía del proceso, 30.3 Derechos tutelados, 30.4 Partes, 30.5 Derecho de acceso, 30.6 La demanda en la ley nacional, 30.7 La prueba, 30.8 La sentencia. Bibliografía.

Capítulo IX: *Proyecciones de lo procesal constitucional en otro tipo de procesos*

Sumario: 31. Concepto general; 32. La defensa colectiva, 32.1 La acción personal en defensa del interés colectivo, 32.2 La demanda que persigue un beneficio por la denuncia, 32.3 La representación colectiva; 33. Naturaleza jurídica de la acción colectiva, 33.1 Acciones de grupo o de clase, 33.2 Las acciones populares; 34. La indemnización, 34.1 Limitaciones, 34.2 El fondo de indemnizaciones, 34.3 La persecución del premio o la acción "qui tam"; 35. Lo procesal constitucional en las acciones colectivas, 35.1 La polémica que crean las acciones colectivas, 35.2 Conflictos de naturaleza constitucional; 36. Pretensiones de las acciones colectivas, 36.1 Las acciones preventivas, 36.2 Persiguen que cese el acto o la omisión lesiva, 36.3 Reintegro de las cosas al estado anterior; 37. Cuestiones procesales, 37.1 Acumulación objetiva y subjetiva, 37.2 Litispendencia, 37.3 Integración de la litis; 38. Etapa probatoria; 39. La sentencia en los procesos colectivos; 40. La cosa juzgada; 41. Ejecución de la sentencia. Bibliografía.

Anexos

1. *Código Procesal Constitucional del Perú*
2. *Código Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán (Argentina)*

Capítulo I

Autonomía del derecho procesal constitucional

Sumario: 1. Punto de partida; 2. Nociones generales; 3. El derecho procesal constitucional: ¿rama o ciencia autónoma?; 4. Ubicación de la ciencia; 5. Autonomía científica: 5.1 La jurisdicción, 5.2 La acción, 5.3 El proceso. Bibliografía.

1. Punto de partida

La ciencia procesal constitucional se explica a partir de la relación que existe entre el Proceso y la Constitución; vale decir, cómo se aplican las garantías judiciales de la Norma Fundamental en los procesos entre partes.

Sin embargo, 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.

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 cuanto 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.

Zagrebelky sostiene que no tiene el Tribunal Constitucional una misión política, sino social, porque tiene que ser colocada en la línea de tensión entre las exigencias "objetivas" del gobierno (del cual el derecho objetivo es la manifestación formal) y las exigencias subjetivas de tutela de las propias expectativas concretas.

Esta idea se distancia de la tradicional polaridad que generó la creación de los Tribunales Constitucionales, donde el conocido ensayo de Hans Kelsen (*La garantía jurisdiccional de la Constitución*, 1928) sustentó que el mejor sistema para evitar la desconfianza en los jueces tradicionales era la creación de un tribunal neutro, pero específico en la misión de controlar la constitucionalidad de las leyes; tesis contra la que reaccionó Carl Schmitt (*El custodio de la Constitución*, 1931) alegando que de este modo se politizaba la justicia y se convertía al Juez en legislador.

Es decir, en uno y otro sistema no se trata de señalar los opuestos. Mientras en el *sistema de control difuso* se actúa en la soledad del problema contingente y propio que resuelve la fiscalización constitucional en el límite subjetivo (entre partes) de la cosa juzgada; en el *sistema concentrado* la regla

es la abstracción y la generalidad del pronunciamiento porque interesa el principio de legalidad antes que la justicia del caso concreto.

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

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

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

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

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

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

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

2. Nociones generales

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

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

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

Ahora bien, estas diferencias de sistemas no pueden alimentar la creación de procesos constitucionales distintos porque esencialmente tienen como destino iguales funciones. Vale decir que el proceso de amparo, hábeas corpus, protección de datos personales, acciones colectivas, recursos de inconstitucionalidad, etc., tal como cada uno se conoce en el derecho comparado, debieran armonizar sus dimensiones con el fin de evitar interpretaciones disímiles (reglas del debido proceso), aunque sea lógico que el estudio comparado permita observar cada uno con la perspectiva de sus reglas complementarias (v.gr.: un recurso solitario de inconstitucionalidad puede ser la última herramienta a utilizar contra una ley que se ataca en vías anteriores, sean éstas concurrentes o paralelas).

Es decir, uno de los puntos cruciales a presentar es el debido proceso constitucional, como una pauta común para todo tipo de procesos y una regla especial para los conflictos constitucionales. En este sentido el derecho procesal constitucional se ocupa de: 1) el acceso a la justicia; 2) los principios de bilateralidad y contradicción; 3) la carga de la prueba; 4) la fundamentación de las resoluciones judiciales; 5) la ejecución de la sentencia.

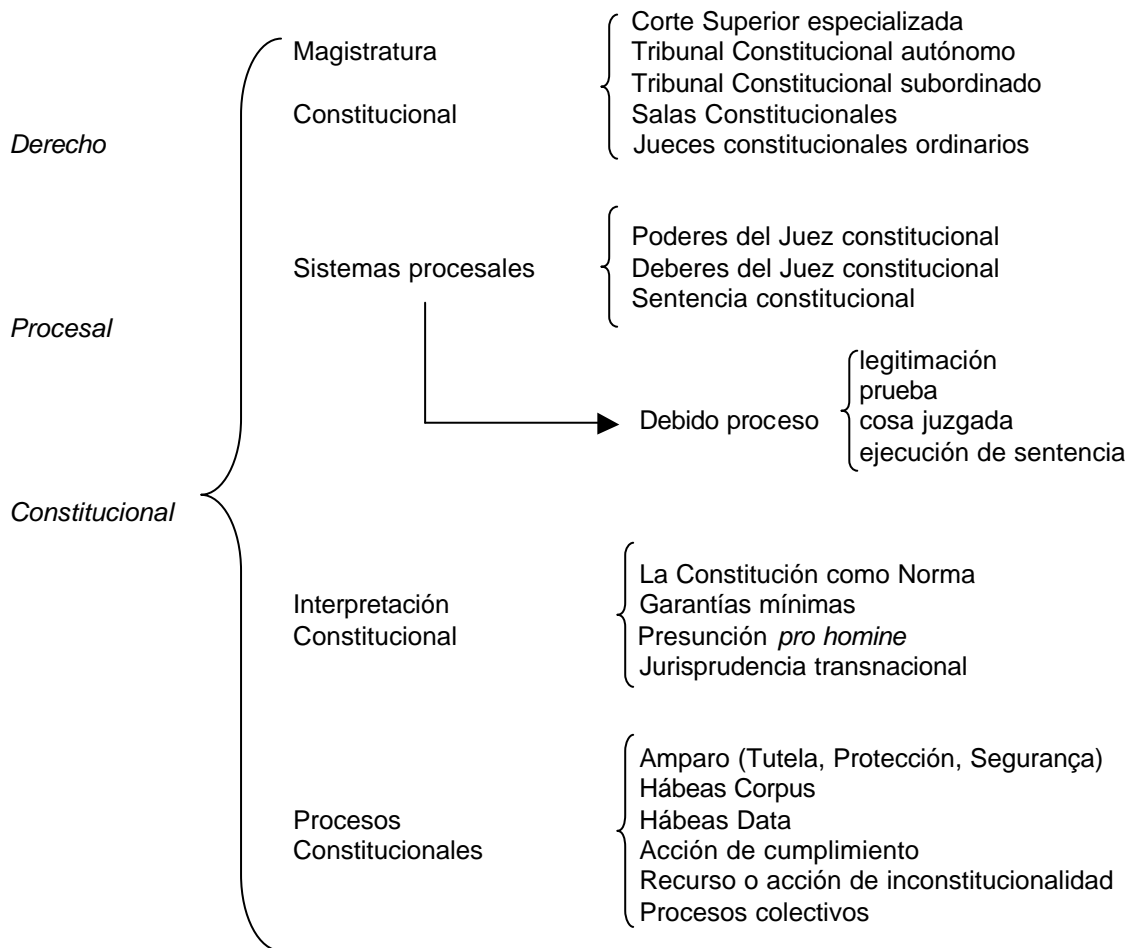
No obstante, al Juez constitucional no se le establecen reglas insalvables, porque el poder principal a desarrollar está en la *interpretación judicial*, y con ello cada sistema admite modalidades para el uso y la aplicación de esa potestad jurisdiccional.

Vale recordar 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, aparece el llamado *derecho procesal transnacional* que establece desde jurisdicciones axiológicas como son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de

Derechos Humanos, una suerte de jurisprudencia vinculante que tiende unificar las reglas de interpretación cuando se trata de resolver sobre derechos de las personas.

Un cuadro podría simplificar los contenidos a desarrollar:



Una excelente descripción de los contenidos la realiza García Belaúnde cuando sostiene que el Derecho Procesal Constitucional tiene tres partes: a) general, b) positiva (dividida en un sector de legislación nacional y otro local cuando se trata de estados federativos), y c) una parte comparada. El primero tiene que ver con la fusión entre el derecho procesal y el constitucional que deriva en esta nueva rama procesal, donde es necesario ver la jurisdicción constitucional en sentido estricto (modelos para el control de constitucionalidad). El siguiente estudia la realidad de cada país y, dentro de este esquema, se analizan las situaciones puntuales de los Estados que otorgan autonomía legislativa a sus federaciones autónomas. El tercer punto es la parte comparada, es decir, la comparación jurídica entre dos o más sistemas jurídicos procesales constitucionales.

En nuestro "*Derecho Procesal Constitucional-Amparo*" sostuvimos que el contenido del derecho procesal constitucional, en forma ordenada y sistemática, nos lleva a encontrar dos tipos de actividades esenciales, y alguna más derivada del procedimiento que la misma Constitución establece para ciertas instituciones. Ellas son: a) Desde un *aspecto sustantivo*, se analizan los órganos que tienen como finalidad la defensa de la Norma Fundamental y la supremacía de sus disposiciones. b) Desde un *aspecto adjetivo* se abarca el estudio de las instituciones procesales específicas para tutelar las garantías individuales y

sociales. c) Se podría agregar un tercer componente en los procedimientos especiales que tiene cada organización judicial, como resultan aquellos destinados a impugnar toda norma contraria a la Constitución y a tutelar los derechos humanos explícita o implícitamente reconocidos. Aparece aquí la denominada *jurisdicción constitucional orgánica* ya que comprendería el análisis de los instrumentos establecidos para resolver los conflictos o controversias entre los diversos órganos del poder.

En suma, existen tres sectores bien diferenciados. Uno llamado por Cappelletti, 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.

3. El derecho procesal constitucional: ¿rama o ciencia autónoma?

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

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

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

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

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

² García Belaúnde, Domingo, *El derecho procesal constitucional y su configuración jurídica*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional –Proceso y Constitución–, n° 2, julio/diciembre 2004, editorial Porrúa, México, pág. 48.

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

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

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

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

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

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

Un ilustre procesalista como José Almagro Nosete afirma que "el fundador del derecho procesal constitucional fue, sin duda, el jurista vienés Hans Kelsen, inspirador de la regulación en la Constitución austriaca de 1920 de una jurisdicción especial cuyo fin específico era la resolución de procesos exclusivamente constitucionales. La vigencia de la Constitución, en efecto, se traduce principalmente en la adecuación a ésta de las leyes que la desarrollan. Si las leyes incurren en contradicción o discordancia con los preceptos constitucionales, se incumplen los mandatos primarios de la ley suprema y se incurre en inconstitucionalidad. El desorden jurídico que, en cadena, puede originar la multiplicidad de los actos jurídicos, sujetos a la observancia de la ley

inconstitucional, aconseja la institución de órganos y medios específicos remediadores de la injusticia”⁽³⁾.

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

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⁽⁴⁾.

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”⁽⁵⁾.

Jesús González Pérez diferencia al proceso constitucional de otros, diciendo que será proceso constitucional aquél del que conoce el Tribunal Constitucional⁽⁶⁾.

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 posiciones 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.

La misma tendencia se encuentra en otros autores europeos e inclusive en algunos latinoamericanos, proclives a verse influenciados por la doctrina española principalmente.

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

⁴ López Guerra, Luis, *Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá*, en “Justicia constitucional Comparada”, AA.VV., editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM–, 1993, México, pág. 73.

⁵ Favoreau, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, editorial Ariel, Barcelona, 1994, pág. 13.

⁶ González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, editorial Cívitas, Madrid, 1980, pág. 25.

Una posición intermedia postula el maestro Héctor Fix Zamudio al mencionar que “la imprecisión que se advierte en esta materia se debe a la estrecha vinculación entre el derecho constitucional por una parte, y el procesal por la otra, y aun cuando los autores antes señalados niegan expresa e implícitamente que existan dos disciplinas, una del campo procesal y otra del constitucional, aun cuando se encuentren en una situación de confluencia, lo cierto es que la única forma de delimitar ambas materias, es la consideración de que pueden configurarse dos materias en estudio, una que podemos calificar como *derecho procesal constitucional* en sentido estricto, y la otra *derecho constitucional procesal*...[...]. El primero tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en sentido actual, es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. De distinta manera el que se puede calificar como *derecho constitucional procesal*, examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional, debido a que las Constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad que con anterioridad, algunas de ellas ya figuraban en las Cartas constitucionales clásicas, lo eran en forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia”⁽⁷⁾.

En nuestro país acompaña el temperamento Néstor Pedro Sagüés, quien agrega que “el derecho constitucional procesal es un sector del derecho constitucional que se ocupa de algunas instituciones 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”⁽⁸⁾.

Esta posición es seguida en Argentina por Antonio Castagno, y recibe el apoyo de Ernesto Rey Cantor (Colombia) y Elvito A. Rodríguez Domínguez (Perú). Sostiene el eminente profesor colombiano 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”. Rodríguez Domínguez argumenta, por su parte, que la existencia de normas procesales en la

⁷ Fix Zamudio, Héctor, *Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional*, passim. Tomado de la obra colectiva *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I (coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor), 2ª edición, editorial Porrúa, México, 1993, págs. 269 y ss.

⁸ Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario*, tomo I, 3ª editorial, editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 4/5.

Constitución, no implica la existencia de un derecho procesal constitucional, pues aun se está en el ámbito del derecho constitucional, porque 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.

4. Ubicación de la ciencia

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

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

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

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

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

un sistema de control de constitucionalidad diferente, basta para encontrar las dificultades de encuadre.

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

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

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

5. Autonomía científica

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

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

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

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

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

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

La teoría general del proceso acepta contener tres preocupaciones esenciales: *la jurisdicción*, que significa atender el rol del juez en el proceso, las

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

5.1 La jurisdicción

En el primer aspecto la teoría debe resolver dos posibilidades en la explicación de la actividad del Juez en el proceso: 1) O simplemente resuelve los conflictos aplicando la ley; o 2) Interpreta los hechos y aplica el derecho.

La primera función es propia de los sistemas donde la jurisdicción se divide por especialidades (civil y comercial, administrativa, comunitaria, constitucional y supranacional) dejando en cada uno el deber de resolver propio de su actividad. Uno no puede subordinar a otro, por eso en materia constitucional, se forma el incidente de inconstitucionalidad o se remite al tribunal especial para que asuma la competencia correspondiente. En líneas muy genéricas diríamos que es el mecanismo que sigue la Europa continental, apegada en sus orígenes al principio de legalidad y a desconfiar de los jueces cuando se trata de interpretación normativa.

La valoración judicial de los hechos y el derecho es un poder que tienen los magistrados del sistema difuso, también llamado “americano” por la influencia que tuvo el fallo *Marbury vs. Madison* en el señalamiento de las características, que llevó a descifrar el sistema como de la “confianza en los jueces”.

Aquí el Juez, salvando las distancias propias de un modelo de control de constitucionalidad que de a poco va desapareciendo en América (al advertirse una rotación hacia los sistemas de control concentrado en Tribunales Constitucionales o Salas especializadas), dicta sentencia según su leal saber y entender (principio llamado: *iura novit curia*). Puede decretar la inconstitucionalidad de las normas sin afectar el derecho de terceros, porque el efecto de la cosa juzgada solo alcanza a quienes son partes en el proceso.

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

5.2 La acción

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

La expansión del interés en la causa (derechos difusos, intereses colectivos, derechos de masas, acciones de grupo, etc.) ha flexibilizado el cuadro de exigencias rituales, pero el modelo procesal (de trámite, propiamente dicho) no ha tenido cambios; de modo tal que los procesos constitucionales se debaten aún con este resabio incongruente que solo atiende los problemas del afectado conocido y con un daño directo e inmediato, sin remediar ni dar soluciones a los conflictos globales.

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

Lo mismo cabe agregar con aspectos proyectados del derecho de entrada. El derecho de petición (de naturaleza constitucional) no se reduce en lo procesal constitucional a un asunto de consistencia jurídica del que reclama, porque la atención se dirige al asunto antes que a la persona. Es más importante lo que se pide que cuestionar el interés que tiene el que demanda la actuación jurisdiccional.

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

5.3 El proceso

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

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

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

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

Lógicamente, como todo proceso, el derecho de defensa es un principio incanjeable, de manera que, corresponde oír a las partes en sus respectivas alegaciones. Pero la controversia supone tener partes enfrentadas en posiciones diversas, donde el Juez debe actuar como equilibrio entre las fuerzas en conflicto.

En el libro *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, sostuvimos que si este presupuesto se sostiene a pie juntillas, probablemente otro principio procesal desajuste la finalidad del proceso de amparo: el principio dispositivo. Según él, el proceso es cosa de partes y el Juez debe juzgar sin apartarse de lo propuesto en el marco de la demanda y la contestación, esto es, de la congruencia que reclaman los escritos constitutivos del proceso. En el proceso constitucional es fundamental y hace a la esencia de su función, controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos de las autoridades -públicas y privadas-, de forma que la interpretación de los hechos y del derecho no puede tener el condicionante de lo alegado por las partes. Es imperioso ver hacia adelante, los efectos, las consecuencias y las circunstancias que tiene el caso concreto frente a toda la sociedad.

Inclusive, la afirmación precedente no sería adecuada en sentido estricto en los sistemas de control de constitucionalidad concentrado donde no hay controversia entre partes, sino conflictos de constitucionalidad que habilitan la actuación de un órgano diferente a judicial ordinario para que interprete la adecuación de la ley a la Constitución.

Obsérvese que esta dimensión de la “justicia constitucional”, coincidente con la del Juez del sistema difuso, en ejercer la función de resolver los conflictos de interpretación o aplicación de la Norma Fundamental, trabajan con un principio inverso al que preserva la garantía judicial que se vincula con la organización jurisdiccional, porque la idea del “Juez Natural” (que se designa con anterioridad a los hechos de la causa) y de “Unidad de la Jurisdicción”, se desplazan en el modelo europeo.

Es cierto que el primer aspecto se puede resistir con sólidos argumentos, pero en el mecanismo difuso, la idea de mantener la decisión dentro de la jurisdicción que se origina no tiene confrontación posible.

Claramente explica Ferrer Mac-Gregor que, el crear un tribunal constitucional implica crear también una nueva jurisdicción, lo que va en contra de lo que la doctrina procesal denomina “*unidad de la jurisdicción*”. Este principio consiste en que todos los órganos de impartición de justicia pertenezcan al poder judicial, al considerar que la función jurisdiccional originaria necesariamente debe ser ejercida por este poder del Estado.

Ahora bien, el marco previsto en torno a las características del procedimiento, reparan que debe tratarse de un trámite rápido y expedito, sencillo y eficaz. La celeridad es primordial, es cierto, pero deben respetarse los demás principios y garantías del “debido proceso”.

Esta es una “garantía” que promueve el derecho procesal constitucional porque en la teoría general del proceso, el principio de economía (que

internamente se integra con la acumulación de pretensiones y procesos; el establecimiento del principio de perentoriedad; la inclusión de plazos y términos; etc.) toma a su cargo una suerte de consigna dirigida a las partes (en función del principio dispositivo, o de avance del proceso de acuerdo al interés de los litigantes), características que no se dan en el proceso constitucional donde el llamado de las normas transnacionales claman por un proceso rápido y breve y con recursos sencillos y eficaces.

En nuestro *‘Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso’* advertíamos en este dualismo, que incide en los contenidos esenciales y por ello modifica la tradición conceptual del debido proceso. En particular la regla del plazo razonable muestra como no se pueden aplicar los principios procesales tradicionales a los que penetran desde el derecho procesal constitucional.

Por ejemplo, desde una perspectiva más amplia suele nominarse la necesidad de tener derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz, interesando en cada adjetivo un aspecto puntual a resolver. Sin embargo, "plazo razonable" es un concepto indeterminado y, como tal, puede tener lecturas diferentes y hasta contradictorias entre sí, porque como suele ocurrir cuando se realiza interpretación, las opiniones tienen sentidos y objetivos, como sensaciones e influencias que afectan los criterios a seguir.

Así, 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.

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 Nacional) los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que, expresamente, contienen este derecho fundamental.

Bibliografía Capítulo I

- Almagro Nosete, José, *Constitución y Proceso*, editorial Bosch, Barcelona, 1984
- Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, editorial Cívitas, Madrid, 1985.
- Calamandrei, Piero, *Derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1986 (tres volúmenes).
- Cappelletti, Mauro,
 - *La giurisdizione della libertà*, editorial Giuffrè, Milano. Hay varias ediciones posteriores y una traducción al español de Héctor Fix Zamudio en 1961.
 - *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, editorial UNAM, México, 1987.
- Cascajo Castro, José Luis, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Revista de Estudios Políticos nº 199, págs. 149 y ss., Madrid.
- Couture, Eduardo J., *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en *Estudios del Derecho Procesal Civil*, tomo 1, editorial Depalma (3ª), Buenos Aires, 1979.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, editorial Fundap, Querétaro (México), 2002.

- Fix Zamudio, Héctor,
 - *Introducción al derecho procesal constitucional*, editorial Fundap, Querétaro (México), 2002.
 - *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, editorial Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1993.
 - *25 años de evolución de la Justicia Constitucional*, editorial UNAM, México, 1968. *Ensayos sobre el derecho de amparo*, editorial UNAM, México, 1993.
 - *Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo*, en Revista de la Facultad de Derecho de México, nro. 56, octubre-diciembre, 1964, págs. 959/1012.
- García Belaúnde, Domingo,
 - *Derecho Procesal Constitucional*, editorial Temis, Bogotá, 2001.
 - *El derecho procesal constitucional y su configuración jurídica*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional –Proceso y Constitución–, n° 2, julio/diciembre 2004, editorial Porrúa, México, págs. 45 y ss.
 - *Sobre la jurisdicción constitucional*, en "Jurisdicción constitucional", editorial PUCP, Lima, 1990, coordinador general Anibal Quiroga León.
- Gelsi Bidart, Adolfo, *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1986.
- González Perez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, editorial Cívitas, Madrid, 1980.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo,
 - *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (Vínculos y autonomías)*, editorial UNAM, México, 1995.
 - *Introducción al nuevo derecho procesal*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1988.
- Hernández Valle, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, editorial Juriscentro, San José de Costa Rica, 1995.
- Hitters, Juan Carlos, *El derecho procesal constitucional*, Rev. El Derecho, tomo 121 págs. 881 y ss.
- Iribarne, Héctor Pedro e Iribarne, Rodolfo A., *Acerca del derecho procesal constitucional*, Rev. El Derecho, tomo 127 págs. 722 y ss.
- Jiménez, Eduardo Pablo,
 - *Garantías Constitucionales*, editorial Suárez, Mar del Plata (coordinador).
 - *Los derechos humanos de la tercera generación*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1997.
- López Guerra, Luis, *Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá*, en "Justicia constitucional Comparada", AA.VV., editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM–, 1993, México.
- Pegoraro, Lucio, *Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional – Proceso y Constitución–, n° 2, julio/diciembre 2004, editorial Porrúa, México, págs. 131 y ss.
- Rey Cantor, Ernesto, *Derecho Procesal Constitucional – Derecho Constitucional Procesal – Derechos Humanos Procesales*, editorial Ciencia y Derecho (Breviarios jurídicos n° 9), Bogotá, 2001.
- Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Derecho Procesal Constitucional*, editorial Grijley, Lima, 1997. *Derecho Procesal Constitucional Peruano*, en Notarius (Revista de Notarios de Lima, Perú), año 2, Lima, 1991, págs. 265/272.
- Sagüés, Néstor Pedro,

- *Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario*, tomo I, editorial Astrea (3ª), Buenos Aires, 1992.
- *Derecho procesal constitucional y jurisdicción constitucional*, en Rev. La Ley, 1981-C, págs. 870 y ss.

Capítulo 2

Contenidos del derecho procesal constitucional

Sumario: 6. Visiones diferentes para un mismo problema, 6.1 La jurisdicción constitucional, 6.2 El derecho a ser oído (acción), 6.3 Particularidades del proceso constitucional; 7. Los procesos constitucionales; 8. Desarrollo del derecho procesal constitucional; 9. La doctrina, 9.1 Hans Kelsen, 9.2 Piero Calamandrei, 9.3 Eduardo J. Couture, 9.4 Mauro Cappelletti, 9.5 Héctor Fix Zamudio. Bibliografía.

6. Visiones diferentes para un mismo problema

La diferencia señalada en torno a la forma de ejercer el control de constitucionalidad provoca similares distancias a la hora de definir los contenidos del derecho procesal constitucional.

Cuando el enfoque es normativo, la disciplina se explica en el sistema legislativo y en las facultades, deberes y obligaciones que tiene el modelo para sustanciar un conflicto de naturaleza constitucional.

En cambio, en sistemas polifacéticos donde conviven procesos especiales y poderes propios afincados en un órgano particular (Tribunal Supremo que ejerce la fiscalización; Sala de una Corte Suprema; Tribunal de apelación, etc.), la diversidad lleva a ocuparse de los principios y presupuestos que regulan el proceso constitucional.

Es evidente, entonces, que entre la *jurisdicción o justicia constitucional europea, lato sensu*, y el *derecho procesal constitucional latinoamericano*, agregando en el grupo a la *judicial review* americana, podrán encontrarse modalidades que distingan a cada uno, pero en esencia, el problema es el mismo: controlar la supremacía de las normas fundamentales.

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*.

Por eso, el llamado “derecho procesal transnacional” se integra a los contenidos al derecho procesal constitucional, porque es fuente y el sistema debe ser explicado en el campo de la ciencia.

De este modo, armonizando la autonomía propuesta en el primer capítulo, con los contenidos a desenvolver, es conveniente presentar los mismos desde los pilares de la estructura científica: jurisdicción constitucional; derecho a ser oído (acción) y particularidades de los procesos constitucionales.

El primero de ellos, es decir, el problema de reconocer los órganos encargados de tutelar la supremacía de la Constitución, debe considerar en su línea de partida el concepto de *jurisdicción*. Reconocida su importancia, y establecido el alcance que la defina, podremos abordar los tipos o sistemas para el control de constitucionalidad (analizando cada uno en particular) y precisar las facultades, poderes y deberes de la magistratura en cada caso.

El siguiente espacio le corresponde a las *garantías*, donde se pueden establecer puntos de arranque en el concepto de acción, y establecer principios mínimos que

afiancen el cumplimiento de nociones tales como el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la tutela judicial efectiva y continua, la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica, entre otros.

En tercer lugar tendremos que analizar los *procesos constitucionales* y sus definidas particularidades, en la medida que no se trata de un proceso ordinario sujeto a las reglas solemnes y consabidas. Por eso, será fundamental establecer un concepto base para el proceso constitucional y reconocer desde allí al debido proceso con sus mínimos ineludibles; el derecho al amparo (o protección judicial efectiva) en sus diversas manifestaciones (contra actos del poder público, actos privados, como defensa del consumidor, del medio ambiente, como un supuesto de hábeas corpus o hábeas data, etc.)

Finalmente, existe un campo que corresponde abordar aunque no sea absolutamente propio para esta disciplina. Sin embargo, es tan profunda la relación que obviarlo sería inconducente. Los *derechos humanos* se vinculan íntimamente con el derecho procesal constitucional, por eso debemos considerar su protección procesal en esta área.

6.1 La jurisdicción constitucional

El movimiento revolucionario de fines del siglo XVIII significó tanto en Europa como en América una toma de posición distinta respecto a la confiabilidad que tendrían los jueces en el modelo de Estado que se conformaba.

La historia la hemos señalado en otras oportunidades ^(9), 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 era 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 que tuvo 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.

En Estados Unidos, en cambio, los jueces fueron parte del movimiento revolucionario, y con la sentencia del Juez Marshall en *Marbury vs. Madison*

⁹ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La justicia constitucional*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1997. También en *Derecho Procesal Civil*, tomo I volumen 1, editorial Ediar, Buenos Aires, 1992; *Derecho Procesal Constitucional*, editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999, entre otros.

(1803) se consolida el criterio que faculta a los tribunales a declarar la invalidez de una norma.

Explica Eto Cruz que 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.

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 presentan 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 deba dejar esa acción en manos del mismo órgano que aprueba las leyes contradictorias.

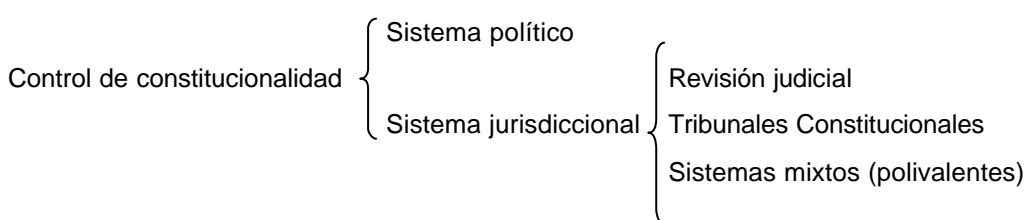
El órgano legislativo se considera en realidad como un creador libre del derecho y no como un órgano de aplicación de derecho, vinculado por la Constitución, cuando lo es en teoría, si bien en una medida relativamente restringida. No se puede contar, pues, con el propio Parlamento para realizar su subordinación 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.

En consecuencia, el contenido esencial del derecho procesal constitucional comienza con los sistemas previstos institucionalmente para el control de constitucionalidad, y dentro de cada uno se deben comprender las funciones del Juez Constitucional, los sistemas de designación de magistrados, los conflictos hipotéticos de competencia ante cuestiones constitucionales, las garantías (judiciales) necesarias para desarrollar la tarea encomendada, sin padecer de interferencias políticas u ocasionales.

En definitiva, el contenido en esta espacio se muestra en el siguiente cuadro:



6.2 El derecho a ser oído (acción)

El derecho de peticionar ante las autoridades no descansa en el remedio de escuchar lo que se pide porque, además de la prerrogativa fundamental que tiene toda persona para ser oído, se necesita integrar la garantía con el deber de respuesta. Ahora bien, cuando se tratan de peticiones hechas ante una autoridad judicial, el tema se ha enfocado a una sola perspectiva: *la del litigante* ⁽¹⁰⁾.

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*.

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.

¹⁰ Para ampliar este tema ver nuestro *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2004, capítulo II.

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.

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

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

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

Por ejemplo, un Juez argentino puede encontrarse al llegar a su tribunal que entre los expedientes a resolver tiene procesos constitucionales (amparo, hábeas 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.

Nosotros hemos creído (cfr. *La legitimación en el proceso civil*) que la acción no es más que un acto de contenido estrictamente procesal destinado a presentar un reclamo a la autoridad jurisdiccional. Ésta, conocida la petición, iniciará un proceso y, de este modo, cerrará el circuito característico, propio e inconfundible, del proceso jurisdiccional. Este acto de pedir informa al mismo tiempo una manifestación típica del derecho constitucional de petición. Como tal, el carácter abstracto que pondera se refleja en la posibilidad de lograr un litigio donde pueda ser oído y, en ese caso, habrá obtenido el ansiado acceso a la justicia.

Ahora bien, para obrar en el sentido apuntado basta con el ejercicio reflejo de una demanda; es decir, quien acude al proceso no necesita estar respaldado de razón o derecho alguno; basta con que el Estado le garantice el acceso, le brinde la posibilidad. De este modo, la acción será también un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica.

Aun así, en esencia, la acción tiene carácter intrínsecamente constitucional (podríamos decir, de derecho procesal constitucional), porque más allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional. Por ello es que la evolución conceptual del tema culmina con el derecho a la jurisdicción.

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.

Fix Zamudio afirma que desde el punto de vista del derecho constitucional la acción procesal, la socialización jurídica del Estado contemporáneo, no obstante los vientos del liberalismo económico que se han extendido en la actualidad, ha determinado la necesidad de crear los instrumentos necesarios para lograr su ejercicio efectivo para todos los gobernados y no sólo para los que cuentan con los medios económicos y el aseguramiento de abogados particulares para acceder de manera adecuada a la prestación jurisdiccional. En otras palabras, de un simple derecho formal, la acción procesal se ha transformado en una facultad con un contenido material que permite su ejercicio eficaz.

6.3 Particularidades del proceso constitucional

En este aspecto, los contenidos delimitan un modelo general para el derecho a contar con un proceso con todas las garantías. Antes, el estudio teórico proyectaba en el ejercicio de la defensa en juicio la noción genérica del “debido proceso”; actualmente, aquéllas definiciones han quedado insuficientes frente a los nuevos requerimientos que surgen de los textos sobre derechos humanos.

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):

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.

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:

Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

Concesión al inculcado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa;

Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

Derecho irrenunciable de ser asistido por un Defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

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;

Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

Derecho de recurrir del fallo ante Juez o tribunal superior.

La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

El inculpaado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

El conjunto actual de principios exigibles en todo tipo de procedimientos, bosqueja un sistema que trabaja en armonía, pese a que puedan encontrarse modalidades circunstanciales como la necesidad de agotar recursos previos a la entrada a juicio, el derecho a recurrir la sentencia condenatoria, entre otros aspectos que muestran diversidades en un contexto general.

Ahora bien, como el debido proceso es una obligación plena de carácter fundamental, de suyo se integra con el bloque de normas que surgen de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, hasta las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los informes y recomendaciones de la Comisión.

Con todos ellos se consigue un plexo articulado de contenidos que constituyen el perfil moderno del debido proceso.

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

a) *El derecho a ser oído*, que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas;

b) *El derecho al proceso*, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos; dentro de un esquema confiable y que le garantice seguridad personal y jurídica; a través de un abogado idóneo y de confianza, y amparado en la publicidad del proceso.

c) *El derecho al plazo razonable*, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso.

d) *El derecho al Juez natural*, y a que éste sea *competente, independiente e imparcial*, donde anidan proyecciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el derecho a que la sentencia sea fundada y razonable, dando soluciones apropiadas al objeto de la pretensión.

e) *El derecho a la utilidad de la sentencia*, que se enlaza con el último aspecto en el sentido de darle sentido al pronunciamiento judicial a través de una decisión justa y efectiva, que pueda ser cumplida también dentro de un plazo razonable.

Tras el cuadro diseñado, existen *procesos constitucionales* a desarrollar que tienen características diferentes del proceso ordinario o común, porque la función principal del Juez se modifica.

Esto, que puede verse con claridad en los países que tienen sistema difuso para el control de constitucionalidad, no tiene el mismo realce en los modelos concentrados, porque la función específica suele estar acompañada de un método para los procedimientos.

En los hechos, las cuestiones donde anidan desigualdades están en aspectos procesales referidos a la *bilateralidad del contradictorio*, porque si

bien es cierto que toda persona tiene derecho a la defensa en juicio, en los conflictos constitucionales no hay una lucha entre partes, propiamente dicha, sino un problema de interpretación sobre la validez de la ley que solo el Juez está en condiciones de esclarecer.

Por eso también la contradicción no es absoluta, en la medida que quien produce el acto presuntamente lesivo (normativo o fáctico) tiene que producir un informe antes que una negativa puntual de los hechos que, en los litigios comunes, permiten dar paso a la controversia.

Lo mismo sucede con la prueba, porque aun respetando el principio que implora que el que afirma debe probar, también se recepta un derecho constitucional a la prueba, de modo tal que priva el principio de cooperación para encontrar una sentencia justa.

Donde las distancias se profundizan es con la sentencia, porque ellas admiten o deniegan la cuestión constitucional en lugar de referir, estrictamente, al progreso de las pretensiones. Así los efectos se alteran porque la declaración de inconstitucionalidad alcanza –o puede comprender- a terceros. Lo mismo sucede con la cosa juzgada que en los sistemas difusos, por vía de principio, es *inter partes* en los concentrados es *erga omnes*.

La sentencia constitucional, de por sí, es un tema del derecho procesal constitucional, en razón de que propiamente es un estereotipo que exige argumentación y fundamentos que no se vale de la simple y mecánica aplicación de la ley.

Dicho esto más allá del problema del lenguaje, tal como lo apunta Marina en su libro "La selva del lenguaje", cuando hace 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"*.

Dice Gimeno Sendra, en un fallo del Tribunal Constitucional que integrara: "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"*.

7. Los procesos constitucionales

Los procesos constitucionales son las vías específicas que se cuentan para efectivizar el control de constitucionalidad de manera directa o indirecta, y el mecanismo procesal que se aplica para garantizar efectivamente la protección de los derechos humanos.

La fiscalización *directa* se concreta con la actuación de los Tribunales Constitucionales, toda vez que esa es su misión; es *indirecta* cuando en un caso determinado se cuestiona la validez de una ley por estimarse

contrapuesta a la Constitución o demás normas fundamentales, y la decisión se debe tomar únicamente para el conflicto que se resuelve.

En estos casos, no hay propiamente “procesos constitucionales”, sino funciones que se aplican de acuerdo con la jurisdicción que se ejerce. No obstante, la afirmación se puede relativizar en la modalidad concentrada en razón de que, estrictamente, hay una jurisdicción constitucional y un procedimiento destinado a tutelar la supremacía de la Norma Fundamental. En consecuencia, se pueden colegir procesos constitucionales.

La diferencia con el sistema difuso aparece con las normas que se dictan creando procesos especiales para cuestionar la acción lesiva del Estado o de particulares, dando herramientas especiales para provocar la actuación constitucional.

Es la raíz del amparo y el hábeas corpus, y la fuente que después permitió crear otras vías como la acción de cumplimiento, el hábeas data o protección de datos personales, las acciones de inconstitucionalidad, la revisión judicial de actos arbitrarios, etc.

Con los procedimientos constitucionales se encuentran mecanismos que aseguran la vigencia de los derechos y garantías, dejando así constituida la integración entre la justicia constitucional, el derecho procesal y los derechos humanos. Esos derechos que siendo intrínsecamente naturales a la condición humana, trascienden por su carácter esencial; pero que puestos en actividad, destacan la relación que se traba por el diario acontecer, estableciendo deberes de reconocimiento, y consagrando, al mismo tiempo, una tendencia que limita los derechos absolutos en pos de reafirmar la dimensión social del derecho.

Habíamos anticipado en nuestro libro *“La justicia constitucional”*, que los procesos constitucionales son los principales instrumentos procesales que garantizan y protegen a los derechos humanos, de los cuales surge la importancia que ha de asignarse al “proceso”, sea como mecanismo de asistencia propia de la reglamentación adjetiva interna, como por las particularidades que le introduzca a cada herramienta singular de protección fundamental (v.gr.: procesos de hábeas corpus, amparo, recurso de inconstitucionalidad, etc.).

El recurso sencillo y rápido a que aluden las convenciones internacionales depende, en gran medida, de lo que el derecho procesal presente, y por su intermedio pueda orquestarse la debida protección que se persigue.

Los procesos son necesarios y exigibles, por eso la Corte Interamericana indicó que, aun en la peores situaciones de emergencia, todo Estado debe preservar como mínimo las garantías del amparo y el hábeas corpus.

Siendo así, la formulación del derecho al proceso debido adquiere una dimensión supranacional propiciada tanto por la actitud del constituyente en llamar a las normas internacionales de protección de los derechos fundamentales, como por el comportamiento de los Estados de adherirse entusiastamente a los convenios internacionales, de manera que la remisión a sus preceptos se torna habitual.

Ahora bien, la implementación de estas herramientas imprescindibles para la tutela procesal, no pueden quedar resueltas con reglas técnicas y

fórmulas solemnes que impidan la libertad de procedimientos y la función de interpretación libre e independiente que la justicia constitucional necesita.

En tal medida, leyes como la nº 16.986 de amparo federal en Argentina es una clara muestra de cómo se puede obstruir el control de constitucionalidad generando impedimentos para la actuación judicial y tornando estériles los esfuerzos del justiciable.

En definitiva, los procesos constitucionales tienen como meta garantizar la vigencia efectiva de los derechos humanos, ofreciendo un carril exclusivo para que la jurisdicción constitucional trabaje con libertad y razonamiento fundado los problemas de interpretación de las normas que se consideren violatorias de dichas garantías fundamentales.

En nuestro país, la redacción de las normas adoptadas como "nuevos derechos y garantías" en la Ley Fundamental, deja claramente establecido un "derecho de amparo" y varios "tipos de procedimiento" que necesitan de reglamentaciones específicas, aun contando con el piso común que asienta en el concepto del debido proceso. Estas diversidades 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.
- f) Hábeas Data
- g) Hábeas Corpus.

8. Desarrollo del derecho procesal constitucional

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.

La polémica se encuentra desde los comienzos teóricos de la disciplina y, en líneas generales, presenta la concepción ideológica del proceso, y como tal, condiciona los poderes, deberes y obligaciones de las partes y del tribunal.

Con el tiempo y el desarrollo de las ideas, el dogma se fue extendiendo para ocuparse de los procedimientos que tienen otras áreas del saber científico, provocando reclamos de autonomía desde el derecho procesal administrativo o el derecho procesal del trabajo, y el más reciente, al que ahora nos referimos, que es el derecho procesal constitucional.

Quizás la evolución no sea precisa, pero marca una tendencia en los estudios que ha ido transformando el fundamento recibido de los maestros y cultores liminares, al punto tal que, hoy, se vuelve a reclamar la necesidad de tener una teoría general del derecho procesal, una visión unitaria del proceso, que evite encontrar diferencias allí donde ellas no existen.

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.*

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.

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".

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-grad) 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 realizados ocho congresos nacionales de la disciplina, sin perjuicio de otras actividades especiales.

En el primer orden, a nivel continental se han dictado leyes de Jurisdicción Constitucional en Costa Rica (Ley 7135), y recientemente Perú se dio su "Código de Derecho Procesal Constitucional"; movimientos legales que se integran con la creación de 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 que hemos incorporado como anexo.

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 dos congresos de la especialidad (Rosario <Argentina>, 2003, San José <Costa Rica>, 2004).

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-grad 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 jurisdicción 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 esta especialidad.

9. La doctrina

Además de las obras señeras de Kelsen, Calamandrei, Couture, Cappelletti y Fix Zamudio, a las que nos referiremos de inmediato, en España se conoce a Jesús González Pérez (*Derecho Procesal Constitucional*, editorial Cívitas, Madrid, 1980), y 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 Belaúnde, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997).

Son prolíficos los estudios sobre el proceso y la constitución aunque podemos destacar especialmente, el libro de José Almagro Nosete, editado por Bosch (*Constitución y Proceso*, 1984) y el de Vicente Gimeno Sendra (*Constitución y Proceso*, 1988) de Tecnos.

En México la influencia de Fix Zamudio se deja ver en los muchos, y buenos, trabajos de Eduardo Ferrer Mac-Gregor (*Los Tribunales Constitucionales*, Fundap, 2002; *La acción constitucional de amparo en México y España*, Porrúa, 2000; *Juicio de Amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, Porrúa, 2004 <2ª ed.>; y la coordinación de un auténtico tratado de derecho procesal constitucional que en cuatro volúmenes lleva editado Porrúa).

En Guatemala, trasciende la obra de Jorge Mario García Laguardia, en especial *La Defensa de la Constitución* (Universidad San Carlos-Instituto de Investigaciones Jurídicas <UNAM>, 1986).

Costa Rica se luce con el *Derecho Procesal Constitucional* (Juricentro, 1995) de Rubén Hernández Valle, entre muchas más de este extraordinario jurista. Nicaragua esta 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 Montañó de Cardona, titulado *Derecho Constitucional Procesal* (Leyer, 2000).

En Perú la bandera la enarbola Domingo García Belaúnde (*Derecho Procesal Constitucional*, Temis, 2003; *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional* (Grijley, 2000); y lo siguen Anibal 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 Oliveros (*Hábeas Corpus, Hacia la codificación de la justicia constitucional*, en Revista de Derecho (Chile), año IV [julio/diciembre, 1990] n° 2).

En Bolivia lidera José Antonio Rivera Santivañez (*La Justicia Constitucional en Bolivia –1998/2003-*, *Jurisdicción Constitucional*, 2001, *Tribunal Constitucional y AECE*, 2003).

Informa Rivera Santivañez 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.

En Argentina el líder indiscutido es Néstor Pedro Sagüés, quien en varias ediciones viene publicando su "Derecho Procesal Constitucional", integrado por *Recurso Extraordinario* (2 volúmenes), *Amparo* y *Hábeas Corpus*.

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*, Revista El Derecho, tomo 121 págs. 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 esta editorial, con el título de “Derecho Procesal Constitucional”, los libros siguientes: *Amparo* (2001), *Hábeas Data* (dos volúmenes, 2002 y 2003), *Debido Proceso* (2004) y, *Protección Procesal de usuarios y consumidores* (2004). 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).

Finalmente, es recomendable para los estudiosos de esta nueva disciplina la suscripción a la ‘*Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*’, que dirigen Eduardo Ferrer Mac Gregor y Aníbal Quiroga León, que lleva dos números y tiene publicación semestral a cargo de la editorial Porrúa de México.

9.1 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.

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.
- 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 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.

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 irremediamente había de interferir en el ámbito de discrecionalidad legislativa.

9.2 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 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 adhirió a la *'Unione Nazionale'* de Giovanni Amédola, 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 tiene 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.

9.3 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 óvico, 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.

9.4 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 enfrentaban 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 tésis 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, estatales 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, porque existían proyecciones importantes en otras instituciones, tales como las actuaciones del Tribunal constitucional federal de Alemania cuando atiende la legalidad constitucional de los partidos políticos, el juicio sobre las acusaciones del *Bundestag* o del *Bundesrat* contra el *Bundespräsident*, etc. O bien, de la Corte constitucional italiana, respecto a sus poderes para resolver conflictos de atribución de competencias, o interadministrativos o entre regiones o provincias, etc. La posibilidad de constituirse en órgano de decisión en el juicio político contra funcionarios estatales. "Todas estas manifestaciones -decía Cappelletti- se pueden reducir ciertamente a una unidad al menos bajo su aspecto funcional: la función de la tutela y actuación judicial de los preceptos de la suprema ley constitucional". El punto más importante, quizá, se encuentra en la dimensión transnacional que le avizora a los estudios, dando por cierto la influencia que tiene la justicia constitucional como fenómeno que trasciende fronteras, estableciendo una especie de nueva ley superior de tipo "comunitaria" que, como tal, pone un techo diferente al reconocido en las soberanías territoriales.

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.

9.5 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 la 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...[...]”.

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 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.

Bibliografía Capítulo II

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

- Cappelletti, Mauro,
 - *El control de constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, editorial Giuffrè (5ª), Milano, 1975.
 - *La Justicia Constitucional (Estudios de derecho comparado)*, editorial UNAM, México, 1987.
 - *La giurisdizione della libertà*, editorial Giuffrè, Milano. Hay varias ediciones posteriores y una traducción al español de Héctor Fix Zamudio en 1961.
- Couture, Eduardo J., *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en *Estudios del Derecho Procesal Civil*, tomo 1, editorial Depalma (3ª), Buenos Aires, 1979.
- 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), editorial Porrúa, México, 2002.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Aportaciones de Héctor Fix Zamudio al derecho procesal constitucional*, en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I (coordinador Eduardo Ferrer Mac Gregor), editorial Porrúa, México, 2002.
- Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, editorial Fundap, Querétaro (México), 2002.
- Gimeno Sendra, Vicente, *Proceso y Constitución*, editorial Cívitas, Madrid, 1988
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo
 - *Derecho Procesal Constitucional – Debido proceso*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2004.
 - *El derecho de amparo*, 2ª edición Depalma, Buenos Aires, 1998.
 - *El desplazamiento de la noción de derecho subjetivo por el de acceso a la justicia sin restricciones (Sobre problemas actuales de la legitimación y el proceso judicial)*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 83 mayo/agosto 1995, ps. 661 y ss.
 - *La justicia constitucional*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.
 - *La legitimación en el proceso civil*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1996.
- Prieto Sanchís, Luis, *Tribunal Constitucional y Positivism Jurídico*, en “Derecho Procesal Constitucional”, tomo I (coordinado por Eduardo Ferrer Mac Gregor), editorial Porrúa (3ª ed.), México, 2003.
- Rivera Santibáñez, José Antonio, *Jurisdicción constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, editorial Academia Bolivariana de estudios constitucionales, Cochabamba, 2001.

Capítulo 3

Jurisdicción y Justicia Constitucional

Sumario: 10. Significado que tiene la “justicia o jurisdicción constitucional”; 11. Antecedentes necesarios para conocer el problema; 12. Los modelos para el control de constitucionalidad, 12.1 El modelo político, 12.2 El modelo jurisdiccional, 12.3 Jueces y tribunales constitucionales, 12.4 Métodos: a) control preventivo (puro), b) control represivo, c) control ocasional, 12.5 Vías procesales: a) recurso de inconstitucionalidad, b) acción de inconstitucionalidad, c) excepción de inconstitucionalidad, d) incidente de inconstitucionalidad, 12.6 Las consultas de constitucionalidad; 13. Clasificación moderna de los mecanismos de control de constitucionalidad. Bibliografía.

10. Significado que tiene la “justicia o jurisdicción constitucional”

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

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

Para confirmar la afirmación se pueden leer las elusivas conclusiones de Zagrebelsky –por otra parte, siempre inteligentemente fundadas-, donde sostiene que la fórmula derecho procesal constitucional, aun cuando no es usada raramente, no ha entrado hasta ahora en el léxico jurídico utilizado habitualmente. Además, en los casos en los cuales se hace uso de ella, no parece que sea con una particular e intencional plenitud conceptual. Es ciertamente un dato sobre el cual reflexionar. Pero no se sabría decir fácilmente si es por el desarrollo insuficiente de las reflexiones y de la construcción jurídica o por una razón más profunda y decisiva, relativa a la naturaleza del juicio constitucional y a la problemática de un verdadero derecho procesal que constituya su estructura normativa. Aparte de la fórmula, no tenemos siquiera estudios explícitos sobre las cuestiones relativas a la naturaleza de las reglas sobre las cuales se sustenta la actividad de la Corte Constitucional...[...].

Un derecho procesal constitucional, sí, pero *sui generis* (más bien: muy *sui generis*), que comprenda en sí pluralidad de perspectivas, para reconstruirse en torno a bienes jurídicos múltiples. Un derecho procesal capaz de comprender las razones no siempre coincidentes de la tutela subjetiva de los derechos constitucionales pero también las razones de la tutela objetiva de la Constitución. Pero dicho esto, es claro que se está todavía lejos de una completa reconstrucción teórica.

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.

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*...[...].

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 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:

- 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 mas poder que el otro.
- d) El *principio de responsabilidad* que la extiende al Estado como persona de derecho público y a sus gobernantes, funcionarios y agentes públicos.
- e) El *principio de finalidad*, también llamado techo ideológico de la Constitución.
- f) El *principio de control* (checks and balance) o frenos y contrapesos ejercido en diferentes modelos y sistemas.
- g) El *principio de eficiencia*, o eficacia de la Constitución, por medio de la cual se persigue que el rendimiento eficaz se alcance con el menor costo posible en su repercusión social, sea sobre las personas, los derechos, o los valores constitucionales.

e) Y así llegar al *principio de totalidad*, que muestra a una Carta Fundamental como auténtico “Derecho”, más que como carta y programa declarativo. Es un derecho a la perdurabilidad, o durabilidad, o persistencia. Se mira y quiere un futuro, por eso se habla de la estabilidad como sistema de respeto por la continuidad de las instituciones y garantías reconocidas.

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

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

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

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

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.

11. Antecedentes necesarios para conocer el problema

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.

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 transmitiera a Estados Unidos hasta que ella reacciona con su independencia y modifica el pensamiento.

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.

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*).

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 Belaúnde 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.

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 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.

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 1798 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.

El dilema apareció, entonces, en saber quién sería el “guardián de la Constitución”. Francia creyó que había que preservar la ley, y que esta custodia se lograba obstruyendo toda potestad discrecional. A este modelo se lo llamó “*político*”. Años después, a fines del siglo XIX, Kelsen impulsó un sistema distinto: tenían que ser jueces especializados los que se ocuparan de tamaña tarea. Es la semilla de los Tribunales Constitucionales.

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*.

De alguna manera, la dualidad se percibe hoy en una de las dimensiones que ocupa al debido proceso: la independencia de los jueces. Decíamos en *Debido Proceso*, que 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).

12. Los modelos para el control de constitucionalidad

Expuesto el origen de las situaciones, se plantean dos modelos 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.

12.1 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 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.

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.

Advertidos de este desajuste, recién con la constitución de 1958 Francia crea un *Conseil Constitutionnel*, 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 *Assemblée* 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 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 en seguida de una revisión de la Constitución.

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 *factico* 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.

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).

12.2 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.

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 constitucionalismo 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.

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.

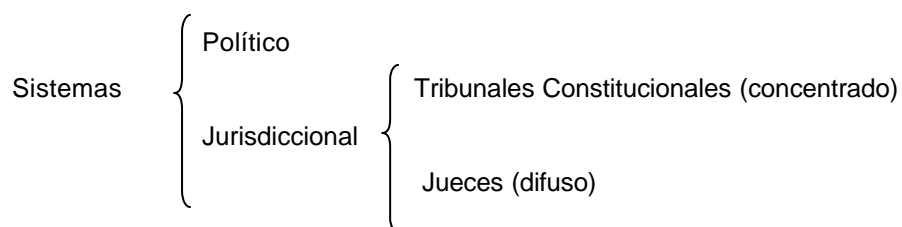
Una vez más enseña Cappelletti que esa supervivencia del principio de la confianza sucede porque en 1776 cuando las colonias inglesas de América proclaman su independencia, uno de sus primeros actos fue aquel de sustituir a las viejas cartas coloniales con las Constituciones, entendidas como *leyes fundamentales* 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.

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:



12.3 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.

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.

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.

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 litigantes 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.

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.

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.

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).

12.4 Métodos

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 aquellas 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 forma donde se adapta es 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 como 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*

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 mas 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, hábeas 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.

12.5 Vías procesales

Vamos a ver ahora, superficialmente, las distintas vías o herramientas procesales que se disponen para hacer efectivo el control de constitucionalidad.

a) 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 andamio mientras exista el llamado "caso constitucional"

En nuestro país, 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 otra parte, la verificación consigue mostrar una de las ramificaciones necesarias en el recurso extraordinario que, como proceso constitucional, se convierte en el más precioso sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que por su sistemática se tutela la supremacía de la Carta Fundamental y la unificación de la jurisprudencia que la interpreta en los distintos estamentos provinciales (locales) y federales (nacionales).

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.

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.

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.

Es importante clasificar, someramente, las "cuestiones federales" porque solamente con ellas se consigue entrar en el recurso.

La doctrina coincide en la siguiente:

a) *simples*: cuando se sustentan en la mera interpretación de una cláusula constitucional o de normas o actos de naturaleza federal.

b) *complejas*: cuando el conflicto enfrenta normas y actos infraconstitucionales (es decir, de cualquier naturaleza) con la Constitución Federal. Pueden ser ellas *directas* o vinculadas a la inmediata incompatibilidad entre disposiciones legales o actos que fundan su validez en una norma de carácter inferior a la misma Ley Fundamental; e *indirectas*, por las cuales se observa un sometimiento de las normas constitucionales al utilizar como argumentos o fundamentos de motivación leyes que son de inferior jerarquía a las que la Carta Suprema constituye como superiores en la escala de supremacías que pondera y habilita el artículo 31 de la Constitución Nacional.

En las "cuestiones federales simples" la Corte actúa interpretando las cláusulas constitucionales, las leyes federales, los Tratados con potencias extranjeras y demás normas federales, con sus reglamentaciones, sin perjuicio de los actos que emitan las autoridades de carácter federal.

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 certezza* 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.

b) 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 hábeas 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.

c) Excepción de inconstitucionalidad

La excepción de inconstitucionalidad presenta dos 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..".

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.

d) 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 giudiziale*"), 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.

En cuanto al procedimiento ante el órgano constitucional, someramente descritos, 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.

12.6 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.

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.

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*".

13. Clasificación moderna de los mecanismos de control de constitucionalidad

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.

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.

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.

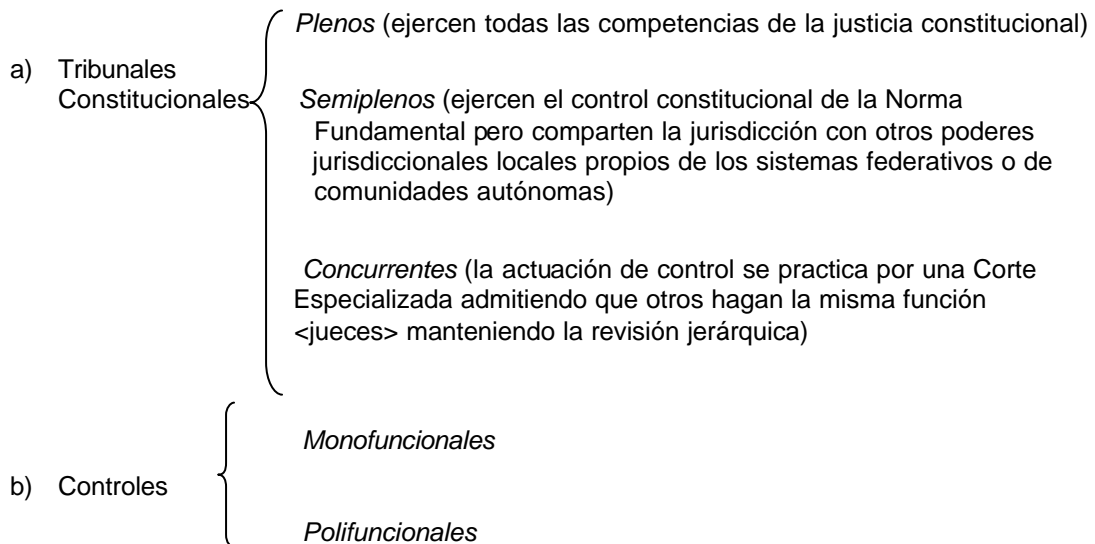
Si recordamos, también, la forma como se incorporan al derecho interno los derechos fundamentales reconocidos en Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, habrá que reconocer que el principio de la supremacía de la Norma Básica del Estado puede quedar alterado, cuando el *prius* lo señalan dichas 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.

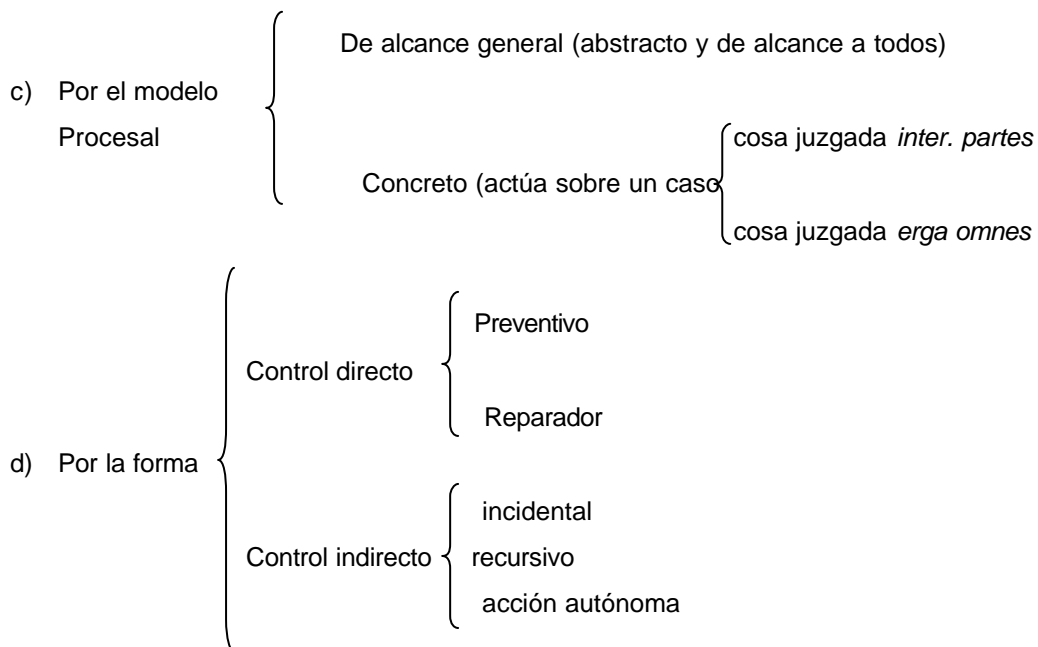
Lo mismo acontece con el alcance del control, el que a veces se restringe a la “ley”, evitando normas, resoluciones o actos administrativos que se dejan para el análisis singular de jurisdicciones especializadas (v.gr.: justicia administrativa).

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.

En síntesis, la clasificación propuesta es la siguiente:



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



Bibliografía del Capítulo III

- Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, prólogo de Héctor Fix zamudio, editorial UNAM, México, 1987.
- Fix Zamudio, Héctor, *Justicia Constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, editorial Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1993.
- García Belaúnde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, editorial Grijley, Lima, 2000.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2004.
- Häberle, Peter, *La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional*, en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I (coordinador Eduardo Ferrer Mac Gregor), editorial Porrúa, México, 2002
- López Guerra, Luis, *Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá*, en *Justicia constitucional comparada*, editorial UNAM, México, 1977.
- Lousteau Heguy, Guillermo, *Democracia y control de constitucionalidad*, editorial Dunken, Buenos Aires, 2002.
- Marín Pageo, Encarnación, *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, editorial Civitas, Madrid, 1990.
- Morello, Augusto Mario, *El recurso extraordinario*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.
- 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, editorial Porrúa, México, págs. 131 y ss.
- SÁCHICA, Luis Carlos, *La Corte Constitucional y su jurisdicción*, editorial Temis, Bogotá, 1993.
- Schmitt, Carl, *La Defensa de la Constitución*, traducido por Manuel Sánchez Sarto, prólogo de Pedro de Vega García, editorial Tecnos, Madrid, 1983.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Dimensión política de un Poder Judicial democrático*, en *Jueces y Derecho*, compiladores: Miguel Carbonell – Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez, editorial Porrúa-UNAM, México, 2004.
- 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, ps. 400 y ss.

Capítulo IV

El control de constitucionalidad

Sumario: 14. Explicación preliminar; 15. El principio de la supremacía constitucional; 16. Los modelos para el control de constitucionalidad, 16.1 El modelo político para el control de constitucionalidad, 16.2 Requisitos para el control de constitucionalidad en el modelo jurisdiccional: a) Control difuso, b) Control concentrado, c) Síntesis.; 16.3 La Justicia latinoamericana. Bibliografía.

14. Explicación preliminar

Una vez presentada la diferencia entre *jurisdicción constitucional* (criterio orgánico u objetivo) y *justicia constitucional* (criterio axiológico o subjetivo), es necesario precisar la función que tienen los jueces que realizan esa tarea tan particular.

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.

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 la magistratura (método difuso) fiscalice la supremacía constitucional, aunque el margen de actuación sea acotado por el procedimiento que aplica.

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 Belaúnde 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.

Damos crédito, entonces, a la propuesta del maestro peruano García Belaúnde 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⁽¹¹⁾.

Lo cierto es que hay una desvirtuación absoluta y en consecuencia, aparecen explicaciones necesarias para esclarecer cuál es el real sistema americano.

García Belaúnde 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 Belaúnde- 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...[...]

En verdad, hay una mixtura de modelos y procedimientos que recepta las realidades y necesidades de cada lugar, dando lugar así a variantes bien diferentes.

15. El principio de la supremacía constitucional

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

García de Enterría ha señalado que la supremacía de la Constitución se fundamenta en varias razones. Primero, porque ella define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución, una ley será válida o un reglamento vinculante. En este sentido, es la primera de las normas de producción, la norma *normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención funcional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia o duración, lo que parece asegurarle una

¹¹ García Belaúnde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, editorial Temis, Bogotá, 2001, pág. 133.

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.

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

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

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

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

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.

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

El paradigma afina en lo que Zagrebelsky denomina la “soberanía de la Constitución”⁽¹²⁾, e insistiendo en su conocida tesis, 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.

¹² Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, editorial Trotta (4ª ed.), Madrid, 2002, pág. 13

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.

16. Los modelos para el control de constitucionalidad

Efectuadas las dos advertencias que preceden cabe anotar cuáles son los modelos que activan el compromiso por fiscalizar el cumplimiento de los fines constitucionales.

Originariamente existen dos modelos que, a su vez, dinamizan sistemas diversos, a saber:

a) *Político*

b) *Jurisdiccional* { *Tribunales constitucionales*
Jueces ordinarios / constitucionales

Luego, los que desplazan la actividad en jueces, suelen llamarse esquemas:

a) *Concentrados*

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.

16.1 El modelo político para el control de constitucionalidad

Este modelo 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 esta 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.

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”.

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.

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.

16.2 Requisitos para el control de constitucionalidad en el modelo jurisdiccional

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 lawes* 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.

Requisitos

En líneas generales son requisitos para actuar el control de constitucionalidad en el sistema difuso los siguientes:

- Pedido de parte interesada

El principio establecido por la Ley 27 (Una de las primeras leyes de organización judicial), convalidado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en doctrina que persiste, establece que “*nunca procede de oficio -la justicia nacional- y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida y a instancia de parte*”.

Además, existen algunas limitaciones precisas (auto restricciones del órgano) que impiden actuar cuando se dan algunos de estos supuestos: a) que no sea estrictamente necesario determinar el ajuste constitucional de la norma para la decisión definitiva del litigio; b) si no existe perjuicio para quien alega la crisis normativa; c) cuando no está en peligro el equilibrio de poderes; d) que exista interés suficiente para obrar.

La legitimación es un recaudo a superar.

En efecto, la razón de imponer un derecho propio para accionar tiene una explicación lógica en el pensamiento jurídico. Dicha asociación responde al concepto de "derecho subjetivo", que supone la propiedad individual de un derecho a través de la protección normativa (derecho objetivo).

La primera regla del sistema difuso es ésta: para reclamar la inconstitucionalidad de una ley se debe contar con un derecho efectivamente existente, que sea propio, y que esté actualmente violentado perjudicando algún principio o garantía constitucional.

Algunas veces la abstracción del derecho, o su pertenencia indiscriminada sin reconocer individualidades en la legitimación, abren ciertos interrogantes por la categoría de los llamados "derechos o intereses difusos", pero la jurisprudencia habilita alternativas en beneficio de una mejor consolidación del derecho a la tutela judicial.

Estos principios consagrados en la jurisprudencia y en algunos ordenamientos legales, son duramente criticados, aunque existen valiosas disidencias que justifican la legitimación exigida.

- Actualidad del perjuicio

Este criterio tradicional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, produce como principal efecto, impedir las acciones declarativas de inconstitucionalidad. Es decir, evitar que se dicte una inconstitucionalidad sin que haya perjuicio directo e inmediato a una persona o cosa, y en una causa determinada que mantenga el interés del conflicto.

Sin embargo, la exigencia del gravamen actual y concreto esta en proceso de revisión, al confrontarse con hechos contrarios a derechos, cuya incertidumbre jurídica obliga a esclarecimientos precisos e inmediatos, aun sin tener acreditado el agravio personal y directo.

La importancia de los planteos constitucionales lleva a que no puedan emitirse sentencias de valor académico que no transfieran sus decisiones a un caso concreto en el que perviva el conflicto de derecho.

- Demostración efectiva del conflicto normativo

El planteo debe referir con exactitud a la cuestión constitucional, indicando con claridad y fundamentos cuáles son los aspectos de la norma atacada que generan la afectación a derechos fundamentales.

El agravio puede ser potencial o de aparición inminente, en cuyo caso se admite bajo el concepto de "amenaza" la intervención preventiva del órgano jurisdiccional.

Siempre es deber de la parte interesada sostener sus agravios, demostrando de que manera se produce la inconstitucionalidad y cuáles serían las soluciones (inaplicabilidad, nulidad, anulabilidad, etc.) que debieran aplicarse.

- Las cuestiones constitucionales

Las cuestiones constitucionales, en Argentina llamadas "cuestiones federales", presentan en realidad los conflictos de aplicación de normas que polemizan con la Constitución.

Hay dos grandes campos:

- a) *Las llamadas cuestiones constitucionales "simples"; y las*
- b) *cuestiones constitucionales "complejas".*

Las primeras se vinculan siempre con la interpretación directa de normas o actos de naturaleza federal que ponen en crisis a disposiciones de la Constitución Nacional.

Las segundas, en cambio, se ocupan de los denominados "conflictos de constitucionalidad", es decir, al enfrentamiento entre normas o actos de carácter infraconstitucional con la Carta Fundamental.

En las cuestiones simples es deber del interesado demostrar el agravio constitucional, porque el derecho común o local está fuera de la posibilidad interpretativa que puede realizar el juez de la causa. En su lugar, la tarea de inteligencia y encuadre en el principio de la supremacía recae sobre la propia Constitución federal, las leyes federales, los tratados, los decretos reglamentarios de leyes federales, los reglamentos autónomos del poder ejecutivo, y los actos federales de órganos del gobierno nacional.

El planteo de las cuestiones complejas, a su turno, muestran dos senderos. Uno transita la colisión entre una norma infraconstitucional (v.gr.: ley local o federal; actos de autoridad local o federal, etc.) con la Constitución. Estas se llaman cuestiones constitucionales "complejas directas". El otro se refiere al enfrentamiento entre normas o actos de autoridades federales, con otras de similar carácter o condición (v.gr.: entre un decreto reglamentario y una ley; entre una ley federal y un decreto provincial; entre actos federales y provinciales, etc.). A estas se las conoce como cuestiones constitucionales "complejas indirectas".

Las llamadas cuestiones federales no son las únicas que admiten la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Si bien es cierto esta es la regla que surge del artículo 14 de la ley 48 (una de las primeras en la organización nacional), también lo es que las cuestiones de hecho y de derecho común han sido resueltas mediante el argumento de la *arbitrariedad de las sentencias* apeladas.

En efecto, la doctrina de la arbitrariedad permite eludir la actuación sobre cuestiones de derecho federal estricto, y facilita la actuación sobre los hechos de un proceso común, en donde se ha interpretado el derecho de una manera errática que viola claramente el derecho de defensa en juicio, o el argumento más amplio del debido proceso.

La doctrina elaboró un catálogo de cuestiones de arbitrariedad, muchas de ellas vinculadas con:

- a) *Cuestiones procesales emergentes de la carga de la prueba* (dar por probados hechos que se contraponen; tener por acreditados hechos inciertos; exigir que se prueben por el actor hechos que dependen de la actividad del demandado, etc.)

b) *Cuestiones de fundamentación de la sentencia* (no dar razones suficientes; utilizar motivaciones ambiguas o ambivalentes; ser contradictoria con los hechos de la causa; defectos de congruencia, etc.).

En suma, la creación de esta causal que abre la intervención de la Corte a cuestiones no tradicionales, es producto de la misma elaboración jurisprudencial del superior tribunal.

Finalmente, junto al carril excepcional de la doctrina de la arbitrariedad, también se pueden invocar hechos de "*gravedad institucional*" que permiten a la Corte aceptar una intervención que no debiera ser procedente.

- Cuestión justiciable

Las cuestiones políticas constituyen una valla para el control difuso pues excluye el control judicial. Están inmersas en una categoría más amplia: "las cuestiones no justiciables", y en verdad, resulta por demás complejo ofrecer una noción precisa sobre los actos que abarcan.

Esta asimilación de las cuestiones políticas a los actos de gobierno, si bien recibe el beneplácito legislativo, e inclusive, de algunas leyes fundamentales, lo cierto es que constituyen una verdadera y arbitraria excepción para el control efectivo de la constitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, en la exageración de estas cuestiones ha contribuido el mismo Poder Judicial, porque han sido los jueces quienes elaboraron el estándar del motivo político, generando un sinnúmero de ampliaciones que no contaban con respaldo legal.

En Argentina, por ejemplo, las "cuestiones políticas no justiciables" son de viejo cuño. Reconocen su antecedente en el caso "*Cullen c/ LLerena*" (7 de setiembre de 1893) en el que se cuestionaba la intervención federal en una provincia. Allí se indicó que "la intervención nacional en las provincias, en todos los casos en que la Constitución lo prescribe y lo permite, es un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde, exclusivamente a los poderes políticos de la Nación".

Luego fueron ampliadas a las "cuestiones electorales", destacando el Alto Tribunal que son "cuestiones políticas irrevisables", el sorteo de candidatos electos, la formación de padrones electorales, la oficialización de listas, los conflictos internos de los partidos, las decisiones tomadas en materia electoral por los tribunales de provincia, etc. Esta tendencia fue abandonada en 1965, y absolutamente, una vez constituidos los tribunales con competencia electoral.

También se consideraron "cuestiones no justiciables" las vinculadas con la formación y procedimiento para la sanción de una ley. En 1963 la Corte dijo que no eran facultades jurisdiccionales admitidas las de examinar el procedimiento adoptado por el Poder Legislativo en la formación y sanción de las leyes, "salvo el supuesto de incumplimiento de los requisitos constitucionales mínimos e indispensables que condicionan la creación de la norma" (Fallos, tomo 256 pág. 556).

Son sucesivas las excepciones que se consagran para evitar la interpretación o participación de la justicia en temas de hondo compromiso político-institucional.

Una senda adecuada para encontrar una "cuestión política" resultan las llamadas "facultades privativas" del poder (legislativo o ejecutivo), porque la sumisión al esquema republicano de los tres poderes, no tolera compartir atribuciones que son exclusivas.

También son materias de este carácter, la declaración del estado de sitio, la suspensión de garantías constitucionales (aun cuando se las controla bajo la premisa de la "razonabilidad del acto"), las decisiones sobre indultos, amnistías, emergencia económica del Estado, etc.

La autonomía constitucional que cuentan para su tratamiento, de alguna manera las ha dotado de suficiencia y libertad para obrar con criterios que llegan a ser abusivos. Por eso, más que "cuestiones políticas", la división tendría que pensarse sobre la base de las zonas de reserva o privativas que cuenta cada órgano, que al ser constitucionalmente "cuestiones jurídicas" admiten el control subsiguiente sobre la razonabilidad de su establecimiento.

De esta manera el posible "desvío de poder" podrá alertarse, cuando no, denunciarse directamente.

Los argumentos que avalan la excepcionalidad son varios. Entre ellos: la división de poderes (interferencia indebida del judicial en actividades del ejecutivo); las facultades privativas (por ejemplo, de funciones propias); el gobierno de los jueces (reemplazo del criterio administrador por el judicial o "judiciocracia"); pero ninguno de ellos consigue conmover un dato que se revela inicial: la supremacía constitucional opera en todos los ámbitos, y al negarse la posibilidad de revisión, lo único que se obtiene es convalidar un acto agresivo a la Carta Fundamental.

- Caso concreto (no abstracto)

La controversia debe ser sobre hechos actuales, evitando la resolución de cuestiones abstractas; por tanto, si no hay conflicto jurídico, no hay posibilidad para habilitar el control de constitucionalidad.

Para indagar cuál es el alcance que supone este recaudo de la "actualidad del perjuicio", es preciso distinguir lo fáctico de lo puramente normativo, en la medida que los hechos deben conservar en toda la instancia la lesión constitucional sufrida; mientras que el derecho puede modificarse tornando abstracta la cuestión a resolver.

Hay veces que el tribunal no considera el caso constitucional por entender que las pretensiones son "insustanciales" o baladíes. Por ejemplo, cuando advierte la existencia de jurisprudencia constante y pacífica que tiene asumida una orientación determinada la cual no podría modificarse con la realidad del caso que analiza.

Igual ideología tiene el vocablo "insuficiente" que suele introducirse en los rechazos a planteos de inconstitucionalidad, cuando se dice que "no es bastante" o "no basta" con sugerir la intensidad del agravio constitucional sino se consigue conmover un sentido jurisprudencial adoptado.

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”⁽¹³⁾.

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 los requisitos principales para que puedan constituirse en un juez de la legitimidad constitucional, o más sencillamente, un órgano supremo de garantía⁽¹⁴⁾.

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).

¹³ Cfr. Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, editorial Fundap, Querétaro (México), 2002.

¹⁴ Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, editorial UNAM, México, 2002.

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 (15).

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.

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.

¹⁵ Favoreau, Louis, *Los tribunales constitucionales*, editorial Ariel, Madrid, 1994, pág. 49.

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.

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).

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⁽¹⁶⁾.

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*

¹⁶ Favoreau, ob. cit., pág. 85.

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 Lénders y el ejercicio de la vigilancia federal. 4. En otras controversias de derecho público entre la Federación y los Lénders, entre los Lénders 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 sancionado 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.

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 contemplados 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.

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.

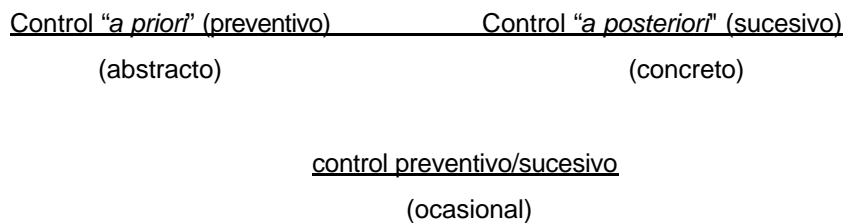
En Europa, sin embargo –agrega–, dicha articulación no se ha consagrado, está en el aire, irresuelta y el caso español es paradigmático e ilustrativo de las contradicciones a las que la nueva manera de concebir la Constitución y su relación con la jurisdicción ordinaria conducen.

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.

c) Síntesis

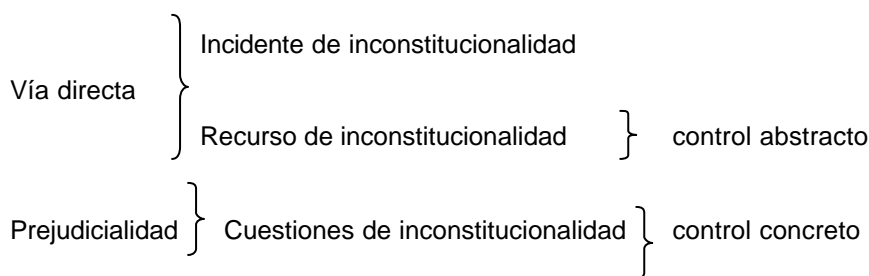
Como se ve la diferencia entre los modelos previstos para el control de constitucionalidad de las leyes admite una lectura común respecto al objeto que tienen, y difieren en el orden temporal como actúan.

La distinción más simple está en señalar :



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:



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:

- a) *Concentrados*: España, Italia, Bélgica, Rumania, etc.
- b) *Semi concentrados*: Alemania, Austria.
- c) *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)

16.3 La Justicia latinoamericana

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).

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.

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.

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 llevó 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-)

Bibliografía del Capítulo IV

- Aragón Reyes, Manuel, *Constitución, democracia y control*, editorial Porrúa-UNAM, México, 2002.
- 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, editorial Jurista, (2ª ed.), Lima, 2004.
- Favoreau, Luis, *Los tribunales constitucionales*, editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, editorial Fundap, Querétaro (México), 2002.
- García Belaúnde, Domingo,
 - *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, editorial Grijley, Lima, 2000.
 - *Derecho Procesal Constitucional*, editorial Temis, Bogotá, 2001.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, editorial Cívitas, Madrid, 1995.
- Popkin, Margaret, *Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: Una perspectiva comparativa*, edición de la Fundación para el Debido Proceso Legal.
- Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, editorial UNAM, México, 2002.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, dos volúmenes, editorial Astrea, Buenos Aires, edición 3ª, 1992.
- Troper, Michel, *Del gobierno de los jueces al gobierno por los jueces*, traducción de Bernardo Bolaños, en "Jueces y Derechos" (Problemas contemporáneos), editorial Porrúa – UNAM, México, 2004.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, editorial Trotta (4ª ed.), Madrid, 2002.

Capítulo V

La misión del Juez Constitucional

Sumario: 17. El paradigma: la supremacía constitucional; 18. La evolución de funciones en la actividad judicial, 18.1 La sentencia constitucional: a) Tipos de sentencias, b) Sentencias que admiten la inconstitucionalidad, c) Sentencias que interpretan el texto cuestionado, d) Sentencias que integran el vacío constitucional, e) Sentencias que admiten la inconstitucionalidad y sustituyen el ordenamiento declarado ilegítimo, f) Sentencias denegatorias; 18.2 El juez ordinario y el juez constitucional; 18.3 El rol político de los Tribunales Constitucionales; 18.4 La llamada "omisión inconstitucional".

Bibliografía.

17. El paradigma: la supremacía constitucional

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 cuanto campo de actuación tiene ante las llamadas "omisiones constitucionales", es decir, qué puede hacer allí donde aparece un deber legal sin cumplir (v.gr.: reglamentación de una ley programática) cuya realización se peticiona al tribunal o jurisdicción especial.

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

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

Sostiene Pérez Tremps, que para comprender el sentido actual de la justicia constitucional, hay que detenerse en el estudio de la función o funciones que cumple. Como es sabido, la justicia constitucional, en especial en su diseño kelseniano, surge ante una situación de crisis de la idea de constitución, como un mecanismo más para afianzar y garantizar los principios y valores constitucionales, y muy significativamente los derechos fundamentales y los derechos de las minorías frente a las mayorías parlamentarias. Y, en muchos ordenamientos, la introducción de mecanismos de justicia constitucional responde a esa misma idea de crear un "garante de la Constitución", en expresión del propio Kelsen, ante situaciones de crisis o de debilidad constitucional. Ciertamente, ese papel de garante o defensora de la constitución que representa la justicia constitucional resulta muy destacado y útil en los procesos de transición política desde regímenes autoritarios hacia auténticos sistemas democráticos. Ello explica

en buena medida ese gran protagonismo que los tribunales, cortes o salas constitucionales han tenido en el proceso de renovación del constitucionalismo latinoamericano vivido en las últimas décadas, proceso que, no debe olvidarse, no ha sido sino el broche formal al intento de cerrar décadas de autoritarismo y regímenes de facto que, en ocasiones incluso habían desembocado en guerras civiles. Esas instituciones de justicia constitucional nacieron con la firme voluntad de contribuir a la tarea de defender las constitucionales nacionales y asentar los valores que en ellas se consagran.

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

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

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 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.

18. La evolución de funciones en la actividad judicial

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

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

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

De este modo, la misión de los tribunales constitucionales también es resolver conflictos, aunque no sea en el marco de una controversia entre partes, sino sobre una cuestión abstracta de efectos generales y expansivos. Por eso, es una tarea jurisdiccional en un proceso constitucional con principios y presupuestos diferentes.

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

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

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

Sostiene 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.

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 competencias:

a) Por una parte, la justicia constitucional, a través de unos mecanismos procesales u otros, y con unos efectos u otros, comporta la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes (y eventualmente de otras normas), esto es la adecuación entre aquéllas y la norma fundamental. Este es, como es sabido, el elemento central que permite históricamente identificar la justicia constitucional como mecanismo de aplicación y de defensa de la constitución, y sigue siendo de gran importancia para ese fin.

b) Pero, junto a ello, existe una segunda tarea que resulta central en la función que desarrolla la justicia constitucional, especialmente en América Latina y en todo el constitucionalismo de habla hispana. Se trata de la defensa de los derechos fundamentales, defensa que se lleva a cabo a través de distintos mecanismos procesales que, genéricamente, pueden definirse como el “amparo”, concepto en el que deben incluirse todas las acciones de protección específica de derechos fundamentales, sea cual sea la denominación que reciban en cada ordenamiento: los recursos y juicios de amparo o tutela, el hábeas corpus, y el hábeas data son las acciones más comunes.

Antes de proseguir es necesario separar debidamente el espacio que tienen los jueces ordinarios que practican control de constitucionalidad, respecto de los tribunales constitucionales que cumplen igual función.

Hemos dicho en nuestro “Debido Proceso” (17) que hoy la tendencia persigue dar al Juez mas posibilidades de actuar discrecionalmente, para evitar por ejemplo, aplicar una ley procesal mezquina (cuando su aplicación sea puro ritualismo), o para interpretar las normas sustanciales dándole el sentido de justicia que al dictar sentencia exprese, sin que ello signifique alentar que la propia función jurisdiccional sea hecha *ex lege* o *contra lege*; todo lo contrario, se trata solamente, de fomentar un sentido donde coincida la seguridad y la justicia.

Hemos hablado –dice Ruiz Pérez- de ley y de justicia, relacionándolas con la sociedad. Pero el epicentro de la administración de justicia, su verdadero protagonista, es el juez. Por la extensión e importancia de sus funciones, constituye la figura clave dentro de la maquinaria judicial. Su condición de jurista y de dispensador de justicia permite la ordenación equitativa de la convivencia. Por esta razón, la constante sociológica del juez es la de ser un factor de equilibrio en la comunidad en que vive; promueve la lucha contra la desarmonía y la injusticia e impone un orden dinámico para la pervivencia del derecho, como medio de instaurar la justicia, con lo que puede garantizarse a cada uno lo que de cada uno es.

La polémica se instaura en las potestades que tiene el juez cuando se enfrenta a la diatriba de su función: *¿aplica a ciegas la ley que es injusta?* En este caso, la respuesta es simple: NO, porque tiene la posibilidad de interpretar toda norma cuyo empleo se solicita y adaptarla con las finalidades constitucionales.

¿Puede vulnerar algunos principios cuándo el caso lo exige? Aquí la solución es más difícil, y abre sendas y alternativas de improbable conciliación.

Algunas veces, cuando se trata de superar el obstáculo que significa una norma procesal (v.gr.: la prueba documental se debe acompañar con los escritos constitutivos del proceso) no hay tanto dilema, porque la verdad puesta como norte impide desconocer una realidad palpable. Los ejemplos del exceso ritual manifiesto son suficientes para demostrar la afirmación.

Otras son más cuestionables: *¿puede ser resuelta una pretensión sobre la base de una prueba que el Juez haya obtenido de su propia actividad?*. También en esto nos hemos pronunciado por la afirmativa, porque la adquisición de la prueba no es el producto de quien la ofrece o la produce, sino del interés en obtener un grado de certeza suficiente para arribar sin conflictos a una sentencia justa.

Algunas circunstancias son gravemente criticadas, como sucede con las resoluciones dictadas en la denominada *tutela de urgencia*, donde la bilateralidad se posterga (algunas veces, directamente no existe) y el derecho a la contradicción se elude amparado en la necesidad de actuar oportunamente.

¿Es constitucional la sentencia que no escucha a una de las partes?. La contrariedad a zanjar estriba en el desplazamiento de una regla clásica y estereotipada del debido proceso. Inclusive, se ha repetido al hartazgo que se viola el derecho de defensa en juicio cuando se dicta un pronunciamiento sin oír a una parte, ni darle oportunidad para hacerlo.

¹⁷ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional. Debido Proceso*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, en especial Capítulo VI.

Sin embargo, la tutela cautelar admite postergar el contradictorio y nadie duda de la constitucionalidad de las medidas precautorias; las que actualmente se han instalado en el terreno abonado por la *eficacia procesal* amparado en la necesidad de una tutela judicial segura y continua.

La crisis mayor asienta en las denominadas *medidas autosatisfactivas* donde se resuelve sin escuchar y de manera definitiva, al ser medidas que se agotan al concretarse (v.gr.: examen de los libros por el socio –art. 781, CPC-).

En otra obra sostuvimos que estas resoluciones no son medidas cautelares, aunque se les parecen; se tratan de medidas urgentes que resuelven sobre la urgencia y la verosimilitud del derecho, impidiendo que el respeto por las formas postergue una decisión que, siendo provisoriamente estimable, se anularía en su eficacia si se dictara tardíamente. Y será tardía, cuando los tiempos del proceso se cumplen en su deleznable mezquindad y sofisma (no olvidemos que los plazos del código, sumado a la contradicción necesaria, lleva a que 48 hs. se puedan convertir en una semana, o 10 días en un larguísimo mes). Estas tutelas urgentes tienen variables: a) sentencias anticipadas; b) medidas autosatisfactivas; ambas responden a este esquema de urgencia, que el garantismo resiste atacándolas por inconstitucional. Dicen que, al no respetar la bilateralidad y la contradicción, no respetarían el debido proceso.

Pero, como ya se dijo, el proceso constitucional no es solo defensa en juicio, sino antes que todo, proceso útil y efectivo (no utilitarista, ni concreto, sino confiable y eficaz).

En toda las presentaciones surge como hecho a resaltar, el activismo que a los jueces se reclama y que propician el llamado "*decisionismo judicial*", que tantas resistencias provoca.

18.1 La sentencia constitucional

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".

La sentencia de un Tribunal Constitucional, expone Nogueira Alcalá, mas 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. 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*".

La tipología de cada sentencia dictada en cuestiones de inconstitucionalidad admite ramificaciones de acuerdo con los temperamentos y orientaciones dispuestos; 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.

a) Tipos de sentencias

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 deriva del carácter no contencioso del procedimiento, el cual culmina con resultados que trascienden el interés singular, 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 pendulan 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).

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.

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, más 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.

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).

Este modelo lo tienen las actuales constituciones provinciales 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 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.

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.

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 aquella 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.

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 intelectual.

18.2 El Juez ordinario y el Juez constitucional

Otra perspectiva para enfocar la evolución se presenta en la conectividad que tiene el rol del Juez ordinario con el Juez o Tribunal 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

jurisdicción. Ello no sucede en la jurisdicción difusa que suele trabajar sobre la división de competencias 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 Belaúnde⁽¹⁸⁾.

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

¹⁸ García Belaúnde, Domingo, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, en Revista La Ley, 1998-F, 1175 y ss.

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.

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 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.

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.

Un análisis profundo de ésta situación merece un espacio y atención no previsto en esta introducción, pero señala un punto de referencia para visualizar de qué manera está evolucionando el derecho procesal constitucional en el mundo.

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”⁽¹⁹⁾.

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”.

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 medida ni la prudencia necesaria⁽²⁰⁾.

En fin, sin tomar partido por el poder que se visualiza, ni por la restricción que otros fomentan, es cierto que este es 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.

18.3 El rol político de los Tribunales Constitucionales

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.

¹⁹ Aragón Reyes, Manuel, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, en la obra colectiva “Jueces y derecho. Problemas contemporáneos”, pág. 156; compiladores Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez, editorial UNAM-Porrúa, México, 2004.

²⁰ Aragón Reyes, ob. cit., pág. 158.

Es evidente que cuando se establecen 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.

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.

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.

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.

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.

También Aragón Reyes sostiene que, el poder de los jueces constitucionales, sin duda alguna, contribuye al deslizamiento prácticamente inevitable de la democracia constitucional 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.

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.

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 transparentes 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.

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.

18.4 La llamada “omisión inconstitucional”

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?

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.

Hay dos corrientes bien definidas en la especie. Quienes actúan inspirados por el “realismo jurídico” de Holmes o Frank, que continúan la afirmación sobre 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.

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 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 humanos con jerarquía constitucional en los sistemas jurídicos que –como el argentino^(21)– les acuerden tal valencia), el órgano legislativo o la autoridad

²¹ Recuerda Victor Bazán que por medio de la reforma constitucional 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 Cruelles, 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

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 ⁽²²⁾.

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 inadmisibles”. 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).

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.

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 ⁽²³⁾.

Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley 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 N° 25.778 –sancionada el 20/08/2003, promulgada el 02/09/2003 y publicada el 03/09/2003–).

²² Fernández Rodríguez, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 116.

²³ 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 (págs. 3087 y

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

Bibliografía del Capítulo V

- 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, editorial UNAM-Porrúa, México, 2004.
- 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.
- Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, editorial Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1982.
- Fernández Rodríguez, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, editorial Civitas, Madrid, 1998.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La Justicia Constitucional*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Hernández Valle, Rubén, *Los poderes del Juez Constitucional*, en “Justicia Constitucional comparada”, editorial UNAM, México, 1993.
- López Guerra, Luis, *Democracia y Tribunales Constitucionales*, Foro Constitucional Iberoamericano nº 2/3, abril/junio 2003.
- 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.
- Pérez Tremps, Pablo, *La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina*, Foro Constitucional Iberoamericano nº 2/3, abril/junio 2003.
- Piza Escalante, Rodolfo, *La jurisdicción constitucional Costarricense*, en “Justicia Constitucional comparada”, editorial UNAM, México, 1993.
- Ruiz Miguel, Carlos, *Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, nº 2, julio/diciembre 2004, editorial Porrúa, México.
- Ruiz Pérez, Joaquín S., *Juez y Sociedad*, editorial Temis, Bogotá, 1987.
- Sagüés, María Sofía, *Garantías de Control de la inconstitucionalidad por omisión*, en “Derecho Procesal Constitucional”, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, tomo IV (ps. 3087 y ss.), editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, México, 2003.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativo y ejecutivo. Su control judicial*, en Revista El Derecho, tomo 124 págs. 865 y ss.

ss.), editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, México, 2003.

Capítulo VI

El acceso a la justicia

Sumario: 19. El derecho a ser oído; 20. El acceso a la justicia; 21. La legitimación procesal, 21.1 Las cuestiones de representación: a) Grupos organizados con interés establecido en sus estatutos, b) Grupos asociados constituidos regularmente que no establecen representación, c) Grupos indeterminados con representación, d) Grupos indeterminados sin representación; 21.2 Representación de los intereses colectivos y difusos: a) Representación adecuada, b) El “ente exponencial”, 21.3 La personalidad procesal y las nuevas categorías de intereses: a) Los intereses colectivos, b) Los intereses legítimos, c) Los intereses difusos; 22. La protección constitucional de los derechos difusos. Bibliografía.

19. El derecho a ser oído

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

En efecto, cuando se focaliza el problema en las necesidades que se deben acreditar para conseguir ser *parte* en una litis, rápidamente se observa que hay obstáculos a superar. Ellos se interponen al avance inmediato de la garantía de petitioner 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, diseñó todo un esquema de derechos sobre la base de la propiedad exclusiva y excluyente. El señorío estaba en el derecho subjetivo, siempre individual y autónomo. Los demás derechos se afirmaban en la propiedad, por eso era común sostener que no hay acción sin derecho, es decir, que solo podía reclamar ante los jueces el que fuera titular del interés afectado.

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

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

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

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

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

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.

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 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⁽²⁴⁾.

20. El acceso a la justicia

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

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

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

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

Tan sólo es un marco referencial que muestra el fenómeno de ingreso al enjuicio como una cuestión que atañe a las garantías mínimas que todo proceso debe resguardar. Por eso, cuando los intereses se expanden a toda la sociedad, y no se puede trazar la relación entre titular y derecho reclamado (no olvidemos que el proceso tradicional tutela intereses privados bajo la consigna de respetar el derecho de petición de quien es el legítimo titular del derecho invocado), la necesidad de garantizar el acceso a la justicia resulta ineludible.

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

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

²⁴ Gozáini, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires/Santa Fé, 2004, págs. 90/91.

se agota con el "ingresar" o trasponer el umbral de la jurisdicción, con una demanda, denuncia o querrela, 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 económicamente, 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.

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.

21. La legitimación procesal

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

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

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

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

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

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.

En los modelos que dividen las jurisdicciones y los sistemas de enjuiciamiento, se han abierto sendas antes intransitables por el particular. Es el caso de la justicia constitucional que fomenta el criterio de la participación democrática admitiendo reclamo de sectores representados adecuadamente, o de grupos que expanden la ocupación del órgano judicial a causas que se alejan del interés abstracto. Es decir, comienzan a actuar sobre problemas concretos y con derechos subjetivos directamente afectados.

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

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

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

Se ha observado que, en general, en los países democráticos con división de poderes, existe la pretensión de contar con un sistema judicial que genere no sólo una pronta y cumplida justicia, sino una justicia igualitaria para todos, que sea accesible, independiente y libre de cualquier influencia de los otros poderes. No obstante lo anterior, también es cierto que el examen de la problemática del acceso a la justicia se ha hecho desde 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”.

21.1 Las cuestiones de representación

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

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

Nuestra 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 ⁽²⁵⁾.

"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" ⁽²⁶⁾.

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

²⁵. Bujosa Vadell, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, editorial Bosch, Barcelona, 1995, pág. 174.

²⁶. Bujosa Vadell, ob. cit., pág. 175.

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.

21.2 Representación de los intereses colectivos y difusos

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

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

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

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

a) Representación adecuada

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

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

Esa misma admisión genérica obliga a establecer algunos recaudos de certeza. Quizá, pensando en ello, la Constitución Nacional ha establecido el requisito del registro previo para darles representación.

No obstante, el sistema anglosajón prefiere en sus acciones de clase (*class actions*) las medidas de atribución subjetiva que invocan las agrupaciones. Fiscalizado, se otorga legitimación para obrar al acreditar el sector la *representación adecuada*.

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

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

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

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

b) El "ente exponencial"

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

21.3 La personalidad procesal y la nuevas categorías de intereses

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

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

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

a) Los intereses colectivos

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

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

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

La afectación que denuncian corresponde a una categoría, clase o

grupos. Su particularidad, en orden a su protección y defensa, es que ofrecen matices distintos de cuando se examinan individualmente.

En particular, dice Almagro Nosete, 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.

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

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

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

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.

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

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

Almagro Nosete 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.

b) Los intereses legítimos

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

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

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

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

Sostiene el profesor italiano que el interés legítimo era entendido como un interés individual estrechamente conectado al interés público y protegido por el ordenamiento a través de la tutela jurídica de éste último: una protección ocasional e indirecta. De este modo se tenía en cuenta la relación entre la posición del particular y la función de la administración pública, pero se reducía el interés del particular al mero accidente del interés público⁽²⁷⁾.

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

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

c) Los intereses simples

Tradicionalmente esta categoría de intereses ha sido despojada de protección judicial efectiva con el argumento que no tienen 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.

²⁷. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, editorial Il Mulino, Bologna, 1979, pág. 101. Ver, Bujosa Vadell, ob. cit., pág. 35.

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

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

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

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

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

El daño social se ejemplifica con hechos concretos del obrar ajeno. Son expresiones del mismo aquellos que vulneran la confiabilidad y credibilidad de las personas en el mercado; la falta de respaldo cierto de una entidad bancaria que lo publicita como tal; la falta de idoneidad de servicios profesionales, cuando precisamente se ofrecen aptitudes especiales; los cambios abruptos de políticas económicas; la vulnerabilidad de transparencia del mercado, etc. ⁽²⁸⁾.

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.

22. La protección constitucional de los derechos difusos

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

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

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

²⁸. Cfr. Ghersi, Carlos A., *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, editorial Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1995, pág. 32.

afectación a uno solo, lo es también a la clase ⁽²⁹⁾.

La cuestión trasciende un purismo metodológico, porque surgen de ella opciones de caracterización. Es decir, el interés difuso puede ser un *interés jurídicamente protegido* o un *derecho subjetivo -público o privado-* ⁽³⁰⁾; el primero responde a un derecho cuya consagración depende de la satisfacción que se le otorgue; en cambio, el derecho subjetivo tiene además del correlato "obligacional" (derecho subjetivo privado) el "poder-deber" público de ampararlo (derecho subjetivo público).

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

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

En otras, el interés puede siquiera existir individualmente, pero estar inmerso en la dimensión de los derechos fundamentales para el hombre. Podría ser el *plus* que la Constitución asigna y ofrece a todos los habitantes de un país y que no requiere de titulares específicos para su protección. Es también la medida que el texto fundacional propicia rescatar y hacer valer como una suerte de promoción y progresividad justa para el desarrollo de los derechos, antes que congelarlos en la interpretación del derecho a ser reparado por el desconocimiento o la lesión producida por la inobservancia.

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

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

La equiparación comentada entre derechos difusos e intereses colectivos, a pesar de sus diferencias, asume un sentido más abstracto que no se detiene en el juicio previo de relación entre un grupo de sujetos y un bien

²⁹. Barbosa Moreira, José Carlos, *La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño*, en Revista Jus, nro. 34 pág. 61.

³⁰. Barrios de Angelis, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 129. Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La Justicia Constitucional*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 171.

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.

De colegir este temperamento, queda por señalar las condiciones y características que deben asumir los grupos o clases indicados por la Constitución Nacional.

Bibliografía del Capítulo VI

- Almagro Nosete, José, *Constitución y Proceso*, editorial Bosch, Barcelona, 1984.
- Barbosa Moreira, José Carlos, *La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño*, en Revista Jus, nro. 34.
- Barrios de Angelis, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1983.
- Berizonce, Roberto Omar, *El efectivo acceso a la justicia*, editora Platense, La Plata, 1987.
- Bujosa Vadell, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, editorial Bosch, Barcelona, 1995.
- Ghersi, Carlos A., *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, editorial Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1995.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo,
 - *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires/Santa Fé, 2004.
 - *La Justicia Constitucional*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.
- M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, editorial Il Mulino, Bologna, 1979.

Capítulo VII

Principios y presupuestos del proceso constitucional

Sumario: 23. Introducción; 24. Principios procesales en los procesos constitucionales, 24.1 Principios del proceso: a) La autoridad del Juez constitucional, b) El principio de igualdad, c) El Juez natural, d) La bilateralidad y contradicción del proceso constitucional; 24.2 Los principios del procedimiento: a) El impulso procesal y la inmediación, b) Carga y valoración de la prueba, c) El principio de saneamiento procesal; 25. Presupuestos del derecho procesal constitucional, 25.1 Gratuidad de las actuaciones, 25.2 Proceso sencillo y breve, 25.3 El principio "iura novit curia", 25.4 El principio "pro homine". Bibliografía.

23. Introducción

La ciencia procesal clásica no responde a las adaptaciones que exigen los principios y presupuestos del proceso constitucional. También, de alguna manera, esquivaba 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 directa, 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.

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, intermediación 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”.

24. Principios procesales en los procesos constitucionales

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.

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.

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. Unos reposan en la síntesis del proceso como respuesta al reclamo del individuo; otros, refieren a las reglas técnicas que estructuran el ordenamiento procesal.

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.

24.1 Principios del proceso

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; etc.

En síntesis, los principios en el proceso constitucional difieren sensiblemente de los principios del proceso civil y, por eso, deben explicarse por separado.

a) La autoridad del Juez constitucional

La teoría tradicional sostiene que el Juez debe resolver controversias entre partes aplicando el derecho objetivo. Luego, si este derecho tiene resistencias constitucionales, podrá declarar su inaplicabilidad en el caso concreto (sistema difuso) o remitirlo a consideración del tribunal constitucional (sistema concentrado).

En uno u otro modelo, la potestad de aplicar la ley interpretando su alcance, sentido y adecuación a las normas fundamentales, supone aumentar los poderes de la jurisdicción. Es un fenómeno nuevo que obliga a despojarnos de ciertos resquemores como identificar por este rol al "juez-legislador" o al "juez-político".

Sin embargo, la interpretación de la ley como actividad aislada de las demás funciones de juzgar, no califica al magistrado como "Juez constitucional". En definitiva, en cualquier proceso judicial se debe aplicar la Constitución. Por ello la distinción entre jueces ordinarios y jueces constitucionales no puede provenir de semejante criterio; existe algo más.

En los sistemas concentrados de tipo jurisdiccional no existe el problema de identificación: los tribunales constitucionales son naturalmente los fiscales de las normas fundamentales. No tienen dificultad para encontrar el órgano, aunque sí puede existir respecto a otro aspecto como es el interrogarse si esa función es típicamente jurisdiccional.

Algunos juristas europeos -dice Favoreau- tienen grandes dificultades para admitir que una institución compuesta por jueces que no tienen la calidad de magistrados profesionales pueda ser una jurisdicción, sobre todo si se añade que autoridades políticas nombran a estos jueces según criterios que no son los del mérito o del ascenso...Respecto a los juristas norteamericanos, no les extrañará este modo de reclutamiento que se parece mucho al que se utiliza en Estados Unidos o en Canadá tanto para los tribunales federales inferiores como para los tribunales supremos. En cambio, los desorientará más el hecho de que se pueda, en numerosos casos, acudir al Tribunal Constitucional sin que sea satisfecha previamente la famosa condición de la existencia de un "case and controversy", es decir, sin que un litigio concreto haya nacido efectivamente y motive la intervención de la jurisdicción: el contencioso abstracto originado por un recurso directo contra una ley les parecerá incompatible con la noción de jurisdicción, cuando un jurista europeo verá en ello un paralelo con los recursos administrativos que existen desde hace mucho tiempo en diversos países.

En sentido opuesto, los modelos difusos no discuten la jurisdiccionalidad sino la identificación funcional. Esto es: saben que los jueces tienen que aplicar la norma y resolver el caso concreto; pero no esclarecen si ese mismo juez, al efectuar el control de constitucionalidad, asume funciones distintas o son las mismas pero con efectos u obligaciones diferentes.

Tomemos un ejemplo para poner en claro el problema: cuando se deduce una acción de amparo el juez se enfrenta a dos situaciones: de un lado, el derecho constitucional que alega una persona o grupo para denunciar la amenaza o la violación y que él debe tutelar como función primera de su magisterio; por otro, el amparo-proceso que, por sus actuales restricciones, le permitirá rechazarlo sin demasiados esfuerzos utilizando solamente argumentos formales.

Ambas circunstancias ponen en tela de juicio la función de juzgar. O prefiere la aplicación mecánica de los preceptos rituales inutilizando su función constitucional; o preferencia ésta resolviendo la crisis del derecho mayor superando los escollos de la solemnidad procesal.

En otros términos, cuando la Constitución instituye formalmente un mecanismo de control, el poder delegado en los jueces para asegurar el principio de la supremacía queda asegurado y la actividad encaminada a ese rol no es una exorbitancia ni una invasión en el ámbito de los demás poderes.

No puede objetarse en el mecanismo difuso la característica, mucho menos si se tiene en cuenta que la supremacía se restaura o resguarda en base a una declaración que no tiene efectos generales, mal que nos pese.

En suma, el juez tiene jurisdicción atribuida por la Constitución y por ella debe actuar siempre. Será un juez de la Constitución y para la Constitución.

b) El principio de igualdad

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.

En el caso de la igualdad 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.

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 gastos). Quiere decir -en palabras de Couture- "que el principio de igualdad siempre intenta un nuevo esfuerzo para restablecer el equilibrio perdido" ⁽³¹⁾.

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.

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.

³¹ Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 312

c) El Juez Natural ^(32)

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 predeterminación 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.

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.

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

³² Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002, págs. 199 y ss.

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, 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.

d) La bilateralidad y contradicción del proceso constitucional

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.

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.

En otro volumen de esta colección ("Amparo") sostuvimos la evidente bilateralidad del amparo, a cuyo fin se tiene en cuenta la claridad con que la ley se expresa cuando se refiere a la "demanda de amparo" (art.6), a las "partes" (art.9), al "accionado" (art.10), y a otras situaciones procesales que demuestran la duplicidad de intereses y opiniones que el juez debe esclarecer, que el amparo es bilateral. Sin embargo, lo que no está claro es la forma como se debe concretar la dualidad de posiciones, porque en el esquema clásico de la "*litiscontestatio*" se espera que quien ejerce la pretensión contra otra persona y frente al Estado, reciba la resistencia del demandado y delegue la responsabilidad de interpretar las conductas denunciadas en el Juez de la causa. Mientras que los ordenamientos amparistas que cuenta nuestro país no es coincidente en la forma como señala la "traba de la litis"; en algunos casos, como sucede con la ley 16.986, se pide un *informe circunstanciado*, en otros supuestos se requiere la "*contestación de la demanda*", siendo diferentes las posibilidades de llevar a cabo ambos emplazamientos.

El informe no es técnicamente una contestación de demanda, pese a que el oficio (en el caso de amparo contra actos de autoridades públicas) o la cédula (cuando se trata de amparo contra actos de particulares) de notificación suelen estar acompañadas de copias de la demanda y de la documentación agregada con ella. De este modo, el proceso se integra con fundamentaciones fácticas y jurídicas que no resultan propiamente “hechos controvertidos”.

Es verdad que la dualidad de posiciones existe, pero no es técnicamente –como se dijo- un proceso controvertido.

24.2 Los principios del procedimiento

Hay una base común en los procedimientos constitucionales que es la regla del debido proceso ^(33), desde el cual los tratados y convenciones internacionales señalan la importancia de consagrar al proceso como garantía ineludible 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.

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

³³ Para ampliar, ver nuestro *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe / Buenos Aires, 2004.

los funcionarios judiciales respectivos deben ser sancionados disciplinariamente, sin perjuicio de otras acciones que pudieren caber contra el culpable del retardo” (34).

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 expropiación 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.

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.

³⁴ Hernández Valle, ob. cit., pág. 97.

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.

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 porque 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.

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 supuesto 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 implícita 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 hábeas corpus o de amparo sin haberle otorgado audiencia previa al funcionario o al órgano recurrido”⁽³⁵⁾.

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.

25. Presupuestos del derecho procesal constitucional

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.

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.

25.1 Gratuidad de las actuaciones

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⁽³⁶⁾.

³⁵ Hernández Valle, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, cit., pág. 98.

³⁶ Cfr. Gozáini, Osvaldo Alfredo, *Costas Procesales*, 2ª ed, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 502.

Algunos autores sostienen que esta medida benéfica auspiciada para el carente de recursos proviene del derecho canónico, que vio en el modelo de caridad o equidad cristiana la ayuda necesaria que permitiera al pobre controvertir sin encontrarse desprotegido ⁽³⁷⁾.

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

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

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

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

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

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

³⁷ Gómez Colomer, Juan Luis, *El beneficio de pobreza*, editorial Bosch, Barcelona, 1982, pág. 402.

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 ⁽³⁸⁾.

Para Hernández Valle, el principio de gratuidad exige que la jurisdicción constitucional no se retarde o impida la tramitación de los procesos por razones de falta o insuficiencia de timbres en los poderes, en los escritos, o bien que se exija afianzamiento de costas. Este principio también exige que los procesos constitucionales, salvo casos muy excepcionales, no exista condenatoria en costas, pues de lo contrario se establece un disuasivo importante para que los ciudadanos acudan ante ella en defensa de sus derechos fundamentales.

El Código Procesal Constitucional del Perú establece en el artículo III, en sus partes pertinentes, que *“Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación y socialización procesales. [...] La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente Código.*

En 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:

“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,

³⁸ Cappelletti, Mauro, *Dimensión de la justicia en el mundo contemporáneo*, trad. De Héctor Fix Fierro, editorial Porrúa, México, 1993, pág. 118.

los alcances del orden normativo nacional” (Ekmedjian, Miguel Angel 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.

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

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

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

Asimismo, en reiteradas oportunidades ha dicho, que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”, y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es

decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido.

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

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

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

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

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

Por eso, lo llevó a concluir que la suma fijada por concepto de la llamada tasa de justicia y la correspondiente multa constituyen una obstrucción al

acceso a la justicia, pues no aparecen como razonables, aun cuando la mencionada tasa de 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*).

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”.

25.2 Proceso sencillo y breve

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 predicen 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 autoridades competentes 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 formulada 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.

25.3 El principio "iura novit curia"

"El juez conoce el Derecho" manifiesta la expresión; sin embargo, la traducción no sería apropiada para el aforismo *iura novit curia*, pues correspondería decir *ius novit curia* (³⁹).

Después de algunas desinteligenacias 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.

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* afinado 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.

³⁹. El juicio de la oración es *curia* (Tribunal, Corte, Juez), que es la forma de nominativo singular, femenino, primera declinación de *curia, curiae*. El verbo *novit*, que es la tercera persona del singular, del pretérito perfecto (con valor de presente, porque el verbo es incoativo), de *nosco, noscis, noscere, novi, notum*. La otra palabra es el complemento directo, acusativo del neutro *ius, iuris*, que en su forma *ius* es singular y significa *derecho*; y en su forma *iura* es plural y significa *derechos* (Cfr. Sentís Melendo, Santiago, *iura novit curia*, en *Revista de Derecho Procesal*, 2da. parte, editorial Ediar, Buenos Aires, 1947, pág. 209).

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. 6°).

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 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 participe de sus aspiraciones y de las valoraciones vigentes en su tiempo.

25.4 El principio "pro homine"

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”⁽⁴⁰⁾.

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.

Explica 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 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.

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).

Bibliografía del Capítulo VII

- Cappelletti, Mauro, *Dimensión de la justicia en el mundo contemporáneo*, trad. De Héctor Fix Fierro, ed. Porrúa, México, 1993.
- Couture, Eduardo J.,
 - *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979.
 - *Fundamentos de derecho procesal civil*, editorial Depalma, 3ª ed. póstuma, Buenos Aires, 1987.
- Favoreu, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo,
 - *Costas Procesales*, 2ª ed, Ediar, Buenos Aires, 1998.

⁴⁰ Cfr. Documentos PNUD, y en "*Derecho Internacional Público*", editorial del Puerto, Buenos Aires, 2004.

- *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002.
- *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fé, 2004.
- *La Justicia Constitucional*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Hernández Valle, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1995.
- Morello, Augusto Mario – Sosa, Gualberto Lucas – Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, tomo X-A, editorial Platense, LexisNexis, 3ª ed. 2004.
- Pico I Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, editorial Bosch, Barcelona, 1996.
- Ruiz Pérez, Joaquín S., *Juez y Sociedad*, editorial Temis, Bogotá, 1987.

Capítulo VIII

Los procesos constitucionales en particular

Sumario: 26. Concepto general; 27. Clasificación de los procesos constitucionales; 28. El proceso constitucional de amparo, 28.1 Tipos o modalidades en el proceso de amparo, 28.2 Naturaleza jurídica del amparo, 28.3 El amparo como proceso; 29. El proceso constitucional de hábeas corpus, 29.1 Fisonomía del proceso constitucional, 29.2 Garantía específica: la libertad, 29.3 Garantía judicial: el proceso, 29.4 El hábeas corpus en la Constitución Nacional, 29.5 La desaparición forzada de personas, 29.6 El cumplimiento de la pena, 29.7 Desarrollo procesal constitucional; 30. El proceso constitucional de hábeas data, 30.1 Naturaleza jurídica, 30.2 Autonomía del proceso, 30.3 Derechos tutelados, 30.4 Partes, 30.5 Derecho de acceso, 30.6 La demanda en la ley nacional, 30.7 La prueba, 30.8 La sentencia. Bibliografía.

26. Concepto general

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.

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 cambio, 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 hábeas 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.

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.

27. Clasificación de los procesos constitucionales

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.

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).

En el primer grupo (analizado en el Capítulo III) 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 (ver capítulo IV) 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 hábeas corpus, la protección de datos personales (hábeas data), las acciones de cumplimiento, entre otras.

Finalmente tenemos las acciones colectivas, conforme se describen más adelante.

28. El proceso constitucional de amparo

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.

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.

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.

En nuestro país 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.

28.1 Tipos o modalidades en el proceso de amparo ⁽⁴¹⁾

El proceso de amparo reconoce dos formas tradicionales de actuación que dependen de las libertades que se otorgan a los jueces para actuar en ellos, y del sistema procesal establecido para su trámite.

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.

⁴¹ Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002, págs. 254 y ss.

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.

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 nuestro país 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) Hábeas Data
- g) Hábeas Corpus.

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 hábeas 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.

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.

28.2 Naturaleza jurídica del amparo⁽⁴²⁾

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 limine 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.

⁴² Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002, págs. 256 y ss.

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.

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. Porque 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.

28.3 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, porque 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 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, 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 hábeas 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 oír las 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.

29. El proceso constitucional de hábeas corpus

El párrafo final del artículo 43 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 hábeas 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 concretas o solapadas, y la seguridad carcelaria; tanto como la incorporación de la desaparición forzada de personas, determinan el nuevo contenido del hábeas 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"*).

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.

29.1 Fisonomía del proceso constitucional

De acuerdo con la fisonomía acordada, y la interrelación que surge de las normas dispuestas, el hábeas 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 hábeas 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 ms eficiente protección de los derechos a que se refiere esta ley"* ⁽⁴³⁾.

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.

⁴³ Sagüés, Néstor Pedro, Hábeas Corpus, editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 123.

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.

29.2 Garantía específica: la libertad

Ubicar en el tramo de las pertenencias del amparo a la garantía que el hábeas 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 hábeas corpus es un proceso constitucional que actuando como garantía de la libertad no puede suspenderse en tiempo alguno.

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 hábeas 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 más especialidad que la dimanante del bien litigioso tutelado⁽⁴⁴⁾; 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 hábeas corpus como garantía y como procedimiento.

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.

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

⁴⁴ Bertolino, Pedro, *Hábeas Corpus*, en "Tutela procesal de las libertades fundamentales", editorial Platense, 1988, págs. 105 y ss.

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 hábeas corpus puede rechazarse por errónea presentación.

Por eso resulta aconsejable dar cierta autonomía al "hábeas 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 hábeas corpus, pues su finalidad principal es tutelar preventiva y reparativamente, la libertad corporal o física, y lo íntimamente ligado a tal derecho ⁽⁴⁵⁾.

Por eso, agrega, consecuentemente, en el ámbito de la ley nacional 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 hábeas 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 hábeas corpus, dada su intrínseca similitud con el amparo, sean de vez en cuando más 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 ⁽⁴⁶⁾.

29.3 Garantía judicial: el proceso

El segundo orden que manifiesta el fenómeno constitucional muestra al hábeas 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 hábeas 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.

⁴⁵ Ob. cit., pág. 151.

⁴⁶ Sagüés, ob. cit., pág. 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 hábeas 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.

El análisis confrontado de la evolución con los motivos redactados en el artículo 43, señalan la correspondencia advertida, es decir, la admisión del hábeas 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.

29.4 El hábeas corpus en la Constitución Nacional

La versión más difundida del hábeas corpus 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 ⁽⁴⁷⁾.

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 reprecaban tiempos atrás, la vagancia, la ebriedad o la trata de blancas, etc.

29.5 La desaparición forzada de personas

El agregado de esta causal en el hábeas 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*" ⁽⁴⁸⁾ 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

⁴⁷ Bertolino, ob. cit., pág. 164.

⁴⁸ Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El proceso transnacional*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1992, págs. 278 y ss.

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 (49).

En esta directiva, el hábeas 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.

29.6 El cumplimiento de la pena

El artículo 3 inciso 2º de la Ley 23.098 dispone que corresponde el procedimiento de hábeas 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 "hábeas corpus impropio" (50).

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, 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" (51).

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

⁴⁹ Piza, Rodolfo E. – Trejos, Gerardo, *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1989, pág. 168.

⁵⁰ Sagüés, ob. cit., pág.214.

⁵¹ Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y Proceso*, editorial Tecnos, Madrid, 1988, pág. 199.

será decidida por la judicatura, quien en su caso hará responsable al juez que la autorice <<a la precaución inmotivada o extralimitada>>".

29.7 Desarrollo procesal constitucional

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.

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 hábeas 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 hábeas 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 hábeas corpus, en definitiva, un proceso constitucional, la garantía prevista para tutelar la libertad individual y las derivaciones que surge de su limitación.

30. El proceso constitucional de hábeas data ⁽⁵²⁾

La calidad de proceso constitucional del hábeas data resulta discutible cuando la configuración normativa de origen no es la Norma Fundamental.

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.

En la explicación de García Belaúnde, Brasil fue el primero en introducir el hábeas 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 hábeas 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 *hábeas 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.

La posición legal donde el hábeas 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

⁵² Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Hábeas Data, Protección de Datos Personales*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2001, págs. 383 y ss.

resoluciones que persiguen más ideales que protecciones concretas o particulares.

Sobre esta base, la naturaleza jurídica del hábeas 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 Belaúnde, al respecto, es ineludible por su claridad y precisión. El prestigioso autor peruano sostiene que si el hábeas 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 hábeas 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 hábeas 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 hábeas data, que interesa con independencia a su ubicación normativa. Esto es, aún cuando el hábeas data nazca directamente en la Constitución, cabe la pregunta de cómo tiene que regularse. Y al respecto caben cuatro posibilidades: a) que el hábeas 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.

30.1 Naturaleza jurídica

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 mencionamos en los capítulos iniciales, es el fundamento de la garantía que tutela el hábeas 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 hábeas 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.

30.2 Autonomía del proceso

La autonomía del hábeas 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.

30.3 Derechos tutelados

El hábeas data reconocido en el artículo 43 constitucional 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.

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 hábeas 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.*

30.4 Partes

¿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 quienes son las justas partes o legitimados que pueden responder por los derechos y obligaciones emergentes.

Inicialmente, reconocer los sujetos procesales del hábeas 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 hábeas 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 hábeas 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 hábeas 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.

La finalidad del hábeas 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 hábeas 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.

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" (⁵³).

Cada modalidad de hábeas 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"*

30.5 El derecho de acceso

La norma constitucional 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 hábeas 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

⁵³ Palazzi, Pablo, *El hábeas data en la Constitución Nacional (La protección de la privacidad en la era de la información)*, en Jurisprudencia Argentina del 20/12/95.

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.

30.6 La demanda en la ley nacional

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 mismo 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, podrían llevar a nulidades del procedimiento.

30.7 La prueba

La prueba en el hábeas 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 porque la garantía se respalda en el derecho a la información. Mientras que en el hábeas 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 hábeas 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 hábeas 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’.*

30.8. La sentencia

Lo expresado en el punto anterior deja en claro que en la mayor parte de las veces el proceso de hábeas data se resolverá sin necesidad de producir prueba, toda vez que la misma está preconstituida.

Ahora bien, al considerar al hábeas 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 hábeas 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.

Bibliografía del Capítulo VIII

- Cascajo Castro, José L. – Gimeno Sendra, Vicente, *El recurso de amparo*, editorial Tecnos, Madrid, 1992.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*, editorial Porrúa – Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004.
- Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y Proceso*, editorial Tecnos, Madrid, 1988.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo,
 - *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002.

- *Derecho Procesal Constitucional – Hábeas Data, Protección de Datos Personales*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2001.
- *El proceso transnacional*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1992,
- Palazzi, Pablo, *El hábeas data en la Constitución Nacional (La protección de la privacidad en la era de la información)*, en Jurisprudencia Argentina del 20/12/95.
- Piza, Rodolfo E. – Trejos, Gerardo, *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1989.
- Puccinelli, Oscar Raúl, *El Hábeas data en Indoiberoamérica*, en *El Amparo Constitucional, perspectivas y modalidades*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1999.
- Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la parte especial de derecho penal*, editorial Madrid, 1972.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Hábeas Corpus*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1988.

Capítulo IX

Proyecciones de lo procesal constitucional en otro tipo de procesos

Sumario: 31. Concepto general; 32. La defensa colectiva, 32.1 La acción personal en defensa del interés colectivo, 32.2 La demanda que persigue un beneficio por la denuncia, 32.3 La representación colectiva; 33. Naturaleza jurídica de la acción colectiva, 33.1 Acciones de grupo o de clase, 33.2 Las acciones populares; 34. La indemnización, 34.1 Limitaciones, 34.2 El fondo de indemnizaciones, 34.3 La persecución del premio o la acción "qui tam"; 35. Lo procesal constitucional en las acciones colectivas, 35.1 La polémica que crean las acciones colectivas, 35.2 Conflictos de naturaleza constitucional; 36. Pretensiones de las acciones colectivas, 36.1 Las acciones preventivas, 36.2 Persiguen que cese el acto o la omisión lesiva, 36.3 Reintegro de las cosas al estado anterior; 37. Cuestiones procesales, 37.1 Acumulación objetiva y subjetiva, 37.2 Litispendencia, 37.3 Integración de la litis; 38. Etapa probatoria; 39. La sentencia en los procesos colectivos; 40. La cosa juzgada; 41. Ejecución de la sentencia. Bibliografía.

31. Concepto general ⁽⁵⁴⁾

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

⁵⁴ Para ampliar los comentarios de este capítulo ver nuestro: "Derecho Procesal constitucional – Protección procesal del usuario y consumidor", editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2005. Buena parte del contenido de este capítulo allí se ha presentado.

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, 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”.

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 recientemente 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 final 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.

En nuestro *‘Derecho Procesal Constitucional – Protección procesal del usuario y consumidor’*, mostramos que, cuando se dice en el art. 53 de la Ley 24.240 que se *aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente*, en realidad no soluciona nada porque la cuestión a resolver no es la celeridad del proceso sino la eficacia de la sentencia que en él se dicta.

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 porque 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.

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.

Actualmente, el marco de los procesos colectivos se encuentra en el capítulo de nuevos derechos y garantías que trajo la reforma constitucional 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.

32. La defensa colectiva

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.

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.

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 están en su misma situación afflictiva; 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.

32.1 La acción personal en defensa del 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 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 porque 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.

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, 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 esfuercen 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.

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.

32.2 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 nuestro país 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 patrimonio 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).

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 iudice*. 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.

32.3 La representación colectiva

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.

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.

33. Naturaleza jurídica de la acción colectiva

La diferencia entre una y otra se encuentra en la posibilidad de definir y encontrar los afectados directos. Cuando ellos se pueden individualizar 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.

Córdoba Triviño precisa las diferencias diciendo: 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.

Nuestro país 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.

En la jurisprudencia se ratifica este criterio cuando se sostiene 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 jurídica material deducida en el proceso (CNFed. Contenciosoadministrativo, 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).

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 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 Giacometto 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 G-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) (CNCiv., Sala K, 1999/03/03, "*Ramírez Chagra, Rubén S. c. Asociación del Fútbol Argentino*", La Ley, 1999-E, 5, con nota de Andrés Gil Domínguez - ED, 182-769).

De igual línea es el fallo que argumenta que, el interés legítimo que exige el art. 4º de la ley 22.362, comprende cualquier utilidad de la vida del solicitante o del oponente y abarca tanto las ventajas de índole patrimonial como aquellas otras que excediendo la pura dimensión económica incidan en la esfera individual; lo que la ley veda es el planteo de quien sólo persigue la consumación de la pura legalidad, sin comprender la defensa de ventaja o utilidad alguna, porque de ese modo se consagraría una suerte de acción popular que no encuentra apoyo en el sistema legal vigente (CNFed. Civ. Y Com., Sala I, 1994/03/14, "*Asociación Argentina del Kiwi c. Conforti, Omar M.*", DJ, 1995-1-182).

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 (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).

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, nuestro ordenamiento jurídico federal no reconoce legitimación popular, considerando que la mención a “toda persona” que refiere la norma constitucional, 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.

33.1 Acciones de grupo y/o de clase

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 sinnúmero 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.

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.*

33.2 Las acciones populares

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.

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 e 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.

34. La indemnización

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.

34.1 Limitaciones

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 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.

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.

Para González Cano, ello significaría que los consumidores afectados que no fueron determinados en el proceso instado por un grupo en defensa de un interés colectivo no tendrían acceso a esta vía de extensión de efectos, conclusión que entiende inviable y que la conduce a mantener que la expresión “cuando la determinación individual no sea posible” está referida, por una parte, a casos de difícil determinación (interés colectivo), pero con colectivo de interesados muy numerosos; y por otra, a todo tipo de interés, colectivo o difuso, independientemente de que el juicio fuese promovido por una asociación, por una entidad, o por un grupo de afectados.

- 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.

34.2 El fondo de indemnizaciones

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.

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”.

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 habría 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).

34.3 La persecución del premio o la acción “Qui Tam”

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 hac parte 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.

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.

35. Lo procesal constitucional en las acciones colectivas

En realidad, cuando se pretende traer a nuestro 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, cuando 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.

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*.

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.

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.

35.1 La polémica que crean las acciones colectivas

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.

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.

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.

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.

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 nacionales 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.

35.2 Conflictos de naturaleza constitucional

Las acciones de clase provienen de un sistema jurídico diferente al que tenemos, 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 Díaz), 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.

36. Pretensiones en las acciones colectivas

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.

36.1 Son acciones preventivas

Toda acción colectiva tiende a *evitar el daño contingente*, que en el amparo se recepta a través de la noción de amenaza.

En nuestro *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, sostenemos que 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, 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 teórico 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).

36.2 Persiguen que cese el acto o la omisión lesiva

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, 1997-786).

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.

Se adscribe así –dice Jimeno Bulnes- la legislación española al llamado modelo “orgánico privado”, en tanto en cuanto la legitimación para el ejercicio de tales acciones de interés colectivo pertenece a personas jurídicas de carácter privado que ostentan una estructura de grupo más o menos organizada, y cuya finalidad consiste precisamente, en la defensa del concreto interés colectivo, sin que ello sea, no obstante, óbice para que exista reflejo de la aplicación de otros modelos y, en concreto, el modelo “orgánico público”...[...], que concreta la protección en instituciones privadas, de carácter unipersonal o colegiado creadas a tal efecto desde el despacho gubernamental,

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.

36.3 Reintegro de las cosas al estado anterior

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 G-215/99 declaró inexecutable esta parte de la norma pues 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.

37. Cuestiones procesales

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 diferenciadora.

En nuestro país 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).

Los motivos por los que se auspicia el tratamiento conjunto de los reclamos colectivos obedece 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.

37.1 Acumulación objetiva y subjetiva

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.

Quando 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.

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 jueces nacionales (del dictamen del Procurador fiscal que la Corte hace suyo) (CS, 2000/04/16, “Villagra, Luis A.”, DJ, 2001-2-871).

37.2 Litispendencia

La ley 22.434, al modificar el art. 190 del Código Procesal, eliminó la posibilidad de obtener la acumulación de procesos mediante la excepción de litispendencia, de manera tal que la procedencia de la defensa se reduce actualmente 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 (CNCiv., Sala C, 1988/06/30, “Ch., A. c. Ch., J.”, La Ley, 1988-E, 303).

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 conexas con la interpuesta por el actor frente a él.

En el Anteproyecto 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 tutela, respectivamente, de los intereses o derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, desde que la separación represente economía procesal o facilite la conducción del proceso.

37.3 Integración de la litis

Si las reglas comunes se aplicaran al proceso colectivo, la integración de la litis 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 (art. 89, Código Procesal). 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 (CNCiv., Sala D, 1983/12/13, “*Barreiros, Norberto c. Zaiopro, S. A.*”, ED, 108-631).

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 Anteproyecto 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”.

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.

Dice Bachmaier que 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.

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 derechos 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 del 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.

38. Etapa probatoria

No es preciso apuntar aquí más de lo ya comentado respecto a las especialidades que tiene la prueba en los procesos colectivos, y particularmente, 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 está facultado para resolver con los aportes que se entreguen con la demanda, si considera que ello es suficiente para quedar persuadido.

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.

Hemos advertido que 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 ejercitase 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.

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 Anteproyecto 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".

39. La sentencia en los procesos colectivos

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 hacia 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.

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.

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 comparecimiento 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 Anteproyecto 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.

40. La cosa juzgada

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.

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.

41. Ejecución de la sentencia

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.

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.

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 determinado 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.

Bibliografía

- Amaya, Jorge Alejandro, *Mecanismos constitucionales de protección al consumidor*, editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.
- Bachmaier Winter, Lorena, *La tutela de los intereses colectivos en la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año I nº 2 (2002).
- Bianchi, Alberto B., *Las acciones de clase*, editorial Ábaco, Buenos Aires, 2001.
- Camargo, Pedro Pablo, *Las acciones populares y de grupo*, editorial Leyer, 3ª ed., Bogotá, 2002.
- Córdoba Triviño, Jaime, *Proyecto de ley nº 084/95 de reglamentación al art. 88 de la Constitución Política de Colombia*, Gaceta del Congreso, 18.08.93.
- Fernández Neto, Guilherme, *La protección de los intereses metaindividuales en el Derecho Comparado*, publicado en Julio de 2002 con los auspicios del Ministerio Público de la República Oriental del Uruguay.
- Giacometto Ferrer, Anita, *Acciones populares*, ponencia presentada en el XVII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, celebrado en Barranquilla (Colombia) del 17 al 19 de marzo de 2004.
- González Cano, María Isabel, *La tutela colectiva de usuarios y consumidores en el proceso civil*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, tomo 2 (La defensa del usuario y del administrado), 4ª ed., editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo,
 - *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001.
 - *La Justicia Constitucional*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.
 - *Problemas actuales del derecho procesal (Garantismo vs. Activismo)*, editorial Fundap, Querétaro (México), 2002.
- Hernández Bataller, Bernardo, *Acceso a la justicia del consumidor*, Revista de la Asociación de Usuarios de la Comunicación, passim.
- Jiménez, Eduardo Pablo, *Los derechos humanos de tercera generación*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1996.
- Jimeno Bulnes, Mar, *Nuevas perspectivas sobre la legitimación colectiva: el modelo social anglosajón*, en Entre Abogados, año VIII nº 1 (2000). San Juan. Argentina.
- Liberatori, Elena Amanda, *La acción qui tam*, La Ley actualidad del 1º de abril de 2004.
- Marín López, Juan José, *Las acciones de clase en el derecho español*, en Revista Indret, marzo, 2003 (España)
- Pereira Campos, Santiago, *Intereses difusos y colectivos en Uruguay: marco conceptual, legitimación y efectos de la cosa juzgada*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 2002-2, 249 y ss.

Anexos

CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL del PERÚ

LEY N° 28.237

Promulgado 28-05-2004

Publicado 31-05-2004

Vigencia: De conformidad con la Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria, entrará en vigencia dentro de (6) seis meses contados a partir de la fecha de su publicación.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

CONTENIDO

TÍTULO PRELIMINAR

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS DE HABEAS CORPUS,
AMPARO, HÁBEAS DATA Y CUMPLIMIENTO

TÍTULO II

PROCESO DE HABEAS CORPUS

CAPÍTULO I

DERECHOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO II

PROCEDIMIENTO

TÍTULO III

PROCESO DE AMPARO

CAPÍTULO I
DERECHOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO II
PROCEDIMIENTO

TÍTULO IV
PROCESO DE HÁBEAS DATA

TÍTULO V
PROCESO DE CUMPLIMIENTO

TÍTULO VI
DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS DE ACCIÓN POPULAR E
INCONSTITUCIONALIDAD

TÍTULO VII
PROCESO DE ACCIÓN POPULAR

TÍTULO VIII
PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

TÍTULO IX
PROCESO COMPETENCIAL

TÍTULO X
JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

TÍTULO XI
DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS ANTE
EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TÍTULO XII
DISPOSICIONES FINALES

TÍTULO XIII
DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y DEROGATORIAS

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I.- Alcances

El presente Código regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200 y 202 inciso 3) de la Constitución.

Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Artículo III.- Principios Procesales

Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, intermediación 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 y costos conforme a lo previsto por el presente Código.

Artículo IV.- Órganos Competentes

Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código.

Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales

El contenido y alcances 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 el Perú es parte.

Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Artículo VIII.- Juez y Derecho

El órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

Artículo IX.- Aplicación Supletoria e Integración

En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS, AMPARO, HABEAS DATA Y CUMPLIMIENTO

Artículo 1.- Finalidad de los Procesos

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

Artículo 2.- Procedencia

Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización. El proceso de cumplimiento procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo.

Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;
3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional;
4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus;
5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable;
6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia;
7. Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado;
8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva.

Tampoco procede contra las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil si pueden ser revisadas por el Jurado Nacional de Elecciones;

9. Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes;

10. Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus.

Artículo 6.- Cosa Juzgada

En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo.

Artículo 7.- Representación Procesal del Estado

La defensa del Estado o de cualquier funcionario o servidor público está a cargo del Procurador Público o del representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda. Además, debe notificarse con ella a la propia entidad estatal o al funcionario o servidor demandado, quienes pueden intervenir en el proceso. Aun cuando no se apersonaran, se les debe notificar la resolución que ponga fin al grado. Su no participación no afecta la validez del proceso.

Las instituciones públicas con rango constitucional actuarán directamente, sin la intervención del Procurador Público. Del mismo modo, actuarán directamente las entidades que tengan personería jurídica propia.

El Procurador Público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado.

Si el demandante conoce, antes de demandar o durante el proceso, que el funcionario contra quien dirige la demanda ya no ocupa tal cargo, puede solicitar al Juez que este no sea emplazado con la demanda.

Artículo 8.- Responsabilidad del agresor

Cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el Juez, en la sentencia que declara fundada la demanda en los procesos tratados en el presente título, dispondrá la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes. Esto ocurrirá, inclusive, cuando se declare la sustracción de la pretensión y sus efectos, o cuando la violación del derecho constitucional haya devenido en irreparable, si el Juez así lo considera.

Tratándose de autoridad o funcionario público, el Juez Penal podrá imponer como pena accesoria la destitución del cargo.

El haber procedido por orden superior no libera al ejecutor de la responsabilidad por el agravio incurrido ni de la pena a que haya lugar. Si el responsable inmediato de la

violación fuera una de las personas comprendidas en el artículo 99 de la Constitución, se dará cuenta inmediata a la Comisión Permanente para los fines consiguientes.

Artículo 9.- Ausencia de etapa probatoria

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.

Artículo 10.- Excepciones y defensas previas

Las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en la sentencia. No proceden en el proceso de hábeas corpus.

Artículo 11.- Integración de decisiones

Los jueces superiores integrarán las decisiones cuando adviertan alguna omisión en la sentencia, siempre que en ella aparezcan los fundamentos que permitan integrar tal omisión.

Artículo 12.- Turno

El inicio de los procesos constitucionales se sujetará a lo establecido para el turno en cada distrito judicial, salvo en los procesos de hábeas corpus en donde es competente cualquier juez penal de la localidad.

Artículo 13.- Tramitación preferente

Los jueces tramitarán con preferencia los procesos constitucionales. La responsabilidad por la defectuosa o tardía tramitación de estos, será exigida y sancionada por los órganos competentes.

Artículo 14.- Notificaciones

Todas las resoluciones serán notificadas oportunamente a las partes, con excepción de las actuaciones a que se refiere el artículo 9 del presente Código.

Artículo 15.- Medidas Cautelares

Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo. Su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la decisión final.

El juez al conceder la medida atenderá al límite de irreversibilidad de la misma.

Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, serán conocidas en primera instancia por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente.

De la solicitud se corre traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la da por

admitida, tramitando el incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta la Corte Superior resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. La resolución que dicta la Corte será recurrible con efecto suspensivo ante la Corte Suprema de Justicia de la República, a que resolverá en el plazo de diez días de elevados los autos, bajo responsabilidad.

En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672.

Artículo 16.- Extinción de la medida cautelar

La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.

Si la resolución final constituye una sentencia estimatoria, se conservan los efectos de la medida cautelar, produciéndose una conversión de pleno derecho de la misma en medida ejecutiva. Los efectos de esta medida permanecen hasta el momento de la satisfacción del derecho reconocido al demandante, o hasta que el juez expida una resolución modificatoria o extintiva durante la fase de ejecución.

Si la resolución última no reconoce el derecho reclamado por el demandante, se procede a la liquidación de costas y costos del procedimiento cautelar. El sujeto afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad. De verificarse la misma, en modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el juzgador lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal.

La resolución que fija las costas y costos es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria y la multa lo es con efecto suspensivo.

En lo que respecta al pago de costas y costos se estará a lo dispuesto por el artículo 56.

Artículo 17.- Sentencia

La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título, deberá contener, según sea el caso:

- 1) La identificación del demandante;
- 2) La identificación de la autoridad, funcionario o persona de quien provenga la amenaza, violación o que se muestre renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo;
- 3) La determinación precisa del derecho vulnerado, o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado, o, de ser el caso, la determinación de la obligación incumplida;
- 4) La fundamentación que conduce a la decisión adoptada;

5) La decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto.

Artículo 18.- Recurso de agravio constitucional

Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad.

Artículo 19.- Recurso de queja

Contra la resolución que deniega el recurso de agravio constitucional procede recurso de queja. Este se interpone ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación de la denegatoria. Al escrito que contiene el recurso y su fundamentación, se anexa copia de la resolución recurrida y de la denegatoria, certificadas por abogado, salvo el caso del proceso de hábeas corpus. El recurso será resuelto dentro de los diez días de recibido, sin dar lugar a trámite. Si el Tribunal Constitucional declara fundada la queja, conoce también el recurso de agravio constitucional, ordenando al juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de oficiado, bajo responsabilidad.

Artículo 20.- Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

Dentro de un plazo máximo de veinte días tratándose de las resoluciones denegatorias de los procesos de hábeas corpus, y treinta cuando se trata de los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre el recurso interpuesto.

Si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio. Sin embargo, si el vicio incurrido sólo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo.

Artículo 21.- Incorporación de medios probatorios sobre hechos nuevos al proceso

Los medios probatorios que acreditan hechos trascendentes para el proceso, pero que ocurrieron con posterioridad a la interposición de la demanda, pueden ser admitidos por el Juez a la controversia principal o a la cautelar, siempre que no requieran actuación. El Juez pondrá el medio probatorio en conocimiento de la contraparte antes de expedir la resolución que ponga fin al grado.

Artículo 22.- Actuación de Sentencias

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico

del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.

El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente.

El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial.

El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular.

Artículo 23.- Procedencia durante los regímenes de excepción

Razonabilidad y proporcionalidad.- Los procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción. Cuando se interponen en relación con derechos suspendidos, el órgano jurisdiccional examinará la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, atendiendo a los siguientes criterios:

1) Si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos;

2) Si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; o,

3) Si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez.

La suspensión de los derechos constitucionales tendrá vigencia y alcance únicamente en los ámbitos geográficos especificados en el decreto que declara el régimen de excepción.

Artículo 24.- Agotamiento de la jurisdicción nacional

La resolución del Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre el fondo agota la jurisdicción nacional.

TÍTULO II

PROCESO DE HÁBEAS CORPUS

CAPÍTULO I

Derechos protegidos

Artículo 25.- Derechos protegidos

Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:

1) La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.

2) El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

3) El derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.

4) El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.

5) El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.

6) El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.

7) El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite "f" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.

8) El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia.

9) El derecho a no ser detenido por deudas.

10) El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República.

11) El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal "g" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución.

12) El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.

13) El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados.

14) El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez.

15) El derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución.

16) El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada.

17) El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.

También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.

CAPÍTULO II

Procedimiento

Artículo 26.- Legitimación

La demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación. Tampoco requerirá firma del letrado, tasa o alguna otra formalidad. También puede interponerla la Defensoría del Pueblo.

Artículo 27.- Demanda

La demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo. Cuando se trata de una demanda verbal, se levanta acta ante el Juez o Secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.

Artículo 28.- Competencia

La demanda de hábeas corpus se interpone ante cualquier Juez Penal, sin observar turnos.

Artículo 29.- Competencia del Juez de Paz

Cuando la afectación de la libertad individual se realice en lugar distinto y lejano o de difícil acceso de aquel en que tiene su sede el Juzgado donde se interpuso la demanda este dictará orden perentoria e inmediata para que el Juez de Paz del distrito en el que se encuentra el detenido cumpla en el día, bajo responsabilidad, con hacer las verificaciones y ordenar las medidas inmediatas para hacer cesar la afectación.

Artículo 30.- Trámite en caso de detención arbitraria

Tratándose de cualquiera de las formas de detención arbitraria y de afectación de la integridad personal, el Juez resolverá de inmediato. Para ello podrá constituirse en el lugar de los hechos, y verificada la detención indebida ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado, dejando constancia en el acta correspondiente y sin que sea necesario notificar previamente al responsable de la agresión para que cumpla la resolución judicial.

Artículo 31.- Trámite en casos distintos

Cuando no se trate de una detención arbitraria ni de una vulneración de la integridad personal, el Juez podrá constituirse en el lugar de los hechos, o, de ser el caso, citar a quien o quienes ejecutaron la violación, requiriéndoles expliquen la razón que motivó la agresión, y resolverá de plano en el término de un día natural, bajo responsabilidad.

La resolución podrá notificarse al agraviado, así se encontrare privado de su libertad. También puede notificarse indistintamente a la persona que interpuso la demanda así como a su abogado, si lo hubiere.

Artículo 32.- Trámite en caso de desaparición forzada

Sin perjuicio del trámite previsto en los artículos anteriores, cuando se trate de la desaparición forzada de una persona, si la autoridad, funcionario o persona demandada no proporcionan elementos de juicio satisfactorios sobre su paradero o destino, el Juez deberá adoptar todas las medidas necesarias que conduzcan a su hallazgo, pudiendo incluso comisionar a jueces del Distrito Judicial donde se presume que la persona pueda estar detenida para que las practiquen. Asimismo, el Juez dará aviso de la demanda de hábeas corpus al Ministerio Público para que realice las investigaciones correspondientes.

Si la agresión se imputa a algún miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, el juez solicitará, además, a la autoridad superior del presunto agresor de la zona en la cual la desaparición ha ocurrido, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas si es cierta o no la vulneración de la libertad y proporcione el nombre de la autoridad que la hubiere ordenado o ejecutado.

Artículo 33.- Normas especiales de procedimiento

Este proceso se somete además a las siguientes reglas:

- 1) No cabe recusación, salvo por el afectado o quien actúe en su nombre.
- 3) No caben excusas de los jueces ni de los secretarios.
- 4) Los jueces deberán habilitar día y hora para la realización de las actuaciones procesales.
- 5) No interviene el Ministerio Público.
- 6) Se pueden presentar documentos cuyo mérito apreciará el juez en cualquier estado del proceso.

- 7) El Juez o la Sala designará un defensor de oficio al demandante, si lo pidiera.
- 8) Las actuaciones procesales son improrrogables.

Artículo 34.- Contenido de sentencia fundada

La resolución que declara fundada la demanda de hábeas corpus dispondrá alguna de las siguientes medidas:

- 1) La puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho; o
- 2) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el Juez lo considerase necesario, ordenará cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían; o
- 3) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención; o
- 4) Que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse.

Artículo 35.- Apelación

Sólo es apelable la resolución que pone fin a la instancia. El plazo para apelar es de dos días.

Artículo 36.- Trámite de Apelación

Interpuesta la apelación el Juez elevará en el día los autos al Superior, quien resolverá el proceso en el plazo de cinco días bajo responsabilidad. A la vista de la causa los abogados podrán informar.

TÍTULO III

PROCESO DE AMPARO

CAPÍTULO I

Derechos protegidos

Artículo 37.- Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

- 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole;
- 2) Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa;
- 3) De información, opinión y expresión;

- 4) A la libre contratación;
- 5) A la creación artística, intelectual y científica;
- 6) De la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones;
- 7) De reunión;
- 8) Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes;
- 9) De asociación;
- 10) Al trabajo;
- 11) De sindicación, negociación colectiva y huelga;
- 12) De propiedad y herencia;
- 13) De petición ante la autoridad competente;
- 14) De participación individual o colectiva en la vida política del país;
- 15) A la nacionalidad;
- 16) De tutela procesal efectiva;
- 17) A la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos;
- 18) De impartir educación dentro de los principios constitucionales;
- 19) A la seguridad social;
- 20) De la remuneración y pensión;
- 21) De la libertad de cátedra;
- 22) De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35 de la Constitución;
- 23) De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida;
- 24) A la salud; y
- 25) Los demás que la Constitución reconoce.

Artículo 38.- Derechos no protegidos

No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

CAPÍTULO II

Procedimiento

Artículo 39.- Legitimación

El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo.

Artículo 40.- Representación Procesal

El afectado puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada.

Tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos.

Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos.

La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.

Artículo 41.- Procuración Oficiosa

Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.

Artículo 42.- Demanda

La demanda escrita contendrá, cuando menos, los siguientes datos y anexos:

- 1) La designación del Juez ante quien se interpone;
- 2) El nombre, identidad y domicilio procesal del demandante;
- 3) El nombre y domicilio del demandado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7 del presente Código;
- 4) La relación numerada de los hechos que hayan producido, o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional;

- 5) Los derechos que se consideran violados o amenazados;
- 6) El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;
- 7) La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.

En ningún caso la demanda podrá ser rechazada por el personal administrativo del Juzgado o Sala correspondiente.

Artículo 43.- Acumulación subjetiva de oficio

Cuando de la demanda apareciera la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar.

Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

Para el cómputo del plazo se observarán las siguientes reglas:

- 1) El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.
- 2) Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.
- 3) Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.
- 4) La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Sólo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.
- 5) Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.
- 6) El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda.

Artículo 45.- Agotamiento de las vías previas

El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo.

Artículo 46.- Excepciones al agotamiento de las vías previas

No será exigible el agotamiento de las vías previas si:

- 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida;
- 2) Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable;
- 3) La vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o
- 4) No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

Artículo 47.- Improcedencia liminar

Si el Juez al calificar la demanda de amparo considera que ella resulta manifiestamente improcedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión. Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del presente Código. También podrá hacerlo si la demanda se ha interpuesto en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de éste, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto.

Artículo 48.- Inadmisibilidad

Si el Juez declara inadmisibile la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es apelable.

Artículo 49.- Reconvención, abandono y desistimiento

En el amparo no procede la reconvención ni el abandono del proceso. Es procedente el desistimiento.

Artículo 50.- Acumulación de procesos y resolución inimpugnable

Cuando un mismo acto, hecho, omisión o amenaza afecte el interés de varias personas que han ejercido separadamente su derecho de acción, el Juez que hubiese prevenido, a pedido de parte o de oficio, podrá ordenar la acumulación de los procesos de amparo.

La resolución que concede o deniega la acumulación es inimpugnable.

Artículo 51.- Juez Competente y plazo de resolución en Corte

Son competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el Juez civil del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción.

Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agravio.

La Sala Civil resolverá en un plazo que no excederá de cinco días desde la interposición de la demanda.

Artículo 52.- Impedimentos

El Juez deberá abstenerse cuando concurren las causales de impedimento previstas en el Código Procesal Civil. En ningún caso será procedente la recusación.

El Juez que intencionalmente no se abstiene cuando concurre una causal de impedimento, o lo hace cuando no concurre una de ellas, incurre en responsabilidad de naturaleza disciplinaria y penal.

Artículo 53.- Trámite

En la resolución que admite la demanda, el juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. Dentro de cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el Juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días. Con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, quedan los autos expeditos para ser sentenciados.

Si el Juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios. El Juez expedirá sentencia en la misma audiencia o, excepcionalmente, en un plazo que no excederá los cinco días de concluida ésta.

Si considera que la relación procesal tiene un defecto subsanable, concederá un plazo de tres días al demandante para que lo remedie, vencido el cual expedirá sentencia. Si estima que la relación procesal tiene un defecto insubsanable, declarará improcedente la demanda en la sentencia. En los demás casos, expedirá sentencia pronunciándose sobre el mérito.

Los actos efectuados con manifiesto propósito dilatorio, o que se asimilen a cualquiera de los casos previstos en el artículo 112 del Código Procesal Civil, serán sancionados con una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal. Dicha sanción no excluye la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera derivarse del mismo acto.

Artículo 54.- Intervención litisconsorcial

Quien tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso, puede apersonarse solicitando ser declarado litisconsorte facultativo. Si el Juez admite su incorporación ordenará se le notifique la demanda. Si el proceso estuviera en segundo grado, la solicitud será dirigida al Juez superior. El litisconsorte facultativo ingresa al proceso en el estado en que éste se encuentre. La resolución que concede o deniega la intervención litisconsorcial es inimpugnable.

Artículo 55.- Contenido de la Sentencia fundada

La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

- 1) Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;
- 2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;
- 3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación;
- 4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia.

En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

Artículo 56.- Costas y Costos

Si la sentencia declara fundada la demanda, se interpondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. Si el amparo fuere desestimado por el Juez, éste podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad.

En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos.

En aquello que no esté expresamente establecido en la presente Ley, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil.

Artículo 57.- Apelación

La sentencia puede ser apelada dentro del tercer día siguiente a su notificación. El expediente será elevado dentro de los tres días siguientes a la notificación de la concesión del recurso.

Artículo 58.- Trámite de la apelación

El superior concederá tres días al apelante para que exprese agravios. Recibida la expresión de agravios o en su rebeldía, concederá traslado por tres días, fijando día y hora para la vista de la causa, en la misma resolución. Dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación, las partes podrán solicitar que sus abogados informen

oralmente a la vista de la causa. El superior expedirá sentencia dentro del plazo de cinco días posteriores a la vista de la causa, bajo responsabilidad.

Artículo 59.- Ejecución de Sentencia

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado.

Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el Juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo. Transcurridos dos días, el Juez ordenará se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El Juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, conforme a lo previsto por el artículo 22 de este Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario.

En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho.

Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia. Para efectos de una eventual impugnación, ambas sentencias se examinarán unitariamente.

Cuando la sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al Juez quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas señaladas en el presente artículo.

Artículo 60.- Procedimiento para represión de actos homogéneos

Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución.

Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo.

La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente.

TÍTULO IV

PROCESO DE HÁBEAS DATA

Artículo 61.- Derechos protegidos

El hábeas data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5) y 6) del artículo 2 de la Constitución. En consecuencia, toda persona puede acudir a dicho proceso para:

1) Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material.

2) Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales.

Artículo 62.- Requisito especial de la demanda

Para la procedencia del hábeas data se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el respeto de los derechos a que se refiere el artículo anterior, y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud tratándose del derecho reconocido por el artículo 2 inciso 5) de la Constitución, o dentro de los dos días si se trata del derecho reconocido por el artículo 2 inciso 6) de la Constitución. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito cuando su exigencia genere el inminente peligro de sufrir un daño irreparable, el que deberá ser acreditado por el demandante. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.

Artículo 63.- Ejecución Anticipada

De oficio o a pedido de la parte reclamante y en cualquier etapa del procedimiento y antes de dictar sentencia, el Juez está autorizado para requerir al demandado que posee, administra o maneja el archivo, registro o banco de datos, la remisión de la información concerniente al reclamante; así como solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime conveniente. La resolución deberá contener un plazo máximo de tres días útiles para dar cumplimiento al requerimiento expresado por el Juez.

Artículo 64.- Acumulación

Tratándose de la protección de datos personales podrán acumularse las pretensiones de acceder y conocer informaciones de una persona, con las de actualizar, rectificar, incluir, suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones.

Artículo 65.- Normas aplicables

El procedimiento de hábeas data será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo, salvo la exigencia del patrocinio de abogado que

será facultativa en este proceso. El Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso.

TÍTULO V

PROCESO DE CUMPLIMIENTO

Artículo 66.- Objeto

Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

- 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o
- 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

Artículo 67.- Legitimación y representación

Cualquier persona podrá iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos. Si el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, sólo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido.

Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona. Asimismo, la Defensoría del Pueblo puede iniciar procesos de cumplimiento.

Artículo 68.- Legitimación pasiva

La demanda de cumplimiento se dirigirá contra la autoridad o funcionario renuente de la administración pública al que corresponda el cumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo.

Si el demandado no es la autoridad obligada, aquél deberá informarlo al juez indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará con las autoridades respecto de las cuales se interpuso la demanda. En todo caso, el juez deberá emplazar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.

Artículo 69.- Requisito especial de la demanda

Para la procedencia del proceso de cumplimiento se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.

Artículo 70.- Causales de Improcedencia

No procede el proceso de cumplimiento:

1) Contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones;

2) Contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una ley;

3) Para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de amparo, hábeas data y hábeas corpus;

4) Cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo;

5) Cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario;

6) En los supuestos en los que proceda interponer el proceso competencial;

7) Cuando no se cumplió con el requisito especial de la demanda previsto por el artículo 69 del presente Código; y,

8) Si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial.

Artículo 71.- Desistimiento de la pretensión

El desistimiento de la pretensión se admitirá únicamente cuando ésta se refiera a actos administrativos de carácter particular.

Artículo 72.- Contenido de la Sentencia fundada

La sentencia que declara fundada la demanda se pronunciará preferentemente respecto a:

1) La determinación de la obligación incumplida;

2) La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir;

3) El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días;

4) La orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.

Artículo 73.- Ejecución de la Sentencia

La sentencia firme que ordena el cumplimiento del deber omitido, será cumplida de conformidad con lo previsto por el artículo 22 del presente Código.

Artículo 74.- Normas aplicables

El procedimiento aplicable a este proceso será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo, en lo que sea aplicable. El Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso.

TÍTULO VI

DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS DE ACCIÓN POPULAR E INCONSTITUCIONALIDAD

Artículo 75.- Finalidad

Los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo.

Por contravenir el artículo 106 de la Constitución, se puede demandar la inconstitucionalidad, total o parcial, de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley que no haya sido aprobada como orgánica, si dichas disposiciones hubieren regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal.

Artículo 76.- Procedencia de la demanda de acción popular

La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.

Artículo 77.- Procedencia de la demanda de inconstitucionalidad

La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

Artículo 78.- Inconstitucionalidad de normas conexas

La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia.

Artículo 79.- Principios de interpretación

Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Artículo 80.- Relaciones institucionales con ocasión a los procesos de control de normas

Los Jueces deben suspender el trámite de los procesos de acción popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal, hasta que éste expida resolución definitiva.

Artículo 81.- Efectos de la Sentencia fundada

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación.

Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia.

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 82.- Cosa juzgada

Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

Tiene la misma autoridad el auto que declara la prescripción de la pretensión en el caso previsto en el inciso 1) del artículo 104.

La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código.

Artículo 83.- Efectos de la irretroactividad

Las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución.

Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado.

TÍTULO VII

PROCESO DE ACCIÓN POPULAR

Artículo 84.- Legitimación

La demanda de acción popular puede ser interpuesta por cualquier persona.

Artículo 85.- Competencia

La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial.

Son competentes:

1) La Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y

2) La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos.

Artículo 86.- Demanda

La demanda escrita contendrá cuando menos, los siguientes datos y anexos:

1) La designación de la Sala ante quien se interpone.

2) El nombre, identidad y domicilio del demandante.

3) La denominación precisa y el domicilio del órgano emisor de la norma objeto del proceso.

4) El petitorio, que comprende la indicación de la norma o normas constitucionales y/o legales que se suponen vulneradas por la que es objeto del proceso.

5) Copia simple de la norma objeto del proceso precisándose el día, mes y año de su publicación.

6) Los fundamentos en que se sustenta la pretensión.

7) La firma del demandante, o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.

Artículo 87.- Plazo

El plazo para interponer la demanda de acción popular prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de publicación de la norma.

Artículo 88.- Admisibilidad e improcedencia

Interpuesta la demanda, la Sala resuelve su admisión dentro de un plazo no mayor de cinco días desde su presentación. Si declara la inadmisibilidad, precisará el requisito incumplido y el plazo para subsanarlo. Si declara la improcedencia y la decisión fuese apelada, pondrá la resolución en conocimiento del emplazado.

Artículo 89.- Emplazamiento y publicación de la demanda

Admitida la demanda, la Sala confiere traslado al órgano emisor de la norma objeto del proceso y ordena la publicación del auto admisorio, el cual incluirá una relación sucinta del contenido de la demanda, por una sola vez, en el Diario Oficial El Peruano si la demanda se promueve en Lima, o en el medio oficial de publicidad que corresponda si aquella se promueve en otro Distrito Judicial.

Si la norma objeto del proceso ha sido expedida con participación de más de un órgano emisor, se emplazará al de mayor jerarquía. Si se trata de órganos de igual nivel jerárquico, la notificación se dirige al primero que suscribe el texto normativo. En el caso de normas dictadas por el Poder Ejecutivo, el emplazamiento se hará al Ministro que la refrenda; si fuesen varios, al que haya firmado en primer término.

Si el órgano emisor ha dejado de operar, corresponde notificar al órgano que asumió sus funciones.

Artículo 90.- Requerimiento de antecedentes

La Sala puede, de oficio, ordenar en el auto admisorio que el órgano remita el expediente conteniendo los informes y documentos que dieron origen a la norma objeto del proceso, dentro de un plazo no mayor de diez días, contado desde la notificación de dicho auto, bajo responsabilidad. La Sala dispondrá las medidas de reserva pertinentes para los expedientes y las normas que así lo requieran.

Artículo 91.- Contestación de la demanda

La contestación deberá cumplir con los mismos requisitos de la demanda, en lo que corresponda. El plazo para contestar la demanda es de diez días.

Artículo 92.- Vista de la Causa

Practicados los actos procesales señalados en los artículos anteriores, la Sala fijará día y hora para la vista de la causa, la que ocurrirá dentro de los diez días posteriores a la contestación de la demanda o de vencido el plazo para hacerlo.

A la vista de la causa, los abogados pueden informar oralmente. La Sala expedirá sentencia dentro de los diez días siguientes a la vista.

Artículo 93.- Apelación y trámite

Contra la sentencia procede recurso de apelación el cual contendrá la fundamentación del error, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Recibidos los autos, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema dará traslado del recurso concediendo cinco días para su absolución y fijando día y hora para la vista de la causa, en la misma resolución. Dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa.

Artículo 94.- Medida Cautelar

Procede solicitar medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado. El contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento.

Artículo 95.- Consulta

Si la sentencia que declara fundada la demanda no es apelada, los autos se elevarán en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. La consulta se absolverá sin trámite y en un plazo no mayor de cinco días desde que es recibido el expediente.

Artículo 96.- Sentencia

La sentencia expedida dentro de los diez días posteriores a la vista de la causa será publicada en el mismo medio de comunicación en el que se publicó el auto admisorio.

Dicha publicación no sustituye la notificación de las partes. En ningún caso procede el recurso de casación.

Artículo 97.- Costos

Si la sentencia declara fundada la demanda se impondrán los costos que el juez establezca, los cuales serán asumidos por el Estado. Si la demanda fuere desestimada por el Juez, éste podrá condenar al demandante al pago de los costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad. En todo lo no previsto en materia de costos, será de aplicación supletoria lo previsto en el Código Procesal Civil.

TÍTULO VIII

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Artículo 98.- Competencia y Legitimación

La demanda de inconstitucionalidad se interpone ante el Tribunal Constitucional y sólo puede ser presentada por los órganos y sujetos indicados en el artículo 203 de la Constitución.

Artículo 99.- Representación Procesal Legal

Para interponer una demanda de inconstitucionalidad el Presidente de la República requiere del voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Concedida la aprobación, designa a uno de sus Ministros para que presente la demanda de inconstitucionalidad y lo represente en el proceso. El Ministro designado puede delegar su representación en un Procurador Público.

El Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo interponen directamente la demanda.

Pueden actuar en el proceso mediante apoderado.

Los Congresistas actúan en el proceso mediante apoderado nombrado al efecto.

Los ciudadanos referidos en el inciso 5) del artículo 203 de la Constitución deben actuar con patrocinio de letrado y conferir su representación a uno solo de ellos.

Los Presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los Alcaldes Provinciales con acuerdo de su Concejo, actúan en el proceso por sí o mediante apoderado y con patrocinio de letrado.

Para interponer la demanda, previo acuerdo de su Junta Directiva, los Colegios Profesionales deben actuar con el patrocinio de abogado y conferir representación a su Decano.

El órgano demandado se apersona en el proceso y formula obligatoriamente su alegato en defensa de la norma impugnada, por medio de apoderado nombrado especialmente para el efecto.

Artículo 100.- Plazo prescriptorio

La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución.

Artículo 101.- Demanda

La demanda escrita contendrá, cuando menos, los siguientes datos y anexos:

- 1) La identidad de los órganos o personas que interponen la demanda y su domicilio legal y procesal.
- 2) La indicación de la norma que se impugna en forma precisa.
- 3) Los fundamentos en que se sustenta la pretensión.
- 4) La relación numerada de los documentos que se acompañan.
- 5) La designación del apoderado si lo hubiere.
- 6) Copia simple de la norma objeto de la demanda, precisándose el día, mes y año de su publicación.

Artículo 102.- Anexos de la Demanda

A la demanda se acompañan, en su caso:

- 1) Certificación del acuerdo adoptado en Consejo de Ministros, cuando el demandante sea el Presidente de la República;
- 2) Certificación de las firmas correspondientes por el Oficial Mayor del Congreso si los actores son el 25% del número legal de Congresistas;
- 3) Certificación por el Jurado Nacional de Elecciones, en los formatos que proporcione el Tribunal, y según el caso, si los actores son cinco mil ciudadanos o el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, conforme al artículo 203 inciso 5) de la Constitución;
- 4) Certificación del acuerdo adoptado en la Junta Directiva del respectivo Colegio Profesional; o
- 5) Certificación del acuerdo adoptado en el Consejo de Coordinación Regional o en el Concejo Provincial, cuando el actor sea Presidente de Región o Alcalde Provincial, respectivamente.

Artículo 103.- Inadmisibilidad de la Demanda

Interpuesta la demanda, el Tribunal resuelve su admisión dentro de un plazo que no puede exceder de diez días.

El Tribunal resuelve la inadmisibilidad de la demanda, si concurre alguno de los siguientes supuestos:

- 1) Que en la demanda se hubiera omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 101; o
- 2) Que no se acompañen los anexos a que se refiere el artículo 102.

El Tribunal concederá un plazo no mayor de cinco días si el requisito omitido es susceptible de ser subsanado. Si vencido el plazo no se subsana el defecto de inadmisibilidad, el Tribunal, en resolución debidamente motivada e inimpugnable, declara la improcedencia de la demanda y la conclusión del proceso.

Artículo 104.- Improcedencia liminar de la demanda

El Tribunal declarará improcedente la demanda cuando concurre alguno de los siguientes supuestos:

- 1) Cuando la demanda se haya interpuesto vencido el plazo previsto en el artículo 100;
- 2) Cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo; o
- 3) Cuando el Tribunal carezca de competencia para conocer la norma impugnada.

En estos casos, el Tribunal en resolución debidamente motivada e inimpugnable declara la improcedencia de la demanda.

Artículo 105.- Improcedencia de Medidas Cautelares

En el proceso de inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares.

Artículo 106.- Efecto de la Admisión e Impulso de oficio

Admitida la demanda, y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio con prescindencia de la actividad o interés de las partes.

El proceso sólo termina por sentencia.

Artículo 107.- Tramitación

El auto admisorio concede a la parte demandada el plazo de treinta días para contestar la demanda. El Tribunal emplaza con la demanda:

- 1) Al Congreso o a la Comisión Permanente, en caso de que el Congreso no se encuentre en funciones, si se trata de Leyes y Reglamento del Congreso.

2) Al Poder Ejecutivo, si la norma impugnada es un Decreto Legislativo o Decreto de Urgencia.

3) Al Congreso, o a la Comisión Permanente y al Poder Ejecutivo, si se trata de Tratados Internacionales.

4) A los órganos correspondientes si la norma impugnada es de carácter regional o municipal.

Con su contestación, o vencido el plazo sin que ella ocurra, el Tribunal tendrá por contestada la demanda o declarará la rebeldía del emplazado, respectivamente. En la misma resolución el Tribunal señala fecha para la vista de la causa dentro de los diez días útiles siguientes. Las partes pueden solicitar que sus abogados informen oralmente.

Artículo 108.- Plazo para dictar sentencia

El Tribunal dicta sentencia dentro de los treinta días posteriores de producida la vista de la causa.

TÍTULO IX

PROCESO COMPETENCIAL

Artículo 109.- Legitimación y representación

El Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan:

- 1) Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales;
- 2) A dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o
- 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí.

Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares. Tratándose de entidades de composición colegiada, la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno.

Artículo 110.- Pretensión

El conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales a que se refiere el artículo anterior adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro.

Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad.

Artículo 111.- Medida Cautelar

El demandante puede solicitar al Tribunal la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto de conflicto. Cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste podrá suspender el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional.

Artículo 112.- Admisibilidad y procedencia

Si el Tribunal Constitucional estima que existe materia de conflicto cuya resolución sea de su competencia, declara admisible la demanda y dispone los emplazamientos correspondientes.

El procedimiento se sujeta, en cuanto sea aplicable, a las disposiciones que regulan el proceso de inconstitucionalidad.

El Tribunal puede solicitar a las partes las informaciones, aclaraciones o precisiones que juzgue necesarias para su decisión. En todo caso, debe resolver dentro de los sesenta días hábiles desde que se interpuso la demanda.

Artículo 113.- Efectos de las Sentencias

La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos.

Cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas.

TÍTULO X

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

Artículo 114.- Organismos internacionales competentes

Para los efectos de lo establecido en el artículo 205 de la Constitución, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, son: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú.

Artículo 115.- Ejecución de resoluciones

Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez, las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su

ejecución por el juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley N° 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales.

Artículo 116.- Obligación de proporcionar documentos y antecedentes

La Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional deberán remitir a los organismos a que se refiere el artículo 114, la legislación, las resoluciones y demás documentos actuados en el proceso o los procesos que originaron la petición, así como todo otro elemento que a juicio del organismo internacional fuere necesario para su ilustración o para mejor resolver el asunto sometido a su competencia.

TÍTULO XI

DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 117.- Acumulación de procesos

El Tribunal Constitucional puede, en cualquier momento, disponer la acumulación de procesos cuando éstos sean conexos.

Artículo 118.- Numeración de las sentencias

Las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional se enumeran en forma correlativa y anualmente.

Artículo 119.- Solicitud de información

El Tribunal puede solicitar a los poderes del Estado y a los órganos de la Administración Pública todos los informes y documentos que considere necesarios para la resolución de los procesos de su competencia. En tal caso, el Tribunal habilita un plazo para que las partes conozcan de ellos y puedan alegar lo que convenga a su derecho.

El Tribunal dispone las medidas necesarias para preservar el secreto que legalmente afecta a determinada documentación, y el que, por decisión motivada, acuerda para su actuación.

Artículo 120.- Subsanación de vicios en el procedimiento

El Tribunal, antes de pronunciar sentencia, de oficio o a instancia de parte, debe subsanar cualquier vicio de procedimiento en que se haya incurrido.

Artículo 121.- Carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional

Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido.

Estas resoluciones deben expedirse, sin más trámite, al segundo día de formulada la petición.

Contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, sólo procede, en su caso, el recurso de reposición ante el propio Tribunal. El recurso puede interponerse en el plazo de tres días a contar desde su notificación. Se resuelve en los dos días siguientes.

Lo anterior no afecta el derecho a recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

TÍTULO XII

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Denominaciones empleadas

Para los efectos de este Código, se adoptarán las siguientes denominaciones:

- 1) Proceso de hábeas corpus, a la acción de hábeas corpus;
- 2) Proceso de amparo, a la acción de amparo;
- 3) Proceso de hábeas data, a la acción de hábeas data;
- 4) Proceso de inconstitucionalidad, a la acción de inconstitucionalidad;
- 5) Proceso de acción popular, a la acción popular;
- 6) Proceso de cumplimiento, a la acción de cumplimiento; y,
- 7) Proceso competencial, a los conflictos de competencias o atribuciones.

SEGUNDA.- Vigencia de normas

Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

TERCERA.- Jueces Especializados

Los procesos de competencia del Poder Judicial a que se refiere el presente Código se iniciarán ante los jueces especializados que correspondan en aquellos distritos judiciales que cuenten con ellos, con la sola excepción del proceso de hábeas corpus que podrá iniciarse ante cualquier juez penal.

CUARTA.- Publicación de sentencias

Las sentencias finales y las resoluciones aclaratoria de las mismas, recaídas en los procesos constitucionales deben remitirse, dentro de las 48 horas siguientes a la fecha de su expedición, al Diario Oficial El Peruano para su publicación gratuita, dentro de los diez días siguientes a su remisión. La publicación debe contener la sentencia y las piezas del expediente que sean necesarias para comprender el derecho invocado y las razones que tuvo el Juez para conceder o denegar la pretensión.

Las sentencias recaídas en el proceso de inconstitucionalidad, el proceso competencial y la acción popular se publican en el diario oficial dentro de los tres días siguientes al de la recepción de la transcripción remitida por el órgano correspondiente. En su defecto, el Presidente del Tribunal ordena que se publique en uno de los diarios de mayor circulación nacional, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.

Cuando las sentencias versan sobre normas regionales o municipales, además de la publicación a que se refiere el párrafo anterior, el Tribunal ordena la publicación en el diario donde se publican los avisos judiciales de la respectiva circunscripción. En lugares donde no exista diario que se publique los avisos judiciales, la sentencia se da a conocer, además de su publicación en el diario oficial o de circulación nacional, mediante carteles fijados en lugares públicos.

QUINTA.- Exoneración de tasas judiciales

Los procesos constitucionales se encuentran exonerados del pago de tasas judiciales.

SEXTA.- Enseñanza de los derechos y de los procesos constitucionales

En todos los centros de enseñanza, de cualquier nivel, civiles, o militares, se impartirán cursos obligatorios sobre derechos fundamentales y procesos constitucionales.

Compete promover y supervisar esta tarea al Ministerio de Educación; a la Asamblea Nacional de Rectores, y a los Ministerios de Defensa y del Interior. El Ministerio de Justicia queda encargado de la labor de publicación y difusión de la Constitución y textos básicos conexos. Queda encargado igualmente de editar, periódicamente, una versión fidedigna de todas las constituciones históricas del Perú y de la vigente Constitución. Adicionalmente editará y patrocinará estudios, publicaciones, textos, jurisprudencia y legislación Constitucional.

SÉPTIMA.- Gaceta Constitucional

La Gaceta Constitucional es el órgano oficial del Tribunal Constitucional y será editada periódicamente, sin perjuicio de otras compilaciones oficiales y de la publicación electrónica de su jurisprudencia. En ella el Tribunal Constitucional dará cuenta de sus actividades, publicará los documentos relacionados con su marcha institucional, así como las resoluciones finales de los procesos constitucionales de su competencia. Esta publicación se hace con independencia de la que efectúe obligatoriamente el Diario Oficial El Peruano.

TÍTULO XIII

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y DEROGATORIAS

PRIMERA.- Normas derogadas

Quedan derogadas:

- 1) La Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo.
- 2) La Ley N° 25398, Ley complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo.
- 3) La Ley N° 24968, Ley Procesal de la Acción Popular.

- 4) La Ley N° 25011, que modifica parcialmente la Ley N° 23506.
- 5) La Ley N° 25315, que modifica parcialmente la Ley N° 23506.
- 6) El Decreto Ley N° 25433, que modifica la Ley N° 23506 y la Ley N° 24968.
- 7) La Ley N° 26248, que modifica parcialmente la Ley N° 23506.
- 8) La Ley N° 26301, Ley de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento.
- 9) Los artículos 20 al 63, con excepción del artículo 58, así como la primera y segunda disposición general de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- 10) La Ley N° 26545, que modifica parcialmente los procesos de hábeas data y acción de cumplimiento.
- 11) El Decreto Legislativo N° 824, que modifica parcialmente la Ley N° 23506.
- 12) La Ley N° 27053, que modifica parcialmente la Ley N° 23506.
- 13) La Ley N° 27235, que modifica parcialmente la Ley N° 23506.
- 14) La Ley N° 27959, que modifica parcialmente la Ley N° 23506.
- 15) Todas las disposiciones que se opongan al presente Código.

SEGUNDA.- Vigencia del Código

El presente Código entra en vigencia a los seis meses de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los siete días del mes de mayo de dos mil cuatro.

HENRY PEASE GARCÍA
Presidente del Congreso de la República

MARCIANO RENGIFO RUIZ
Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiocho días del mes de mayo del año dos mil cuatro.

ALEJANDRO TOLEDO
Presidente Constitucional de la República

CARLOS FERRERO
Presidente del Consejo de Ministros

CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE LA PROVINCIA DE TUCUMÁN (Argentina)

CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. TITULO I: PRINCIPIOS GENERALES.

Artículo 1.- OBJETO. El presente Código tiene por fin garantizar los derechos de las personas consagrados por la Constitución Provincial y Nacional, los tratados y las leyes Provinciales.

Art. 2.- PROTECCION JUDICIAL. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro medio efectivo ante los jueces o Tribunales competentes que la ampare contra actos que violen o amenacen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Provincial y Nacional, la ley o los tratados, aún cuando tal lesión sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones públicas.

Art. 3.- AMBITO DE APLICACIÓN. La aplicación de este Código corresponde a los Tribunales provinciales cuando el acto, omisión o simple hecho que lo motive emane de autoridad provincial, y si procede de un particular debe estarse a lo que establecen las normas de competencia.

Si se ignora inicialmente quién es la autoridad que produce el acto, omisión o hecho lesivo, conoce cualquier Tribunal según las reglas que rigen su competencia territorial hasta establecer el presupuesto del párrafo anterior que determine definitivamente el Tribunal de aplicación. Las actuaciones en este caso se remiten al mismo para continuar según su estado.

Art. 4.- COMPETENCIA. Las acciones de hábeas corpus, amparo y de protección de los derechos comunes o difusos, y de inconstitucionalidad se interponen y sustancian ante los Tribunales de primera instancia.

Cuando se trate de actos lesivos que emanen de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Cámaras de Apelaciones y Cámaras de Instancia Unica, tiene competencia exclusiva para entender en la petición la Corte Suprema de Justicia. Si el acto emana de un Juez de Primera Instancia, entiende la Cámara de Apelaciones.

Art. 5.- INCONSTITUCIONALIDAD. Los jueces declaran de oficio, en el caso concreto, la inconstitucionalidad de normas o actos contrarios a la Constitución debiendo escuchar previamente a las partes y al Ministerio Público.

Art. 6.- SENTENCIAS DEFINITIVAS. Las sentencias que dictan los Tribunales superiores en casos de hábeas corpus o amparo se consideran definitivas a los efectos del recurso previsto en el artículo 106 de la Constitución Provincial.

En materia de control de constitucionalidad de las normas y de protección de los intereses públicos según las previsiones de la presente ley, las decisiones desestimatorias no impiden la promoción de otras acciones o recursos dirigidas al mismo objeto.

TITULO II GARANTIAS A LOS DERECHOS PERSONALES

CAPITULO I DISPOSICIONES COMUNES.

Art. 7.- LEGITIMACION ACTIVA. Cualquier persona particularmente interesada, por sí o por apoderado y el Ministerio Público puede interponer el hábeas corpus y el amparo.

Art. 8.- HORARIO EXTRAORDINARIO. Las acciones previstas en este Código se interponen aún después de las horas ordinarias de trabajo o en días inhábiles de los Tribunales por ante el Juez, Secretario o ante la Mesa Permanente.

Art. 9.- TURNOS. El turno lo determina la fecha y hora de la presentación. A efectos de los procedimientos previstos en la presente ley rigen los turnos de veinticuatro (24) horas corridas según el orden que determina la Corte Suprema de Justicia, sin obligación de permanencia del Juez y funcionarios auxiliares en la sede del Tribunal, en los días inhábiles.

Art. 10.- CARTELES AVISADORES. En cada jurisdicción debe darse a conocer en avisadores ubicados en sitios visibles donde el público habitualmente concurre o pueda acudir, el Juez de turno y el lugar de la sede del Tribunal de cada fuero de turno donde debe reclamarse la protección jurisdiccional. A tal efecto debe colocarse carteles en lugares ostensibles y fácilmente accesibles al público, en todos los edificios judiciales y policiales, y en dependencias de la Administración Pública.

Art. 11.- DIAS Y HORAS HABLES. Durante la sustanciación del proceso de hábeas corpus o de amparo y su ejecución, todos los días y horas son hábiles.

Art. 12.- PLAZOS. Los plazos establecidos en este Código son perentorios e improrrogables. Cualquier retardo en su cumplimiento es sancionado disciplinariamente sin perjuicio de la acción por responsabilidad del funcionario.

No se interrumpen ni se suspenden por ningún incidente ni actuación que no esté expresamente preceptuado por la ley.

Los términos para las actuaciones y resoluciones judiciales se cuentan a partir del recibo de la gestión que los motive, y para las actividades de las partes desde la notificación de la resolución que las cause.

Art. 13.- IMPULSO PROCESAL. Una vez requerida la intervención judicial, el Tribunal actúa de oficio y con la mayor celeridad sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el procedimiento.

Art. 14.- FACULTADES DEL TRIBUNAL: PREFERENCIA Y CELERIDAD. La sustanciación de un hábeas corpus o de un amparo, en este orden, se hace sin pérdida de tiempo, posponiendo cualquier asunto de distinta naturaleza que tuviera el Tribunal.

Las comunicaciones entre Tribunales se hacen por el medio más rápido

posible.

Art. 15.- COMPETENCIA. Se observan, en lo pertinente, las normas sobre competencia por razón de la materia, salvo que aquellas engendren dudas razonables al respecto, en cuyo caso el Juez requerido debe conocer de la acción.

Si el Tribunal se considera incompetente así lo declara dentro de las veinticuatro (24) horas de promovida la demanda y en el acto eleva en consulta inmediata la cuestión al Tribunal superior que decide a más tardar dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes. Si confirma la incompetencia, remite inmediatamente los autos al Tribunal competente, quien debe ser determinado en la sentencia. Si revoca la decisión, el Tribunal interviniente prosigue de inmediato con el procedimiento.

Art. 16.- DEFECTOS FORMALES. El Tribunal debe proveer de inmediato las medidas necesarias para subsanar los defectos formales de un hábeas corpus o de un amparo.

Si la presentación es oscura de manera que no puede establecerse claramente el hecho que la motiva, o no llena los requisitos indicados, el Tribunal dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de recibida, si lo considera necesario, puede intimar al presentante para que en el término perentorio que le fije, que no puede exceder de las setenta y dos (72) horas, aclare los términos de su demanda o corrija defectos, los cuales deben señalársele concretamente en la misma resolución. Si el peticionante no lo hace, la presentación es rechazada de plano.

Art. 17.- CONVERTIBILIDAD DE LA ACCION. Cuando el Juez al conocer el asunto advierta que no se trata de un hábeas corpus sino de un amparo o viceversa, así lo declara y prosigue la tramitación de conformidad a lo establecido por esta ley.

El Juez, si lo estima necesario, puede conceder al interesado un término de hasta tres (3) días para que convierta la acción. Si éste no lo hiciere resolverá el asunto conforme a derecho.

Art. 18.- RECUSACION. No es admisible la recusación sin causa. Si el Juez interviniente se considera inhabilitado por temor a parcialidad, así lo declara pero debe seguir el curso del procedimiento hasta que se haga cargo el Juez subrogante. No pueden articularse cuestiones previas, reconveniones ni incidentes.

Art. 19.- JURISDICCION. Es competente para conocer de estas acciones, el Tribunal de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice, tenga o pueda tener efecto.

Cuando un mismo acto u omisión afecte el derecho de varias personas, entiende en todas estas acciones el Tribunal que ha prevenido, disponiéndose la acumulación de autos, en su caso.

Art. 20.- SUJETOS Y AUTORIDADES REQUERIDAS. OBLIGACIONES. Los mandamientos judiciales expedidos en los procedimientos de hábeas corpus y amparo deben ser cumplidos de inmediato por los particulares y los funcionarios y empleados públicos requeridos al efecto del modo y en el plazo que aquellos establezcan.

Si se ignora la identidad de la autoridad directamente responsable, la orden se libra al superior jerárquico del demandado o a quien el Tribunal determine.

Cuando un órgano o agente de la Administración Pública, o un particular

requerido al efecto, demore maliciosamente, niegue, o de alguna forma obstaculice la sustanciación de estas acciones, el Tribunal debe pasar las actuaciones al Juez competente a los fines de las responsabilidades penales incurridas.

Las demás autoridades de la Administración Pública, provincial o municipal, y de los organismos de seguridad deben adoptar los recaudos necesarios para el efectivo cumplimiento de la presente ley, y poner a disposición del Tribunal interviniente los medios a su alcance para la realización de su cometido.

Art. 21.- INFORME. El Tribunal deberá ordenar al sujeto identificado como autor del agravio que presente un informe por escrito.

El informe requerido debe contener de manera circunstanciada los antecedentes, motivos y fundamentos de la medida, los preceptos legales en que se funda y la prueba que exista contra el denunciado.

El Tribunal puede ordenar informes complementarios a cualquier otra repartición o sujeto.

Si el informe no se presenta en el plazo fijado, el Tribunal puede tener por ciertos los hechos y entrar a resolver la petición, si fuere conforme a derecho, sin más trámite, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas por sentencia fundada, salvo que exista prueba del accionante a producir o que el Tribunal estime necesaria alguna averiguación previa, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra el sujeto obligado.

Si del informe resulta que son ciertos los cargos formulados, el Tribunal dicta sentencia fundada dentro de las veinticuatro (24) horas haciendo lugar a la acción si procediere conforme a derecho.

Art. 22.- ACATAMIENTO. Firme la sentencia que declare procedente la acción, la autoridad o sujeto responsable del agravio debe cumplirla sin demora.

Art. 23.- DELITOS. Si de las actuaciones se tiene conocimiento de la probable comisión de un delito de acción pública, el Juez ordena sacar los testimonios correspondientes haciendo entrega de ellos al Ministerio Público.

Art. 24.- EXENCION DE CARGAS. Las actuaciones en los procesos de hábeas corpus y de amparo están exentas del pago de sellado, depósitos y de cualquier otro impuesto, contribución o tributo provincial o local, sin perjuicio de la reposición cuando haya condena por costas.

Art. 25.- ESTADO DE SITIO. Cuando la libertad o los derechos constitucionales de una persona son limitados o cuando la acción, omisión o restricción cuestionados en un amparo son consecuencia de la declaración prevista en el artículo 23 de la Constitución Nacional, el Juez puede analizar, en el caso concreto:

1. La legitimidad de la declaración de estado de sitio;
2. La correlación entre la orden de restricción de derechos o de privación de la libertad o la medida cuestionada y la situación que dio origen a la declaración de estado de sitio;
3. La agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la restricción de los derechos o la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas;
4. El efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del artículo 23 de la Constitución Nacional.

Art. 26.- COSTAS. Cuando la decisión hace lugar a la acción, las costas son a cargo del responsable del acto lesivo, salvo el caso de inconstitucionalidad de la norma fundante que corren por el orden causado.

Si la autoridad pública es vencida, son responsables solidariamente la misma y el agente que realizó los actos u omisiones que motivan la condena, cuando este hubiere obrado con culpa.

Cuando se rechaza la acción, las costas son a cargo de quien las cause, salvo el caso de improcedencia manifiesta declarada en la decisión, que son soportadas por el denunciante o el amparado o por ambos solidariamente según que la conducta responda a la actividad de uno de ellos o de ambos a la vez.

Art. 27.- DENUNCIA MALICIOSA: SANCIONES. Cuando la denuncia es maliciosa por ocultamiento o mendacidad declaradas por el Juez, se impone al denunciante multa de hasta dos (2) meses de la remuneración de un Juez de Primera Instancia.

Los jueces y los funcionarios intervinientes que incurren injustificadamente en incumplimiento de los plazos que este Código prevé son sancionados con multa determinada según el párrafo anterior, sanción que aplica el Juez en la decisión cuando se trata de funcionarios requeridos y el superior cuando se trata de magistrados judiciales, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Provincial.

Art. 28.- RECURSO DE APELACION. Sólo es apelable por ante el Tribunal Superior respectivo la sentencia definitiva, la que rechaza la acción como manifiestamente improcedente, y la que ordena o rechaza medidas de no innovar.

El recurso debe ser deducido en el plazo perentorio de veinticuatro (24) horas de notificada la resolución, por escrito u oralmente en acta ante el Secretario del Tribunal interviniente, pudiendo ser fundado.

Pueden interponer recurso el amparado, su defensor, la autoridad requerida o su representante, el sujeto obligado y el denunciante únicamente por la sanción o costas que se le hubieran impuesto cuando la decisión les causa gravamen.

El recurso procede siempre con efecto suspensivo salvo cuando se hace lugar a un hábeas corpus y en las medidas de no innovar decretadas en un amparo.

Art. 29.- PROCEDIMIENTO DE ALZADA. El Tribunal eleva de inmediato los autos al Superior, emplazando a las partes para que dentro de las veinticuatro (24) horas comparezcan ante la misma, poniendo al detenido a su disposición si se trata de un hábeas corpus denegado.

En el término del emplazamiento, las partes pueden fundar el recurso y presentar escritos de mejoramiento de los fundamentos del recurso o de la decisión.

El Tribunal Superior puede ordenar la celebración de la audiencia prevista en este Código, salvando los errores u omisiones incurridos por el Tribunal de Primera Instancia. El Superior resuelve el recurso en acuerdo fundado dentro de los tres (3) días de recibidos los autos y de veinticuatro (24) horas cuando se trata de un hábeas corpus.

Art. 30.- QUEJA. Contra la decisión que rechaza el recurso procede la queja ante el Tribunal Superior del Juez interviniente, la que debe interponerse dentro de las veinticuatro (24) horas de notificada la misma. En el mismo término debe el Superior

resolver sobre su concesión o denegación.

Art. 31.- LEY SUPLETORIA. Son de aplicación subsidiaria en la tramitación de estos procedimientos las normas procesales vigentes en cada fuero cuidando el Tribunal de adaptarlas a los principios de celeridad y eficacia.

CAPITULO II HABEAS CORPUS

Art. 32.- PROCEDENCIA. El hábeas corpus garantiza el derecho a la libertad ambulatoria y a la integridad física de la persona y procede contra acto, omisión o hecho arbitrario e ilegítimo que importe:

1. Privación, amenaza o limitación actual a dichos derechos sin orden escrita de Juez competente, aún cuando provengan de autoridad de cualquier orden, incluso judicial; salvo el caso de 'in fraganti' en que todo delincuente puede ser arrestado por cualquier persona y conducido de inmediato a presencia del Juez.

2. Demora en ser conducido de inmediato a presencia del Juez en los casos de delincuentes detenidos 'in fraganti' por cualquier persona.

3. Restricción ilegítima al derecho de entrar, transitar y salir libremente del territorio argentino.

4. Agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad física sin perjuicio de las facultades propias del Juez del proceso, si lo hubiere.

5. Exceso del plazo legal de la condena o del plazo de veinticuatro (24) horas de detención sin haberse dado aviso al Juez competente y puesto al arrestado a su disposición con los antecedentes del hecho que motive el arresto.

6. Ilegitimidad de la incomunicación del detenido o exceso de las condiciones establecidas por la ley o del plazo de tres (3) días de incomunicación fijado por el artículo 32 de la Constitución Provincial.

7. Cuando la causa que motiva la detención no está tipificada y penada en ley vigente al momento del hecho.

Art. 33.- COMPETENCIA. Son competentes para entender en los hábeas corpus los Jueces de Instrucción, según las reglas que establecen su jurisdicción territorial.

Art. 34.- DENUNCIA. La presentación del hábeas corpus debe contener la identidad y domicilio del denunciante y, todos los datos que se conocieren de la persona beneficiaria; identificación y demás información sobre el sujeto de quien emana el acto lesivo y sobre la ilegitimidad del mismo, en la medida en que sean conocidos, y toda otra información que conduzca a la mejor averiguación de la verdad.

Art. 35.- FORMALIDADES. El hábeas corpus se interpone por cualquier medio de comunicación escrito sin necesidad de autenticación, formalidad ni recaudo fiscal, por telegrama o carta documento, o verbalmente ante secretario judicial que levanta acta al efecto.

Art. 36.- MINISTERIO PUBLICO. Presentada la denuncia, el Tribunal debe ponerla en conocimiento del Ministerio Público por escrito. Este tiene en el proce-

dimiento todos los derechos otorgados a los demás intervinientes, pero no es necesario citarlo o notificarlo para la realización de actos posteriores. Puede presentar las instancias que crea convenientes y recurrir la decisión cualquiera sea el sentido de ella.

Art. 37.- AUTO DE HABEAS CORPUS. INFORME. El Juez interviniente ordena al sujeto identificado como infractor presente el informe escrito del artículo 21 dentro de un plazo de veinticuatro (24) horas.

Simultáneamente, cuando exista privación de la libertad de la persona, ordena que se presente de inmediato al detenido por ante el Tribunal. Al mismo tiempo, ordena abstenerse de efectuar, respecto del ofendido, acto alguno que pueda causar la lesión amenazada, agravar o hacer imposible la resolución definitiva que adopte el Tribunal.

El informe requerido, además de las condiciones establecidas en el artículo 21, debe señalar la forma y condiciones en que se cumple la restricción de la libertad, si ha obrado por orden escrita de autoridad competente, caso en el cual debe acompañar testimonio y, si el detenido hubiese sido puesto a disposición de otra autoridad, indicar ante quién, por qué causa y en qué oportunidad se efectuó la transferencia. Las autoridades en cuya custodia estuvo el detenido antes de ser transferido o que han sido notificadas de un hábeas corpus, se encuentran obligadas a hacer conocer la existencia del mismo a la autoridad que recibió al detenido y así sucesivamente.

El Tribunal, acompañado por el actuario, puede constituirse personalmente en el lugar donde se encuentra el detenido o practicar inspecciones cuando lo considere necesario de acuerdo a las circunstancias del caso o a efectos de asegurar su ejecución, se haga o no lugar al hábeas corpus.

Las ordenes judiciales pueden emitirse verbalmente al sujeto o autoridad correspondiente, sin perjuicio de su inmediata atestación por escrito con expresión de día y hora, por el actuario.

En todo momento el Juez puede ordenar cualquier medida de protección de los derechos del amparado, pudiendo requerir su presencia cuantas veces lo crea conveniente.

Art. 38.- HABEAS CORPUS CONTRA DECISIONES JUDICIALES. Cuando se trate de personas que han sido detenidas y puestas a la orden de alguna autoridad judicial, sin que se haya dictado auto escrito que restrinja su libertad y no exista otro procedimiento idóneo en resguardo del derecho conculcado, puede interponerse hábeas corpus por ante el Superior en grado de dicha autoridad judicial el que podrá suspender hasta por cuarenta y ocho (48) horas la tramitación del mismo, dirigiéndose en el mismo acto a la autoridad judicial a cuyo cargo se halla el detenido para que informe sobre la causa, si ha dispuesto en legal y debida forma la detención, y practique las diligencias que correspondan. El procedimiento es breve y sumario, sin formalismos, adaptándose en función de las circunstancias, juzgándose en instancia única, impidiendo cualquier otra vía para cuestionar el acto lesivo.

Art. 39.- HABEAS CORPUS DE OFICIO. Cuando un Tribunal tiene conocimiento que alguna persona es demorada, mantenida en custodia, detención o confinamiento por funcionarios de su dependencia o personal administrativo, político o militar o que pueda razonablemente temerse que sea trasladada fuera del territorio de su jurisdicción o que pueda sufrir un perjuicio irreparable antes de que sea socorrida por un hábeas corpus, puede expedirlo de oficio, ordenando a quien la detiene o a cualquier

autoridad policial, u otro empleado que tome la persona detenida o amenazada y la traiga a su presencia para resolver lo que corresponda según derecho.

Art. 40.- PLAZO PARA RESOLVER. Vencido el plazo fijado, el Tribunal resuelve el hábeas corpus dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, salvo que deba realizarse alguna medida probatoria o se haya convocado a una audiencia, en cuyo caso este término corre luego de producidos éstos.

Art. 41.- DEBERES DE LA AUTORIDAD. La autoridad requerida debe cumplir de inmediato la orden judicial.

Desde el conocimiento de la orden el detenido queda a disposición del Tribunal interviniente que la emitió.

Si el detenido se halla afectado por un impedimento físico por el cual no pueda ser llevado a la presencia del Tribunal, la autoridad a cuyo cargo éste se encuentre debe proceder de inmediato a internarlo en un establecimiento sanitario con los debidos resguardos de seguridad, y a informar al Tribunal esta circunstancia acompañando las pruebas correspondientes. En este caso el Tribunal, en atención al informe producido, fija el término en que se va a cumplir la orden, pudiendo el Juez o el actuario constituirse donde se encuentre el detenido y autorizar a un familiar o persona de confianza para que lo vea en su presencia.

Art. 42.- AUDIENCIA. Sólo si el Tribunal lo considera necesario, en un plazo no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, puede citar a los interesados a una audiencia. En tal caso, la persona que se encuentra privada de su libertad, debe necesariamente estar presente.

Cuando el amparado no estuviera privado de su libertad la audiencia es obligatoria.

Si el amparado no nombra defensor, se le nombrará defensor oficial, quien lo representará en caso de ausencia.

El Juez debe asistir personalmente a la audiencia sin poder delegar en funcionarios del juzgado.

La audiencia comienza con la lectura del hábeas corpus y del informe presentados con las pruebas producidas. Tienen oportunidad para expresarse la autoridad requerida y el amparado personalmente o por intermedio de su asistencia letrada o defensor. El Tribunal puede interrogar a las partes y disponer, en su caso, los exámenes que correspondan.

De la audiencia se levanta acta circunstanciada por Secretaría.

Art. 43.- PRUEBAS. Si a pedido de alguno de los intervinientes, previa decisión judicial de su admisibilidad, o de oficio se dispone la realización de diligencias probatorias, las mismas deben solicitarse y producirse con carácter de urgente y antes de la audiencia.

Las pruebas o medidas que disponga el Juez con posterioridad a la audiencia, deben producirse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes.

Art. 44.- DECISION. El Juez dicta la decisión sin dilación alguna o inmediatamente después de finalizada la audiencia, cuando hubiese privación de la libertad.

La resolución debe contener:

1. Día y hora de su emisión.

2. Mención del acto denunciado como lesivo, e identificación del sujeto que lo produjo y de la persona que lo sufre.

3. Motivación de la decisión, donde se examina entre otros aspectos los siguientes:

a) si la autoridad tenía competencia para dictar la restricción de la libertad o la medida impuesta.

b) si la detención se ordenó ilegítimamente o contra lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

c) si existe auto de detención o prisión preventiva legalmente decretada o si la pena que se está cumpliendo es la impuesta por sentencia firme.

d) si, en caso de estar suspendidas las garantías constitucionales, se dan los recaudos previstos en el artículo 25 de este Código y la resolución se dictó dentro de las limitaciones constitucionales y de las razonablemente derivadas de la misma declaratoria de Estado de Sitio.

e) si por algún motivo fuere indebida la privación de la libertad o la medida impuesta.

f) si efectivamente hubo o existe amenaza de violación de los derechos protegidos por el hábeas corpus.

g) si la persona hubiere sido ilegítimamente demorada o incomunicada, o si la incomunicación legalmente decretada se mantiene por un plazo mayor al legalmente autorizado.

h) si la detención, prisión o medida impuesta se cumple en condiciones legalmente prohibidas.

i) si el hecho que se imputa está o no previsto por ley preexistente.

4. Parte resolutive que versa sobre el rechazo de la denuncia o su acogimiento si del examen practicado resulta ilegítimo el acto del sujeto o las medidas dispuestas, sin perjuicio de lo que proceda contra la autoridad responsable.

5. Costas y sanciones según los artículos 26 y 27 respectivamente.

6. La firma del Juez.

Art. 45.- EFECTOS. La sentencia que haga lugar al hábeas corpus deja sin efecto las medidas impugnadas, ordena la inmediata libertad al detenido o la cesación del acto lesivo restableciendo al ofendido el pleno goce de su derecho o libertad conculcados, y establece los demás efectos de la sentencia para el caso concreto. Las autoridades o sujetos responsables del agravio se encuentran sometidos a las obligaciones del artículo 20.

Art. 46.- NOTIFICACION. La decisión se notifica a los interesados en el domicilio constituido o, en caso de haberse realizado la audiencia, es leída inmediatamente por el Juez a los intervinientes, quedando notificados aún cuando alguno de ellos se hubiere retirado.

Además, la resolución que decida el hábeas corpus se notifica personalmente al perjudicado, para lo cual las autoridades correspondientes deben brindar todas las facilidades al notificador. Sin embargo, no es necesario notificar al perjudicado la resolución que haga lugar al hábeas corpus si en el momento en que debe practicarse el acto ya ha sido puesto en libertad o existe imposibilidad material de hacerlo. El notificador deja constancia en el expediente de la información recabada durante la diligencia.

Art. 47.- RECURSO DE ALZADA. Contra la decisión puede interponerse

recurso de apelación por ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 28, 29 y 30.

Puede interponer el recurso el amparado, su defensor, el sujeto responsable del agravio, o su representante y el denunciante únicamente por la sanción o costas que se le hubieran impuesto, cuando la decisión les cause gravamen.

Art. 48.- DENUNCIANTE. El denunciante puede intervenir en el procedimiento con asistencia letrada y tiene los derechos reconocidos a los demás intervinientes, salvo lo dispuesto en el último párrafo del artículo anterior.

Art. 49.- REGISTRO DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD. Créase el Registro Provincial de Personas detenidas, privadas o restringidas de su libertad física dependiente de la Corte Suprema de Justicia, al cual toda autoridad pública, nacional, provincial o municipal, de cualquier tipo o naturaleza debe comunicar la restricción de la libertad física impuesta a una persona bajo su jurisdicción dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de producida, informando la identidad y demás datos personales del afectado, clase y duración de la limitación, debiendo mantener actualizada esta información y comunicar cualquier agravamiento o modificación de las condiciones de la privación de la libertad.

CAPITULO III AMPARO GENERAL

Art. 50.- PROCEDENCIA. La acción de amparo se deduce contra todo acto, omisión o hecho de órganos o agentes del Estado provincial o entes autárquicos provinciales, o de particulares, que, en forma actual o inminente, viola, lesiona, restrinja, altera o amenaza violar con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos, libertades o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Provincial o Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, con excepción de los protegidos por el hábeas corpus.

Art. 51.- INADMISIBILIDAD. La acción de amparo no es admisible:

1. Cuando se trate de un acto jurisdiccional emanado de Tribunal del Poder Judicial de la Provincia o de la Nación; o del Tribunal de la Legislatura en el Juicio Político.

2. Contra las leyes u otras disposiciones normativas con fuerza de ley, salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquellas o cuando se trate de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado y configure un supuesto del artículo anterior. La falta de impugnación directa de los decretos o disposiciones generales a que se refiere este inciso o el transcurso del plazo para formularla no impide que los actos de aplicación individual puedan discutirse en la vía de amparo, siempre que se infrinja algún derecho fundamental del reclamante, protegido por el artículo 50.

3. Cuando la acción u omisión ha sido consentida por la persona agraviada.

Art. 52.- PLAZO DE CADUCIDAD. El amparo se interpone en cualquier tiempo

mientras subsista la acción u omisión que motiva el mismo, y hasta noventa (90) días hábiles después de que hayan cesado totalmente sus efectos directos respecto del perjudicado.

Art. 53.- RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO. No será necesaria la reposición o ningún otro recurso administrativo para interponer la acción de amparo. Cuando el afectado opte por ejercitar los recursos administrativos que concede el ordenamiento, se suspende el plazo de caducidad mientras la administración no resuelva expresamente, sin perjuicio de que se ejerza directamente en cualquier momento.

Art. 54.- SUJETO PASIVO. La acción de amparo puede dirigirse contra el funcionario o titular del órgano que aparezca como presunto autor del agravio. Si uno u otro han actuado en cumplimiento de ordenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, se tiene por entablado el amparo contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en la sentencia. De ignorarse la identidad del agente público, la acción se tendrá establecida contra el superior jerárquico.

También, puede dirigirse contra particulares presuntos autores del agravio. Si se trata de una persona jurídica, contra su representante legal; y si lo es una empresa, grupo o colectividad organizados, contra su representante aparente o el responsable individual.

Puede darse intervención al tercero que tenga derechos subjetivos en relación a la norma o acto que motive la acción de amparo. Además, quien tenga un interés legítimo en el resultado de la acción puede apersonarse e intervenir en procedimiento como tercero coadyuvante del actor o del demandado.

Art. 55.- DEMANDA. La acción de amparo se interpone por cualquier medio de comunicación escrito, por telegrama o carta documento y debe contener:

1. El nombre, apellido, nacionalidad y domicilio real y constituido y, en su caso, del accionante o personería invocada suficientemente justificada;
2. La individualización, en lo posible, del autor del acto u omisión impugnados o de quien hubiere ordenado la restricción;
3. La relación circunstanciada, con la mayor claridad posible, de los hechos, actos u omisiones que han producido o que estén en vías de producir la lesión que motiva el amparo;
4. La petición formulada en términos claros y precisos.

Art. 56.- PRUEBAS. Con el escrito de la demanda, debe ofrecerse toda la prueba y acompañarse la documental que se disponga. En caso contrario, se la individualiza 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 absolucón de posiciones cuando la acción se promueva contra particulares, en cuyo caso debe acompañarse el pliego con el escrito de demanda.

Art. 57.- COMPETENCIA. Es competente el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Común con jurisdicción en el lugar en que el acto lesivo tenga, puede o debe tener efecto a opción del actor. Se observan en lo pertinente las normas de competencia por razón de turno, salvo imposibilidad material o urgencia o que hubiera

duda razonable, en cuyo caso el Juez requerido conoce la demanda. Cuando un mismo acto lesivo afecte a varias personas, entiende en todos los casos el juzgado que hubiese prevenido, disponiéndose en su caso la acumulación de autos.

Art. 58.- MEDIDAS DE NO INNOVAR. En cualquier estado de la instancia el Juez puede ordenar, a pedido de parte o de oficio, medidas de no innovar, las que se cumplimentan en forma inmediata, sin perjuicio de su ulterior notificación. El Juez puede pedir la contracautela pertinente para responder por los daños que tales medidas pudieren ocasionar. La solicitud debe resolverse el mismo día de su presentación.

Cuando la suspensión acordada por la medida de no innovar afecte un servicio público o a la administración, el Juez puede dejarla sin efecto, declarando a cargo de la autoridad demandada o personalmente por los que la desempeñan, la responsabilidad por los perjuicios que se deriven de su ejecución.

De igual modo, el Juez interviniente puede dictar cualquier medida de conservación o seguridad que la prudencia aconseje, para prevenir riesgos materiales o evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo conforme con las circunstancias del caso.

El Juez, por resolución fundada, puede hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que se hubieren dictado.

Art. 59.- INFORME. Cuando el Juez considere que la acción es formalmente procedente o no fuere del caso resolver interlocutoriamente el amparo, da inmediato traslado de la demanda al accionado y debe ordenar el informe del artículo 21. La omisión del pedido de informe es causa de nulidad del proceso. La contestación debe hacerse en el plazo que se le fije, en razón de las particularidades del caso, que no podrá exceder de las setenta y dos (72) horas corridas.

Si la acción es contra un órgano colegiado, la orden se dirige a su presidente.

El requerido debe cumplir la carga de ofrecer la prueba al contestar la demanda en la forma establecida para el accionante. Al ordenarse el informe, el Juez puede pedir el expediente administrativo o la documentación en que consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar estas piezas acarrea responsabilidad por desobediencia.

Art. 60.- HECHOS CONTROVERTIDOS. PRUEBA. AUDIENCIA. Si el informe niega los hechos o hay prueba a producir el Juez ordena de inmediato su producción que debe concluirse dentro de los tres (3) días con recepción de las pruebas indispensables. Sólo si el Juez lo considera absolutamente necesario, dentro de ese mismo plazo, por auto fundado, puede convocar a una Audiencia donde deben concurrir las partes intervinientes, por sí o por apoderado, para ser oídas, de todo lo cual se levanta acta, siempre que ésta no cause gravamen irreparable a la situación del afectado.

Si no comparece el accionante se lo tiene por desistido, ordenándose el archivo de las actuaciones con imposición de costas. Si no lo hiciera el accionado pasan los autos para sentencia.

Si quedase prueba pendiente de producción por causas ajenas a la diligencia de las partes, o el Juez considera necesario ordenar medidas para mejor proveer puede ampliar dicho término por igual plazo. Cumplidas estas actuaciones el Juez de inmediato dicta sentencia dentro de las cuarenta y ocho (48) horas.

Art. 61.- SENTENCIA. La sentencia debe contener:

1. Lugar, día y hora de su emisión;
2. Identidad del agraviado y mención concreta de la autoridad o el particular del cual emana la acción u omisión denunciados como lesivos;
3. Fundamentos de la decisión;
4. Parte resolutive expresando claramente el acogimiento o rechazo del amparo, y determinación precisa de los actos a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución, y, en su caso, el plazo fijado para su cumplimiento;
5. Las costas y sanciones que pudieren corresponder;
6. La firma del Juez.

Art. 62.- EFECTOS. La sentencia que concede el amparo declara ilegítima la acción u omisión que dio lugar a la acción, y ordena que se cumpla lo dispuesto por el Tribunal dentro del término que el propio fallo señale, según corresponda en cada caso.

Cuando el acto impugnado sea de carácter positivo, la sentencia que conceda el amparo tiene por objeto restituir o garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y restablecer las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando fuere posible.

Si el amparo ha sido establecido para que una autoridad reglamente, cumpla o ejecute lo que una ley y otra disposición normativa ordena, dicha autoridad tiene el plazo que fija la sentencia para cumplir con la prevención.

Cuando lo impugnado ha sido la denegación de un acto o una omisión, la sentencia ordena realizarlo u obliga al responsable a que actúe en el sentido de respetar el derecho de que se trate, para lo cual otorga un plazo prudencial perentorio. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, ordena su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción semejante.

En todo caso, el Juez establece los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

Art. 63.- CESACION DE LOS EFECTOS. Si al tiempo de hacerse lugar el amparo han cesado los efectos del acto reclamado, o éste se ha consumado en forma que no sea posible restablecer al perjudicado en el goce de su derecho o libertad conculcados, la sentencia previene al agraviante que no debe incurrir en actos u omisiones iguales o semejantes a los que dieron mérito para acoger la acción, y que si procede de modo contrario, desobedece la orden judicial con las consecuencias que de ello deriva.

Si estando en curso la tramitación de un amparo, se dicta resolución administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se acoge la acción únicamente a efectos de imponer las costas, si proceden.

Art. 64.- RECHAZO DE LA ACCION. El rechazo del amparo no prejuzga sobre la responsabilidad administrativa, civil o penal en que haya podido incurrir el autor del agravio, y el ofendido puede ejercitar o promover las acciones pertinentes.

Art. 65.- COSA JUZGADA. La sentencia de amparo hace cosa juzgada sobre su objeto, pero deja subsistentes las acciones ordinarias que pudieren corresponder a cualquiera de las partes para la defensa de sus derechos.

CAPITULO IV

AMPAROS ESPECIALES

Art. 66.- DISPOSICION GENERAL. En los amparos contenidos en este capítulo se aplican, en lo que no esté específicamente reglado, las disposiciones de los capítulos 1 y 3 de este Título adaptadas según las modalidades y circunstancias del caso para asegurar un trámite rápido y expeditivo, con excepción de aquellos recaudos particulares previstos por cada uno de ellos en atención al bien jurídico protegido.

Art. 67.- AMPARO INFORMATIVO (HABEAS DATA). Cualquier persona física puede reclamar por vía de amparo una orden judicial para conocer las informaciones relativas a su persona que consten en registros o bancos de datos de entidades públicas, o privadas destinadas a proveer informes el destino, uso o finalidad dado a esa información; para actualizar dichas informaciones o rectificar sus errores; para imposibilitar su uso con fines discriminatorios; para asegurar su confidencialidad; para exigir su supresión; o para impedir el registro de datos relativos a sus convicciones ideológicas, religiosas o políticas, a su afiliación partidaria o sindical, o a su honor, vida privada condición social o racial o intimidación familiar y personal.

Será competente para conocer en esta acción el Juez en lo Civil y Comercial Común.

Art. 68.- AMPARO ELECTORAL. Cuando un elector se considere arbitraria e ilegalmente, afectado en su inmunidad, libertad o seguridad electorales, privado, impedido o restringido en sus derechos electorales o privado del ejercicio del sufragio o cuando un tercero le retenga indebidamente su documento cívico, puede solicitar amparo por sí, o por intermedio de cualquier persona en su nombre, por escrito o verbalmente, denunciando el hecho al Juez con competencia electoral, quien resuelve inmediatamente y dispone urgentemente las medidas conducentes para hacer cesar el impedimento. Las decisiones se cumplen sin más trámites por intermedio de la fuerza pública, si fuere necesario.

Cuando se afecten los derechos electorales en elecciones gremiales, de Asociaciones Profesionales o de cualquier tipo de entidad, se puede además recurrir en amparo a fin de que de inmediato haga cesar las restricciones ilegales o arbitrarias.

Serán competentes los Tribunales de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial Común, del Trabajo o Contencioso Administrativo, según la naturaleza de la entidad de que se trate.

Art. 69.- AMPARO FISCAL. La persona individual o colectiva perjudicada en el normal ejercicio de un derecho o actividad por demora excesiva de los empleados administrativos en realizar un trámite o diligencia a cargo de la Dirección General de Rentas de la Provincia, puede recurrir en amparo por los Tribunales en lo Contencioso Administrativo.

El Tribunal, si lo juzga procedente, en atención a la naturaleza del caso, requiere del funcionario a cargo de la Dirección General de Rentas que dentro de un plazo no mayor de tres (3) días informe sobre la causa de la demora imputada y forma de hacerla cesar.

Contestado el requerimiento o vencido el plazo para hacerlo el Tribunal puede resolver lo que corresponda para garantizar el derecho del afectado, ordenando en su caso la realización del trámite administrativo o liberando de él al particular mediante el requerimiento de la garantía que estime suficiente.

Art. 70.- AMPARO POR MORA DE LA ADMINISTRACION. Cuando la Constitución, la ley u otra norma con fuerza de ley imponga a un funcionario, repartición o ente público administrativo un deber concreto de cumplir en un plazo determinado y la administración fuere morosa en la tramitación de un expediente administrativo, toda persona afectada que fuere parte del mismo puede solicitar al Tribunal en lo Contencioso Administrativo, libre orden de pronto despacho.

Dicha orden es procedente cuando la autoridad administrativa ha dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubo una irrazonable demora en su tramitación sin emitir el dictamen o resolución de mero trámite o de fondo que requiere el interesado.

Presentado el petitorio, el Tribunal se expide sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estima pertinente requiere a la autoridad administrativa interviniente, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del Tribunal es inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo haya evacuado, resuelve librar la orden para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo que se establezca en atención a las circunstancias del caso.

La desobediencia a la orden de pronto despacho es puesta en conocimiento de la autoridad superior correspondiente a los mismos a los efectos de la sanción disciplinaria que proceda y a la Justicia Penal. Asimismo faculta al Tribunal a aplicar, a petición de parte, las sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes al cumplimiento de su decisión, cuyo importe es en beneficio de la parte perjudicada por el incumplimiento. La condena será graduada prudencialmente por el Tribunal de acuerdo a las circunstancias del caso y a la entidad de la desobediencia, previa intimación, bajo apercibimiento por el término de cinco (5) días.

En el supuesto de quedar expedita la acción judicial por aplicación del artículo 19 de la Constitución Provincial, no serán de aplicación las sanciones previstas en el presente artículo.

CAPITULO V AMPAROS COLECTIVOS

Art. 71.- EXTENSION. La defensa jurisdiccional de los intereses colectivos comprende la tutela de la 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 inciso 1 del artículo 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.- AMBITO DE APLICACION. 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 vías de impugnación especiales acordada por las leyes o reglamentos salvo que por tales vías no pudiera 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 el acto o la decisión del autor de la lesión, o en el lugar del asiento de éste, a elección del accionante.

Quando 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 todos.

Art. 75.- ACCIONES. Cuando un acto, decisión, hecho 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 la cesación de perjuicios actuales susceptibles de prolongarse; o de "Amparo de Reparación" de los daños colectivos, para la reposición de las cosas al estado anterior del daño producido a la comunidad interesada.

Art. 76.- AMPARO DE PROTECCION. 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 desecho de elementos contaminantes del medio ambiente o cualesquiera otras consecuencias de un hecho u omisión que vulnera el equilibrio ecológico, lesione, perturbe o amenace valores estéticos, históricos, artísticos, urbanísticos, arquitectónicos, arqueológicos, paisajísticos u otros bienes vinculados 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 reunir los 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 REPARACION. 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.- LEGITIMACION 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 registradas 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 inciso 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 litis consortes 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.

Art. 79.- PUBLICIDAD. Promovida la acción se da publicidad de la misma por edictos o por televisión, radio o cualquier otro medio de difusión que el Juez estime conveniente. La publicidad de la demanda debe contener una relación circunstanciada de los elementos de la misma en cuanto a personas, tiempo y lugar y la reproducción literal del párrafo siguiente.

Dentro del plazo de cinco (5) días desde la última publicación, pueden postularse, interponiendo la demanda respectiva, las agrupaciones privadas de defensa que invoquen mejor derecho para obrar como legitimado activo; asimismo pueden los sujetos singularmente damnificados acumular su pretensión a la acción colectiva, unificando personería en representante de la agrupación legitimada.

Art. 80.- LEGITIMACION PASIVA. Son sujetos pasivos de las acciones

previstas en la presente ley:

1. Las personas privadas de existencia física o ideal que realicen en forma directa o a través de los que están bajo su dependencia, los hechos u omisiones lesivos; y quienes se sirvan o tengan a su cuidado las cosas o actividades, que generen la privación, perturbación o amenaza de los intereses colectivos.

2. El Estado y demás personas jurídicas públicas, cuando asumen la calidad prevista en el inciso precedente, o cuando los recaudos exigidos para la autorización de la actividad privada o en la medidas adoptadas para el control de su adecuada ejecución, obra en ejercicio manifiestamente insuficiente o ineficaz de sus atribuciones, tendientes a la prevención de los eventos dañosos para los intereses colectivos.

Art. 81.- EXONERACION. Los sujetos responsables sólo pueden repeler estas acciones cuando acrediten que el daño o amenaza al interés colectivo es consecuencia del hecho de un tercero por el que no debe responder, o de la culpa grave de la víctima, o de un caso fortuito o de fuerza mayor que son extraños a las cosas o actividades por las que se les atribuye el menoscabo.

En los casos previstos en el inciso 1 del artículo anterior la responsabilidad de los sujetos no queda exonerada por la circunstancia de mediar autorización administrativa para el ejercicio de la actividad o el empleo de las cosas que generan la privación, perturbación o amenaza de los intereses colectivos.

Art. 82.- INFORME. PRUEBA. Al evacuar el informe requerido por el Juez, el accionado ofrece la prueba que estime pertinente a cuyos efectos se le fija un plazo prudencial a criterio del Tribunal.

Si resultan controvertidos hechos fundamentales, el Juez señala un plazo no mayor de cinco (5) días para que se produzca la prueba que se haya propuesto, o la que él indique.

Art. 83.- EFECTOS. Recibido el pedido de informe, el sujeto requerido debe abstenerse de agravar la situación la situación existente en ese momento, o, en su caso, debe suspender los efectos del acto impugnado, salvo que comunicase al Juez la posibilidad de producirse, a raíz de ello, un daño grave e inminente para el interés u orden público y el magistrado lo relevase de aquella obligación.

Art. 84.- CONCILIACION. El Juez puede citar a las partes a una instancia obligatoria de conciliación de los intereses en conflicto.

Art. 85.- SENTENCIA. Cuando se acoja el recurso, la sentencia indica claramente la conducta que debe observar el sujeto obligado y el plazo dentro del cual debe hacerlo.

Los mandatos judiciales deben ser cumplidos por los agentes públicos o los sujetos requeridos en el modo y plazo que se establezca, sin que valga contra ellos la excusa de obediencia debida ni alguna otra.

Incumplida la sentencia dentro del plazo fijado al efecto, el Juez adopta las medidas que proceden en derecho.

Art. 86.- COSTAS. Las costas se aplican en el orden causado salvo el caso de temeridad o grave negligencia por parte de alguno de los litigantes o propósito manifiestamente malicioso del vencido.

TITULO III

CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Art. 87.- DISPOSICION GENERAL. ALCANCE. Los Tribunales y juzgados de la Provincia en el ejercicio de sus funciones, proceden aplicando la Constitución nacional y provincial y los tratados internacionales con garantía constitucional relativos a derechos y garantías fundamentales, como ley suprema respecto a las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley emanadas de cualquier autoridad de la Provincia.

La declaración de inconstitucionalidad pronunciada por los Tribunales sólo tiene efectos específicos para la causa en que se entiende.

CAPITULO I

DE OFICIO

Art. 88.- DECLARACION JUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO. El control de constitucionalidad debe ejercerse por la Justicia, aún sin petición de parte interesada, en aquellas causas llamadas a su conocimiento.

Los magistrados deben abstenerse de aplicar la ley, decreto u orden que so pretexto de reglamentación desvirtúe el ejercicio de las libertades y derechos reconocidos o prive a los ciudadanos de las garantías aseguradas por la Constitución Nacional y Provincial.

Cuando el magistrado interviniente estime que la norma que debe aplicar puede adolecer de alguna objeción constitucional, previa a la decisión, corre traslado a las partes por un plazo de diez días hábiles. El traslado sobre esta cuestión será corrido en cualquier estado de la causa y no implica prejuzgamiento. Se da intervención al Ministerio Público.

CAPITULO II

POR ACCION

Artículo 89.- ACCION DECLARATIVA. Puede deducirse acción tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad total o parcial de una norma legal o disposición normativas con fuerza de ley, provincial o municipal, o de reglamentos u ordenanzas provinciales o municipales, o actos administrativos, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la constitucionalidad de una relación jurídica, siempre que esta falta de certidumbre pueda producir un perjuicio o lesión al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

Art. 90.- PROCEDIMIENTO. La acción declarativa de inconstitucionalidad se ejercita conforme al siguiente procedimiento:

1. La demanda debe interponerse dentro del plazo de sesenta (60) días corridos a contar desde la publicación oficial de la norma cuestionada, la notificación o

conocimiento del acto administrativo. La caducidad del plazo no impide la articulación de la cuestión constitucional por vía de excepción, si en atención a las circunstancias del caso, correspondiere.

2. Si lo cuestionado es una norma o acto administrativo provincial o municipal, debe darse traslado de la demanda a la Provincia, a la Municipalidad o al ente autárquico que los produjo según corresponda. En todos los casos se da intervención al Ministerio Público.

3. En caso que la norma o acto cuestionado proteja los intereses de alguna categoría de personas; el Tribunal para integrar la litis debe dar intervención a las entidades representativas de las mismas.

4. El trámite se sustancia de acuerdo a las disposiciones del proceso sumario previsto en el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial.

5. Si la sentencia resuelve que la norma o el acto en cuestión es inconstitucional, éste no es aplicable a la actora ni a los representados por la actora cuando ésta fuera una institución intermedia con personería jurídica cuyos estatutos contemplen tal representación.

El caso contencioso a que da lugar a una acción declarativa de inconstitucionalidad no se limita a las cuestiones de índole económica de interés privado del justiciable, sino que comprende la defensa por parte de cualquier persona o asociación de los intereses públicos que se encuentran protegidos explícita o implícitamente por el orden jurídico nacional y provincial o internacional aplicables en la Provincia.

CAPITULO III POR APELACION ANTE CORTE SUPREMA

Art. 91.- RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. SUPUESTOS. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia conocer de los recursos que se interpongan contra las sentencias definitivas dictadas en última instancia o los autos que tengan la virtualidad de poner fin a la acción o hacer imposible su continuación, de los Tribunales inferiores dictados en causa en que se hubiere controvertido la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos que estatuyen sobre materias regidas por la Constitución provincial, siempre que ello forme la materia principal de la discusión entre las partes, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente.

Art. 92.- PROCEDENCIA. Una vez radicado un juicio ante los Tribunales provinciales es sentenciado y fenecido en dicha jurisdicción y, sólo puede apelarse a la Corte Suprema de Justicia por vía del recurso de inconstitucionalidad las resoluciones definitivas referidas en el artículo anterior en los casos siguientes:

1. Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución ha sido controvertida y, en especial, si media el cuestionamiento de un derecho fundamental protegido por aquélla.

2. Cuando la validez de una ley, decreto, norma con fuerza de ley o acto de una autoridad provincial se ha puesto en cuestión bajo la pretensión de ser contrario a la Constitución Provincial.

3. Cuando el pronunciamiento de la causa sea arbitrario porque se ha afectado la protección constitucional a la inviolabilidad de la defensa en juicio de la

persona y sus derechos o al debido proceso legal.

La apelación sólo es concedida cuando resulte de los autos que la consideración de los agravios en que el recurso se fundamenta tiene trascendencia institucional o general que exceda el mero interés personal del apelante; y no se otorga cuando sean insustanciales.

De igual manera se procede con los recursos directos deducidos en caso de denegación del recurso de inconstitucionalidad, los que se rechazan de plano si de su texto no trasciende el alcance institucional o general de la decisión de los agravios en que la apelación se fundamenta.

Sin embargo, en los casos de objetiva gravedad institucional y siempre que medie alguna de las cuestiones constitucionales arriba previstas, la Corte Suprema puede admitir el recurso aunque no se cumplan sus demás recaudos, si así lo estima necesario para evitar la frustración del derecho invocado.

Art. 93.- FUNDAMENTACION. Cuando se entable el recurso de inconstitucionalidad que autoriza el artículo anterior, debe deducirse el mismo con arreglo a lo allí prescripto, de tal modo que su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de las disposiciones de la Constitución Provincial.

Art. 94.- PROCEDIMIENTO. FORMA. PLAZOS. El recurso de inconstitucionalidad se interpone por escrito, fundado con arreglo a lo establecido por el artículo anterior, ante el Tribunal que dictó la resolución que lo motiva, dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la notificación.

De la presentación en que se deduce el recurso se da traslado por diez (10) días a las partes interesadas, notificándolas personalmente o por cédula. Contestado el traslado, o vencido el plazo para hacerlo, el Tribunal de la causa decide sobre la admisibilidad del recurso. Si lo concede, previa notificación personal o por cédula de su decisión, debe elevar de inmediato las actuaciones a la Corte Suprema.

La parte que no ha constituido domicilio en la Capital queda notificada de las providencias de la Corte Suprema por ministerio de la ley.

Art. 95.- EFECTO. El recurso de inconstitucionalidad procede siempre con efecto suspensivo.

Art. 96.- EJECUCION DE SENTENCIA. Si la sentencia recurrida fuese confirmatoria de la dictada en primera instancia, concedido el recurso, el apelado puede solicitar la ejecución de aquélla, dando fianza de responder de lo que percibiese si el fallo fuera revocado por la Corte Suprema. Dicha fianza es calificada por la Cámara o Tribunal que ha concedido el recurso y queda cancelada, si la Corte Suprema lo declarase improcedente o confirmase la sentencia recurrida. La Provincia de Tucumán está exenta de la fianza a que se refiere esta disposición.

Art. 97.- AUTOS. La recepción de la causa por la Corte Suprema implica el llamamiento de autos. Dentro de los cinco (5) días de notificada la providencia de autos las partes podrán presentar una memoria sobre el recurso.

Art. 98.- SENTENCIA. La sentencia debe ser resuelta por el Tribunal íntegro por mayoría absoluta de votos de sus miembros. En caso contrario se integrará el Tribunal de conformidad a la forma establecida en la Ley Orgánica de Tribunales.

La sentencia se redacta en forma impersonal, sin perjuicio que los jueces disidentes con la opinión de la mayoría, emitan su voto por separado.

Una copia de la sentencia se agrega al expediente y el original de ella, se incorpora al libro respectivo.

Art. 99.- RESOLUCION. Cuando la Corte Suprema revoque la sentencia apelada, hace una declaración sobre el punto disputado, y devuelve la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resuelve sobre el fondo, y aún puede ordenar la ejecución especialmente si la causa ha sido una vez devuelta por idéntica razón.

Art. 100.- QUEJA. Si el último Tribunal de la causa deniega el recurso, la parte que se considere agraviada puede recurrir directamente en queja ante la Corte Suprema, pidiendo que se le otorgue el recurso denegado y se ordene la remisión del expediente.

La presentación, debidamente fundada, debe efectuarse en el plazo de cinco (5) días, con la ampliación que corresponda por distancia.

Art. 101.- TRAMITE. En la queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad ante la Corte no es obligatoria la presentación de copias junto con la interposición de la queja.

La Corte puede desestimar la queja sin más trámite, exigir la presentación de copias o, si considera necesario, la remisión del expediente.

Art. 102.- DEPOSITO. Cuando se interponga recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia por denegación del recurso de inconstitucionalidad, debe depositarse a la orden de dicho Tribunal la suma de doscientos pesos (\$ 200.-). El depósito se hace en un banco de depósitos judiciales.

No efectúan este depósito los que están exentos de pagar sellado o tasa judicial, conforme a las disposiciones legales respectivas.

Si se omite el depósito o se lo realiza en forma insuficiente se hace saber al recurrente que debe integrarlo en el término de cinco (5) días. El auto que así lo ordene se notifica personalmente o por cédula.

Art. 103.- RESOLUCION: Presentada la queja en forma, la Corte puede rechazar este recurso por falta de agravio constitucional suficiente o porque las cuestiones planteadas resulten insustanciales o carentes de trascendencia. Si la queja es declarada procedente y se revoca la sentencia, es de aplicación el artículo 99.

Mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspende el curso del proceso.

Art. 104.- DESTINO DEL DEPOSITO. Si la queja es declarada admisible por la Corte, el depósito se devuelve al interesado. Si es desestimada, o se declara la caducidad de la instancia, el depósito se pierde. Las sumas que así se recaudan se destinan para la dotación de la Biblioteca de Tribunales.

Art. 105.- IMPUESTOS. La falta de pago del impuesto o sellado de justicia no impide de ningún modo la concesión o trámite del recurso.

Art. 106.- REGIMEN GENERAL APLICABLE. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por las causales de esta ley así como el recurso de queja por denegatoria del anterior, se sustancia por las normas pertinentes de esta ley, cualquiera sea la naturaleza

de la causa en la cual se deduzca y la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios.

Art. 107.- PER SALTUM. Cuando excepcionalmente en un caso pendiente, la resolución recaída revista interés constitucional o gravedad institucional, la Corte Suprema de Justicia podrá prescindir de los requisitos de procedencia formal de los recursos respectivos a los efectos de un inmediato pronunciamiento si la solución no admite demora alguna.

TITULO IV DISPOSICIONES FINALES

Art. 108.- DEROGACIONES. Deróganse las siguientes disposiciones legales:

1. La ley 6.230;
2. Los artículos 409, inciso 7, y 812 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de Tucumán (Ley 6.176);
3. Los artículos 483 y 484 del Código Procesal Penal de Tucumán (Ley 6.203);
4. Los artículos 103 inciso g, 117 inciso a, y 139 del Código de Procedimientos del Trabajo de Tucumán (Ley 6.204);
5. Los artículos 70 y 71 del Código Procesal Administrativo de Tucumán (Ley 6.205);

Art. 109.- Estas disposiciones se aplicarán a los juicios pendientes, con excepción de los trámites, diligencias y plazos que hayan tenido principio de ejecución o comenzado su curso, los cuales se registrarán por las leyes anteriores.

Art. 110.- VIGENCIA. Esta ley rige a los sesenta días de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 111.- Comuníquese.

Dada en la Sala de Sesiones de la Honorable Legislatura de la Provincia de Tucumán, a los nueve días del mes de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

REGISTRADA BAJO EL N° 6.944

PROMULGADA EL 2 DE MARZO DE 1999

PUBLICADA EL 8 DE MARZO DE 1999