

PRIMERA INSTANCIA

REVISTA JURÍDICA

Mayo-agosto 2014.

Número 2

DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL O GARANTÍAS CONVENCIONALES

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

“SE PUEDE.... LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CAMARA GESELL EN LA PROVINCIA DE MISIONES”

Pablo Federico Padula

TENSIONES ENTRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS

José López Oliva

LITERALIDAD DE LA NORMA Y DECISIÓN JUDICIAL

Boris Wilson Arias López

Serie Latinoamérica



DIRECCIÓN Y COMITÉ EDITORIAL DE REDACCIÓN DE LA REVISTA JURÍDICA PRIMERA INSTANCIA

DIRECCIÓN

Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Abogado. Profesor de Derecho Procesal en la Universidad del Sur. México.

DIRECCIÓN TÉCNICA

Dr. Patricio Maraniello

Profesor en la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Javier Rojas Wiemann

Abogado. Asociación de Abogados de Itapúa. Miembro fundador del Instituto Itapuense de Derecho Procesal, Paraguay.

Dr. José López Oliva

Abogado. Profesor en la Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia.

Dr. Luis-Andrés Cucarella Galiana

Profesor de la Universidad de Valencia España.

Dr. Pablo Darío Villalba Bernié

Abogado. Profesor en la Universidad Católica de Encarnación, Paraguay.

Dr. René moreno Alfonso

Abogado. Profesor en la Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia.

Dra. Pamela Juliana Aguirre Castro

Profesora en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito y Universidad de Especialidades Espíritu Santo; Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Ecuador.

ASESORAMIENTO CIENTÍFICO

Dra. Jania Maria Lopes Saldanha

Profesora en la Universidad Federal de Santa María, Brasil.

Revista Jurídica Primera Instancia Online ISSN en trámite, es una publicación de distribución cuatrimestral online destinada a la difusión del conocimiento jurídico adjetivo, con participaciones especialmente de los miembros del *Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos*, Boulevard Presa de la Angostura 215-12, fraccionamiento Electricistas Las Palmas, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, México. C.P. 29040, Tel. (052) (961) 6142659, www.primerainstancia.com.mx, Editor responsable: Alfonso Jaime Martínez Lazcano. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2012-052910531000-102, Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. E-Mail Comité Editorial: primerainstancia@Outlook.com

Editorial

El contenido se integra por interesantes reflexiones de temas de actualidad, las aportaciones de los doctores Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Pablo Federico Padula, José López Oliva y Boris Wilson Arias López en esencia coinciden con aspectos de la impartición de justicia elemental en latinoamérica por el grado de desarrollo humano alejado mayormente de la eficacia de los sistemas jurídicos nacionales.

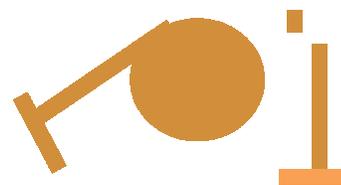
La primera deliberación versa sobre la disciplina jurídica denominada por Martínez Lazcano derecho procesal convencional o garantías convencionales, con la finalidad de limitar su estudio del derecho procesal constitucional, sin dejar de reconocer la íntima relación con éste.

Interesante aportación de Pablo Federico Padula al cuestionar “se puede.... la implementación de la cámara Gesell en la provincia de misiones” que representa no sólo la utilización de técnicas modernas dentro del proceso, sino que principalmente dejar en evidencia que cuando hay verdadera voluntad de llevar adelante reformas y actualizaciones del servicio de justicia, al según el autor no existir impedimentos legales, formales ni materiales para implementar modificaciones sustanciales que hagan a una mejor prestación de la actividad jurisdiccional.

López Oliva plantea las tensiones entre el neoconstitucionalismo y el principio de autonomía de la voluntad en los contratos, al precisar que por un lado, el derecho privado, consagra principios establecidos de manera legal que no pueden ser

vulnerados, como el principio citado y por el otro el derecho constitucional que se ha extendido en sus reglas y principios a tal punto de someter al derecho privado, a nuevas categorías como el neoconstitucionalismo.

Literalidad de la norma y decisión judicial es el título del artículo de Wilson Arias López quien parte de la pregunta ¿es posible la resolución de todas las controversias jurídicas mediante la interpretación literal de la norma?, al explicar que el Estado de Derecho cuenta entre una de sus mayores pretensiones la de constituirse en el gobierno de las leyes y no de los hombres, en este sentido la vigencia de la ley aparentemente está ligada a su interpretación literal, lo que sin duda preservaría la autoridad del legislador y la seguridad jurídica al hacer previsible la aplicación del derecho.



CONTENIDO:

DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL O GARANTÍAS CONVENCIONALES

Alfonso Jaime Martínez Lazcano.....2

“SE PUEDE.... LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CAMARA GESELL EN LA PROVINCIA DE MISIONES”

Pablo Federico Padula.....15

TENSIONES ENTRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS

José López Oliva.....24

LITERALIDAD DE LA NORMA Y DECISIÓN JUDICIAL

Boris Wilson Arias López.....31



DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL O GARANTÍAS CONVENCIONALES

Alfonso Jaime Martínez Lazcano¹

Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos

RESUMEN:

Contiene una primera reflexión con la finalidad de “separar” el estudio del derecho procesal convencional del derecho procesal constitucional como una rama autónoma que cuenta con sus propias normas, principios, procedimientos, procesos, órganos e historia. Sin dejar de precisar que es el derecho convencional sustantivo el que se ha incrustado en los textos para conformar el bloque de constitucionalidad.

Me limité a distinguir los medios de control constitucional federal y local regulados en México y en el estado de Chiapas, y los del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), con la intención de diferenciar las diversas instituciones de cada uno, en cuanto a sus fuentes, objetivos y organismos.

Si bien es cierto el impacto del SIDH en los regímenes internos de los Estados Parte no ha sido en forma uniforme, consecuencia “normal” en la vida del derecho, en cada país se reflexiona sobre el alcance del derecho convencional, que en esencia es una implantación sana y urgente a la cultura del derecho creada en el devenir de los pueblos y por los órganos tradicionales internos legitimados a través del voto directo, pero además el derecho convencional de derechos humanos más que ser complementario es invasivo, al exigir adecuarse a los parámetros de protección internacional.

ABSTRACT:

Contains a first reflection in order to “separate” the study of conventional procedural law of constitutional procedural law as an autonomous branch has its own rules, principles, procedures, processes, organs and history. While it is clear that the substantive treaty law which was embedded in the texts to form the constitutional law.

I was merely distinguish local media regulated in Mexico and in the state of Chiapas federal constitutional control, and the Inter-American System of Human Rights (ISHR), intended to differentiate the various institutions of each, in their sources, targets and agencies.

While the impact of the ISHR in the internal regimes of the States Parties has not been evenly, “normal” consequence in the life of rights in each country reflects on the scope of treaty law, which essentially is a healthy and urgent to the culture of law established in the evolution of peoples and traditional internal organs legitimized by direct vote, but also the human rights treaty law rather than being complementary implantation is invasive, requiring fit parameters international protection.

SUMARIO:

Introducción. 1. Supremacía Constitucional. 1.1. Crisis de la supremacía constitucional. 2. El derecho procesal constitucional. 2.1 Integración. 2.1.1. Gobernantes vs. Gobernado. 2.1.2. Federal. 2.1.3. Amparo. 2.2. 2.3 sitio. Gobernantes vs. Gobernantes. 2.3.1. Federal. 2.3.2. Las controversias constitucionales. 2.3.3. Inconstitucionalidad. 2.4. Ubicación. 2.4.1. 2.4.2 Chiapas. La controversia constitucional. 2.4.4. Acción inercia legislativa. 2.4.5. Cuestiones constitucionales. 3. Otras clasificaciones apoyaron el derecho procesal constitucional. 3.1. Consideraciones preliminares. 4. Derecho procesal convencional. 4.1 concepto. 4.1.1. Derecho procesal convencional de los derechos humanos. 4.2. Naturaleza especial. 4.3. Jerarquía del derecho internacional de los tratados de derecho constitucional nacional. 4.4. Objetivos. 4.5. Fuentes. 4.5.1. Corpus Juris Latinoamericano. 4.5.2. Corte 4.5.3. SIDH es abierto y

dinámico. 4.6. Los Estados partes en la Convención ADH 4.7. Los organismos competentes. 4.7.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 4.7.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 4.7.3. Los jueces de los Estados Partes. 4.7.4. Impacto de los sistemas.

Introducción

Es importante la promoción y defensa jurídica de los derechos humanos para la propia subsistencia con dignidad de la humanidad, su enseñanza, investigación y documentación de sus reglas normativas e instituciones desde dos ámbitos de competencia: la interna y la externa, para ello es necesario sistematizar su estudio.

En el ámbito nacional los derechos humanos forman parte del derecho constitucional dividido en los subcategorías: la sustantiva y la adjetiva; en espacial de validez internacional en el derecho convencional, el cual a su vez cuenta con dos subcategorías: la sustantiva e instrumental. A esta última es factible denominarla derecho procesal convencional o garantías convencionales como una disciplina autónoma.

<p>Derecho convencional Sustantivo Adjetivo Derecho Constitucional Sustantivo Adjetivo</p>
--

1. Supremacía constitucional

La supremacía constitucional es un principio básico y elemental de todos los medios de control constitucional. Todo proceso de esta naturaleza tendrá en su contenido el determinar el acatamiento del acto impugnado a lo ordenado por la carta magna: una litis de carácter constitucional.

Todo acto de autoridad que sea contrario a la constitución debe ser combatido, corregirse y abolirse. Para que puedan operar las controversias constitucionales, en sentido amplio, es necesario establecer la supremacía de la constitución sobre cualquier otro acto, además, por cuestión esencial de orden, primero es ineludible crear las normas y principios fundamentales a las que deban ceñirse las demás disposiciones. Establecer una jerarquía, una serie de categorías, donde unas sucedan a las otras, para evitar, en lo posible, el incumplimiento a las de mayor rango, y los mecanismos de corrección cuando esto ocurra. Sin este orden cualquier sistema jurídico estaría condenado al fracaso.

La constitución es el documento político fundamental que se encuentra en la cúspide del sistema jurídico, a ésta deben sujetarse todos los actos de los gobernantes, quienes están obligados al cumplimiento cabal de sus postulados básicos.

La constitución es ley primaria de un Estado soberano, en ésta se establecen los límites y define las relaciones entre los gobernados y gobernantes, así como la estructura y competencias de quienes detentan el poder. En la constitución se fijan las bases para gobernar.

La norma fundamental requiere de instrumentos de defensa para lograr su supremacía frente a cualquier acto o ley secundaria, que limite o restrinja sus postulados y directrices.

La Constitución no puede convertirse en un documento lleno de buenas intenciones y estériles disposiciones. De ahí que es vital la defensa de su acatamiento mediante una serie de instrumentos de control de los actos de las autoridades.

Este análisis se ve reflejado en el contenido del derecho sustantivo. Los aa. 40 y 133 de la CPEUM establecen la jerarquía del orden jurídico nacional.

Así el Dr. Elisur ARTEAGA NAVA dice al respecto: “En la constitución mexicana el principio que establece su supremacía, el que determina su jerarquía superior respecto de todo el orden normativo que existe en el país, el que le da tributo de ser fundamental y que asigna a todo lo que no sea ésta el carácter de derivado, el que le atribuye su calidad de superior se ha consignado con fines netamente pragmáticos... El principio se consigna de manera general de dos formas: una explícita, en el art. 40, el que dispone que es una ley fundamental... la otra, implícita, que se desprende del término que se utiliza para denominarla: constitución; lo es porque constituye, faculta y limita”.¹

1.1. Crisis de la supremacía constitucional

Hoy la supremacía absoluta constitucional está en duda frente al derecho sustantivo convencional, máxime que con la nueva corriente de la argumentación, surgida en forma similar a la expansión universal y regional de los derechos humanos, lo cual implica revisar y confrontar contenidos normativos, y no sólo el respaldo basado en argumento de autoridad, de que porque está plasmado en la Constitución es correcto o está bien, simple y sencillamente porque ahí está redactado.

2. Derecho procesal constitucional

En Latinoamérica a finales del siglo XX y principios del siglo XXI se ha presentado un auge del estudio del derecho procesal constitucional al crearse diversos procesos y procedimientos cuya esencia común es la eficacia de la supremacía de las normas y principios constitucionales frente a las demás normas y actos u omisiones de los órganos del poder público.

2.1. Integración

Cada país de Latino América ha creado de acuerdo a la cultura local, diversos medios de control constitucional y formas de acceso a los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de los conflictos de constitucionalidad.

A continuación presento en forma por demás sencilla el caso mexicano con la característica esencial de ser un país federal.

Es factible dividir en tres áreas el estudio al derecho procesal constitucional en base a su ámbito de competencia y quienes son las partes en litigio.

2.1.1. Gobernantes vs. Gobernados

Los gobernantes pueden vulnerar con sus actos u omisiones los derechos humanos de los particulares, situación que por desgracia es común. Ante ello, es de vital importancia corregir esas desviaciones del poder, que los gobernados cuenten con una serie de mecanismos de impugnación para inconformarse ante esta situación. Éstos pueden ser recursos que se hagan valer ante la propia autoridad para que reconsidere o ante su superior, o por medios extraordinarios que se planteen ante un órgano independiente e imparcial.

2.1.2. Federal

México es un país federal integrado por 31 Estados libres y soberanos en sus regímenes internos, lo que implica que cada uno cuenta con su propia Constitución y una de carácter federal

2.1.3. Juicio de amparo

Dentro de los medios de impugnación encontramos al juicio de amparo, como un mecanismo jurisdiccional exclusivo, como se dijo anteriormente, para los gobernados cuya parte actora siempre es un particular, y en contraste la demandada invariablemente deberá ser una autoridad. Fuente: aa. 103 y 107 de la CPEUM.

Le corresponde conocer este tipo de proceso a los juzgados de distrito (JD), a los Tribunales Unitarios de Circuito (TUC), Tribunales Colegiados de Circuito (TCC), a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y en algunos casos al superior jerárquico de la autoridad responsable.

2.2. Local

Otro segmento de estudio lo conformarían los medios de control y restablecimiento de la supremacía de las constituciones locales.² Nuestro país al ser una federación implica la unidad de elementos comunes, las entidades

federativas, que son “libres” para regular su régimen interno y crear sus propias normas supremas locales.

En los estados de Veracruz y Chihuahua hay una especie de procedimiento protector de los derechos establecidos en las constituciones locales. En el a. 56 de la Constitución del Estado de Veracruz se prevé “El Poder Judicial del Estado tendrá las siguientes atribuciones: ... II. Proteger y salvaguardar los derechos humanos que el pueblo de Veracruz se reserve, mediante el juicio de protección correspondiente.” En el a. 200 de la Constitución del Estado Chihuahua ordena: “Cualquier persona, en cuyo perjuicio se viole alguno de los derechos expresados en los aa. 6, 7 y 8 de esta Constitución, podrá ocurrir en queja contra la autoridad infractora los particulares ante el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, el que hará cesar el agravio e impondrá a la autoridad responsable la pena correspondiente. La ley reglamentará el ejercicio de este derecho.” En Tlaxcala las personas residentes en la entidad pueden promover la acción por omisión legislativa imputable al congreso.

2.3. Gobernantes vs. Gobernantes

Se presenta cuando instancia del poder se encuentran en pugna.

2.3.1. Federal

Como una forma jurisdiccional de resolver los litigios entre los diversos entes de poder se han creado mecanismos para encuadrar los actos de autoridad a lo ordenado por la CPEUM.

2.3.2. Controversias constitucionales

La controversia constitucional es el proceso cuyo objeto es determinar si hay o no contradicción entre un acto u omisión de un ente de poder y la CPEUM, generalmente respecto de su competencia.

2.3.3. Acciones de inconstitucionalidad

Acciones de inconstitucionalidad es el juicio (en abstracto) que tiene la finalidad de resolver la validez de una norma de carácter general en relación a su apego o no a la CPEUM.

Fuente: a. 105, fracciones I y II de la CPEUM.

Le corresponde conocer exclusivamente este tipo de procesos a la SCJN.

2.4. Local

En México no todas las entidades federativas cuentan con este tipo de procesos e instancias. En los estados de Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Tlaxcala, Veracruz y Estado

de México se ha legislado diversos mecanismos de control constitucional, sin que entre las entidades exista identidad entre lo legislado. Por lo que me referiré esencialmente al caso del estado de Chiapas.

2.4.1. Chiapas

En el estado de Chiapas a partir de la reforma a su Constitución de 2002 se constituyeron tres medios de control para impugnar los actos que se consideren contrarios a lo previsto en la propia constitucional local, y son: las controversias constitucionales; las acciones de inconstitucionalidad y la acción por omisión legislativa; así como un procedimiento de consulta judicial (cuestiones de inconstitucionalidad).

Fuente: a. 56 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas.

2.4.2. Controversia Constitucional

Es el proceso cuyo objeto es determinar si determinado acto u omisión de un ente de poder y es conforme con la constitución de la entidad.

2.4.3. Acciones de inconstitucionalidad

Tienen por sustancia plantear la confrontación entre una norma de carácter general y la constitución estatal para determinar la validez del acto legislativo secundario.

2.4.4. Acción por omisión legislativa

Procede cuando el congreso no resuelve una iniciativa de ley o decreto en los términos que establezca la ley respectiva, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de lo previsto en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas.

Es una especie de excitativa que pretende que el legislativo entre al estudio del proyecto que le fue presentado como iniciativa. El congreso, en caso de ser procedente la pretensión, sólo deberá resolver: si se aprueba o modifica o no el proyecto, pero no obliga a éste a aprobar la iniciativa (es similar al derecho de petición).

Sin embargo, en forma posterior, aunque no ha tenido ningún fin practica se precisa que el Tribunal Constitucional de Chiapas dictará la norma correspondiente provisionalmente en caso el legislador no cumpla la sentencia cuando se declara que ha habido omisión legislativa.

2.4.5. Cuestiones de inconstitucionalidad

Es la posibilidad de consulta que tienen los jueces y magistrados de plantear a la Sala Constitucional de la Magistratura Superior del Estado (antes el pleno de la

Sala Superior del Supremo Tribunal de Justicia), cuando éstos tengan dudas sobre la constitucionalidad de una ley local a aplicar ante un caso concreto.

3. Otras clasificaciones del contenido del derecho procesal constitucional

El Dr. Eduardo FERRER MAC-GREGOR divide en cuatro segmentos el estudio del derecho procesal constitucional, sin dejar de mencionar que al igual que Mauro CAPPELLETTI agrega la jurisdicción supranacional, que para este primer esbozo se presenta como un modelo autónomo, con sus propias fuentes e instituciones:

“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 salvaguardar 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, 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, previstos en los tratados y convenciones internacionales. En esta dirección se dirigen las Cortes Europea, Interamericana y Africana de Derechos Humanos; y

“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”.³

El maestro Héctor FIX-ZAMUDIO no incluye el “derecho procesal constitucional transnacional” en clasificación del contenido del derecho procesal constitucional en México: “A) El juicio político de los altos funcionarios (artículo 110); B) Las controversias constitucionales (artículo 105, fracción I); C) La acción abstracta de inconstitucionalidad (artículo 105, fracción II); D) El Procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 97, párrafo II y III)⁴; E) El juicio de amparo (artículos 103 y 107); F) El Juicio para la protección de los derechos político-electorales (artículo 99, fracción V); G) El Juicio de revisión constitucional

electoral (artículo 99, fracción IV); y H) Los organismos autónomos no jurisdiccionales protectores de los derechos humanos, inspirados en el modelo escandinavo del Ombudsman (artículo 102, apartado B). Todos estos preceptos correspondientes a la Constitución Federal”.⁵

3.1. Consideraciones preliminares

Es obvio que el derecho procesal constitucional tiene como fin garantizar el acatamiento del derecho sustantivo de las normas y principios plasmado en la Constitución y que si bien es cierto con el llamado bloque de constitucionalidad, la carta magna se nutre en su parte dogmática al incluir como fragmento de la misma a los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales, también lo es que la observancia a la Constitución es supervisadas exclusivamente por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Porque en el ámbito internacional existen otro tipo de procesos y procedimientos e instituciones diferentes a las nacionales, que tienen como función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, la interpretación y aplicación del derecho convencional sustantivo, con facultades de fiscalizar a todo el derecho interno, así como los actos u omisiones de los agente de los Estados parte, incluyendo al contenido de la propia Constitución.

En consecuencia el derecho procesal convencional o jurisdicción supranacional no debe incluirse en su aspecto procedimental como parte del derecho procesal constitucional, y menos hablarse de la existencia del derecho procesal constitucional transnacional, porque lo constitucional sólo tiene como ámbito espacial de validez el propio territorio del Estado que la promulgado y que en el contenido de las mismas no corresponde regular, repito en el aspecto adjetivo, procesos transnacionales.

4. Derecho procesal convencional

Es menester distinguir entre el género y sus especies, de esta forma se puede definir un derecho procesal general convencional y específicamente a sus distintos aspectos de comercio, derechos humanos, del medio ambiente, cuestiones de seguridad, etcétera.

4.1 Concepto

Es una rama del derecho convencional cuyo objetivo es supervisar y sancionar a través de procesos y procedimientos el cumplimiento de normas y principios

que nacen y se desarrollan mediante acuerdo internacionales.

4.1.1. Derecho procesal convencional de los derechos humanos

Es la disciplina del derecho procesal convencional que tiene promover la observancia y defensa de los derechos humanos, la interpretación y aplicación del derecho convencional sustantivo, mediante diversos mecanismos de supervisión.

4.2. Naturaleza especial

El derecho procesal convencional de los derechos humanos es de la naturaleza jurídica de los tratados internacionales que es la fuente esencial del derecho internacional la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Federal el 14 de febrero de 1975.

establece en su artículo segundo que:

Artículo 2.- a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

4.3. Jerarquía de derecho internacional convencional del derecho nacional constitucional

La Constitución en primera instancia, en los artículos: 1º, primer párrafo y 133 prevé una igualdad formal de jerárquica entre derecho internacional convencional sustantivo de los derechos humanos y el derecho nacional constitucional la prever:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece(...)

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión (...)

La Constitución en el artículo: 1º, segundo párrafo y 133 prevé jerárquica en base a contenidos al privilegiar el principio *pro homine* al caso concreto:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido jurisprudencia violando la propia Constitución y la CADH, al restringir los derechos humanos de ámbito convencional a pesar de la exigencia *en todo tiempo a las personas la protección más amplia* sin importar si ésta se encuentra en el catálogo constitucional o en el convencional al determinar:

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL. Si bien la reforma al artículo 1o. de la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos, así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional -principio *pro persona* o *pro homine*-, ello no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de ejercer sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica analizada, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que, al ejercer tal función jurisdiccional, dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, o las restricciones que prevé la norma fundamental, ya que de hacerlo, se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función⁷.

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en el Artículo 2 establece el deber de Adoptar disposiciones de derecho interno:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados

Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸ en la Parte III, Sección Primera, [de la] Observancia de los tratados en los artículos 26 y 27 prevé una jerarquía formal genérica:

26. “*Pacta sunt servanda*”. *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*

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

4.4. Objetivos

En el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos se dispone:

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de

normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia...”

4.5. Fuentes

Las normas convencionales en su conjunto podemos denominarlas como *Corpus Iuris Latinoamericano*.

4.5.1. *Corpus Iuris Latinoamericano*.

Es el conjunto de reglas, principios y directrices jurídicos que sustentan el SIDH.

El artículo (a.) 23 del Reglamento (R) de la CIDH dispone que las quejas o denuncias deben fundarse en los derechos previstos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”(C), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la CIDH y su Reglamento”.

La Corte IDH ha difundido como instrumentos del SIDH:

- Convención sobre la nacionalidad de la mujer (1933);
- Convención sobre asilo político (1935);
- Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (1948);
- Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (1948);
- Convención sobre asilo territorial (1954);
- Convención sobre asilo diplomático (1954);
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969);
- Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando estos tengan trascendencia internacional (1971);
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1979);

- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979);
- Convenio de Sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1981);
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987);
- Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores (1988);
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990);
- Carta de la Organización de los Estados Americanos (1993);
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994);
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1994);
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para” (1995);
- Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias ámbito de aplicación (1996);
- Convención Interamericana contra la Corrupción (1997);
- Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (1997);
- Reglamento de la Comisión Interamericana de mujeres (1998);
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1999);
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999);
- Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión (2000);
- Carta Democrática Interamericana (2001);
- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008);
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Mujeres (2008);
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009); y
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010).

4.5.2. Jurisprudencia

También es fuente vinculante para los Estados la jurisprudencia (sentencias), opiniones consultivas, medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia que emite la Corte IDH.

Cada sentencia de la Corte IDH es una jurisprudencia, no como por ejemplo en México que para que tenga ese estatus (obligatoria) un criterio judicial debe reiterarse en varios casos el mismo sentido, además de la existencia de otros medios de creación.

“El primer nivel jurisprudencial está constituido por las sentencias o fallos de las Cortes, Tribunales, Salas Constitucionales o Cortes Supremas que se encuentran en el mismo plano o posición horizontal y las decisiones de los Tribunales Internacionales jerárquicamente superiores constituye un sistema vertical frente a las primeras y son los encargados de integrar la interpretación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos”¹⁰.

4.5.3. SIDH es abierto y dinámico

El SIDH es abierto y dinámico porque no sólo está conformado con las normas, principios y directrices plasmados en los tratados internacionales, sino su alcance se va nutriendo con la interpretación y aplicación que hacen las instituciones de supervisión, esencialmente la Corte IDH.

Así la incorporación de los nuevos criterios al *Corpus Iure Latinoamericano* vía jurisprudencia (sentencias), opiniones consultivas, medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia, hace dinámico al SIDH.

La creación de jurisprudencia es un acto materialmente legislativo de ámbito internacional aunque formal jurisdiccional.

De esta manera “el sistema, que se encuentra en constante evolución, debe ser interpretado de acuerdo al contexto dado al momento en que se requiere la interpretación del instrumento en cuestión, siguiendo de esa forma la tesis sobre la interpretación de los documentos internacionales formulada por la Corte Internacional de Justicia. Por consiguiente, la fuerza legal de la Declaración Americana no puede ser determinada a la luz de lo que los Estados firmantes consideraron en 1948, sino que debe para ello tenerse en consideración la evolución general del sistema. De esta manera, enfatiza la idea de que la interpretación en este campo debe ser una interpretación dinámica”¹¹.

4.6. Estados partes de la Convención ADH

No todos los miembros de la OEA han ratificado la Convención ADH, y no todos los reconocen la jurisdicción

de la Corte IDH, son veinticuatro los países que la admiten como fuente del derecho nacional a la Convención ADH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Lo que representa el 68% del total de los países de América.

Trinidad y Tobago denunció la Convención ADH el 26 de mayo de 1998¹², y recientemente Venezuela el 10 de septiembre de 2013.

4.7. Órganos competentes.

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención IDH:

4.7.1. la Comisión IDH;

4.7.2. la Corte IDH, y,

4.7.3. los jueces de los Estados parte.

4.7.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Es un órgano colegiado facultado para investigar las quejas que versen sobre posibles violaciones a los derechos humanos en los países que son parte de la OEA y decidir, en su caso, cuando éstas sean fundadas las medidas que tiendan a reparar la trasgresión, mediante el sistema de petición individual; el examen de la situación de los derechos humanos y la atención a temas que se relacionen con su finalidad.

“La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal... Fue creada por la OEA en 1959”¹³.

La CIDH sesiona por primera vez en 1960, y al año siguiente comienza a “...realizar visitas *in loco* para observar la situación general de los derechos humanos en un país, o para investigar una situación particular. Desde entonces ha realizado 92 visitas a 23 países miembros. Con respecto a sus observaciones de tipo general sobre la situación en un país, la CIDH publica informes especiales... desde 1965 la CIDH fue autorizada expresamente a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales en los cuales se alegaban violaciones a los derechos humanos. Hasta diciembre de 2011, ha recibido varias decenas de miles de peticiones, que se han concretado en 19.423 casos procesados o en procesamiento. Los informes finales publicados en

relación con estos casos pueden encontrarse en los informes anuales de la Comisión o por país”¹⁴.

4.7.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

El Estatuto de “*La Corte Interamericana de Derechos Humanos [dispone que ésta] es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto*”. (a.1)

La Corte Interamericana [IDH] quedó integrada el 22 de mayo de 1979, al término de tres décadas de esfuerzos y proyectos, la Asamblea General de la OEA eligió, durante su Séptimo Período Extraordinario de Sesiones, a los primeros jueces que la compondrían: tres centroamericanos, dos suramericanos, un caribeño y un estadounidense ¹⁵.

La instalación del tribunal interamericano se hizo el 3 de septiembre de 1979, en solemne ceremonia desarrollada en el Teatro de la República, de San José, Costa Rica, sede de la propia Corte Interamericana, bajo convenio entre Costa Rica y la Corte Interamericana, suscrito el 10 de septiembre de 1981¹⁶.

4.7.3. Los jueces de los Estados parte

Los jueces de los Estados parte del SIDH deben considerarse como el segmento más amplio de éste por el deber de ejercer el control difuso de convencionalidad.

4.7.3.1. Control difuso de convencionalidad

Es la pieza más importante del SIDH porque transforma a los jueces nacionales en jueces internacionales y permite ampliar la cobertura de protección a todos los rincones de los países que integran el SIDH.

“La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional”¹⁷.

Las normas convencionales provocan que “la norma constitucional se amplía con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en lo relacionado con la carta de derechos y con un órgano jurisdiccional que garantiza su cumplimiento: la Corte Interamericana de

Derechos Humanos (Corte IDH), como órgano principal de la jurisdicción constitucional transnacional”¹⁸.

4.7.4. Impacto sistemas nacionales

El primer impacto es en el ámbito normativo, al incrustarse el *Corpus Iuris Latinoamericano* en el derecho positivo nacional para formar un todo, pero no es una simple amalgama, el ingreso es a la zona exclusiva (V.I.P.) por su jerarquía.

En segundo término obliga a los jueces de todos los niveles a prepararse, conocer y operar el *Corpus Iuris Latinoamericano*; tercero, a aplicar el *Corpus Iuris Latinoamericano* de oficio; cuarto, como consecuencia, dejar de aplicar normas nacionales que sean contrarios al *Corpus Iuris Latinoamericano*, de esta forma el control difuso de convencionalidad realiza una tarea de depuración de normas inconventional¹⁹, y quinto, el núcleo del esencial y prudencial del SIDH lo determina por el principio *pro persona*.

5. Consideraciones finales

El derecho procesal convencional debe ser estudiado en forma autónoma del derecho procesal constitucional como una rama independiente, que cuenta con sus propias normas, principios, procedimientos, procesos, órganos e historia.

Es el derecho convencional sustantivo el que se ha incrustado en los textos constitucionales y es éste el que de oficio deben aplicar todos los jueces de los Estados parte de oficio, es decir, ejercer el control difuso de convencionalidad.

Hoy la supremacía absoluta constitucional está en duda frente al derecho sustantivo convencional, máxime que con la nueva corriente de la argumentación, surgida en forma similar a la expansión universal y regional de los derechos humanos, lo cual implica revisar y confrontar contenidos normativos, y no sólo el respaldo basado en argumento de autoridad, de que porque está plasmado en la Constitución es correcto o está bien, simple y sencillamente porque ahí está redactado.

Una consideración especial para justificar la autonomía científica del derecho procesal convención, la Corte IDH es el único órgano competente para la interpretación, integración y aplicación del SIDH, labor fuera de la competencia de los jueces constitucionales.

NOTAS:

¹ Doctor en Derecho Público, Maestro en Derecho Constitucional y Amparo. Profesor de la Universidad Autónoma de Chiapas, Universidad del Sur y profesor

honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Director de la Revista Jurídica Primera Instancia. Asociado fundador del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal “Dr. Cipriano Gómez Lara; Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericano; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; de las Asociaciones: Colombiana, Panameña y Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional.. Lazcanoalf14@hotmail.com

2 Arteaga Nava, Elisur, Tratado de Derecho Constitucional, v.1, Oxford University press, México, 2003, p. 13.

³ En el mes de junio de 2004, Congreso local del Estado de México aprobó la creación de la Sala Constitucional con el fin de resolver las controversias que se susciten entre un municipio y otro, así como entre municipios y Estado y evitar que los municipios interpongan controversias sobre la interpretación de la Constitución del Estado de México ante la SCJN. En forma similar, anteriormente se había constituido en otras entidades del país: Chiapas (Sala Constitucional antes Sala Superior) y Veracruz (Sala Constitucional). En Coahuila, Tlaxcala y Chihuahua cuentan con diversos medios de defensa de sus respectivas constituciones locales, pero con un área especializada del Poder Judicial que dirima esta clase de litigios.

⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Ponencia op., cit.

⁵ Esta facultad fue derogada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y atribuida a la Comisión Nacional de Derechos Humanos en la reforma a la Constitución de 10 de junio de 2011.

⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador), Derecho Procesal Constitucional, op., cit., Voz Dr. Héctor Fix Zamudio, 4ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 299.

⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975.

⁸ Época: Décima Época. Registro: 2006485. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 6, Mayo de 2014, Tomo II. Materia(s): Constitucional. Tesis: 2a./J. 56/2014 (10a.). Página: 772.

⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975.

¹⁰ <http://www.corteidh.or.cr> (Consultado 9 de abril de 2014)

¹¹ Moreno Alfonso, Rene. El valor de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en el derecho local publicado en Temas Selectos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, Alfonso Jaime

Martínez Lazcano, Director Científico, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez p. 337.

¹² Margaroli, Josefina y Maculan, Sergio L. “Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Ediciones Cathedra Jurídica. Buenos Aires, 2011, pp. 59-60.

¹³ <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh> (Consultada 6 de mayo de 2014)

¹⁴ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> (Consultada 6 de mayo de 2014).

¹⁵ Ídem.

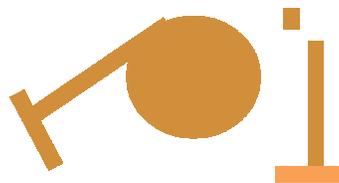
¹⁶ García Ramírez, Sergio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Porrúa, México, 2011, p. 107.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Martínez Lazcano, Alfonso Jaime. El control difuso de convencionalidad y la nueva cultura constitucional, publicado en “Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Director Científico, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013, p. 54.

¹⁹ Ibidem. Velandia Canosa, Eduardo Andrés. Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión, p. 198.

²⁰ Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o *de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.* (a. 2 de la Convención IDH).





“SE PUEDE... LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CÁMARA GESELL EN LA PROVINCIA DE MISIONES”

Pablo Federico Padula*

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de esta ponencia es no sólo dar cuenta de la utilización de técnicas modernas dentro del proceso sino y principalmente dejar en evidencia que cuando hay verdadera voluntad de llevar adelante reformas y actualizaciones del servicio de justicia, no existen impedimentos legales, formales ni materiales para implementar modificaciones sustanciales que hagan a una mejor prestación de la actividad jurisdiccional -

La puesta en funcionamiento de la Cámara Gesell (CG en adelante) en la Provincia de Misiones ha sido muestra de ello, de que si se quiere se puede.

Como fuera expuesto en la Guía elaborada en conjunto por la ADC-JUFEJUS-UNICEF “*En los últimos tiempos se produjeron cambios significativos en la situación jurídica de las niñas, niños y adolescentes a partir de la sanción de normas de suma relevancia en materia de sus derechos y garantías*”¹ entre las cuales se cita a la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional a partir del año 1994 y a la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del año 2005. Como bien se dice en la Guía de referencia “*Este nuevo escenario legal debe ir acompañado de políticas públicas concretas que permitan hacer efectivos los derechos y garantías allí reconocidos*”.-

Precisamente uno de los medios para concretar el plexo de normativas protectorias de los menores de edad resulta de la utilización de la CG que permite mejorar la situación de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) vinculados al aparato judicial del Estado en su condición de víctimas o testigos de delitos o de violencia familiar.

2. NECESIDAD DE TRATAMIENTO ESPECIAL PARA LOS NNA TESTIGOS O VÍCTIMAS DE DELITOS Y/O DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

En la actualidad los actos procesales vinculados con la toma de declaraciones de NNA en el ámbito de la justicia deben ajustarse a nuevas prácticas que eviten la revictimización de aquellos menores de edad que además de haber vivenciado una situación traumática, con posterioridad se ven en el difícil trance de tener que revivir ese pasado doloroso cuando son citados por el órgano jurisdiccional para recibirles su testimonio ya sea que hayan sido testigos o víctimas de delitos y/o de violencia familiar.-

Ante ello se ha vislumbrado la necesidad de reducir al mínimo posible y estrictamente necesario la intervención de los NNA y evitar el peregrinar por distintas dependencias y ante diversas personas como ocurría con anterioridad.-

Así por ejemplo, una niña víctima de abuso sexual infantil (ASI), solía comenzar por brindarle testimonio de lo que le estaba ocurriendo a una persona de su confianza (madre, otro pariente, una amiga, la maestra, una vecina). Si la persona que recibía por primera vez los dichos de la víctima le creía (lo que no es poca cosa), es probable que ambas se dirigieran a alguna dependencia policial donde la infanta tendría que contar por segunda vez lo ocurrido ante el personal de la policía (no siempre una mujer). En ocasiones la niña también era examinada por el médico de policía (no siempre una mujer).-

Con ello se labraba el sumario policial que luego era elevado al Juzgado de Instrucción que, entre otras decisiones posibles, podía citar a la niña a prestar declaración. Esta

tercera exposición de la menor por lo general se realizaba ante un empleado del Juzgado (no siempre una mujer) y por lo general sin la privacidad que el caso aconsejaba sino en el medio de otras personas que en sus respectivos escritorios continuaban con sus tareas diarias.-

Era probable que aprovechando la presencia de la niña en el tribunal se dispusiera que la misma fuera revisada por el médico forense del poder judicial (no siempre una mujer) y a su vez que se le realizara una pericia psicológica (cuando se contaba con este recurso), oportunidades en las cuales era viable que fuera repreguntada sobre los hechos por los profesionales intervinientes. Es decir que podía llegar a haber un cuarto e incluso un quinto relato.- Suponiendo que el Juez de instrucción no necesitara volver a citar a la menor para recibirle nueva declaración o practicar nuevas revisiones médicas o realizarle nuevas pericias psicológicas, aun restaba que la niña sea convocada a presentarse y declarar en la etapa de plenario ante el tribunal de juicio oral, ¡en lo que sería su sexto relato!.-

El panorama expuesto en nada coincide con la Directriz 24 de las Directrices sobre la Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos elaboradas por la Oficina Internacional de los Derechos del Niño que establece que “*Cuando los profesionales den auxilio a niños víctimas y testigos, deben realizar todos los esfuerzos necesarios para coordinar los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños se vean expuestos a un número excesivo de intervenciones*”, lo cual implicaba vulneración de los derechos del niño y la consecuente responsabilidad internacional del estado argentino por dicho actuar contrario al derecho internacional público.-

Es evidente que esta re victimización institucional secundaria y terciaria, no se condice con los parámetros actuales de protección integral de los derechos de los NNA, siendo imperioso echar mano de algún recurso metodológico que lleve al extremo de lo mínimo indispensable la exposición de los menores de edad a situaciones como la arriba descripta.-

Al respecto resultan de ilustración la Exposición de Motivos que acompañara a la ley 25.852 que introdujo el sistema de CG en el ámbito de la justicia nacional.-

Entre otras consideraciones de alto valor se ha dicho en aquellos fundamentos que la ley mencionada “...*tiene por objeto poner fin a una práctica que se ha venido realizando desde tiempos inmemoriales y que pese a la obvedad de muchas de las premisas de las que se parte en esta fundamentación, sólo ha sido cuestionada esporádicamente y desde ámbitos generalmente ajenos tanto al quehacer legislativo como el judicial. El*

interrogatorio a niños víctimas de delitos sexuales y maltrato psíquico o físico en el ámbito tradicional de intervención judicial resulta violatorio de la normativa contenida en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional”.-

De allí parte la necesidad de modificar el código de procedimiento penal “*no sólo para adecuar nuestra normativa positiva a las convenciones internacionales suscritas por nuestro país, sino y fundamentalmente teniendo en mira uno de los conceptos rectores del sistema interamericano de protección a los derechos humanos que es el del interés superior del niño*”-

3. EL USO DE LA CG COMO HERRAMIENTA DESVICTIMIZANTE DEL NNA TESTIGO O VÍCTIMA

Resulta imperioso antes que nada definir qué se entiende por CG.-

Se denomina de esta forma a una modalidad distinta de recepción de declaraciones de NNA ya sea en calidad de testigos o de víctimas de delitos y/o de violencia familiar (aunque no cabe descartar a priori su implementación a otros supuestos) que consiste en una entrevista al menor de edad guiada por un profesional en psicología, en un ambiente de privacidad y preservación, sin interferencia de terceros, que por lo general se realiza utilizando medios modernos de comunicación (cámaras, micrófonos, monitores, televisores) y se registran en soporte magnético.-

Así se explica en el “*Instructivo para la solicitud de entrevista en CG*”: “*En forma sucinta la CG consiste en dos habitaciones acondicionados de forma tal que desde una de ellas pueda observarse y escucharse lo que sucede en la otra por medio de un vidrio debidamente acondicionado a tal fin y que a su vez impide la percepción desde el interior, de los observadores...*” agregando que “*se contempla la posibilidad de utilizar y adaptar otros medios audiovisuales para la transmisión y recopilación de datos (filmadora, grabadora de audio, etc.)*”.-

En los ya mencionados fundamentos de la ley 25.852 se expuso con acierto que frente a las modalidades ortodoxas de toma de declaración de NNA “*Se impone entonces establecer procedimientos que sin afectar el derecho de defensa eviten provocar nuevos daños a quien resulta víctima de esa clase de hechos. A ese respecto cabe afirmar que con la normativa que se introduce se cumplen ambos objetivos. El niño ya no es sometido a múltiples interrogatorios en diversas sedes y por parte de distintos funcionarios, sino que se lo escucha en el ámbito*

adecuado a su edad y desarrollo y lo hace quien está específicamente capacitado para ello”.-

La utilización de la denominada CG que permite reducir la re victimización de los NNA testigos o víctimas de delitos y/o de violencia familiar por varias razones:

- a) se desarrolla en un ámbito de privacidad,
- b) el rol de entrevistador es cumplido por un psicólogo,
- c) su resultado se registra digitalmente.-

Ya veremos como cada una de estas razones se convierte en una ventaja comparativa con el sistema anterior.-

El ámbito de privacidad tiene que ver con el lugar donde se practica la entrevista que por un lado se encuentra aislado de las restantes divisiones internas del juzgado.-

La audiencia ya no se toma en el medio otros escritorios y rodeado de otros empleados judiciales, detenidos, abogados y público en general, sino en una habitación especialmente acondicionada a tales efectos, y que en lo posible debe contar con mobiliarios y una estructura lo más agradable posible. Cortinas, colores suaves, muebles cálidos, cuadros, todo puede contribuir para que ese espacio sea lo más ameno posible dado que resulta aconsejable que los NNA que tengan que declarar lo hagan en un espacio en el que se sientan cómodos pues ello facilitará la comunicación.-

En el “*Instructivo*” arriba citado se detallan valiosas pautas para la utilización de la CG entre las que cabe destacar, en cuanto hace a este punto, que *“Todas las partes deberán resguardar la identidad del menor, quedando totalmente excluida la posibilidad de divulgar la participación del niño en el procedimiento en cualquier medio de comunicación”.-*

No se descarta que en el lugar acondicionado para ello se agreguen juguetes y otros elementos didácticos que permitan y faciliten interactuar con los menores que tienen que pasar por esa situación pues el juego, el dibujo, la escritura suelen ser herramientas utilizadas con frecuencia en estos casos.-

También sugiere el “*Instructivo*” que *“El profesional que intervendrá deberá contar con los medios que considere necesarios para llevar a cabo la entrevista (juegos, muñecos sexuados, elementos para la realización de gráficos, etc.) a su disposición y adecuar, tantos éstos como la sala, a la edad y etapa evolutiva del menor a entrevistar”.-*

Cabe decidir además qué hacer con las cámaras que van a registrar ese acto procesal (en el caso de contar con las mismas) y en este aspecto parece aconsejable que no estén a la vista pues su presencia ostensible puede resultar intimidatoria para el menor. Ello no significa que debe ocultarse su existencia a los NNA sino que han de

colocarse de modo tal que los declarantes no se sientan invadidos. Sería entonces conveniente decirle a los NNA que van a ser filmados, aunque las cámaras permanezcan lo mas disimuladas posible.-

Otra enorme ventaja comparativa del sistema de CG tiene que ver con el rol de entrevistador que es cumplido por un psicólogo, quien hará de intermediario entre el tribunal y el testigo.-

La intervención de un profesional especializado en la materia puede garantizar la mejor interacción posible entre el entrevistador y los NNA teniendo en consideración que el psicólogo tiene especiales conocimientos que así lo pueden permitir. Sin menospreciar el valioso trabajo que los empleados judiciales hacían en su momento cuando les correspondía tomar audiencia a los NNA víctimas o testigos de delitos y/o de violencia familiar, lo cierto es que los profesionales en psicología conocen de técnicas de abordaje y diagnóstico que el resto ignoramos.-

Vale recordar que como se dice en el “*Programa Las víctimas contra las violencias. Experiencias de la intervención psicosocial en la urgencia*”²: *“En el ámbito específico de la relación entre los NNA y el sistema judicial se hace referencia a la re victimización como un proceso generado cada vez que el NNA tiene que asistir a una institución judicial y revivir los hechos sufridos, con los daños psicológicos que implica”*, situación particular que justifica que la entrevista sea conducida por un profesional de la psicología.-

Por otra parte el psicólogo intentará que los NNA que declaran lo hagan de la manera más espontánea y libre posible, sin el formato clásico de interrogatorio inquisitorio donde se les pregunta puntualmente sobre hechos y sucesos de alto impacto emocional. En lugar del interrogatorio propio del estilo forense, el psicólogo intentará que los NNA se expresen libremente sobre los hechos sucedidos y puedan exponer no sólo sobre aquello que cayó bajo sus sentidos sino también sobre sus emociones.-

La presencia del psicólogo permitirá al mismo tiempo el manejo de situaciones difíciles que se plantean en el marco de estos actos procesales donde puede ocurrir, y a menudo ocurre, que como consecuencia de tener que recordar los episodios vividos en el pasado se desaten crisis de llanto que aconsejan una actitud de contención afectiva-

Volviendo al “*Programa*” citado: *“Si al estallido psíquico producido por la situación traumática se le suma la re victimización institucional, las condiciones de abordaje*

en estas instancias producirían efectos iatrogénicos que requieren de urgente atención”.-

Por otro lado la intervención del psicólogo no se encuentra totalmente desarticulada de los fines del proceso sino que aquel previamente debe interiorizarse sobre los hechos que se ventilan en la causa y saber qué es materia de investigación, debiendo orientar su participación a la búsqueda de la verdad pero con un tacto y tiempo distintos teniendo en consideración que el entrevistado se trata de una persona menor de edad y por lo tanto esencial y naturalmente vulnerable.-

Es por ello que además de las preguntas abiertas y no inquisitivas que haga el psicólogo, el mismo puede recibir a través de algún sistema de comunicación como puede ser la pantalla de una PC o un micrófono inalámbrico las preguntas que el tribunal, la defensa o la fiscalía deseen realizarle, las cuales serán traducidas al lenguaje que se ha entablado entre el entrevistador y el testigo e introducidas en el momento mas oportuno a criterio del profesional interviniente.-

Por ello se ha señalado en la exposición de motivos de la ley 25.852 con respecto al derecho de defensa del imputado que el nuevo sistema de recepción de declaración testimonial de NNA víctimas y/o testigos diseñado a través de la CG *“permite descartar toda afectación del debido proceso legal de los imputados, máxime cuando ... las partes y el tribunal tendrán acceso un control adecuado de la prueba con la sola limitación de la “forma” en que el niño será examinado”.-*

Para culminar las razones que a priori aconsejan la implementación de la CG para incorporar los dichos de testigos NNA al proceso cabe indicar que su resultado se registra digitalmente, lo cual permite al Juez, a la defensa y a la fiscalía poder volver a escuchar y ver al testigo cuantas veces lo necesite.-

Además el registro digital tiene otra gran ventaja pues permite reproducir el momento mismo de los dichos con todas las vicisitudes propias de cada instante y que no quedan anotadas en una fría hoja de papel. Si en el medio del relato una niña testigo cuando se menciona un hecho puntual o el nombre de una persona en particular (por ejemplo el abusador) irrumpe en llanto, o se cierra en un hermético silencio, o comienza a tener movimientos corporales que reflejan un estado de ánimo en particular, ello sólo podrá volver a ser vivenciado en las imágenes grabadas en una cinta, o en un CD o en un pendrive pero nunca surgirán de una acta escrita.-

En cuanto a los temores que pudieren infundir los registros digitales en cuanto a la seguridad de su preservación,

vale mencionar que no hay mayores riesgos en la pérdida de un soporte papel que de un soporte magnético y que las resistencias son de tipo cultural más que real. Alcanzará para ello con hacer un par de copias de seguridad del registro respectivo y almacenarlas en un lugar y bajo condiciones determinadas para garantizar su posterior uso.- Para concluir otro beneficio del registro digital se relaciona con la posibilidad de su reproducción en la etapa de plenario ante el tribunal de juicio oral donde en lugar de volver a convocar a los NNA testigos para que brinden testimonio de lo que ocurrió seguramente años atrás, pueden reproducirse las imágenes captadas en oportunidad de realizarse la CG evitando la re victimización del menor y los riesgos que el paso del tiempo borren o distorsionen los recuerdos y la memoria del testigo que seguramente ha hecho un enorme esfuerzo para tratar de superar aquellos hechos traumáticos que le piden que recuerde.-

Como se sostuvo en la exposición de motivos de la ley 25.852 con referencia al sistema anterior *“la frecuente re victimización a que son sometidos los niños abusados en el actual sistema perjudica notoriamente la expectativa de una evolución favorable”* y que frente a la ineludible intervención del Estado cuando surja la posibilidad de que un niño haya sido abusado sexualmente, *“La víctima es frecuentemente tratada en el ámbito judicial con insensibilidad, sin tenerse en cuenta que los sucesos por los cuales ha intervenido la justicia son de tal magnitud que la han marcado para siempre, que llega dolida, confundida, con sentimientos que la atormentan y que lo último que necesita es una nueva victimización”.-*

4. EVOLUCIÓN DE LA CG EN LA PROVINCIA DE MISIONES

La utilización de la CG en la Provincia de Misiones por primera vez se remota a principios del año 2008 cuando aún no se encontraba legislada en el ámbito provincial, aunque sí había sido reglamentada en otras provincias y en el orden nacional.-

El uso de la CG aun cuando no estaba expresamente regulado en nuestra legislación procesal permite sostener que el juez puede echar mano de los recursos que la modernidad le ponen a su alcance sin tener que esperar la sanción de la norma adjetiva que expresamente lo estipule.-

Hay que recordar que en el Código Procesal Penal de la Provincia de Misiones rige el art. 198 que establece como regla la amplitud probatoria dentro del proceso.³ Esta norma ha servido de fundamento para sostener el uso de

la CG sin necesidad de ley especial al igual que el principio constitucional que establece que todo aquello que no se encuentra prohibido se encuentra permitido (art. 19 de la Const. Nacional).-

A ello se suma que si algunas personas, en razón de sus funciones, están relevadas de la obligación de comparecer personalmente a prestar declaración testimonial ante el Juzgado pudiendo hacerlo por escrito fuera del interrogatorio de las partes (art. 235 del CPPMnes.), nada impide para que también los NNA merezcan un tratamiento diferencial justificado por el estado de mayor vulnerabilidad que implica su incompleto desarrollo madurativo a consecuencia de su edad cronológica.-

Estas normas en juego y la actitud del magistrado, de sus colaboradores y de la Sub Jefe del Cuerpo Médico Forense y de otras personas directamente involucradas en hacer realidad la mejora del servicio de justicia, han permitido que en Misiones se ponga en funcionamiento la CG sin necesidad de contar con la norma procesal respectiva demostrando que era viable su incorporación por vía pretoriana. Este antecedente puede esgrimirse en aquellas provincias que aun no tienen legislada la CG y que sin embargo pueden implementarla sin demora alguna.-

Con posterioridad el Código Procesal Penal de la Provincia de Misiones recibió la reforma esperada a través de una ley de corte similar (prácticamente idéntica) a la sancionada en el ámbito de la justicia nacional.

Esta norma, reitero, no era requisito previo ineludible para poder hacer uso de la CG, no obstante lo cual fue recibida con beneplácito pues la consagración legislativa refuerza y confirma la práctica forense y a su vez regula diversos aspectos que pueden escapar a la creación judicial.-

A través de la ley 4422 se implementó formalmente en la órbita del derecho procesal penal provincial el sistema de CG.-

Para ello se reformó el art. 234 y se incorporaron los arts. 235 bis y 235 ter, todos del CPPMnes y relativos a la prueba testimonial ⁴⁴

Ley 4422,

Boletín Oficial

Nº 12295 del 1 de Julio de 2008.-

ARTÍCULO 234.-

...Respecto de menores de dieciocho (18) años, se procederá según lo disponga el Juez o Tribunal que interviene en la causa, a través del procedimiento establecido en los Artículos 235 bis y 235 ter”.-

ARTÍCULO 235 bis.-

En caso de tratarse de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Título III, Capítulo II, III, IV y V que a la fecha en que se requiera su

comparecencia no hayan cumplido los dieciséis (16) años de edad debe seguirse el siguiente procedimiento:

En cuanto a su ámbito de aplicación el sistema de CG resulta de aplicación obligatoria (“*debe seguirse el siguiente procedimiento*”) en los siguientes casos:

- Testigos víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Título III, Capítulo II, III, IV y V.-

- Testigos víctimas menores de 18 años

§ Menores de 16 años, en todos los casos.-

§ Desde que cumplieron 16 años hasta antes de cumplir 18 años: cuando del informe previo del especialista que debe requerir el Juez surja la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor ante la necesidad de hacerlo comparecer ante los estrados.-

Sin embargo el sistema de CG deviene facultativo para el juez (“*podrá disponer*”) en caso de tratarse de testigos víctimas mayores de 18 años, cuando las circunstancias del caso así lo requieran y previo informe del psicólogo.-

A mi entender estos parámetros no excluyen la posibilidad de aplicar el sistema de CG en otras circunstancias que lo justifiquen, por ejemplo en otros tipos de delitos fuera de los enumerados en el art. 235 bis del CPPMnes pero que tienen por testigos o víctimas a NNA.

Tampoco ha de circunscribirse a la figura de testigo-víctima pues bien puede ocurrir que los NNA hayan sido testigos de un hecho que no los tiene como víctima y sin embargo resulte aconsejable que sus declaraciones testimoniales se brinden a través de la CG. Por ejemplo, si un niño ha sido testigo casual de un macabro homicidio cometido en perjuicio de un tercero desconocido, el alto impacto emocional que probablemente haya producido en el menor la visualización de ese episodio amerita que su declaración también se haga en el marco de una CG por resultar más beneficioso a sus superiores intereses.- Tampoco considero que la utilización de la CG deba quedar limitada a los procesos penales pues en el ámbito de los procesos ventilados en los juzgados de familia (tenencia, regímenes de visitas, alimentos, denuncias por violencia familiar, restituciones, protecciones de personas, etc.).

nada impide que el Juez en uso de las facultades instructorias amplias previstas en el art. 36, inc. 4) del CPCCN o con apoyo en el art. 378 del mismo cuerpo legal ⁵ resuelva que las declaraciones testimoniales de los NNA sean recogidas a través del sistema de CG.

Se ha sostenido en este sentido en el trabajo “*Los derechos de NNA víctimas o testigos de violencia doméstica en el fuero de familia*” ⁶ que si bien en principio el sistema apunta a niños víctimas o testigos de delitos penales,

también hay niños víctimas o testigos de ilícitos civiles cometidos por los padres, los parientes o referentes afectivos, lo que conduce a afirmar que la CG debe utilizarse no sólo como herramienta de máxima sino también de mínima.-

En cuanto a las características principales que tiene el procedimiento de declaración a través de CG, el art. 235 bis del CPPMnes se encarga de detallar sus notas primordiales, a saber:

- La función de entrevistador recae en forma exclusiva y excluyente sobre un psicólogo. El texto legal resulta claro al utilizar los términos “...sólo serán entrevistados...” y “...no pudiendo, en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho Tribunal o las partes”.-

- El entrevistador (él único entrevistador, reitero) debe reunir las siguientes extremos:

§ debe ser profesional de psicología,

§ debe ser especialista en niños y/o adolescentes,

§ Debe ser designado (en la causa, se entiende) por el tribunal que ordene la CG.-

El lugar, por su parte y siguiendo a norma en cuestión, debe reunir las características de un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor.-

A su vez se prevé que a pedido de parte o si el Juez lo dispone oficiosamente el acto puede ser seguido desde el exterior a través de un vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. Esta circunstancia es importante porque hace a la esencia misma de la CG su posible seguimiento desde el exterior. Puede ocurrir y de hecho ocurre que los juzgados del interior de la Provincia de Misiones carezcan de dichos elementos y sin embargo ello no es óbice para que se realicen los pasos previstos en los incs. a), b) y c) del art. 253 bis del CPPMnes.

Resulta importante resaltar que esta modalidad pretende ponderar y equilibrar ambas necesidades en juego, la necesidad del tribunal de realizar un acto procesal tendiente a descubrir la verdad material con el imperativo de reducir el máximo los efectos re victimizantes del proceso sobre los NNA.

Como se señala en la Guía ya citada “cuando se trata de delitos sexuales o de violencia intrafamiliar infringidos sobre niños, niñas y adolescentes, el Estado tiene una responsabilidad especial. No sólo debe realizar un juicio que culmine con la condena del autor cuando corresponda, sino que también debe brindar un cuidado especial sobre las víctimas y los testigos durante dicho proceso”.-

Por un lado los NNA se encuentran en un ambiente donde se preserva su integridad, donde no se los expone a terceras personas, fuera de la vista del público y de los demás usuarios del tribunal. Pero por otra parte a través del vidrio espejado (que debe permitir al juez y a las partes ver al menor pero no a la inversa), del micrófono o del equipo de video se le otorga publicidad al acto procesal y permite su control y posterior registración.-

Como principio general reitero que la declaración es conducida por el único entrevistador autorizado (el psicólogo), aunque para el caso de contarse con los recursos tecnológicos que permitan seguir las alternativas del acto desde el exterior del recinto, la norma en comentario permite en forma previa a la iniciación del acto que el tribunal le haga saber al entrevistador las inquietudes propuestas por las partes como asimismo las que surjan durante el transcurso de la entrevista. Estas inquietudes serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor, quedando en consecuencia en manos del psicólogo entrevistador a través de su especial conocimiento en la materia analizar de qué modo, con qué palabras y en qué momento será más conveniente trasladarle a los NNA las preguntas que el juez, la fiscalía o la defensa tengan para hacerles.-

En la Provincia de Misiones se ha producido un importante crecimiento cualitativo y cuantitativo del cuerpo de profesionales que intervienen de modo interdisciplinario en aquellas cuestiones judiciales que involucran NNA. Como bien se informó en el Seminario “Acceso a la justicia de NNA víctimas y testigos de delitos: protección de sus derechos y uso de nuevas tecnologías”⁷, desde un tiempo a la fecha “se ha concretado un anhelo largamente deseado, esto es la conformación de un equipo interdisciplinario, dentro del Cuerpo Médico Forense a cargo de la Sub Jefatura” (en cabeza de la Dra. Mónica Palacios, ferviente impulsora de la implementación local de la CG) en cual se encuentra conformado por “un plantel de médicos forenses (especializados en clínica médica, psiquiatría y ginecología infante juvenil), psicológico, psicopedagógico y un servicio de asistentes sociales”, de los cuales “Todas las profesionales que integran el gabinete psicológico actúan en la recepción de declaración testimonial de menores en CG”.-

En el caso de Misiones, la CG por el momento sólo se practica en la Primera Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad Capital de Posadas, en el edificio sede del fuero penal (juzgados de instrucción, de correccional y de menores y sus respectivas defensorías y fiscalías), no así en las restantes circunscripciones de la Provincia.-

Este vacío por el momento se cubre en parte acogiendo los pedidos de los jueces del interior de la Provincia para que se realice la CG en Posadas pero ello no resulta del todo conveniente pues obligar a los NNA testigos-víctimas a trasladarse hasta la capital por el cual deviene imperativo que todas y cada una de las circunscripciones judiciales cuenten con el espacio físico y con el equipamiento y el personal que permita su implementación.-

En este sentido se ha expuesto en el Seminario citado que *“En el caso de los juzgados ubicados en el interior de la provincia (algunos a más de 300 km de distancia), los magistrados evalúan la pertinencia del traslado del menor a la ciudad de Posadas, situación que implica alejar a los mismos de su medio socio-cultural y exponerlos a nueva victimización”* por lo cual resulta imperioso que se pongan en funcionamiento con urgencia y a la mayor brevedad posible la CG en la totalidad de las circunscripciones judiciales para que los NNA que deban declarar en un proceso judicial que los tiene como víctimas o testigos de delitos o de violencia familiar lo hagan dentro del marco de la ley 4422 que se ajusta a los parámetros internacionales actuales de administración de justicia de los menores de edad.

No obstante ello hasta el momento de la elaboración de esta ponencia se llevan realizadas un total de 44 entrevistas en CG de las cuales 33 pertenecen a la 1° Circunscripción Judicial con asiento en Posadas (75%), 3 pertenecen a la 2° Circunscripción Judicial con asiento en Oberá (6,82%), 4 pertenecen a la 3° Circunscripción Judicial con asiento en Eldorado (9,09%) y otras 4 pertenecen a la 4° Circunscripción Judicial con asiento en Puerto Rico (9,09%).-

Por el momento en Posadas se cuenta con un espacio propio que reúne las características requeridas por la norma. Es una habitación donde el psicólogo entrevista a los NNA testigos y víctimas, de no demasiadas dimensiones pero suficiente para que dos personas puedan estar medianamente cómodas.

Hay un escritorio y sillas, un equipo de computación sobre el escritorio para que el entrevistador mantenga contacto con las partes que se encuentran fuera del recinto en otra PC conectada en red. No se recurre al mecanismo del vidrio espejado sino a la filmación. Para ello se cuenta con dos a tres cámaras y micrófonos (por el momento la imagen es buena, no así el sonido siendo este último un aspecto importante para mejorar).-

En la habitación donde se desarrollan las entrevistas las cámaras de video se encuentran ubicadas de manera de no intimidar al testigo y están disimuladas dentro de cajas o macetas, aunque a los NNA se les avisa que van a ser

filmados. Existen algunos elementos decorativos (plantas, cuadros, cortinas, etc.) que amenizan el ambiente y lo tornan más cálido.-

Por fuera de esta habitación se encuentran otras oficinas que se comunican con la misma. Los NNA ingresan por una puerta independiente y no toman contacto con el resto del personal, magistrados ni funcionarios del tribunal que permanecen en las oficinas contiguas totalmente aisladas.-

Desde esas otras oficinas se imprimen las actas y las demás constancias relacionadas con el acto de declaración, se llevan los registros y existe un lugar especialmente acondicionado donde el juez, secretarios, defensor, fiscal y defensor de menores observamos el desarrollo de la audiencia a través de dos monitores que brindan las imágenes de los NNA que declaran desde distintos ángulos. Esto es muy positivo porque en ocasiones permita apreciar gestos y posturas que hacen los declarantes que son de mucho valor a la hora de interpretar sus dichos pues sabido es que hay un lenguaje corporal que acompaña al lenguaje hablado. A ello se agrega una tercera imagen también tomada desde otro ángulo que se proyecta con cañón sobre una pared y que permite por su tamaño apreciar pequeños detalles que también pueden ser de valor.-

En este sector donde están los televisores y la pantalla, hay instalado otro equipo de computación conectado con el equipo del entrevistador y a través del cual el tribunal y las partes pueden pedirle al psicólogo interviniente que realice determinadas preguntas o que trate de que el testigo se explice sobre determinados hechos. Como lo dispone la ley, queda en manos del entrevistador ver cuándo y cómo va a introducir estas cuestiones para no cortar la comunicación que hubiera logrado establecer con el NNA.

En cuanto a la provisión del equipamiento vale resaltar que por el momento todo el equipo es de propiedad privada de un particular, especializado en el uso de nuevas tecnologías de la comunicación, quien brinda este servicio a cambio de una tasa que debe pagar el Poder Judicial por cada CG. Hasta el momento el servicio prestado es de muy buena calidad.

Sin perjuicio de ello y merced a las gestiones llevadas a cabo por la Sub Jefa del Cuerpo Médico Forense se ha conseguido moderno equipamiento donado por UNICEF a tales efectos y que se encuentra próximo a ponerse en funcionamiento. También es inminente el traslado a un inmueble propio, cuya única y exclusiva finalidad será la de ser sede de la CG.

El producto material de este acto procesal es doble. Por un lado la norma del art. 253 bis del CPP prevé en su inciso c) que el psicólogo actuante elevará al tribunal un informe detallado con las conclusiones a que arriba, dentro del término que el Juez le indique.

Pero asimismo, y aunque la norma no lo diga, para el caso de contarse con el equipo de video (o similar) a que alude el inc. d) de la misma norma, no sólo es posible sino altamente aconsejable que se haga un registro en cinta o en soporte digital (CD, DVD, pendrive) de todo el transcurso de la audiencia, con las copias de seguridad que resulten necesarias, debiendo ponerse todo ese material a disposición de las partes y en resguardo.

En cuanto al modo como se vienen tomando las declaraciones de NNA en CG en líneas generales puede sostenerse que se cumple con el “Protocolo” contenido en la Guía ya citada y que brinda las pautas que habrán cumplimentarse en la toma de declaraciones de los NNA testigos y víctimas.

5. CONCLUSIONES

Como fuera expuesto en el citado Seminario hoy en día se encuentra instalada “la firme convicción que desde el enfoque de protección de los derechos de niños en sede judicial y con el apoyo de especialistas y material técnico (equipo de video grabación para las declaraciones en órganos judiciales” se podrá contribuir a una avance fundamental para el cumplimiento de los estándares internacionales aplicables, donde se pueda garantizar la protección jurisdiccional de los derechos de cada niño, niña o adolescente en contacto con el proceso judicial”.-

Esta necesidad de adaptar el modo de proceder de los órganos jurisdiccionales al momento de tener que tomar declaración a NNA víctimas y testigos de delitos de índole sexual o de violencia doméstica a las actuales exigencias en materia de protección de los derechos de menores de edad en parte ha encontrado respuesta a través de la implementación de la CG en la Provincia de Misiones.-

Ello ha sido posible gracias al aporte, al esfuerzo, a la dedicación e incluso la valentía de un grupo de personas que se animaron a poner en los hechos lo que estaba escrito en los manuales y que para ello no escatimaron esfuerzos ni creatividad para hacer realidad una herramienta que convirtió el deber ser en ser. A todos ellos mi reconocimiento en nombre propio y principalmente en nombres de los niños, niñas y

adolescentes que hoy cuentan con un ámbito de mayor respeto de sus derechos humanos dentro del proceso.

NOTAS:

* Con el grado de Maestría en Magistratura Judicial 1 Guía. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) testigos o víctimas de delitos o violencia intrafamiliar en el ámbito judicial. Toma de declaraciones de NNA mediante la utilización de equipos de video-grabación digital. Asociación por los derechos Civiles-JUFEJUS-UNICEF.

2 Brigada móvil de atención a víctimas de violencia sexual. Programa Las Víctimas contra las violencias. Experiencias de la intervención psicosocial en la urgencia. Lic. Capdevilla Victoria. Lic. Rovediello Paola.-

3 No registrarán en la instrucción las limitaciones establecidas por las Leyes Civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas.-

4 Ley 4422, Boletín Oficial N° 12295 del 1 de Julio de 2008.- ARTÍCULO 234.- ...Respecto de menores de dieciocho (18) años, se procederá según lo disponga el Juez o Tribunal que interviene en la causa, a través del procedimiento establecido en los Artículos 235 bis y 235 ter”.-

ARTÍCULO 235 bis.- En caso de tratarse de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Título III, Capítulo II, III, IV y V que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hayan cumplido los dieciséis (16) años de edad debe seguirse el siguiente procedimiento: a) los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designados por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo, en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho Tribunal o las partes;

b) el mismo tendrá lugar en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor;

c) el profesional actuante, en el plazo que el Tribunal disponga, elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriba;

d) a pedido de parte o si el Tribunal lo dispone de oficio, las alternativas del acto pueden ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente.

En ese caso, previo a la iniciación del acto, el Tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surjan durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor;

e) en caso de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el Tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

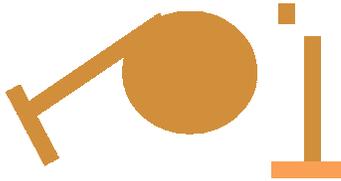
ARTÍCULO 235 ter.- Cuando se trate de víctimas que prevé el Artículo 235 bis, y que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido dieciséis (16) años de edad y no hubieren cumplido los dieciocho (18) años, el Tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe del especialista a cargo del procedimiento, acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor ante la necesidad de que éste deba comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 235 bis del presente código.-

El Juez o Tribunal interviniente podrá disponer la implementación del procedimiento establecido en el artículo anterior, cuando las circunstancias del caso así lo requieran, previo informe de un psicólogo, cuando la víctima fuere mayor de dieciocho (18) años”.-

5 Art. 378. - La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso.

6 JUFEJUS, 11 de noviembre de 2008, Marisa Herrera.-

7 Trabajo presentado por la Sub Jefa del Cuerpo Médico Forense de Misiones en el mes de abril del corriente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.





TENSIONES ENTRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS

José López Oliva *

Asociado fundador del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos

1. Resumen

Las tensiones existentes entre el derecho constitucional y el derecho privado, son cada vez más recurrentes y a su vez controvertidas, porque al parecer tanto privatistas como constitucionalistas, presentan su doctrina con un lenguaje distinto que hace que el tema sea algunas veces incomprensible.

De un lado, el derecho privado, consagra principios establecidos de manera legal que no pueden ser vulnerados, como el principio de autonomía de la voluntad en el contrato, el cual regula las relaciones sociales y económicas entre personas naturales y jurídicas, que realizan actividades mercantiles y no comerciales. De otro lado, el Derecho Constitucional ha extendido sus reglas y principios a tal punto de someter al Derecho privado, a nuevas categorías como el neoconstitucionalismo.

De ahí la importancia de un diálogo interdisciplinario, que permita la expedición de normas que regulen las relaciones en el derecho privado, en el entendido de que éstas siempre deben estar sometidas a la norma de normas: la Constitución Política.

2. Introducción

En la actualidad, existen tensiones entre el neoconstitucionalismo y el derecho privado, que pueden generar inseguridad jurídica y la vulneración del principio de legalidad, ante la inexistencia de un diálogo interdisciplinario entre el derecho privado y el derecho Constitucional. En el caso concreto, el principio de autonomía de la voluntad en los contratos, es un principio que permite a las partes manifestar libremente su deseo autónomo, de celebrar o no un negocio jurídico generador de obligaciones positivas de dar o hacer, u obligaciones negativas de no hacer.

Para el neoconstitucionalismo, la Carta política no solo consagra categorías relacionadas con la dignidad humana, la igualdad, la libertad, la autonomía de la voluntad, la democracia o el Estado social de derecho; la Constitución, consagra reglas que al ser instituidos en principios, prevalecen sobre las normas de contenido legal. El neoconstitucionalismo pondera y establece reglas de proporcionalidad, y aprueba el balance entre valores y principios que deben ser salvaguardados.

Salvaguarda, que el derecho privado realiza mediante normas que disponen principios, para el caso concreto, relacionados con la autonomía de la voluntad de los contratos, es decir la autonomía de la voluntad privada. La citada autonomía, se manifiesta siempre y cuando no se vulneren los derechos fundamentales, asimismo que se persiga el interés general sobre el particular, evitando el abuso de los derechos; la tensión se encuentra en la actividad del operador judicial, la cual debe respetar la intención de los sujetos contractuales, sin vulnerar principios cardinales dispuestos por la Constitución.

Con el objetivo de identificar dicha tensión, en principio se hace relación al neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del derecho privado (1), para posteriormente identificar la tensión existente entre el derecho mercantil (2); posteriormente, se hace referencia al neoconstitucionalismo y la vulneración de principios del derecho privado (3). Finalmente, se presentan las conclusiones.

3. El neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del derecho privado

El neoconstitucionalismo consagra la máxima de proporcionalidad entre las reglas jurídicas de carácter civil o comercial que enmarcan el derecho privado,

ponderadas con reglas, principios y valores que garantizan derechos que benefician el interés general por encima del particular. Este hecho, produce tensiones que se expresan en una dicotomía entre el derecho privado y el derecho público, en particular el Constitucional¹.

Así las cosas, el neoconstitucionalismo que integra modelos norteamericanos y europeos, considera que la Constitución está formada por competencias sociales y políticas, que propenden por la igualdad, en este caso de los sujetos sometidos al derecho privado, con el objetivo de transformar social y políticamente a la sociedad, desde valores como la libertad e igualdad², que son superiores a principios como la autonomía de la voluntad en los contratos. Voluntad, la cual:

Es pura y simplemente la creadora del vínculo jurídico. A partir de Savigny comienza una mutación importante, pues la voluntad pasa a formar parte de la doctrina del negocio jurídico. La voluntad deja así de ser soberana; su validez no descansa en que la persona la exteriorice como valor ético anterior a todo derecho, sino que reposa en el ordenamiento jurídico, el cual es necesario que la reconozca al proteger el fin querido por la voluntad³.

En suma, la Constitucionalización del Derecho privado ha generado tensiones, ante todo con el denominado principio base de los contratos mercantiles, denominado autonomía de la voluntad de los contratos o negocios jurídicos, que se encaminan a generar derechos y producir obligaciones. La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en cuanto al citado principio, señalando lo siguiente:

Según ha reconocido esta Corporación actualmente la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (I) En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales, se trata de servicios públicos, una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia; (II) se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; (III) corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (IV) el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes⁴.

Esta discusión dogmática, genera tensiones entre el derecho privado y el derecho constitucional, ante la cual el juez constitucional debe ponderar lo establecido por la

ley, y lo consagrado por la Constitución, instituida como norma de normas. No obstante, una parte de la doctrina colombiana, es bastante crítica de la citada ponderación, al considerar que el juez debe aplicar la ley que regula las relaciones entre las partes, porque de lo contrario se genera inseguridad jurídica, y a su vez se puede vulnerar el principio de legalidad⁵.

Por otra parte, el juez constitucional y la Corte Constitucional⁶ colombiana dentro de su jurisdicción, interpreta las normas jurídicas en el ámbito del derecho privado, el cual regula las relaciones entre los particulares; esta facultad, es defendida por algunos doctrinantes⁷, lo cual puede vulnerar la libertad contractual, entendida como la “manifestación concreta para el campo de los negocios contractuales de la libertad jurídica, es la institucionalización jurídico-civil de la libertad de empresa o, si se quiere, de la iniciativa privada. Incluso, en un sentido más amplio, del principio del libre desarrollo de la personalidad⁸”.

4. Caso concreto de la tensión: el contrato mercantil de seguros

El seguro es un contrato mediante el cual el tomador-asegurado, le traslada el riesgo inherente a su actividad a una compañía aseguradora, a cambio del pago de una prima o precio del seguro. Este negocio jurídico está regulado por normas positivas, “y que en una primera aproximación significa que la voluntad es la fuente y la medida de los derechos subjetivos. Tal concepto, siempre irá ligado con el concepto de libertad o si se le quiere llamar el derecho a la libertad⁹” de suscribir o no el contrato, es decir depende de la mera liberalidad de las partes la celebración del citado contrato bilateral, oneroso, aleatorio y donde prima la autonomía privada. Esta autonomía,

está conformada por dos partes: primeramente por el poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, y en segundo lugar por el poder de esa voluntad referido al uso, goce, y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Los que se concretan en torno de las figuras más típicas. La primera, considerada también como autonomía privada en sentido estricto, referida a la esfera del negocio jurídico. La segunda, concretada en el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos. Por lo que desde esa perspectiva, la autonomía de la voluntad se analiza en dos sentidos, como creadora de normas jurídicas del ordenamiento jurídico que pasan a conformarlo junto a las demás. Pero además es por otra parte creadora de

*relaciones jurídicas concretas y reconocidas por el Derecho*¹⁰.

El contrato de ejecución instantánea denominado contrato de seguro, está ligado a la autonomía privada de las partes, y al derecho a la libertad consagrada desde el siglo XIX en el denominado individualismo jurídico; dicho individualismo, es un principio que considera que el ser humano es un individuo con voluntad libre, aislado del medio social y un fin del derecho¹¹. Este hecho permite al asegurador, por su mera liberalidad expedir la póliza¹² de seguro, incorporando las condiciones generales y particulares autónomamente acordadas con el tomador asegurado.

Como se ha venido señalando, la constitucionalización del derecho privado produce tensiones con principios del derecho mercantil, relacionados con la autonomía de la voluntad en los contratos, el cual genera seguridad jurídica para las empresas de seguros, quienes tienen la certeza de que las normas que reglamentan el contrato de seguro, no serán alteradas ni siquiera por parte del juez constitucional¹³; operador judicial, que en Colombia ha obligado por ejemplo a la compañía de seguros, a suscribir un seguro de personas vida, porque de no hacerlo se vulneran los derechos del deudor hipotecario a la igualdad y vivienda digna, con el argumento de proferir una sentencia moralmente correcta y justa.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional colombiana (1.993) señala que:

La autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial. En Colombia la libertad de contratación - en sentido amplio libertad negocial - tiene sustento constitucional como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la Carta. Baste señalar a este respecto que la circulación de bienes, distribución y movilización de la riqueza, derivada de la garantía de la propiedad privada, asociativa y solidaria (CP art. 58) sería impensable sin recurrir al contrato; la personalidad jurídica a la cual toda persona tiene derecho exhibe entre una de sus manifestaciones más conspicuas la de ser centro de imputación jurídica de derechos y obligaciones generados por el fenómeno del contrato (CP art. 14)¹⁴.

Este argumento, se fortalece con la manifestación que realiza la Corte, en la cual se establece que en la Carta constitucional colombiana, se incorporan las normas sobre derechos de seguros, hecho que no se puede quebrantar con el argumento de garantizar relaciones justas y libres. Sin embargo, la Corte Constitucional ha

señalado que el principio de autonomía de la voluntad de los contratos, debe ser coherente con la manifestación material señalada en la Constitución, relacionada con la protección de los derechos de las personas, de manera preponderante de los menos favorecidos.

La tensión se presenta, cuando algunos positivistas¹⁵ argumentan que la pretensión de moralidad y corrección por parte del juez constitucional, amparado por la doctrina del neoconstitucionalismo, pretende regular y transgredir los derechos de los involucrados en un contrato mercantil, que se enmarca en relaciones autónomas y libres derivadas del contrato de seguro; autonomía privada la cual es un principio básico de la contratación, y que implica el poder de autonormarse o autogobernarse, en la propia esfera jurídica que implica el poder de las personas para reglamentar y ordenar sus relaciones jurídicas de las que hace parte. En suma, la autonomía de la voluntad de los contratos, representa el “poder de ordenación de la esfera privada de la persona”¹⁶.

En este sentido, la esfera privada es relevante para la Corte Constitucional de Colombia, al establecer que:

el derecho al libre desarrollo de la personalidad se proyecta en opciones que elige el sujeto para cuya actualización debe entrar con otros sujetos y ese medio al cual normalmente se apela es el contrato (CP art. 16); el derecho a la libre asociación en todos los órdenes precisas del contrato (CP arts. 38 y 39); la conformación de la familia, núcleo esencial de la sociedad, puede asumir forma contractual (CP art. 42); en fin, el derecho a la libre actividad económica y la iniciativa privada requieren del contrato como instrumento indispensable de la empresa - base del desarrollo (CP art. 333) - sin el cual no se concibe la interacción entre los diferentes agentes y unidades económicas y la conformación y funcionamiento de mercados (CP art. 333). Resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder de obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas, es un modo de estar y actuar en sociedad y de ser libre y, por todo ello, es elemento que se encuentra en la base misma del ordenamiento constitucional¹⁷.

5. El neoconstitucionalismo y la vulneración de principios del derecho privado

Algunos autores¹⁸ señalan que el neoconstitucionalismo, la doctrina de la Constitucionalización del derecho privado y el activismo judicial, vulneran principios como el de seguridad jurídica y el de legalidad. Neoconstitucionalismo, interesado en afirmar los

principios del liberalismo, encaminados a la defensa de los derechos humanos en el tradicional Estado social de derecho, direccionado a un Estado Constitucional de Derecho, donde convergen reglas, valores, y principios¹⁹ que deben ser protegidos. Constitucionalización del Derecho privado el cual puede generar inseguridad jurídica, por cuanto el juez constitucional interpreta normas exequibles que representaría la vulneración del principio de seguridad jurídica.

Por su parte, el activismo judicial el cual puede generar precedentes constitucionales, maneja el argumento de la obligatoriedad del cumplimiento de los citados precedentes o antecedentes jurisprudenciales, que marcan una línea constitucional obligatoria para los operadores judiciales del país; no obstante, el juez constitucional cuando trata de dirimir conflictos en materia de derecho privado, se puede apartar de los citados precedentes, siempre y cuando el juzgador estructure un fallo razonado²⁰, y de no hacerlo se puede incurrir inclusive en el tipo penal de prevaricato.

En este sentido, el juez adquiere un protagonismo judicial a consecuencia de la Constitución de 1991 y la creación de la Corte Constitucional, cuyo objetivo es la protección de los derechos fundamentales, sociales y colectivos; a su vez, la citada corporación, establece mecanismos para que los ciudadanos de forma individual o colectiva, participen en la obligación de salvaguardar sus derechos, aun estando por fuera de la observancia de principios como la autonomía de la voluntad²¹ en los contratos; voluntad, la cual deja de ser soberana, pura, simple y creadora del vínculo jurídico contractual, que forma parte del negocio jurídico contrato de seguro por ejemplo. Por su parte, existen posiciones jurisprudenciales²² que señalan que la constitucionalización del derecho privado, busca concretar de manera efectiva los derechos constitucionales fundamentales de la persona, que pueden ser vulnerados de manera expresa; por este hecho, es relevante que el juez haga la respectiva ponderación de derechos en sus fallos. Ponderación, que en algunas oportunidades genera tensiones que se revelan en la garantía de la protección de los derechos de las partes en un contrato. Así las cosas, para el caso concreto, la Corte ha establecido que si bien existe libertad contractual, esta pierde su efecto cuando existan prácticas discriminatorias, por parte del contratante dominante o fuerte en la relación contractual. En el caso específico la Corte señala lo siguiente:

La Aseguradora Solidaria de Colombia, es una entidad nacional, especializada en la actividad aseguradora, sin

ánimo de lucro, constituida bajo la forma de sociedad comercial de responsabilidad limitada. Por tanto, si bien en principio sería improcedente la acción de tutela en su contra, en los términos del artículo 86 de la Constitución y 42 del decreto 2591 de 1991, en el caso en estudio se acepta su procedencia, dado el estado de indefensión en que se encuentran los actores, quienes al ser portadores asintomáticos del virus de inmunodeficiencia humana, ven frustrados sus derechos, por el abuso de poder que en cierta medida ejerce la aseguradora, al decidir de manera arbitraria negar la suscripción de la póliza de vida²³.

En el anterior fallo, el accionante tutela su derecho a la igualdad y a la vivienda, porque la entidad financiera le exige la suscripción de un seguro de vida con el objetivo de celebrar el contrato de mutuo entre acreedor y deudor, quien es portador del virus de inmunodeficiencia humana VIH. Se evidencia en este caso, que los derechos consagrados en la ley tienen restricciones necesarias, según la Corte, al aplicar la denominada teoría de la constitucionalización del derecho privado²⁴, la cual señala que desde la moral se deben aplicar las normas válidas y justas; lo anterior, con el objetivo de proferir un fallo coherente con las características de las citadas normas.

La Corte señala finalmente que

si bien existe una disposición legal contemplada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero artículo 100, que protege la libertad de tomadores y asegurados para decidir la contratación de los seguros y escoger sin limitación la aseguradora de su preferencia, la Sala no puede dejar de advertir, que en este caso, los demandantes optaron por la Aseguradora Solidaria de Colombia, pues fue esa aseguradora la que en principio estuvo dispuesta a contratar con ellos, expidiendo a su favor la póliza que protege el inmueble en caso de incendio y de terremoto, no así la póliza de vida, bajo la excusa de que son portadores de VIH²⁵.

Finalmente, de acuerdo a lo enseñado por Dworkin²⁶, el juez constitucional debe proferir la sentencia judicial que debe contener la solución correcta del caso, inclusive con la utilización de principios constitucionales que no se encuentren consagrados en la Constitución, con el objetivo de garantizar la protección de los derechos de la parte débil en el extremo contractual. Se busca, según el citado autor, que el juez constitucional profiera sentencias generadoras de precedentes judiciales. Se requiere, según Dworkin, que un juez activista no únicamente aplique la norma, sino la interprete siempre en defensa de los derechos del ciudadano, máxime si es la parte débil de la relación contractual.

6. Conclusiones

La constitucionalización del derecho privado en Colombia, genera tensiones que pueden producir inseguridad jurídica en la parte contratante considerada dominante o fuerte en la relación negocial. Por este hecho, el juez constitucional debe hacer la ponderación respectiva, antes de aplicar los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución, dejando sin efecto las disposiciones normativas establecidas en las leyes que rigen el derecho privado, las cuales consagran principios como el de seguridad jurídica.

Asimismo, las sentencias judiciales generan el denominado precedente constitucional, que produce una línea jurisprudencial proferida por parte de un juez activista, hecho que puede vulnerar los derechos de una parte en la relación negocial, que conllevaría a la transgresión del principio, igualmente, de legalidad. Lo anterior, genera tensiones generadas con la ponderación de reglas, principios y derechos, cuando se regulan relaciones entre particulares por parte del operador judicial. n del postulado de la autonomía.

NOTAS:

* Abogado consultor, profesor universitario de pregrado y posgrado, conferencista a nivel nacional e internacional; Magister en Derecho de la Universidad de los Andes; Magister de la Universidad Carlos III de Madrid (España), Especializado en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Derecho Penal y Probatorio de la Universidad del Rosario en Bogotá; con estudios de doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina); doctorando en Bioética médica y salud pública en la UMNG; docente certificado a nivel internacional por la *Life Office Management Association, Inc* – Loma con sede en Atlanta-Georgia (USA). Director de la Línea de Investigación en Derecho de la Responsabilidad y de Seguros UMNG. Ex-Director de Área de Derecho. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Ha escrito y publicado textos de contenido socio-jurídico. Correo electrónico: jose.lopez@unimilitar.edu.co

1 FARALLI, Carla. La Filosofía del Derecho Contemporáneo, Madrid: Hispania Libros, 2007. p. 83

2 Cfr. PRIETO SANCHÍS. Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Madrid: Trotta, 2003. cap.1. p.54

3 HERNANDEZ FRAGA, Katiuska. El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. sus límites y

limitaciones. REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa Núm.6, junio 2012, pp. 27-46. p. 29

⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-186 de 2011. Expediente D-8226. MP. Humberto Antonio Sierra Porto

⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Constitucionalización del derecho privado en Colombia. Por una justicia independiente en defensa de los derechos humanos. (p.2 y s.s.). Lima. Justicia y Derecho. Año 2; número 3.

⁶ En este tema, es importante hacer referencia a lo siguiente: “La jurisdicción constitucional es la potestad decisoria atribuida por la constitución a uno o más órganos jurisdiccionales con la precisa misión de resguardar y hacer prevalecer el principio de supremacía de la constitución en todas o en algunas de sus manifestaciones”. Cfr. GIACOMETTE, Ana. La prueba en los procesos constitucionales. Bogotá: Señal Editora: Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes. p. 78. Asimismo, se indica que “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”. Cfr. GOZAINI, Osvaldo. Introducción al derecho procesal constitucional. Buenos Aires, 2006. Rubinzal-Culzoni, Editores. p. 47

⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego. Interpretación Constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Primera edición. p.43

⁸ GARCÍA AMIGO, M., “Teoría general de las obligaciones, Lecciones de Derecho civil II, McGraw Hill, Madrid 1995, p. 130.

⁹ STIGLITZ, Rubén; Autónoma de la Voluntad y Revisión del Contrato, Buenos Aires 1.992. pág. 10

¹⁰ Cfr. PÉREZ GALLARDO, Leonardo. Introducción al Derecho Civil. La Habana: Editorial Félix Varela. 2004.

¹¹ Ibidem. STIGLITZ, Rubén. p. 10

¹² Para los efectos de la presente ponencia, lease póliza de seguro y contrato de seguro como lo mismo. Existe una fuerte tensión académica entre los doctrinantes López Medina y Tamayo Jaramillo en el tema objeto de la ponencia. El último indica que “La constitucionalización del derecho privado, hace referencia a la utilización por parte del ente jurisdiccional, de la solución correcta a la controversia presentada en el despacho judicial; pero este hecho genera inseguridad jurídica, inestabilidad económica, y pérdida de la confianza inversionista, porque se han presentado casos en países como Brasil en el que algunos Bancos de crédito de consumo popular, dejaron de prestar su servicio porque un operador judicial negó una acción ejecutiva presentada por el acreedor en contra un deudor incumplido, fundamentando su argumento en que si el deudor pagaba la obligación a su

cargo, se quedaba sin el mínimo vital”. En: TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Constitucionalización del derecho privado en Colombia. Por una justicia independiente en defensa de los derechos humanos. Lima. Justicia y Derecho. Año 2; número 3. p.2 y s.s.

¹³ Este tema ha sido tratado y puede ampliarse en el desarrollo de un proyecto de investigación, si el citado proyecto es aprobado para desarrollarse en el 2014 en la UMNG. LÓPEZ OLIVA, José. UMNG. Proyecto presentado y pendiente aprobación.

¹⁴ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-240 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Igualmente, es relevante señalar, que “En todos los Códigos europeos continentales expedidos a comienzos del siglo anterior, la estructura de la teoría de los contratos estaba basada en cuatro pilares fundamentales, a saber: el de la autonomía de la voluntad privada; el del consensualismo; el principio «pacta sunt servanda» o que el contrato es ley para las partes y finalmente el principio de ejecución de buena fe de los contratos”. Cfr. SUESCUM MELO, Jorge. La aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en la contratación de las entidades estatales. p. 12

¹⁵ PIETRO SANCHIS. Luis. Constitucionalismo y Positivismo. Ciudad de México: Biblioteca de Ética, Filosofía, Derecho y Política. Segunda edición. p.54

¹⁶ En lo relacionado con el significado de la autonomía privada se pueden estudiar los siguientes autores: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones: La obligación y el contrato en general, Tomo II, volumen primero, 8ª ed., Barcelona, Librería Bosch, 1989, pp.391 392; id., Compendio de derecho Civil, 7ª ed., Barcelona, Librería Bosch, 1990, pp.191 192; L. DÍEZ PICAZO / A. GULLÓN, Sistema. p.371; id., Instituciones de Derecho civil, vol.1, Madrid, Tecnos, 1995, pp.253-259; D. ESPÍN CÁNOVAS, Manual de Derecho Civil Español: Parte General, vol.I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982, pp.504 506; id., Manual de Derecho Civil Español: Obligaciones y Contratos, vol.III, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1983, pp.355 359.

¹⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-240 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁸ Ob. Cit. TAMAYO JARAMILLO, Javier.

¹⁹ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. Principios y Positivismo Jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1998 p. 61 y ss. Aunque, la autonomía de la voluntad en los contratos puede pasar de ser una regla a un principio. Lo anterior, por cuanto “La supervivencia del contrato está garantizada, por ser el vehículo que mejor atiende los intereses y requerimientos de los individuos. La ley no puede preverlo todo, pues por su naturaleza es abstracta y lejana. Al tener cada persona necesidades distintas, nadie mejor que cada interesado puede conocer de su urgencia e importancia. Por lo demás, el óptimo intercambio de riqueza

y servicios solo se obtiene mediante la iniciativa individual y el contrato es el instrumento de esta libertad”. Cfr. SUESCUM MELO, Jorge. La aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en la contratación de las entidades estatales. p. 14

²⁰ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-836 de 2001. Expediente: D-3374 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²¹ Ibidem. HERNANDEZ FRAGA, Katiuska. p. 29

²² “El derecho fundamental objeto de una acción de tutela debe corresponder a una consagración expresa y positiva efectuada directamente por el Constituyente que decide reservar ámbitos de la persona de la intromisión estatal o establece prestaciones y garantías que se incorporan como situaciones activas de poder de los sujetos oponibles al mismo. No tienen ese origen y mal puede pretender conferírseles ese carácter, las situaciones subjetivas activas o pasivas derivadas de la concesión recíproca de facultades que intercambian entre sí las partes de un contrato y que constituyen su contenido. Si bien la contratación es una manifestación de la libertad contractual y el ordenamiento le brinda reconocimiento, dentro de ciertos límites, hasta el punto de imponer judicialmente su cumplimiento, no por ello los derechos derivados de la matriz del contrato - que no de la Constitución - adquieren rango constitucional”. En: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-240 de 1993. Expediente T-9665. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

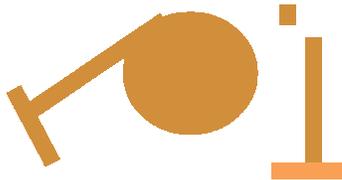
²³ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-1165 de 2001. Referencia: expediente T-500.674M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁴ Constitucionalización del Derecho privado que se apoya en el denominado Derecho procesal constitucional, el cual es definido por Ernesto Rey Cantor, como “un conjunto de principios y normas jurídicas consagrados en la constitución y la ley, que regulan los “procesos constitucionales. Cfr. REY, Ernesto. Derecho procesal constitucional, derecho constitucional procesal, derechos humanos procesales. Bogotá; 2001, Ediciones Ciencia y derecho. p.19

²⁵ La Constitución política de Colombia, indica que la administración de justicia es una función de carácter público, independiente de los demás poderes públicos, cuyas decisiones deben caracterizarse por su independencia y permanencia donde prevalece el derecho sustancial sobre el procesal; este último, el cual debe ser desconcentrado y autónomo, porque de lo contrario existirán sanciones. Cfr. Constitución Política de Colombia, 1.991, art. 228. Asimismo, la carta constitucional ordena que los operadores judiciales en sus fallos estarán sometidos a lo señalado por la ley, y este genera tensiones que son resueltas a través de la ponderación de reglas que se convierten en principios. Señala la Constitución, que “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios

auxiliares de la actividad judicial”. Cfr. Constitución Política de Colombia, 1.991, art. 230.

²⁶ Es relevante señalar, que el control de legalidad por vía de acción faculta a la Corte Constitucional para declarar la inexecutable de la norma regla o norma principio. Por su parte, en el control de legalidad por vía de excepción, es el funcionario u operador judicial quien está facultado para abstenerse de aplicar la ley. En el derecho natural la norma tiene valor de acuerdo a su contenido interno, el cual debe ser acertado y justo. Sin embargo, la norma que regula una relación en el derecho privado positivizado, tiene validez porque ésta ha sido estructurada e incorporada al sistema normativo, por parte del ser humano investido de autoridad. Cfr. DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona, España Editorial Ariel. 1982. p.23





DE LA NORMA Y DECISIÓN JUDICIAL

Boris Wilson Arias López*

Asociado fundador del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos

1. Introducción

El Estado de Derecho cuenta entre una de sus mayores pretensiones la de constituirse en el gobierno de las leyes y no de los hombres, en este sentido la vigencia de la ley aparentemente está ligada a su interpretación literal, lo que sin duda preservaría la autoridad del legislador y la seguridad jurídica al hacer previsible la aplicación del derecho, sin embargo: ¿es posible la resolución de todas las controversias jurídicas mediante la interpretación literal de la norma?

Al hablar, al recibir una carta, al suscribir un contrato, entre otras de nuestras actividades cotidianas procedemos a efectuar interpretaciones literales, pese a ello no podríamos por ello tampoco sostener que en dichas relaciones dos personas no puedan llegar a conclusiones diferentes respecto a la interpretación de un mismo texto. En el ámbito judicial, para resolver dicha problemática el juez en el marco de su independencia al interpretar ¿descubre o crea derecho?

Ahora bien para un estudio del problema de la interpretación literal paradójicamente se tiene como un primer obstáculo determinar qué se entiende por interpretación literal, ello si se considera que los propios jueces tienen diferentes concepciones antagónicas sobre su significación¹, e incluso habitualmente pasan de una interpretación literal a una no literal sin siquiera darse cuenta.

El presente trabajo desarrolla la relación entre interpretación literal y discrecionalidad judicial, con la aclaración de que el presente análisis no alcanza a situaciones en las que entran en controversia el tenor literal de la ley con la moral, ni alcanza a la arbitrariedad judicial entendida en este contexto como la actividad ilícita referida a la tergiversación malintencionada del lenguaje

para alcanzar y justificar un determinado resultado en una decisión judicial², situación que por tanto se contrapone a la discrecionalidad judicial entendida básicamente como la facultad que ofrece el ordenamiento jurídico a los jueces para resolver una problemática jurídica entre varias posibilidades todas constitucional y legalmente admisibles.

2. La interpretación judicial y la respuesta única en el derecho.

La importancia del texto en la regulación de las conductas se remonta a la interpretación de los documentos reveladores de la fe, donde únicamente una o un iluminado podía resguardar la voluntad divina traducida en un texto religioso (Biblia, Koran, Torah, etc), así el apocalipsis sostiene: “Yo atestiguo a todo aquel que escucha mis palabras de la profecía de este libro que, si alguno añade a estas cosas, Dios añadirá sobre él las plagas escritas en este libro; y si alguno quita de las palabras del libro de esta profecía, quitará Dios su parte del árbol de la vida y de la ciudad santa que están escritos en este libro”³, posteriormente y tras producirse la separación iglesia-Estado, dicha concepción de la interpretación sin duda alguna inspiró la aplicación e interpretación de la ley y los jueces se convirtieron en oráculos y sacerdotes de la ley, misma que se encontraba por sobre el sentido común de la y del ciudadano.

Durante el período del imperio romano y a efectos de preservar la voluntad del emperador se tiene que: “La prohibición de toda interpretación privada se encuentra en el Digesto en forma clara y terminante: “Los libros, y sobre todo los comentarios sobre las leyes, están prohibidos. Cuando haya duda sobre el sentido de una ley, los jueces deben someterla a la decisión del emperador,

que es el sólo legislador y el sólo intérprete legítimo”... Todo el que estuviera en contacto con el Derecho, profesor o juez, debía abdicar la libertad de su inteligencia y limitarse a operaciones puramente mecánicas...”⁴, lo que se proyectó al derecho privado, de forma que la interpretación en general se caracterizó por ser formalista, centrándose por ello en el significado y tenor de las palabras, así en un contrato para precautelar la promesa de las partes resultaba la prevalencia de las palabras por sobre la voluntad de las partes.

Con la formulación de la teoría de la soberanía popular Rousseau dedujo que los ciudadanos elijen a sus representantes quienes a su vez elaboran la ley -la ley como expresión de la voluntad general- que subordina la voluntad individual, de forma que toda torpeza o injusticia en la ley le era imputable en definitiva al ciudadano que en su caso erró al elegir a sus representantes y que por tanto debía sin duda sufrir las consecuencias de sus decisiones, lo que a su vez llevó a la conclusión de que objetivamente hablando no era posible considerar que la voluntad popular convertida en la ley pudiese ser injusta, ello en virtud a que era el propio ciudadano quien establecía la ley a través de sus representantes así no era admisible que alguien pudiese ser injusto consigo mismo. Por su parte Montesquieu concibió al Poder Judicial como un órgano no democrático sometido a la voluntad de las mayorías del Parlamento, en este sentido los jueces no eran elegidos por el pueblo, de forma que no resultaba admisible que pudiesen dejar sin efecto una ley emanada de un órgano eminentemente democrático, en este sentido para Montesquieu el Poder Judicial se constituía en un poder neutro a cuyos miembros les estaba vedado interpretar la ley debiendo únicamente aplicarla, así sostuvo que: “...los jueces de la Nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma...”⁵, configurándose lo que Juan Antonio Amado García califica de el “mito del legislador racional”.

De ahí surge la escuela de la exégesis cuyo momento culminante se dio en 1804 con la publicación del Código Civil napoleónico que se consideró sistematizaba todas las fuentes del derecho existentes en la materia (costumbres, leyes dispersas y contradictorias, etc.), de forma que eliminaba toda contradicción en las mismas encontrándose en dicho código todas las respuestas a toda problemática jurídica a plantear, es decir: “la cultura de la codificación elevó a la categoría de dogma dos criterios tendencialmente contrapuestos: obligación inexcusable de resolver todos los casos por parte del

juez y la calificación del mismo como boca muda de la ley, excluyendo la posibilidad de ser creador de derecho. Para hacer compatibles ambos postulados era necesario establecer otros dos dogmas; la plenitud y la coherencia del sistema (ausencia de algunas y de antinomias)”⁶ y redujo el derecho a la ley, de manera que conociendo la ley se conocía el derecho, aspecto que llevó al profesor Buglet a sostener: “No conozco el derecho civil; no enseño más que el código de Napoleón” de esta forma la actividad del juez debía ser fiel a la letra y la enseñanza del derecho de memoria.

Así “la revolución francesa supuso el paso desde el derecho común (sustancial y formalmente jurisprudencial) a un sistema basado exclusivamente en la Ley. Como sabemos, la doctrina revolucionaria se asienta sobre la ley como única fuente del derecho, esto es, en la creencia de que la ley, entendida como la voluntad omnipotente del pueblo soberano, constituye el único factor de creación del derecho y lo abarca en su totalidad. Pero la reducción del derecho a la ley dio lugar a un segundo reduccionismo: la estructuración de la ley según el modelo del “código”. La ley ya no podía aparecer como un simple agregado o repertorio legislativo, sino que debía someterse también a los dictados de la razón universal convirtiéndose en un sistema coherente, completo y unívoco”⁷, entonces es posible concluir que para esta escuela los códigos preveían una respuesta correcta a toda problemática jurídica.

Bajo la consideración de que la única fuente del derecho era la ley que emanaba del Parlamento lo lógico era considerar que sólo el Parlamento podía interpretar la ley, así en Inglaterra el máximo tribunal justamente recaía en el parlamento que hacía la ley y verificaba su correcta interpretación por parte de los jueces, mientras que en Francia surge el tribunal de casación que velaba por la voluntad del legislador e impedía la interpretación de la ley por parte de los jueces, teniéndose entonces básicamente que: “La idea de la exégesis era pues doble: por un lado los textos legales eran claros y transparentes, más aun cuando representaban el sentido democrático de las instituciones con indudable legitimidad. Y en segundo lugar, el juez era un servidor fidelísimo de la ley y debía aplicarla sin dudas ni murmuraciones, pues además cumplía un papel de custodia de la legalidad y no de la constitucionalidad”⁸.

Sin duda la escuela de la exégesis implicó un culto al legislador considerado perfecto e infalible y la aparición del “código” eliminaba la posibilidad de considerar la existencia de vacíos jurídicos o antinomias jurídicas, de

forma que los jueces no solo no requerían interpretar la ley sino que más bien les estaba vedado hacerlo, pues la misma podía aplicarse mecánicamente por lo que tampoco había cabida alguna para la discrecionalidad en la decisión judicial, por ello: "...se dice que cuando Napoleón supo de la publicación de los primeros comentarios al Código de 1804, exclamó: ¡Mi Código está perdido!..."⁹.

El formalismo ingenuo de siglo XIX en el que se incardina la escuela de la exégesis se fundaba en las siguientes premisas: "a) el sistema jurídico es completo, de manera que no hay lagunas y, por tanto, nunca va a tener el juez que "inventar" para un caso la solución que ninguna norma preestablecida contempla; b) el sistema jurídico es coherente, y, por tanto, no hay en él antinomias, con lo que nunca va a suceder que un juez se tope con que para el caso que le toca resolver se contienen en el ordenamiento vigente normas que prescriben soluciones contradictorias entre sí; y c) el sistema jurídico es claro, de manera que las soluciones que para cada caso prescribe están dadas con nitidez suficiente como para hacer su interpretación o bien innecesaria o bien muy sencilla"¹⁰, entonces la interpretación se concibió como un acto de conocimiento y no como un acto de voluntad, diferenciándose con claridad entre el momento de creación del derecho y el momento de aplicación del derecho, entre el papel del legislador y del juez, por lo que el método utilizado no podía ser otro que el de la subsunción.

Ahora bien, siendo algunos de los postulados de la escuela de la exégesis, la completitud del ordenamiento jurídico y la no existencia de "lagunas jurídicas", entonces todo juez estaba compelido a resolver los casos sometidos a su competencia *-non liquet-* lo que provocó que: "...los mismos juristas de la escuela exegética cometieran frecuentes infidelidades al método que ella postulaba... recurrían a la voluntad presunta del legislador y a los principios generales del derecho, sino también a la generalizada costumbre de emplear, para la tarea interpretativa, una serie de máximas o adagios..."¹¹ v.g. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* -donde la ley no distingue, no debemos distinguir-, *cessante legis rationes, cessat ejus dispositio* -cesando las razones de la ley, cesa su disposición-, etc., ficciones que justamente contradecían a los postulados básicos de la propia escuela de la exégesis.

Fue entonces que la escuela de derecho libre denunciará el culto al fetichismo de la ley escrita y que el derecho tiene más lagunas que regulación, lo que puso al descubierto que la concepción de un orden jurídico como un todo cerrado y completo era insostenible, además de reivindicar abiertamente para el juez un papel creador fundamentalmente frente a lagunas jurídicas referidas a

la inexistencia de norma que regule un supuesto, en cuyo caso se admitía el uso de la analogía o la integración (que a partir dos o más normas crea otra) o frente a antinomias, es decir ante la existencia de dos normas cuyo supuesto es el mismo pero sus consecuencias son incompatibles – v.g. una prohíbe y la otra permite- en cuyos casos la resolución del juez se encuentra sin duda al margen de toda ley escrita.

Gény¹² distinguió entre lo dado y lo construido en el derecho, entre la técnica y la ciencia del derecho, es decir sostuvo que la interpretación literal de la ley permite superar la incertidumbre y la oscuridad de la ley, pero cuando la ley no otorga respuesta es decir el juez está ante una laguna jurídica, falta de claridad de la ley y/o frente a antinomias se encuentra autorizado a la libre investigación entre el resto de fuentes del derecho: "...Cuando la norma resulta insuficiente, el jurista no tiene otro remedio que recurrir al derecho consuetudinario... Así como debe respeto a la ley, también debe someterse a la realidad social a los fines de evitar cualquier arbitrariedad. Finalmente, verificada la insuficiencia del derecho consuetudinario, el jurista debe recurrir al Derecho Natural... La investigación es libre, ya que se sustrae a la autoridad del derecho positivo y busca en las mismas fuentes del derecho la solución reclamada por la justicia y la utilidad sociales. Es asimismo científica, puesto que no descansa sobre apriorismos ni se lleva a cabo por medio de intuiciones..."¹³, de ahí que para Gény el derecho a efectos de la interpretación no se agota en las fuentes formales del derecho como la ley sino que abarca a las fuentes reales del derecho y: "...Por eso – expresa Gény- el trabajo que incumbe al juez me ha parecido poder calificarle: libre investigación científica; la investigación libre, toda vez que aquí se sustrae a la acción propia de una autoridad positiva; investigación científica, al propio tiempo, porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar..."¹⁴ entonces para Gény el juez debe decidir el litigio aplicando la norma que dictaría si fuese legislador.

En Alemania Savigny bajo el entendido de que el derecho debe evolucionar a la par de la realidad introdujo el elemento histórico¹⁵ a la interpretación, entendiéndolo que: "...interpretar es reconstruir el pensamiento ínsito en la ley, a través de cuatro elementos: el elemento literal, lógico, histórico y sistemático..."¹⁶, sin embargo rechazó el elemento teleológico entendido como la finalidad objetiva de la norma buscada por el legislador debido a la imprecisión y vaguedad de los fines perseguidos por las normas, es decir Savigny creía que no era posible a un juez conocer los móviles que impulsaban al legislador en

la elaboración de una ley corriéndose por ello en su criterio en el riesgo de convertir al juez en legislador. En todo caso para Savigny los elementos de la interpretación: gramatical, lógico, histórico y sistemático permitían a un juez interpretar la ley con objetividad y certeza eliminándose así valoraciones personales.

Para Ihering en cambio la autoridad judicial debe identificar y luego ponderar los intereses contrapuestos en cada caso concreto para ello debe considerar que: “si cada norma nace de la necesidad, sentida por el legislador, de solucionar un problema, el eje central de la interpretación pasa a ser el fin de la norma”¹⁷.

En todo caso: “La interpretación antiformalista, sin embargo, no es discrecional o subjetiva. Le exige al juez un mayor conocimiento de las realidades en las cuales ha de operar la norma. Por tal razón, Ihering, Gény, Ehrlich y los otros teóricos de la interpretación libre le exigían al juez una mayor preparación interdisciplinaria en economía, sociología, psicología, etc., para poder calcular correctamente si una cierta interpretación de la ley produciría las consecuencias que su fin exigía”¹⁸, es decir la interpretación buscaba saber cómo pensó el legislador o en su caso como habría pensado.

Para el realismo jurídico en cambio la interpretación ya no consistió tanto en conocer sino en valorar y decidir, para ello se utilizan criterios extrajurídicos –sociológicos, económicos, etc.–, en este sentido en definitiva se parte de la idea de que el juez primero decide y luego recién motiva posición jurídica que bien puede resumirse en la famosa frase del juez norteamericano Charles Evans Hughes en sentido de que: “Vivimos bajo una Constitución, más la Constitución es lo que los jueces dicen que es”. Por su parte Hans Kelsen máximo representante del positivismo jurídico caracterizado por separar derecho y moral en su “teoría pura del derecho”, separa el “ser” del “deber ser” ámbito último al que pertenece el estudio del derecho, excluyéndose así de la ciencia del derecho todo elemento extra-jurídico y por ello su teoría no puede concebir un derecho justo o injusto, verdadero o falso sino únicamente válido o inválido, de manera que el derecho válido no emerge de un hecho sino de su conformidad con otra norma superior v.gr. la Constitución.

De ahí que, “Sostiene Kelsen que la relación entre una grada más alta y otra más baja del orden jurídico, como la que existen entre la Constitución y la ley, o entre la ley y la sentencia judicial, es una relación de determinación o ligamiento (bindung): la norma de grado superior regula el acto por el que es producida la norma de grado inferior (o el acto de ejecución, si sólo de éste se trata); prescribe

con eso, no sólo el procedimiento en que se produce la norma inferior, sino también, eventualmente, el contenido de la norma a producirse. Pero la determinación no es nunca completa. La norma de grado superior no puede ligar en toda dirección al acto por el que es ejecutada. Siempre ha de quedar un margen más o menos amplio de libre apreciación, de manera que la norma de grado superior tiene siempre, con relación al acto de producción normativa o de consumación que la ejecuta, el carácter de un marco que ha de ser llenado por ese acto... En todos estos casos, la norma a ejecutarse constituye sólo un marco de ejecución, por lo que es regular todo acto jurídico que se mantiene dentro de ese marco llenándolo en algún sentido posible”¹⁹, es decir que para Kelsen cuando la ley no regula una situación jurídica es el propio ordenamiento jurídico que habilita al órgano jurisdiccional a crear una norma individual a través de la sentencia y por ello “...Kelsen, por ejemplo, recomendaba no incluir en el texto conceptos como el de justicia, libertad o igualdad...”²⁰.

Posteriormente, H.L.A. Hart diferenció las zonas de certeza del derecho que pueden catalogarse como paradigmáticos estándares donde la respuesta a una controversia judicial la da el ordenamiento jurídico y zonas de penumbra catalogados como difíciles, en los cuales la “textura abierta” del derecho hace dudoso el contenido de una regla, es decir para Hart “...toda expresión lingüística tiene un núcleo de significados y una área de penumbra. El núcleo del significado de una expresión está conformado por los casos de fácil interpretación, es decir, aquello en los cuales casi todos los intérpretes estarían de acuerdo en la expresión que se aplica-o no se aplica a los hechos considerados”.

Entonces cuando no hay derecho aplicable al caso el juez resuelve con discrecionalidad no irracionalmente, sino que resuelve al margen derecho es decir un caso es difícil justamente porque por la ausencia de derecho hace del juez un legislador para el caso concreto, de forma que: “...aún si las normas pudieran ser redactadas de manera que pudieran resolver, de antemano, todas las cuestiones posibles que surgieran sobre su significado, adoptar tales normas chocaría frecuentemente con otros fines que el derecho debe acariciar. Un margen de incertidumbre debe ser tolerado...”²¹.

Por su parte, Dworkin en 1967 para impugnar lo que él llamó “la versión más poderosa del positivismo jurídico” representada por Hart publica “¿Es el derecho un sistema de reglas?” donde sostiene que el derecho no sólo contiene reglas sino principios criticando la discrecionalidad que su teoría otorga a la decisión del juez en los casos difíciles: “a) porque toda regla se fundamenta en un principio y,

por lo tanto, el derecho no son sólo reglas; b) al existir los principios en el ordenamiento jurídico, entonces, el juez que tenga dudas en los “casos difíciles”, no crea una norma retroactiva que antes no existía, sino que aplica los principios existentes”²², en este sentido Dworkin niega que los jueces puedan crear derecho y sostiene que la posibilidad de otorgar discrecionalidad a los jueces desemboca en inseguridad jurídica cuando los principios del derecho provocan que el ordenamiento jurídico prevea una sola respuesta a cada problemática jurídica.

Para visualizar su teoría Dworkin ofrece la imagen de un juez ideal que bautiza como “juez Hércules” capaz de conocerlo y de resolver toda causa sometida a su competencia de forma correcta.

Cuando Hart preparaba una respuesta a Dworkin muere, y Penelope A. Bulloch junto a Joseph Raz editan el Post scriptum al concepto de derecho en base a los apuntes que dejó a medio trabajar, donde Hart respecto a los contextos difíciles sostiene que la discrecionalidad judicial no vulnera la seguridad jurídica del ciudadano pues al no tener éste una regulación jurídica no puede justificarse expectativas jurídicamente protegidas y que en todo caso la creación del derecho del juez es únicamente para el caso particular por lo que no invade el ámbito de competencias del legislador facultado para crear normas de carácter general.

De ahí se extrae que la diferencia entre la concepciones de Hart y Dworkin se origina en definitiva en la concepción del derecho, es decir que para Hart la relación entre derecho y moral no era necesaria sino eventual, en cambio para Dworkin toda regla del derecho está sustentada en un principio, en otras palabras para Hart la aplicación del derecho podía hacerse de forma asépticamente valorativa por ello era una teoría positivista en cambio para Dworkin ello no es posible al grado de que a su criterio “aún cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga el derecho a ganarlo”²³.

De lo referido y respecto a la discrecionalidad judicial es posible identificar básicamente las siguientes posiciones doctrinales: “a) la teoría positivista-formalista, que sostiene que un sistema jurídico es siempre un sistema lógicamente cerrado en el cual se puede deducir decisiones correctas a partir de reglas jurídicas predeterminadas, valiéndose exclusivamente de medios lógicos; b) la teoría realista, para la cual no hay reglas, por lo que las decisiones de los tribunales son el producto de las preferencias personales e incluso de los prejuicios de los propios jueces; c) la teoría de Hart y el positivismo como método, según la cual los jueces aplican normalmente las

reglas a los casos fáciles, pero que tienen discreción judicial para crear derecho en los llamados casos difíciles; d) la teoría de la “única respuesta correcta” de Dworkin, según la cual el derecho está compuesto por reglas y principios, todos preexistentes a la actuación judicial, y que en los principios encuentra el juez la única respuesta correcta al caso que ha de decidir”²⁴, ahora bien conforme se desarrollará en el punto siguiente todas estas posiciones pueden desembocar en extremos indeseables e inconvenientes.

3. Interpretación literal y discrecionalidad judicial

A efectos del presente trabajo considero debe tenerse presente que: “Si tenemos en cuenta la relación de significados que los lingüistas dan a la locución “significado literal” podemos afirmar que entre los filósofos del lenguaje no existe una unanimidad a la hora de entender dicha locución. Y que, al menos, existen actualmente dos teorías distintas acerca de su uso: las teorías semánticas que conciben el significado literal como aquel que se obtiene al margen del contexto, y las teorías pragmáticas para quienes incluso el significado literal de un enunciado no puede determinarse al margen del contexto en el que se emite”²⁵. En efecto y en referencia a la interpretación literal ello puede evidenciarse si se considera la máxima latina *in claris non fit interpretatio* -lo que ya está claro no necesita interpretación- que implica que si la declaración de la voluntad legislador expuesta en el texto legal es inequívoca no necesita interpretación y debe simplemente aplicarse.

La referida máxima *in claris non fit interpretatio* implica una teoría literalista que parte del supuesto de que las palabras tienen un significado propio y único que además no cambia de forma, que en la interpretación literal el significado de las palabras es el natural y obvio para cualquier ciudadano, así al juez le está vedado interpretar lo obvio.

De ahí se generan dos corrientes, los que sostienen que la interpretación únicamente es procedente si la norma es confusa, ambigua o imprecisa y la que sostiene que la norma siempre debe interpretarse, así “Wroblewski nos dice que interpretamos siempre que nos encontramos ante un término dudoso. A contrario sensu, cuando no nos encontremos ante un término dudoso, no se interpreta. Sosteniendo la tesis contraria tenemos a Luis Prieto Sanchís. Sus palabras son concluyentes: “Decidir que un texto es claro u oscuro es justamente una conclusión que sólo se alcanza después y no antes de interpretar el texto, y esta conclusión tampoco ha de ser universalmente compartida por todos los intérpretes...”²⁶, y en efecto resulta contradictorio sostener el *in claris non fit*

interpretatio sin una previa interpretación que evidencie que no se requiere interpretación, es decir “La simple afirmación de que un texto es claro implica ya una labor hermenéutica previa que llevó a la conclusión de su claridad”²⁷.

En efecto, la experiencia revela que el lenguaje provoca al menos los siguientes problemas interpretativos referidos a ambigüedad, pues las palabras pueden usarse de manera diversa y generar diferentes significados, piénsese por ejemplo en un chiste como el siguiente: “...”Una noche de invierno, el cliente de un bar, después de haberse tomado varios tragos, saca una langosta viva del bolsillo de su chaqueta y comienza a jugar con ella sobre la barra. Al cantinero le gusta la langosta y así se lo expresa al cliente. El cliente, agradecido por el comentario, le regala la langosta al cantinero. El cantinero dice: “Muchas gracias, me la llevaré a casa para cenar”. A lo cual responde el cliente: “no haga eso, ella ya ha cenado. Mejor llévela al cine”. Dentro del habla común, uno de los mecanismos más usados para generar humor en chistes de contenido lingüístico es atribuir a alguien una interpretación literal de las palabras, que, de otra forma, no serían normalmente interpretadas... De hecho, el efecto humorístico lo trae la interpretación literal, pero claramente inadecuada, que alguien da a una emisión...”²⁸, y vaguedad referida al campo de aplicación o amplitud de una palabra no plenamente definido, así por ejemplo el concepto de plazo razonable es decir ¿Cuánto tiempo debe transcurrir para que un plazo deje de ser razonable?

Por otra parte por muy clara que parezca una palabra o frase su significado se determina por un concepto generalmente compuesto por otros elementos sin los cuales no podría entenderse el concepto, y por la relación con otras palabras generalmente opuestas, de manera que no es posible entender el color “azul” sin distinguirlo de los otros colores como el “celestes” y su sentido no puede obtenerse sin considerarse previamente el contexto normativo al que pertenece de tal forma que: “...una palabra que, aisladamente, es ambigua, polisémica, es decir, que tiene más de un sentido, puede tener un único significado claro cuando es considerada en el contexto de un enunciado. Entre el enunciado y las palabras que lo componen hay una relación no unidireccional, sino bidireccional (o, si se quiere, circular): el significado del enunciado es determinado por el sentido de las palabras que lo componen (tomando en cuenta las reglas sintácticas de la lengua y la posición de cada palabra en el enunciado), pero también el significado global del enunciado determina,

el significado de las palabras que lo componen...”²⁹.

De ahí extraemos la relevancia del contexto en el que se usa una palabra o frase “por ejemplo, el enunciado “volveré a casa de mi padre” no significa lo mismo en el contexto de una conversación entre amigos que en el contexto del sermón en una misa dominical...”³⁰, al contexto pragmático del uso de la palabra o frase, así en una reunión en la que se encuentren presentes varias mujeres se frustraría un mensaje de “te presento a Josefa” sin señalar a la persona con ese nombre.

Y ello a la vez nos impele a recordar que las palabras son un puente entre el individuo y la sociedad a la que pertenece, por tanto si bien las palabras no tienen un significado propio no significa que el participante en una conversación pueda modificar dicho significado a su antojo, ello porque: “En el lenguaje se da la síntesis entre la experiencia del mundo y la realidad personal. En el lenguaje, donde habita el ser, según Heidegger, se incluye el contenido transmitido y ese contenido abarca la experiencia del mundo y la conciencia histórica... La experiencia de diálogo que permite a los interlocutores situarse en el lugar del otro para comprenderlo”³¹, es decir sólo así podría comunicarse el contenido de la ley, un poema, una carta; es decir si los emisores y receptores tienen experiencias y forman parte de una cultura común. De lo referido se extrae que hoy día ya no es posible negar las limitaciones del legislador para preverlo todo de manera expresa en la ley como lo hizo en su momento la escuela de la exégesis, debiendo recordarse más bien que: “...parece una evidencia concluir que el hecho de que existan medios o instrumentos jurídicos para remediar las lagunas, no quiere decir que las lagunas no existan (sería como decir que una lavadora no se estropea porque existen mecánicos que la arreglan; la lavadora sufre averías, cuestión distinta es que estas tengan solución)”³², en este sentido el comienzo para encontrar la respuesta a un problema sin duda alguna comienza reconociendo la existencia del problema.

La exclusión de aspectos de la realidad como el sociológico, el cultural, el político, entre otros y reducir el derecho a la ley como lo hicieron la escuela de la exégesis y Kelsen, descontextualiza el derecho así entendido, cuando más bien la creciente complejidad de las sociedades contemporáneas provoca que para la resolución de controversias jurídicas deba hoy día tomarse en cuenta cada vez más elementos extra-jurídicos.

Por otra parte cuando HLA Hart y Kelsen ante un vacío jurídico reducen la decisión judicial a la voluntad de la

autoridad jurisdiccional, ignoran que todo juez pertenece a una determinada realidad sobre la cual debe resolver de forma que su libertad de decisión está condicionada a la misma pero a su vez respecto a Dworkin se tiene que la debilidad del juez Hércules imaginado por el mismo deviene justamente de ser imaginario, lo que hace a la vez que la tesis de la existencia de una respuesta única no sea verificable además debe considerarse que los valores que hacen a los principios no son estáticos es decir su transmutación no es repentina sino gradual, lo que impide en sociedades cada vez más plurales exista un consenso o unanimidad sobre la decisión correcta lo que sin duda permite que las autoridades judiciales cuenten con un margen de discrecionalidad no irrestricta sino determinada por el contexto –espacio y tiempo- en el que resuelve una problemática.

En lo que refiere al realismo jurídico, éste ignora que existe algo preestablecido a la decisión judicial que limita la discrecionalidad judicial, que impide que un término o texto pueda tener cualquier significado pues paradójicamente ello implicaría sostener que no tiene significado alguno, en tal sentido “Si la ley dice “vehículo” podemos dudar de si se refiere a vehículos de motor solamente, o también a vehículos sin motor, a vehículos espaciales, a patinetes, a carros, a sillas de ruedas, etc., etc., y la decisión al respecto se establece por vía de interpretación; pero nadie en su sano juicio pensaría que de la referencia de ese término pueda formar parte un balón de fútbol o una serpiente”³³, lo contrario haría del legislador alguien innecesario.

Es decir el reconocimiento del margen de discrecionalidad interpretativa a favor de una autoridad judicial es inevitable pero ello no implica necesariamente que deba ser absoluta pues la misma puede y debe controlarse mediante la argumentación que debe contener la decisión es decir que cuando las partes al interior de un proceso judicial tienen interpretaciones encontradas el juez debe responder por qué no sigue la interpretación perdidosa lo contrario haría de una sentencia un acto de voluntad -mera expresión de fuerza- sujeto al capricho y las preferencias personales pues: “¿Qué puedo objetar contra alguien que me diga que prefiere los helados de chocolate a los de vainilla?”³⁴.

De ahí se tiene entonces que cuanto más se aleje una interpretación de la literalidad de un texto normativo se requiere que la autoridad jurisdiccional aumente de manera proporcional la argumentación explicando dicho alejamiento.

Asimismo el análisis literal de un texto debe efectuarse a partir de las particularidades de un caso concreto

condicionado por la realidad en la que se desenvuelve el intérprete, de ahí por ejemplo que la experiencia histórica de la humanidad impide interpretaciones de una norma que pueda justificar la pobreza, la injusticia, la discriminación, entre otros ello hace se reitera que al aplicar el derecho el juez no sea plenamente libre para elegir entre los diversos significados descriptivos y emotivos.

Finalmente, las reglas técnicas del manejo jurisprudencial tales como la diferencia entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, las reglas que rigen la modificación jurisprudencial se constituyen en un importante mecanismo de control de la interpretación judicial de forma que ningún tribunal puede adoptar una decisión que no está dispuesto a seguir o a sufrir en carne propia.

4. Conclusiones.

Todo juez desarrolla su función jurisdiccional entre teorías cognitivas de la interpretación -que hacen referencia a que se puede conocer el derecho- y entre teorías escépticas -que niegan que la interpretación sea una actividad de conocimiento sino de valoración y decisión-, posiciones dogmáticas que compiten entre sí para la resolución de cada uno de los casos que resuelve.

En sociedades cada vez más plurales el argumento de autoridad para justificar la interpretación literal, sea por los atributos personales de los gobernantes, por lo que representaban o por el procedimiento seguido en la aprobación de la ley, ha dejado de ser suficiente, es decir ya no basta referir lo que literalmente “dice la ley” para resolver una problemática jurídica, requiriéndose más bien que la decisión judicial convenza o al menos intente convencer a la parte perdidosa y a la colectividad en la que se desenvuelve el intérprete, sobre la necesidad de adoptar un tipo de interpretación y no otra.

Sin un contenido objetivo mínimo del lenguaje, que no dependa de la subjetividad del interprete la comunicación se vería frustrada así como la finalidad que busca el derecho, v.gr. no se conocerían las conductas prohibidas por el derecho penal y la irretroactividad de la ley no podría constituirse en una garantía cierta, pese a ello “...para evitar el resultado autodestructivo de una ley que difícilmente encuentra aplicación, su formulación lingüística debe ser, al menos en alguna medida, indeterminada”³⁵, pues no sería posible un lenguaje que con exactitud tuviese que expresar el peso, la medida, las características esenciales de lo representado, de ahí que: “...en todo caso, el “sentido literal” es bastante fluido e indeterminado; cambia según los contextos y no permanece diacrónicamente constante y, aun mediando

la debida contextualización (por obra de la interpretación), no siempre es unívoco y claro, carente de ambigüedad y vaguedad. Ahora bien, que el “sentido literal” de una disposición no sea preciso no quiere decir que no exista: es impreciso, pero no inexistente. En estos casos, el “sentido literal” no es un punto de llegada sino el punto de partida para una ulterior interpretación de otra naturaleza (histórica, sociológica, axiológica...)”³⁶.

NOTAS:

* Doctor en Derecho de la Universidad mayor de San Andrés (Bolivia)

1 Tecla Mazzarese en Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente sostuvo al respecto: “...no está claro qué pretenden los juristas cuando prescriben y/o, en función de los casos, afirman y/o recomiendan que la interpretación se funde en el significado literal o significado propio de las palabras. No sólo no está claro, como es obvio, por el propio carácter problemático de la noción de significado literal, sino también por dos razones adicionales: a) el uso no unívoco que los juristas hacen del término “literal” y/o de otros términos asumidos como sinónimos de “literal” y b) la pluralidad de concepciones antagónicas que tienen los juristas del proceso interpretativo”. Disponible en: 193.145.233.67/dspace/bitstream/10045/10277/1/doxa23_22.pdf

2 En ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? Juan Antonio García Amado entiende que se presenta arbitrariedad cuando: a) se vulnera las pautas decisorias que el sistema jurídico le fija para el caso, es decir convierte a la fuerza un caso fácil en uno difícil, b) se demuestra que lo que guía su decisión son móviles incompatibles con el sistema jurídico v.gr. notoriedad, miedo, ideología, presión externa, etc., c) cuando no se motiva el fallo o el argumento sea absurdo, contradictorio, etc. Disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewArticle/34>

3 Biblia. Apocalipsis. Capítulo 22. Versículos 18 y 19.

4 Uribe Restrepo, Jorge. La interpretación de la ley. Disponible en: www.udea.edu.co/.../Vol%20IV%20Rev%2012%20parte%205.pdf

5 Citado por Juan Antonio Pabón Arrieta en El juez como historiador: memoria, fuentes y derechos humanos. Disponible en: <http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/revistas2/index.php/advocatus/article/view/59>

6 Talavera, Pedro. Interpretación, integración y argumentación jurídica. Editorial El País. Santa Cruz – Bolivia. 2008. p. 179

7 Talavera, Pedro. Interpretación, integración y argumentación jurídica. Editorial El País. Santa Cruz – Bolivia. 2008. p. 66

8 García Belaúnde, Domingo. Notas acerca de la interpretación constitucional en América Latina. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3163745.pdf

9 Linares Quintana, Segundo V. Tratado de interpretación constitucional. Editorial Abeledo –Perrot. Buenos Aires – Argentina. p.77

10 García Amado, Juan Antonio. ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? Disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewArticle/34>

11 Linares Quintana, Segundo V. Tratado de interpretación constitucional. Editorial Abeledo –Perrot. Buenos Aires – Argentina. p. 81

12 Gény publicó en 1899 su texto: “Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo”.

13 Alejandro Aldo Menicocci. Notas sobre “Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo” de Francois Gény.

14 Linares Quintana, Segundo V. Tratado de interpretación constitucional. Editorial Abeledo –Perrot. Buenos Aires –Argentina. p. 63

15 Justamente Savigny efectuó un célebre debate con Thibaut oponiéndose a la redacción de un Código Civil en Alemania lo que prolongó su aparición sino hasta el BGB en 1900.

16 Noemí Lidia Nicolau. ¿Interpretación o elaboración de normas en materia contractual? <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/944/835>

17 García Amado, Juan Antonio. Sobre la interpretación constitucional. Disponible en: <http://www.cnj.gov.sv/images/stories/documentos/pdf/InterpretacionArgumentacionJuridica/capitulo%2011.pdf>

18 López Medina, Diego Eduardo. Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional. Antecedentes históricos y perspectivas contemporáneas.

19 Linares Quintana, Segundo V. Tratado de interpretación constitucional. Editorial Abeledo –Perrot. Buenos Aires –Argentina. p. 89

20 Iglesias Vila, María. Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional. Disponible en: <http://publicaciones.ua.es/publica/fichareel.aspx?Cod=02148676RD1>

21 HLA Hart. Post scríptum al concepto de derecho. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/38/tc.pdf>

22 Pérez Jaraba, María Dolores. Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart. Disponible en: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/543>

23 Citado en La interpretación constitucional de Carlos Luis Quispe Astoquilca. Disponible en: http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/working_papers/papeles_13.pdf

24 Pérez Jaraba, María Dolores. Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart. Disponible en: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/543>

25 Gimeno Presa, María Concepción. La interpretación literal de la ley. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/909342.pdf

26 Guim A. Mauricio A. Interpretación y argumentación. Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=623&Itemid=116

27 José Gamas Torruco. Interpretación constitucional
28 López Medina, Diego Eduardo. La letra y el espíritu de la ley. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 2008 p. 130.

29 Poggi, Francesca. Significado literal: una noción problemática. Disponible en: rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13156/1/DOXA_30_51.pdf

30 Talavera, Pedro. Interpretación, integración y argumentación jurídica. Editorial El País. Santa Cruz – Bolivia. 2008. p. 72

31 García Barrera, Myrna Elia. La jurisprudencia y la interpretación en la teoría jurídica contemporánea y posmoderna. Disponible en: <http://www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos4/art.%205%20la%20Jurisprudencia%20y%20la%20interpretacion.pdf>

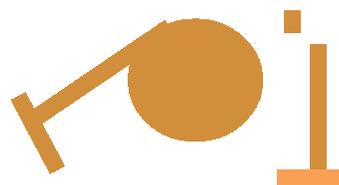
32 Talavera, Pedro. Interpretación, integración y argumentación jurídica. Editorial El País. Santa Cruz – Bolivia. 2008. p. 118

33 García Amado, Juan Antonio. Sobre la interpretación constitucional. Disponible en: <http://www.cnj.gob.sv/images/stories/documentos/pdfs/InterpretacionArgumentacionJuridica/capitulo%2011.pdf>

34 Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García Figueroa. La argumentación en el derecho. Editorial Palestra. Lima – Perú. 2005.

35 Tecla Mazzaresse. Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente. Disponible en: 193.145.233.67/dspace/bitstream/10045/10277/1/doxa23_22.pdf

36 Talavera, Pedro. Interpretación, integración y argumentación jurídica. Editorial El País. Santa Cruz – Bolivia. 2008. p. 73





2014