



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

VOL. 2 | N. 2 | MAIO/AGOSTO 2015 | ISSN 2359-5639



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 2 | n. 2 | maio/agosto 2015 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral

Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br

REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



Os trabalhos estão licenciados com uma Licença **Creative Commons – Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional**. É autorizada a reprodução total ou parcial exclusivamente para fins não comerciais e desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto, no formato indicado na página inicial de cada artigo.

Endereço: Praça Santos Andrade, n. 50, 3º andar –
Centro – CEP 80020-300 – Curitiba-PR – Brasil
Telefone: +55 41 3310-2683
Site: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>
E-mail: revista@ninc.com.br

Supervisão editorial: Eliane Peçanha
Revisão: Equipe do NINC-UFPR
Bibliotecária: Paula Carina de Araújo – CRB 9/1562
Capa: Duilio David Scrok
Projeto gráfico: Duilio David Scrok
Diagramação: Duilio Scrok e Editora Íthala
(www.ithala.com.br)

Publicação eletrônica de acesso aberto
Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

Revista de Investigações Constitucionais / Universidade Federal do Paraná,
Núcleo de Investigações Constitucionais. – v.1, n.1 (jan./abr. 2014) –
Curitiba: UFPR, 2014-

Quadrimestral.

Endereço eletrônico: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>

ISSN: 2359-5639

1. Direito. 2. Direito Constitucional. I. Universidade Federal do Paraná.
Núcleo de Investigações Constitucionais.

CDU 342
CDD 341.2

Catalogação na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – SiBi

Cobertura temática (classificação do CNPq):

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Objetivo: A Revista de Investigações Constitucionais, fundada no ano de 2014, consiste em periódico científico eletrônico de acesso aberto e periodicidade quadrimestral promovido pelo NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (www.ninc.com.br), e tem como objetivo principal a publicação de artigos jurídicos de excelência de autores nacionais e estrangeiros na seara constitucional.

Linha editorial: A linha editorial segue o eixo de concentração das atividades de pesquisa do NINC, com enfoque para o estudo crítico do Direito Constitucional e das instituições jurídico-políticas, especialmente em suas interfaces com as Teorias da Justiça, a democracia, os direitos fundamentais e a intervenção estatal, e seus pontos de contato com ramos jurídicos do Direito Público intimamente ligados com o Direito Constitucional, tais como o Direito Administrativo, o Direito Eleitoral e a Teoria do Estado.

Double blind peer review: A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas “*ad hoc*” portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição promotora da revista (Universidade Federal do Paraná) e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são, portanto, sempre Professores Doutores vinculados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

EQUIPE EDITORIAL

Coordenador Editorial

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

(Universidade Federal do Paraná e Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Conselho Editorial

Prof. Dr. Alberto Bianchi (Universidad Católica Argentina – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Allan Brewer-Carias (Universidad Central de Venezuela – Caracas, Venezuela)

Prof. Dr. André Ramos Tavares (Universidade de São Paulo – São Paulo- SP, Brasil)

Prof. Dr. Carlos Bernal Pulido (Macquarie Law School – Sidney, Austrália)

Prof. Dr. Claudio Pereira Souza Neto (Universidade Federal Fluminense – Niterói-RJ, Brasil)

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Prof. Dr. Christoph Bezemek (Universität Wien – Viena, Áustria)

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (Universidade Federal de Pernambuco – Recife-PR, Brasil)

Prof. Dr. Gilberto Bercovici (Universidade de São Paulo – São Paulo-SP, Brasil)

Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá (Universidad de Talca – Santiago, Chile)

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre-RS, Brasil)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Universidade de Fortaleza – Fortaleza-CE, Brasil)

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

Prof.^a Dr.^a Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo – Palermo, Itália)

Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal (Universidade de Santa Cruz do Sul – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

Prof. Dr. Néstor Pedro Sagüés (Universidad de Buenos Aires – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Richard Albert (Boston College Law School – Boston, Estados Unidos da América do Norte)

Prof. Dr. h.c. mult. Robert Alexy (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel – Kiel, Alemanha)

Secretaria Executiva

Tuany Baron de Vargas

Luzardo Faria

Equipe de Redação e Revisão

Brunna Marin

Carolina Chagas

Érico Prado Klein

Luzardo Faria

Pedro Henrique Gallotti Kenicke

Renan Guedes Sobreira

Tailaine Cristina Costa

Tuany Baron de Vargas



Sumário

Contents

Editorial: Desenhos institucionais no constitucionalismo contemporâneo

Editorial: Institutional designs in the contemporary constitutionalism

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44822>

Daniel Wunder Hachem 4

The right to a fair trial in the European Union: lights and shadows

O direito ao devido processo legal na União Europeia: luzes e sombras

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44509>

Susana Galera Rodrigo.....7

Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales

Dimensions of the Welfare State and fundamental social rights

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510>

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz31

La elección popular indirecta de altos funcionarios del Estado en Venezuela y su violación por el Estado autoritario: el golpe de Estado de diciembre de 2014 dado con las inconstitucionales designaciones de los titulares de las ramas del Poder Público

The indirect popular election of the high public officials of the state in Venezuela and its violation by the totalitarian state: the coup d'Etat of December 2014 given with the unconstitutional appointments of the Head of the Branches of Government

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.4451>

Allan R. Brewer-Carías63

¿Jueces legisladores?

Judges as legislators?

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44512>

Estela B. Sacristán.....93

Las candidaturas independientes en México

Independent candidacies in Mexico

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44513>

Luis Antonio Corona Nakamura

Genaro Hernández Velazco.....117

Régimen jurídico de la acción de acceso a la información pública en el Uruguay

Legal system of the action of access to the public information in Uruguay

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44514>

Pablo Schiavi137

Impactos da corrupção no direito fundamental a uma prestação jurisdicional conforme a justiça constitucional

Impacts of corruption on the fundamental right to a fair trial in compliance to constitutional justice

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44515>

Rogério Gesta Leal.....169

Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de impeachment do Presidente da República

Legal requirements for the establishment of the process of impeachment of the President of the Republic

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44517>

Pedro Estevam Alves Pinto Serrano189

Instruções para autores

Instructions for authors

.....215

Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44822>



Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons

Desenhos institucionais no constitucionalismo contemporâneo

Institutional designs in the contemporary constitutionalism

A implementação de um projeto constitucional consiste em tarefa complexa e desafiadora, em especial quando se está a tratar de Constituições forjadas sob a égide de sociedades democráticas, que nelas imprimem valores e objetivos muitas vezes contrastantes ou mesmo antagônicos. A escolha das prioridades a serem adotadas entre as diversas metas traçadas pelo sistema constitucional; a eleição entre os princípios que devem prevalecer em um caso concreto que envolva colisão; a decisão a respeito de qual órgão tem competência para apreciar uma questão constitucional intrincada; a verificação das hipóteses em que determinados entes devem prestar deferência a outros, bem como das situações em que a revisão da decisão de um órgão deve ser levada a efeito por outro... todas essas são questões candentes no constitucionalismo contemporâneo.

Daí a importância de se estudar a fundo as instituições traçadas pelas Constituições para emprestar efetividade às decisões fundamentais plasmadas na ordem constitucional. É por meio do desenho institucional delineado pelo poder constituinte que podem ser encontradas as respostas às difíceis problemáticas acima referidas. A partir de diferentes perspectivas, os trabalhos concentrados nesta edição exibem alguns dos esquemas institucionais tracejados por distintos sistemas constitucionais para dar concretude aos seus preceitos, enfrentando temas como o direito a um julgamento justo

Como citar este editorial | How to cite this editorial: HACHEM, Daniel Wunder. Editorial: Desenhos institucionais no constitucionalismo contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 4-6, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44822>.

na estrutura da União Europeia; as dimensões do Estado Social para a efetivação dos direitos fundamentais sociais; a eleição popular indireta dos altos funcionários na Venezuela; a postura ativista dos juízes e as suas relações com a atividade legiferante; as candidaturas independentes de partidos políticos no México; o acesso à informação pública no Uruguai; os impactos do fenômeno da corrupção na estrutura do Poder Judiciário; as exigências constitucionais para a instauração de processo de *impeachment* no Brasil, envolvendo as relações entre Poder Legislativo e Poder Executivo.

O número ora apresentado compõe-se de artigos científicos escritos em 3 idiomas diferentes (inglês, espanhol e português), desenvolvidos por pesquisadores filiados a 8 instituições de 6 países distintos (Espanha, Venezuela, Argentina, México, Uruguai e Brasil – São Paulo e Rio Grande do Sul). Dos artigos publicados nesta edição, 100% são de Professores Doutores, 75% redigidos em língua estrangeira, 75% de autores estrangeiros e 100% de autores exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- The right to a fair trial in the European Union: lights and shadows

Susana Galera Rodrigo

Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España)

- Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Profesor Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidade da Coruña (La Coruña, España)

- La elección popular indirecta de altos funcionarios del Estado en Venezuela y su violación por el Estado autoritario: el golpe de Estado de diciembre de 2014 dado con las inconstitucionales designaciones de los titulares de las ramas del Poder Público

Allan Brewer-Carias

Profesor de la Universidad Central de Venezuela (Caracas, Venezuela)

- ¿Jueces legisladores?

Estela B. Sacristán

Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina)

- Las candidaturas independientes en México

Luis Antonio Corona Nakamura

Profesor en los programas de Licenciatura, Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidad de Guadalajara (Guadalajara, México)

Genaro Hernández Velazco

Alumno de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (Villahermosa, México)

- Régimen jurídico de la acción de acceso a la información pública en el Uruguay

Pablo Schiavi

Profesor de Derecho de la Información y de Investigación y Documentación en la Facultad de Comunicación de la Universidad de Montevideo (Montevideo, Uruguay)

- Impactos da corrupção no direito fundamental a uma prestação jurisdicional conforme a justiça constitucional

Rogério Gesta Leal

Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

- Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de impeachment do Presidente da República

Pedro Estevam Alves Pinto Serrano

Professor de Direito Constitucional e de Fundamentos de Direito Público da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (São Paulo-SP, Brasil)

O Direito Constitucional na atualidade clama, cada vez mais, pela pesquisa dos meios institucionais adequados para dar operatividade à dinâmica dos sistemas constitucionais. A inter-relação entre os poderes constituídos, a lógica da estruturação da maquinaria constitucional, o diálogo constante entre os diferentes órgãos e polos de decisão política são temas centrais a ocupar a agenda do constitucionalismo contemporâneo.

Curitiba, maio de 2015.

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

Coordenador Editorial da Revista de Investigações Constitucionais



The right to a fair trial in the European Union: lights and shadows*

O direito ao devido processo legal na União Europeia: luzes e sombras

SUSANA GALERA RODRIGO**

Universidad Rey Juan Carlos (España)
susana.galera@urjc.es

Recebido/Received: 14.01.2015 / January 14th, 2015

Aprovado/Approved: 05.02.2015 / February 05th, 2015

Abstract

This article is focused on one of the rights provided by the article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: the right of a fair trial. It is not a new contribution of the Charter but a guarantee which has been provided by the EU Law for decades, first appeared as procedural right, later recognized as a general principle of the EU and finally embodied in the Charter. This work reminds such process of recognition, paying special attention to the judicial remedies provided by the EU law and to some specific rules which affect the environment on the right of a fair trial is developed. The article concludes underlining, on one hand, the improvements on the right to a fair trial carried out by this legal process and, on the other hand, a few gaps on the issue which are neither recent nor consistent with the effectiveness and completeness of such right as it is required by the Rule of Law tradition.

Keywords: right of a fair trial; access to the courts; judicial remedies; judicial independence; European Union.

Resumo

Este artigo foca-se em um dos direitos previstos no artigo 47 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: o direito a um julgamento justo. Não é uma nova contribuição da Carta, mas sim uma garantia que foi fornecida pelo Direito da União Europeia há décadas, surgida inicialmente como direito processual, mais tarde reconhecida como um princípio geral da UE e finalmente consagrada na Carta. Este trabalho recorda tal processo de reconhecimento, com especial atenção para as medidas judiciais fornecidas pelo Direito da UE e para algumas normas específicas que afetam o ambiente no qual direito a um julgamento justo é desenvolvido. O artigo conclui salientando, por um lado, os aprimoramentos ao direito a um julgamento justo realizados por este processo jurídico e, por outro lado, algumas lacunas sobre a questão, que não são recentes nem compatíveis com a efetividade e integridade desse direito nos termos em que seria exigido pela tradição do Estado de Direito.

Palavras-chave: direito a um julgamento justo; acesso à justiça; medidas judiciais; independência judicial; União Europeia.

Como citar esse artigo/How to cite this article: GALERA RODRIGO, Susana. The right to a fair trial in the EU: lights and shadows. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 7-29, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44509>.

* A previous version has been published on the Revista de Derecho Político, UNED, nº 87.

** Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España). Doctora en Derecho – Universidad de Alcalá de Henares. Licenciatura de Derecho – Universidad de Granada. Investigaciones realizadas en el Instituto de Empresa de Madrid, Universidad de Pau-Bayonne, Universidad de Harvard, Centre National de la Recherche Scientifique de Paris, Universidad British Columbia y Universidad de Kent.

CONTENTS

1. The *right to a fair trial* granted by article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union; **2.** The previous developments: from principles to individual rights and to the Charter; **3.** The EU Remedies; **3.1.** Direct actions; **3.2.** Indirect actions: preliminary references; **4.** Persistent gaps on the EU judicial remedies from the *right to a fair trial* perspective; **4.1.** Access to the ECJ for individuals. The preliminary reference as (alleged) compensation; **4.2.** Judicial independence; **5.** Final; **6.** References.

1. THE RIGHT TO A FAIR TRIAL GRANTED BY ARTICLE 47 OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION

The resolution of legal disputes by an independent judicial body is a requirement stated worldwide by the Rule of Law tradition. In the event that the disputes opposes private parties to public powers, such judicial remedies acquires a further role as they work on realizing the general submission to the public powers to the Law, which is another key element required by the Rule of Law tradition. From this –public law– perspective, there is a very close link between the legality of public persons’ activity and the individual rights relating “Justice”. There are the two faces of the coin which are displayed when citizens exercise their rights before the courts challenging public decisions: in seeking judicial protection of their rights, individuals keep public powers within their legal bounds and limits.

It was in 1986 that the European Court of Justice first referred to the legal order formed by the Community Treaties as the “constitutional charter”, the central idea of this “charter” being the submission of (European) public power to judicial review as imposed by the rule-of-law tradition.¹ Earlier the Court had recognised the right to a fair trial as a common principle of Community law, directly connected with judicial review requirements.

In 2008, the Court reiterated this doctrine: “The Community is based on the rule of law, inasmuch as neither its member states nor its institutions can avoid review of the conformity of their acts with the basic constitutional charter, the EC Treaty, which established a complete system of legal remedies and procedures designed to enable the Court of Justice to review the legality of acts of the institutions”.²

The Title VI of the Charter of Fundamental Rights of the European Union is devoted to the rights relating to “Justice”, starting with article 47, which grants three different rights.

¹ ECJ 23 April 1986, Case 294/83, *Les Verts*.

² ECJ 3 Sep 2008, Cases C-402/05 and C-415/05 P, *Al Barakaat et al.*

*Article 47**Right to an effective remedy and to a fair trial*

Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article.

Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented.

Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice.

These provisions have their correspondence in the different rights provided for in the European Convention of Human Rights (EConHR from now on), whose interpretation by the ECHR have to be taken into account in order to set the content and scope of the rights provided for the Charter as it is stated in its article 52 (*Scope of Granted Rights*)³. The correspondence is as follows:

- right referred to on the first paragraph corresponds to the *right of an effective remedy* granted by the article 13 of the EConHR;
- right referred to on the second paragraph corresponds to the *right of a fair trial* granted by the article 6(1) of the EConHR;
- right referred to on the third paragraph corresponds to the *legal aid* which has been recognized by the ECHR case-law as eventually taking part to the right to access to the courts.

It could be thought that in countries with a large democratic tradition *va de soie* remedies exist each time citizens try to invoke a right legally provided and consequently that article 13 would just work for more recent democracies. This is a wrong conclusion which is denied by the ECHR case-law, although it is true that article 6(1) is much more frequently invoked than article 13.

Recently, the ECHR has ruled on some cases which illustrates the scope of the right to an *effective remedy* and the situations it is able to be invoked... even in consolidated democracies. According to this case-law, breaches of the article 13 have been declared in the following situations:

- different remedies are provided for with different purposes, but they work in such a way that a claim for specific the rights provided by the EC kept unconsidered (UK 2012)⁴;

³ See the ECJ's interpretation of article 52, third paragraph, in its Judgement of 22 December 2010, Case C-279/00.

⁴ ECHR 13.06.2012, Reynolds vs. UK, relating a claim for compensation referred to a patient's death while he was interned in a hospital belonging to the public health system.

- remedies provided for asylum procedures do not comply with rigorous conditions required by the ECHR in such procedures, particularly with the suspension effects of judicial remedies stated against a negative resolution following the asylum request (Czech Republic 2011)⁵;
- security and organizational measures on prisoners have to be admitted as being the object of a judicial remedy, excluding that such measures are just internal measures stated by Ministry of Interior which are not able to be challenged (France 2009)⁶.

Relating the *legal aid* which is referred to in the third paragraph, it is an issue which has been partially harmonized by international and European measures⁷ concerning natural persons. Recently⁸, the Court has been asked for the first time whether the mechanism for legal aid, intended to exempt persons from payment of the administrative charge for proceedings, could be excluded for *legal persons* by the national law. The ECJ, after a careful exam on the ECHR case-law, does not exclude that such aid could be necessary for a legal person on the basis of the principle of effective judicial protection and the access to the court. Furthermore, it states the criteria which has to be taken into consideration by the national court while assess whether the condition for legal aid constitutes a limitation on the right of access which undermines the very core of that right and the proportionality criteria is respected.

Turning on the right of a *fair trial*, which is the object of this work, its understanding requires the consideration of the process of the recognition of such right, the context and main EU legal fields where it has been arose from and, finally, the consideration of some classic and still persistent gaps on its content.

2. THE PREVIOUS DEVELOPMENTS: PROCEDURAL GUARANTEES, PRINCIPLES, INDIVIDUAL RIGHTS AND THE CHARTER

Initially, the only objectives of the European Communities were economic, and the original Treaties did not include any provisions relating to the individual's legal position. However, the need for such provisions soon surfaced as increasingly Community

⁵ ECHR 23.11.2011, *Diallo vs. Czech Republic*, where the Court applies its previous criteria on remedies relating asylum procedures (close and rigorous scrutiny of a claim and a remedy with automatic suspensive effect), due to the close potential connection of the asylum seek with the right of provided by article 3 ECHR (prohibiting torture and "inhuman or degrading treatment or punishment").

⁶ ECHR 9.10.2009, *Khider v. France*, relating security measures (isolation, transfers and frisks) on prisoners on the basis of an internal Ministry of Interior's notices addressed to the penitentiary centers.

⁷ See the international and european law the General Advocate Mr. Mengozzi refers to in its conclusions (2 september 2010) in Case C-279/09. Relating the European law, in addition to the ECJ's Rules of Procedure, references are made to the Council Directive 2003/8/EC establishing minimum common rules relating to legal aid for cross-border disputes.

⁸ Case C-279/09 referred to above.

activity directly involved the citizens' legal status. In the late 1960s, the Luxembourg Court gave recognition to some procedural guarantees in particular and in general to fundamental rights, including them among the General Principles of Law which fall under Community law. Later, these "principles" evolved in Luxembourg's case law into "fundamental rights" and finally the Community law included specific guarantees for human rights, first in the European Single Act (1985) and later in the Maastricht (1992) and Amsterdam (1997) Treaties⁹.

Once the ECJ formally dismissed the possibility of the EU's accession to the European Convention because of a lack of legal basis in the Treaties,¹⁰ the EU began working on its own "Bill of Rights". First, the "Charter of Fundamental Rights of the European Union" was formally "proclaimed" in Nice in 2000. Later, it was included in the so-called "Constitutional Treaty" and, finally, it was definitively empowered by the Lisbon Treaty, which also provides the legal basis for the EU's further accession to the European Convention

It is important to recall that, when Community law began to consider these non-economic issues, a sort of *European public order* on fundamental rights and rule of law had already been developed by the Judges in Strasbourg. That explains the persistent ECJ's assertion to the European Convention and to the ECHR's criteria, whose recent and well-known judgement on *Bosphorous* case clearly describes and summarises this EU process:¹¹

the ECJ held as early as 1969 that fundamental rights were enshrined in the general principles of Community law protected by the ECJ. By the early 1970s the ECJ had confirmed that, in protecting such rights, it was inspired by the constitutional traditions of the member states and by the guidelines supplied by international human rights treaties on which the member states had collaborated or to which they were signatories. The Convention's provisions were first explicitly referred to in 1975 and by 1979 its special significance amongst international treaties on the protection of human rights had been recognised by the ECJ. Thereafter the ECJ began to refer extensively to Convention provisions (sometimes where the EC legislation under its consideration had referred to the Convention) and latterly to this Court's jurisprudence, the more recent ECJ judgments not prefacing such Convention references with an explanation of their relevance for EC law.

⁹ See BARBIER DE LA SERRE, Eric. Procedural justice in the European Community case law concerning the rights of the defence: essentialist and instrumental trends. *European Public Law*, vol. 12, n. 2, 2006, p. 225-250.

¹⁰ These criteria are described in the ECJ's well-known Opinion 2/94. However, I join those scholars who state that these reasons were "unpersuasive" (ALTON, P.; WEILWE, J. H. H. **An 'Ever Closer Union' in need of a Human Rights Policy: the EU and Human rights**. Available at <www.jeanmonnetprogram.org/papers/99/990110.html>).

¹¹ *Bosphorous Hava v. Ireland*, European Court of Human Rights 30 Jun 2006, pt. 73. This judgment is full of ECJ case law references: I have omitted them for easier reading.

The “procedural rules” stated by the ECJ first arose during implementation of the Community’s Competition Law, the most important substantive Community law contribution to a codification of procedural rights at the European level (especially in the first years after its passage). Implementation of the Competition Law was, and still is, the most important administrative activity directly managed by the European Commission’s services. The law’s provisions tend to be applied with great severity and frequently affect individuals’ rights. Examples include inspections in a company building without staff permission, information requirements whose answers could cause self-incrimination, and access to the Commission’s files during an investigation; consequently, it has been recognized as a general principle of EU¹² “the need for protection against arbitrary or disproportionate intervention by public authorities in the sphere of the private activities of any person”.

In this context, the ECJ set up procedural *rules* case by case, following notwithstanding a “reluctant approach” to human rights issues:¹³ when human rights were involved in a case, the ECJ usually handed down a judgment that left questions about human rights unanswered. That is, ECJ decisions resolved the disputes in the end by avoiding any general criteria about the related procedural *rights*. The Community institutions were then much more concerned with efficient implementation of the competition and other key rules for the Common Market implementation than with the elaboration of a sort of code of procedure. In fact, the general opinion is that in the early cases the ECJ was more focused on administrative action and only later turned to the subjective rights of individuals.¹⁴

From a general scope, the pre-eminent role of the “right of justice” in developing the catalogue of fundamental rights has been pointed out¹⁵. The ECJ has repeatedly stated its protection at Community level, distinguishing the following as included in this right: the right to a fair trial, “inspired in Article 6 of the ECHR”¹⁶; the right to an

¹² Case C-94/00 *Roquette Frères* 2002, paragraph 27 and case-law there cited), principle which later has been acknowledged as the right of privacy and family life by article 7 of the Charter, as states the ECJ pf 14 November 2012, Case T-135/09.

¹³ SPIELMANN, D. Human rights case law in the Strasbourg and Luxembourg courts: conflicts, inconsistencies and complementarities. In: ALSTON, P. **The European Union and human rights**. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 766, identifies Case 136-79 *National Panasonic* as the most significant for this issue.

¹⁴ SCHWARZE, J. The role of the European Court of Justice in shaping legal standards for administrative action in the member states: a comparative perspective. In: O’KEEFE, D. **Judicial Review in EU Law**. [s.l.]: Kluwer Law International, 2000. p. 450.

¹⁵ For a clear view on these developments, see HARLOW, C. Access to Justice as a human right. The European Convention and the European Union. and SPIELMANN, D. Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: conflicts, inconsistencies and complementarities. both works in: ALSTON, P. **The European Union and human rights**. Oxford: Oxford University Press, 1999. Also, the European Court of Human Rights 30 Jun 2006, *Bosphorous Hava v. Ireland*, reports in paragraph 73 the Luxembourg’s case law on this field.

¹⁶ ECJ 17 December 1998, C-185/95.

independent court, particularly independent from the executive powers¹⁷; rights of defence relating to an administrative procedure and a judicial one¹⁸; and the duty to state the reasons on which decisions are based, to allow the parties to defend their rights and the Court to exercise its supervisory jurisdiction¹⁹.

It should be noted that, just as occurred with the right to a fair trial, the *right of access* to court has given rise to a cluster of other guarantees for individuals. While the administrative activity of community bodies has been scrutinized by the ECJ, this last expanded the potential of the right to *access to the court* into a set of due process principles, reflecting the classic rule-of-law preoccupations with equality before the law, the non-retrospectivity principle, an impartial and independent judge and a fair trial.²⁰ These principles, to which the Strasbourg Court has been “a non-negligible source of influence and cross-fertilisation”,²¹ have found their way into modern human rights texts; specifically, the due process rights have become a “fourth generation” of human rights in the latest text, taking the shape of “principles of good administration”²², currently granted by the article 35 of the Charter.

3. THE EU JUDICIAL REMEDIES

Following the 2008 ECJ’s statement (the Treaty establishes “complete system of legal remedies and procedures” for the ECJ to review of the conformity with the Treaties of the community institutions and member states’ activities)²³, it seems to be convenient a short consideration of such remedies and procedures.

These remedies are provided for by the TFEU section devoted to the Court of Justice of the European Union, articles 251 and following; among them, it could be distinguished between *direct actions* before the ECJ (mainly, action for annulment, action against unlawful omissions and action against national infringements) and *indirect actions* (preliminary references) which directly link the ECJ with the national judicial body which is dealing with a procedure where the Community Law is applied.

¹⁷ ECJ 11 January 2000, C-174/98

¹⁸ ECJ 11 July 1968, C-35/67.

¹⁹ ECJ 14 December 1990, C-350/88

²⁰ HARLOW, C. Global administrative law: the quest for principles and values. **European Journal of International Law**, n. 17, 2006. p. 190, stressing a direct link: rule of law–access to court–due process.

²¹ STORSKRUBB; ZILLER. Access to justice in European comparative law. In: FRANCIONI, F. **Access to justice as a human right**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 180. Following Cappeletti’s asserts, the previously underlined the process of “constitutionalisation, socialisation and internationalisation of the protection of procedural guarantees” in Europe after the Second World War.

²² HARLOW, C. Global administrative law: the quest for principles and values. **European Journal of International Law**, n. 17, 2006.

²³ See above Footnote 2.

The next paragraph will refer to these different remedies, describing in short the three one more pre-eminent and particularly stressing the requirements for the individuals to be allowed to bring such remedies before the courts.

1.1. Direct actions

In the framework of the direct actions we are going to consider, a further distinction could be made, on the basis of the subject who holds the *defendant's* position, that is, on the basis of the consideration that there are the Community institutions and bodies or the member states, who act with no conformity with Treaties or secondary community law.

a) Infringements by the Community institutions and bodies

The *action for annulment* is the pre-eminent remedy allowing the Court of Justice of the European Union to review the legality of acts adopted by the European institutions, bodies, offices or organisations. Thus, the Court shall annul the act concerned if it is judged to be contrary to European Union law. It is stated by the article 263 of the TFEU which in its long content rules for different aspects; for the purposes we are here concerned with, it has to be underlined the subjective and objective aspects as follows.

Firstly, the action for annulment may be brought against:

- all legal acts;
- acts adopted by the Council, the Commission, the European Central Bank, the European Parliament and the European Council where these acts are intended to produce legal effects *vis-à-vis* third parties;
- acts adopted by European bodies, offices or organisations where these acts are intended to produce legal effects *vis-à-vis* third parties;
- measures adopted by the Board of Governors or the Board of Directors of the European Investment Bank²⁴.

In addition, Article 263 excludes recommendations and opinions from the scope of the CJEU's jurisdiction.

Secondly, and from a subjective perspective, the article 263 distinguishes a few categories of plaintiff.

- *preferential plaintiffs*: these are Member States, the Commission, the European Parliament and the Council. These plaintiffs are 'preferential' in the sense that they may bring an action for annulment before the CJEU without having to demonstrate any interest in taking action;
- *specific plaintiffs* for specific actions:

²⁴ under the conditions of Article 271 of the Treaty on the Functioning of the EU.

.. the Court of Auditors, the European Central Bank and the Committee of the Regions may bring actions against European acts which, in their view, undermine their prerogatives.

.. the Board of Directors of the European Investment Bank may contest measures adopted by the Board of Governors of the Bank;

.. national parliaments and the Committee of the Regions may henceforth bring actions for annulment against acts which they consider to be contrary to the principle of subsidiarity²⁵.

Finally, *Individuals* may also refer an action to the CJEU. They constitute the category of non-preferential plaintiffs and, in contrast to preferential plaintiffs, they must demonstrate an interest in taking action in order to request the annulment of a European act. According to the article 263, natural or legal persons may institute proceedings against²⁶:

- an act addressed to that person;
- a legislative or regulatory act of general application which is of *direct and individual concern* to them;
- certain acts of general application, namely regulatory acts which are of direct concern to them and *do not entail implementing measures*²⁷.

This general action to shape the legality of Community activity is initially understood from a non-formalistic perspective, considering that “an action for annulment must be available in the case of all measures adopted by the institutions, whatever their nature or form, which are intended to have legal effects”²⁸

However, this general statement does not correspond with the rigorous interpretation on when individuals comply with the conditions which are required for accessing to the ECJ, which will be referred to below.

Regarding *unlawful omissions* by Community institutions, they can also be challenged before the ECJ by means of an “action for failure to act”, which is governed by

²⁵ Added by the Lisbon Treaty. It enabled as well the individuals to challenges acts of bodies, offices and agencies once the Acts governing these bodies provides for such possibility. Regarding these last, is interesting the debate at the time of the European convention and the corresponding documents: See “Right of appeal against agencies created by secondary legislation” Working Documents 08 and 09 on Discussion Circle I - “Court of Justice”-), on the web page of the Secretariat of the European Convention (european-convention.eu.int). See also NIETO, E.; MARTIN, I. **European Administrative Law in the Constitutional Treaty**. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 122

²⁶ Order of the General court of 6 September 2011, Case T-18/10.

²⁷ Added by the Lisbon Treaty; however, it was advanced in the CFI 3 May 2002, Case T-177/01, *Jego-Quere*; this judgment was later annulled by the ECJ (1 Apr 2004, Case C-263/02) considering the action could not be admitted due to the lack of (this) legal basis in the treaties. A recent interpretation on the concept of *regulatory acts which do not entail implementing measures* in ECJ Judgment 7 January 2013, Case T-96/10, *Rütgers*.

²⁸ See the judgment in Case 22/70, *Commission v. Council* [1971].

Article 265 TFEU.²⁹ This action is open to natural and legal persons who, according to settled case law, may bring such proceedings “for a declaration that an institution has declined, in breach of the Treaty, to adopt decisions of which those persons are the potential addressees or which they could challenge in annulment proceedings”.³⁰ Formally, this action must be preceded by a formal notice calling on the defendant institution to act, making clear what decision should have been taken under Community law.

There is an interesting point related to this action, since it is connected with another procedural route, the *action for infringements* against member states. As we will see, this action is only provided for the Commission and member states, not for individuals. If they consider a member state could be brought before the ECJ, the only way for them is to address a petition to the Commission, which is not bound by it. That is, the Commission has discretion to decide whether or not to bring an action against the member state after an individual has so petitioned, and its refusal to do so *cannot be challenged by means of an action for failure to act*. In this regard, “the Court has consistently held that natural and legal persons have no right ... to obtain a declaration that the Commission has failed to initiate a procedure for infringement of the Treaty”.³¹

b) Infringements by the member states

The compliance of national activities with Community law is verified either at Community or national level, depending on the applicant. At Community level, the ECJ has jurisdiction to take cognisance of an application brought by the Commission or by the member states against the alleged infringement attributed to a member state (articles 259 and 260 TFEU, action for failure to fulfil an obligation).

However, direct access to the ECJ to challenge national infringements is not provided for individuals: “No provision in the EEC Treaty provides for the possibility for a natural or legal person to bring before the Court an action directed against a Member State”.³² If an individual looks for an infringement to be declared, he or she can complain before the Commission against the member state, but finally it will be the Commission which decides whether or not to bring an action before the ECJ. We have already pointed out that the Commission is not bound by the individual’s petition to bring an action and that the refusal to do so cannot be the subject of an action of omission.

²⁹ “Should the European Parliament, the Council or the Commission, in infringement of this Treaty, fail to act, the Member States and the other institutions of the Community may bring an action before the Court of Justice to have the infringement established. ... Any natural or legal person may, under the conditions laid down in the preceding paragraphs, complain to the Court of Justice that an institution of the Community has failed to address to that person any act other than a recommendation or an opinion”.

³⁰ Order CFI 14 Jul 1994, Case T-13/94, paragraphs 13 and 14.

³¹ Order 30 January 2013, Case T-570/12, Estaser El Marenly, Order CFI 10 Jul 2001, Case T-191/00, *Werner Edlinger v. Commission*, paragraph 7.

³² Order ECJ 27 Sep 1991, Case C-285/90, Tsitouras.

The usual way for individuals to claim against unlawful national implementation – normative or administrative – of Community law is the indirect one, bringing an action before the national courts. In the framework of these national proceedings, the preliminary ruling will help the national judge to state the possible infringements. It is not for the ECJ to state whether or not there is an infringement of Community law, but simply to interpret the scope of the Community provision which is applied by the challenged national measure. However, the border between the corresponding judicial functions is not always easy to perceive, as is clearly shown by the following opinion:³³

From the very first references the Court has emphasised that its jurisdiction under Article 177 of the Treaty is limited to the interpretation of the rules of Community law, and that it has no jurisdiction with respect to the facts of cases ... The facts (and the relevant rules of national law) must be established by the referring court, and it is that court which decides the case by applying, to the extent necessary, the interpretation which this Court has given to the relevant rules of Community law.

1.2. Indirect actions: preliminary references

The preliminary ruling is a fundamental mechanism of European Union law aimed at enabling national courts to ensure uniform interpretation and application of its law in all member states.³⁴ In the framework of national proceedings where Community Law is applied, national judge could have difficulties on the interpretation of the European law, or may be uncertain as to the legality of acts of the European institutions. In those circumstances, the national judge suspends the proceeding and makes a reference for preliminary ruling asking the Court of Justice to interpret the European provision (*interpretation*) or to give a ruling on the validity of an act of the European institutions (*validity*). On the basis of the European Court's answer, will be for the national judge to restart the proceeding and to decide it.

When the individuals ask the national court for a preliminary rule being referred to the ECJ, is for the national judge the assessment on whether or not such preliminary rule is necessary: just the courts or tribunals for whose decisions there is no judicial remedy under national law, *must*, as a rule, refer such a question to the Court if parties ask for. However, this rule has some exceptions: "that obligation on national courts of last instance to make a reference for a preliminary ruling may be waived in exceptional circumstances in accordance with the conditions laid down in case-law, more specifically, when the question raised is the same as a question which has already been the

³³ See Opinion delivered on 10 July 1997 by Advocate General Mr Jacobs on Case C-338/95, paragraphs 12 and 13. Former Article 177 EEC Treaty is now the Article 267 TFEU.

³⁴ See ECJ's "Information Note on references from national courts for a preliminary ruling", OJ C 143, 11 Jun 2005.

subject of a reference for a preliminary ruling in an identical or similar case or, as the Court held in *Cilfit*, when the correct application of Community law is so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt”³⁵. According to some authoritative opinions, some high national courts have exceeded the rational use of this possibility, referring to these theories to avoid questions even when doubtless they needed to ask the ECJ.³⁶

4. PERSISTENT GAPS ON THE EU JUDICIAL REMEDIES FROM THE RIGHT OF A FAIR TRIAL PERSPECTIVE

As the ECJ repeatedly states, “the Treaty has established a complete system of legal remedies and procedures designed to ensure judicial review of the legality of acts of the institutions and has entrusted such review to the Community Courts”³⁷. This system of legal remedies is settled on a two-fold outline, comprising direct actions before the ECJ and indirect actions laying down in a cooperative working framework between national and European judicial bodies.

However, the word *complete* which qualifies the *community system of remedies* is more than controversial, at least in terms of efficiency, as such system does not work well enough in all the situations the effective judicial protection is required. The conditions allowing individuals to access to the ECJ have been insistently asked for their amendment either from the academic literature or from some eminent legal practitioners heading European institutions and bodies during the process for setting up the European Constitutional text.

Neither the (intended) Constitutional nor the Lisbon Treaties put an end to these situations: the present Community judicial system is affected by the Lisbon Treaty much more from a formal point of view than from a substantive one; the few amendments introduced by the Lisbon Treaty are still poor and insufficient, failing to increase in a significant way the judicial guarantees for individuals at the Community level or to provide a renewed, efficiently-working judicial system.³⁸

These gaps could be referred to at least two aspects of the procedural regulations: on one hand, the citizens’ standing to sue, to directly bring an action before the ECJ, which is an already discussed issue among authors; on the other hand, the impact on (national) judicial independence carried out by the organizational framework set up by the Competition Community rules.

³⁵ See Conclusion of 12 April 2005, General Advocate Stix-Hackl in Case C-495/03, point 43, summarizing previous case-law, particularly *DaCosta* case (1963) and *CILFIT* (1982).

³⁶ See Opinion of General Advocate Ruiz Jarabo in Case C-461/03, particularly paragraphs 47 to 53. An attentive analysis in MORCILLO, J. *Teoría y Práctica de las Cuestiones Prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley, 2010.

³⁷ ECJ 25 Jul 2002, C-50/00 P, UPA, paragraph 40, and many earlier paragraphs.

³⁸ Relating the specific amendments the Lisbon Treaty made on this action, see above Footnotes 26 and 27.

1.3. Access to the ECJ for individuals. The preliminary reference as (alleged) compensation

We have explained the ways provided by the EU Treaties for challenging the legality of Community law, which work directly before the ECJ and, indirectly, before the national courts examining a national measure which implements Community law. For direct actions – of annulment, for failure to fulfil obligations, for failure to act – citizens have very narrow access to the Community courts, if any. Addressing the national courts is the usual, albeit indirect, way to get judicial protection in the framework of a collaborative system, putting the two jurisdictional levels in touch by a “preliminary reference”.

The access to the ECJ provided for individual, legal and natural persons is a highly controversial issue which has been repeatedly reported by the most authoritative opinions. In fact, the only *direct access* for individuals to the ECJ is set within the framework of the action of annulment by the fourth paragraph of Article 263 TFEU, requiring of the applicant “direct and individual” affectation by the contested measures – which is hard to comply with in the case of measures having general effects. Furthermore, the ECJ understands “direct” and “individual” affectation in a very narrow way laying down in a word-to-word interpretation, and standing aside³⁹ from other possible interpretations which would allow a wider and easier access to the ECJ as there was suggested by General Advocates.

The classic understanding on “direct and individual” affectation has not been changed by a possible influence of the Charter: in fact, the Explanations attached to the Charter clearly state that the right to an effective remedy before a court provided for the article 47 “has not been intended to change the system of judicial review laid down by the Treaties, and particularly the rules relating to admissibility for direct actions before the Court of Justice of the European Union”⁴⁰. In fact, these classic criteria have been recently summarized and applied by the ECJ⁴¹:

According to settled case-law, for an individual to be directly concerned by a European Union measure, first, that measure must directly affect the legal situation of that individual and, secondly, there must be no discretion left to the addressees of that measure

³⁹ Arguing that it “cannot have the effect of setting aside the condition in question, expressly laid down in the Treaty”, ECJ, 25 Jul 2002, Case C-50/00, paragraphs 44-45.

⁴⁰ These Explanations, set up by a governmental body –the *Praesidium* of the Convention set up for the Constitutional Treaty- are referred to in the article 52, paragraph 7 of the Charter as a text which has to be taken into consideration for the interpretation of the Charter”, as the recent ECJ judgment of 22 December 2010 (Case C-279/09), paragraph 32, reminds. There are available on http://www.europarl.europa.eu/charter/convent49_en.htm

⁴¹ See Order of the General Court of 6 September 2011, Case T-18/10, *Inuit*, paragraphs 71, 72 and 88 respectively.

who are responsible for its implementation, that implementation being purely automatic and resulting from European Union rules alone without the application of other intermediate rules...

It follows clearly from that case-law that two cumulative conditions must be satisfied in order for a measure to be capable of being regarded as being of direct concern to a natural or legal person (...)

in order for a contested act to be of individual concern to natural or legal persons other than the addressee of a decision, the act must affect those persons by reason of certain attributes peculiar to them or by reason of a factual situation which differentiates them from all other persons and distinguishes them individually in the same way as the addressee of a decision.

Regarding the access to the ECJ for associations, NGOs and similar legal persons, the Court applies these requirements cumulatively, leading to a restrictive result and a very different understanding of such entities from the ones which are common at national and Community levels. Generally,

an association formed to further the collective interests of a category of persons cannot be considered to be individually concerned ... by a measure affecting the general interest of that category.⁴²

An action of annulment brought by these entities can be admitted under special circumstances, such as the role played by the association in a procedure which led to the adoption of the contested measures.⁴³

From a broader scope, which considers the multiple legal sources currently interacting in the European space –in addition to the EU, the national laws and the European public order set up by the Council of Europe–, it can be concluded that the EU system holds the more restrictive view regarding the access to the courts provided by natural and legal persons and by collective entities⁴⁴. It is paradoxical if, furthermore, we consider as well the rigorous application the ECJ imposes on the conditions for access to the courts at the national level when the European law is involved, and

⁴² Order in *Greenpeace and Others v. Commission*, paragraph 59 upheld by the ECJ in its judgment in *Greenpeace Council and Others v. Commission*.

⁴³ For example, when the applicant association was entitled both to negotiate and conclude a tax agreement with the Commission having effects for the represented sector (Order ECJ 3 May 1985, Cases 67 to 70/85, *Van der Kooy and others v. Commission*) or when the association plays a pre-eminent role in implementing the Commission's decision on state aid (Order ECJ 17 Jan 1990, Case 313/90, *CIRFS and others v. Commission*).

⁴⁴ This view, considering the European legal system as the result of the (classic) European legal tradition (Council of Europe and National Law) and the (more recent) EU legal system, is developed in the collective work GALERA, S (Org.). **Judicial Review**: A comparative analysis inside the European Legal System. [s.l.]: Council of Europe publishing, 2010.

particularly regarding the wider access the Aarhus Convention provides for relating environmental issues⁴⁵.

In this debate is crucial the opinion of General Advocate Mr Jacobs in the famous UPA case highlighting, among many other interesting points, the lack of compatibility of the case law on locus standing with the principle of effective judicial protection in general, and in particular the serious delays and problems in the interim that lead to other disadvantages.⁴⁶ Similar analysis can be found on the preparatory works of the Constitutional Treaty, when some representatives of the Community institutions aired coincidental opinions. In this regard, it is worth recalling the contribution of Judge Mr Vassilios Skouris, referring to “possible improvement in judicial protection”;⁴⁷ and rejecting the idea that the effect of increasing “the number of cases brought before the Court” could be considered a “criterion for determining whether to change these rules”. In a similar vein is the final report of Mr A. Vitorino, Commissioner of Justice Issues, referring to the different proposals at the discussion circle on the Court of Justice.⁴⁸

Although the Lisbon Treaty amended the action for annulment in order to enlarge the kind of decisions which can be challenged by the individuals, it kept untouched the conditions on access for individuals. Consequently, the ECJ bases its persistent consideration of conditions of admissibility for individuals on a word-to-word interpretation of the article 263 TFEU, declaring that: “According to settled case-law, the Courts of the European Union may not, without exceeding their jurisdiction, interpret the conditions under which an individual may institute proceedings against a regulation in a way which has the effect of setting aside those conditions, expressly laid down in the Treaty, even in the light of the principle of effective judicial protection”⁴⁹

It is argued that the narrow direct access for citizens to go before the ECJ is compensated with and balanced by the wider access the citizens have to national courts for asking for a preliminary rule to be presented before the ECJ (indirect access): it is said that If individuals do not comply with the demanding conditions of admissibility to bring an action before the ECJ, they can always initiate proceedings at national level.

⁴⁵ See REDGWELL, C. Access to environmental justice”. In FRANCIONI, F. **Access to justice as a human right**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 166

⁴⁶ See his Opinion delivered on 21 Mar 2002, in toto.

⁴⁷ Currently, President of the ECJ: its hearing, “representing his own view, not the official position of the institution” can be found in Working Document 19, Working Group II, 11 Sep 2002, available at www.european-convention.int.

⁴⁸ Working Document 08, Circle I, available at www.european-convention.int.

⁴⁹ See ECJ Order of 6 September 2011 already cited, paragraph 51, with referentes to its previous case-law (Case Jégo-Quéré 2004 and others).

In this way, and through the preliminary reference of the national court, citizens always have indirect access to the ECJ⁵⁰.

However, a more detailed analysis of the content of the “effective judicial remedy” coming from such a co-operative model between the two judicial levels suggests some objections. Firstly, the extend of the judicial review provided by the ECJ through the action of annulment and the preliminary reference is not equivalent, as it is reflected on the ECJ reports themselves:

*judicial review in an action for annulment, both before the Court of Justice and before the Court of First Instance, of individual administrative measures ... is more effective than that achieved by way of a reply to a reference for a preliminary ruling.*⁵¹

*the approach taken by the Court of Justice (in preliminary reference) is purely legal. It is confined to the interpretation and assessment of the legality of legislative and individual acts of the Community institutions. Conversely, the procedural route of Article 230 (action of annulment) leads to the Community Court reviewing issues of substance such as the finding and assessment of facts.*⁵²

Secondly, the faculties of the parties to participate in procedural debate differ substantially in the two types of action. A national court is not bound to stay a preliminary reference proceeding each time the parties ask for it. This decision belongs to the national courts, not to the parties. Furthermore, the petitions, reasoning and observations made by the parties in an annulment procedure have a direct influence on the result; the observations presented in the preliminary reference procedure have a much more limited role.

Although the restricted access to the ECJ for citizens in annulment actions is probably the most criticised aspect of the Community judicial system, other serious limitations on access are identifiable. An action for failure to act is strictly reserved to privileged applicants: member states and the Commission. Citizens can require the Commission to bring action against a member state, but it has the discretion to decide whether to do so.⁵³ Its decision refusing to bring an action cannot be challenged by citizens either by an action of annulment or by an action for failure to act.⁵⁴

Such a regulation sometimes leads to situations which are inconsistent with the general understanding of the right to a fair trial, appearing the ECHR as the subsidiary

⁵⁰ This explanation was used early on by the ECJ in the well-known case *Les Verts* Case 294/83, *Les Verts*, paragraph 23.

⁵¹ Opinion of Mr Advocate General Cosmas, 16 May 2000, Case C-344/98, paragraph 55. Similar statements and criteria in *Jacobs UPA*.

⁵² Opinion of Mr Advocate General Cosmas, 16 May 2000, Case C-344/98, paragraph 52.

⁵³ See the Opinion of the Advocate General Ruiz-Jarabo in case C-362/01.

⁵⁴ See Order of the CFI 3 Jul 1997, Case T-201/96, among many others.

way compensating the lack of access to the ECJ in particular cases. At this regard, the *Dangeville* case⁵⁵ could be mentioned: a French company had been overtaxed on the basis of statutory provisions that were incompatible with a Community Directive, being its claims before the national courts successively dismissed. Yet there was no access for the taxpayer to the European courts in Luxembourg to challenge the incorrect national implementation, by way of an action for failure to satisfy a Community obligation. Thirteen years after the suit was initiated and only because the incorrect national implementation involved a fundamental right – the right of property – it was the Strasbourg Court that finally satisfied the applicant's claims, declaring that its right to peaceful enjoyment of its possession had been infringed. Would not the Luxembourg Court have been the natural jurisdiction to declare such infringements, avoiding thirteen years of legal disputes before the national courts? Was this delay consistent with the ECHR's doctrine on reasonable delay and the right to a fair trial?

It is questionable that the EU system of remedies complies in these cases with the *Principle of effectiveness*, which has been developed in a well-established ECJ case-law and insistently applied on the national system of legal remedies. There are not reasons for such principle not to be applied to the European system. According to it, "the detailed procedural rules governing actions for safeguarding an individual's rights under EU law must not make it in practice impossible or excessively difficult to exercise rights conferred by the EU law"⁵⁶. Thirteen years of judicial proceedings may be could be interpreted as an "excessively difficult" way to exercise rights provided by the EU law.

1.4. Judicial independence

Judicial independence is a two-fold issue in Community law as it is applied either to the members of Community judicial bodies or to national ones. Community case-law has developed its own criteria on this concept, been shaped in great part when the European court has had to identify a national –non judicial body– as being able to present the preliminary reference which is generally provided by national judicial courts. It was in this context where "independence as an essential feature" has been underlined⁵⁷.

Both the Treaties and the text governing procedures require "independence" as one of the main conditions that members of the Community courts should fulfil. Article 254 TFEU establishes that "the Judges and Advocates-General of the Court of Justice

⁵⁵ European Court of Human Rights, judgment of 16 Apr 2002, *Dangeville v. France*, confirmed in a similar case, *Cabinet Diot and Grus Savoye v. France*, European Court of Human Rights 22 Oct 2003.

⁵⁶ See Judgement on Case C-279/09 already cited, point 29.

⁵⁷ The Spanish *Tribunales Económico-Administrativos*, though functionally dependent on the Finance Minister, has been recognised as a "judicial body" able to refer preliminary rulings to the ECJ (C-110/98 to C-147/98, *Gabalfrisa* judgment 2000, paragraphs 39 and 40).

should be chosen from persons whose independence is beyond doubt". The Statute of the Court of Justice imposes on the judges an "oath to perform their duties impartially" and confidentially, and establishes a specific procedure to deprive a judge of office in the event he or she no longer fulfils the requisite condition or does not meet the obligations arising from the office.⁵⁸

In Community case law, *judicial independence* has been recognised as part of the "right to a fair trial" and different faculties have been deduced from it depending on the varied situations to which it has been applied: In general terms, the ECJ, with specific reference to the Strasbourg Court's case law, states that:

*"the general principle of Community Law under which every person has a right to a fair trial, inspired by Article 6 of the ECHR, comprises the right to a tribunal that is independent of the executive power"*⁵⁹;

- *the CFI, on the basis of Article 6 ECHR, declares that the "right of every person to a fair hearing by an independent tribunal means, inter alia, that both national and Community courts must be free to apply their own rules of procedure concerning the powers of the judge, the conduct of the proceedings in general and the confidentiality of the documents on the file in particular"*⁶⁰;

- *"independence" is one of the required characteristics that determines whether a national body is a "court or a tribunal" empowered to refer a preliminary ruling to the ECJ: "the Court takes account of a number of factors, such as whether the body is established by law, whether it is permanent, whether its jurisdiction is compulsory, whether its procedure is inter partes, whether it applies rules of law and whether it is independent"*⁶¹

Consequently, a national regulation that omits sufficient safeguards for dismissal or termination of the members' appointment "does not appear to constitute an effective safeguard against undue intervention or pressure from the executive"⁶² on the members of the national body.

We have already referred to the central role that the Competition community Law has been adopted in the process of development of procedural guarantees which, finally, has been granted as individual rights by the Charter. This centrality is explained

⁵⁸ Articles 2 and 6, respectively, relating to the judges of the ECJ, and Article 47 extending these requirements to the members of the CFI.

⁵⁹ Case C-185/95 P *Baustahlgewebe* 1998, paragraphs 20, 21; this criterion was repeated in ECJ 11 Jan 2000, C-174/98 P and C-189/98 P, paragraph 17 which pointed out some limits to this general statement.

⁶⁰ See CFI resolution 19 Mar 1998, Case T-83/96, paragraph 47, and ECJ 11 Jan 2000 *Gerard van der Wal*, paragraph 14.

⁶¹ ECJ 31 May 2005, C-53/03, paragraph 29; I omit references to previous case law for easier reading.

⁶² ECJ 31 May 2005, C-53/03, paragraph 31, citing Case 103/97, 1999, paragraph 21.

on the basis of the Commission powers facing individuals in investigation procedures leading to verify their compliance with the competition rules.

The Council Regulation 1/2003 is the current legal framework on Competition Law: it abolished the former one in force since 1962, reorganizing the procedures and the bodies through which the Competition Law is implemented. It pays special attention to the cooperation between community and national levels in order, it is said, to avoid harmful duplicities on individual rights⁶³. As well, it reinforces the Commission's power for investigations which are balanced by additional procedural guarantees already appreciated by ECJ during precedent years. Among all of them, there are two specific provisions carrying on serious interferences on the independence which has to be granted to the (national) judicial bodies⁶⁴.

a) National judicial functions limited by a Council Regulation?. The search warrants

The first controversial provision refers to the national search warrants that the national judicial bodies have to deliver under the Commission request in the event that an undertaking company refuses the access to their buildings of the Commission's officials. In these situations, the right of "private home" granted either by the article 8 ECHR or by the article 7 European Charter is involved⁶⁵, and according to the National Law a judicial search warrant should be provided.

For these purposes, the Regulation⁶⁶ defines the task of national court in providing this authorisation, and delimits their power, clearly establishing that control concerning to national courts is just a "control of the proportionality of the coercive measure", and adding that "national judicial authority may not call into question the necessity for the inspection *nor demand that it be provided with the information in the Commission's file*". Similar provisions are established for the event where private homes of directors, managers and other member of staff were involved in an investigation proceeding (article 21).

That means that the Regulation 1/2003 limits the possibility for national judge for having *all* the information he thinks necessary before to give the requested authorization, included those included in the Commission's files. These limits has been

⁶³ General description of how this new system works could be found in Judgment of the Court of First Instance of 8 march 2007, Case T-339/04, France Telecom, points. 49 to 51.

⁶⁴ A general description of functions of both jurisdictional levels on Cheynel, Benjamin: « Compétences respectives des juridictions nationale et communautaire dans le contrôle des inspections ordonnées par la Commission », *Revue Lamy de la Concurrence : droit, économie, régulation* 2007 n° 12 p.85-86

⁶⁵ I have already mentioned case-law about the extension for business companies to the right provided for article 8 ECHR, adopted mainly in Hoestch (ECJ) and Niemeitz (ECHR) cases.

⁶⁶ Article 20, paragraphs 7 y 8.

confirmed by the ECJ⁶⁷ in deciding on a preliminary rule submitted by the French Cassation Court⁶⁸, although the ECJ has detailed the *specific information*⁶⁹ that the Commission should provide to national courts when it asks them for a search warrant. In fact, there are two different resolutions provided by the Commission: firstly, the Decision which opens the inspection procedure –whose judicial scrutiny correspond to the European Courts– and, secondly, the Commission’s application to the national judicial authority for assistance, which is able to be reviewed in accordance with the domestic remedies available with the possible assistance of the Court of Justice through the preliminary ruling.

In other words, national judge is not able neither to request for the whole information he considers necessary for having the certitude about the necessity of the measure he is asked to provide nor to demand that it be provided with the evidence in the Commission’s file on which suspicions are based⁷⁰. The necessity for an investigation, –that is to say, whether or not the arguments put forward by the Commission to justify it are convincing– is, each time it is disputed, subject to the review by the Court of Justice.

This is a controversial solution based on, once more, “primacy of Community law and needs for its proper implementation”, a reason that, in this context, does not convince everybody, at least to the General Advocate acting in the proceedings: certainly, he proposed that the right solution were the search warrant is provided by ECJ or CFI⁷¹, which was dismissed by the ECJ.

b) Commission v. national courts criteria: Commission pre-eminence?

A second group of questionable provisions in the Regulation 1/2003 are those so-called “cooperation” between national and community level as far as they put further limits on national courts’ functions. These provisions are applicable in the event

⁶⁷ Judgement of the Court of 22 October 2002, Case C-94/00, Roquette Frères. This criteria on limits for national judicial bodies has been later applied by the CFI, Judgment 8 of March 2007, case T-399/04, France Telecom.

⁶⁸ Question put by French High Court literally were: “whether, having regard to the fundamental rights recognised ...the national court...cannot refuse to grant the authorisation requested where it considers that the information or evidence presented to it ... is not sufficient to authorise such a measure or where, as in the present case, no information or evidence has been put before it”. This judgment applies the criteria previously stated in *Hoescht and Niemeitz* case-law.

⁶⁹ “In particular, the grounds on which it suspects an infringement..., the gravity of the suspected infringement and the nature of the involvement of the undertaking concerned”, See CFI Judgment 8 March 2007, Case T-340/04, France Telecom, paragraph 124.

⁷⁰ See Judgment of the Court of 22 October 2002, case C-94/00.

⁷¹ Opinion of Mr. Advocate General Mischo, case C-94/00, point 46; however, he added that as legislation does not provide this “right solution” dissociation of jurisdictional functions should prevail because of “consistency in the implementation of community law”

that the national courts proceedings are coincidental with the Commission's ones for the same facts and legal –competition– rules. There are two different situations⁷²:

- first, the national courts are ruling on issues covered by competition European law “which are *already* subject of a Commission decision⁷³: in this event, they cannot take decisions running counter to the decision adopted by the Commission”. That means that such decision, having administrative nature, is empowered by the Regulation with the “primacy effect” longer recognized for Community Law by ECJ, as any other divergent content on the national judgement is excluded;
- secondly, national courts are about to rule while the Commission decision is not already adopted in initiated and not finished proceedings: in this event, national courts “must also avoid giving decisions which *would conflict* with a decision completed by the Commission in proceedings it has initiated ... To that effect, the national court may assess whether it is necessary to stay its proceedings”. That works as a “preliminary rule proceeding” between judicial and administrative bodies, giving preference to this last.

This peculiar link between the Commission's decisions and the national judge has been admitted by the ECJ in its judgment on the *Masterfood* case (2000) and recently reconsidered in the light of the article 47 of the Charter in the framework of a preliminary reference⁷⁴. The court confirmed its previous criteria, based on the “obligation of sincere cooperation between the national courts, on the one hand, and the Commission and the EU Courts, on the other” required by the implementation of the EU competition rules (point 52). It reminded the exclusive jurisdiction of the ECJ to review the legality of the Commission's Decisions, concluding that such cooperation is a “specific expression of the division of powers, within the EU, between, on the one hand, national courts and, on the other, the Commission and the EU Courts” (point 54). However, in its answer, the ECJ omits any reference to the binding effects for the national court to the Commission's decision although such consideration is stressed by the referring national court in its question (“... as the national court seized of the matter cannot depart from the decision” of the Commission).

Once more, the “needs of due implementation of the Community Law” take priority over any other consideration even when an essential of the Rule of Law is at the stake. Contrary to other recent judgments when the ECHR case-law has been deeply considered -due to the article 52 of the Charter⁷⁵-, there are not any of such references in this case. In fact,

⁷² Article 16 Regulation 1/2003.

⁷³ This kind of “Decision” deciding competition law procedure have not regulative neither normative nature –the only community resolutions with “primacy effect”- but only are administrative acts.

⁷⁴ Case C-199/11, Judgment of 6 november 2012, Otis et. Al.

⁷⁵ See ECJ judgment of 22 December 2010, Case C-279/09, paragraph 32.

the ECHR's criteria on judicial independence hardly fits on this EJC pragmatic solution, as it declared that "the Court's independence from the parties and the executive means that, where it was dealing with a dispute that came within its jurisdiction, it could not have the solution dictated to it by one of the parties or by a representative of the executive"⁷⁶

5. FINAL

In general terms, the process of recognition of the right of a fair trial by the EU Law has reinforced either the scope of the judicial review on the activity of the bodies creating and implementing the EU Law or the faculties of the individuals while these public activities are performed. The Charter of Fundamental rights gives recognition to these faculties for long time delimited and applied by the ECJ; furthermore, the Lisbon Treaty enlarged the scope of community acts to be able to be challenged, among other amendments on the articles stating judicial remedies.

According to my view, a very valuable contribution of the Charter is the formal link with the Strasbourg Court's case-law which has to be considered in the interpretation of the rights provided by it. In fact, the ECJ case-law takes into account the Strasbourg case-law more than never: regarding the right of a fair trial, it has been recently asserted either in cases the Charter does not provide for an specific right which is granted by the European Convention (as the principle of culpability⁷⁷) or in cases the Charter adds judicial guarantees which have not been already applied at the EU level (legal aid for legal persons⁷⁸).

If there are the lights, shadows on this process arise as well. First of all, and for long time pointed out by the scholar, the access of individuals to the ECJ is still poor and insufficient, leading sometimes towards a procedural labyrinth involving two or three jurisdictional level which hardly can comply with the principle of effectiveness of the judicial system. In fact, and as it has been wisely observed, that the obligation to provide broad access to the courts has been addressed much more to national jurisdictions than it has been to the European jurisdiction. This imbalance could be explained on the basis of the efficacy and due application of Community law. In the absence of a centralized administration applying Community law, its effectiveness resides to a large extent in national courts, requiring wide access for individuals to the courts in order to ask for rights provided by Community law. In these circumstances, "the right of access to justice receives implicit recognition inside the doctrine of 'direct effect' ... indeed, it is fair to describe direct effect as premised on a right of access to justices"⁷⁹.

⁷⁶ ECHR judgment of 13 February 2003, *Chevol v. France*, paragraphs 64 and 80. A more detailed analysis on these criteria in my contribution to GALERA, S (Org.). **Judicial Review: A comparative analysis inside the European Legal System**. [s.l.]: Council of Europe publishing, 2010. P. 165.

⁷⁷ Opinion General Advocate Mrs. Kokot, delivered on 28 February 2013, Case C-681/11.

⁷⁸ Opinion General Advocate Mr. Mengozzi, delivered on 2 September 2010, Case C-279/09.

⁷⁹ C. Harlow, "Access to Justice", op. cit., p. 191.

The same reason, the due implementation of the community law, explains a second set of provisions stated by the Competition Law legal framework which hardly comply with the elements the Rule of Law tradition requires on the judicial bodies while developing jurisdictional functions. These elements are clearly defined by the ECHR whose criteria have been surprisingly ignored in recent judgments where the ECJ reconsidered this issue in the light of the Charter provisions.

Possibly the remedies for such persistent gaps imply a deep revision of the EU judicial system itself, which is another not recent academic debate sticking out the works for the Constitutional Treaty. Even it is not the right place to consider such debate, I'd like to remind an old proposal from the early nineties of the last century⁸⁰ which nowadays acquires more value after the last EU enlargement: it dealt with the idea of setting up Regional Courts covering countries with similar legal tradition, working as decentralized European judicial bodies while the Luxembourg Courts keep as a last judicial resort.

6. REFERENCES

ALSTON, P. **The European Union and human rights**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

ALTON, P.; WEILWE, J. H. H. **An 'Ever Closer Union' in need of a Human Rights Policy**: the EU and Human rights. Available at <www.jeanmonnetprogram.org/papers/99/990110.html>

BARBIER DE LA SERRE, Eric. Procedural justice in the European Community case law concerning the rights of the defence: essentialist and instrumental trends. **European Public Law**, vol. 12, n. 2, 2006, p. 225-250.

FRANCIONI, F. **Access to justice as a human right**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GALERA, S (Org.). **Judicial Review**: A comparative analysis inside the European Legal System. [s.l.]: Council of Europe publishing, 2010.

HARLOW, C. Global administrative law: the quest for principles and values. **European Journal of International Law**, n. 17, 2006.

JAUQUÉ, J.P.; WEILER, J.H.H. On the road to European Union. A new judicial architecture: an agenda for the intergovernmental conference. **Common Market Law Review**, n. 27, 1990.

MORCILLO, J. **Teoría y Práctica de las Cuestiones Prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo**. Madrid: La Ley, 2010.

NIETO, E.; MARTIN, I. **European Administrative Law in the Constitutional Treaty**. Oxford: Hart Publishing, 2007.

O'KEEFE, D. **Judicial Review in EU Law**. [s.l.]: Kluwer Law International, 2000.

⁸⁰ JAUQUÉ, J.P.; WEILER, J.H.H. On the road to European Union. A new judicial architecture: an agenda for the intergovernmental conference. **Common Market Law Review**, n. 27, 1990. p. 185-207.





Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales*

Dimensions of the Welfare State and fundamental social rights

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ**

Universidade da Coruña (España)
rajaime@gmail.com

Recebido/Received: 03.04.2015 / April 3rd, 2015

Aprovado/Approved: 07.05.2015 / May 7th, 2015

Resumen

La cláusula del Estado social ha sido interpretada desde las coordenadas del pensamiento único, estático y unilateral, precisándose nuevos enfoques más humanos en consonancia con la centralidad y capitalidad del principio de la suprema dignidad del ser humano. En este sentido, se estudia el concepto de los derechos fundamentales de la persona en sus versiones individuales y sociales planteando la conveniencia del uso del concepto de la libertad solidaria

Palabras-clave: Estado social; dignidad humana; Constitución social; derechos fundamentales sociales; gobierno y Administración pública.

Abstract

The clause of the welfare state has been interpreted from a static, one-sided, single thought point of view. New and more human approaches are required, in line with the centrality and primacy of the principle of supreme dignity of human beings. In this respect, the study focuses on the concept of the fundamental rights of people in their social and individual versions, raising the issue as to the advisability of using the concept of solidary liberty.

Keywords: Welfare State; human dignity; social constitution; fundamental social rights; government and public administration.

Como citar este artículo/How to cite this article: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510>

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación fundamental no orientada "Buena Administración y nuevos retos de la contratación pública: una perspectiva internacional y comparada", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, 2014 (ref.: DER2013-42210P).

** Professor Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidade da Coruña (La Coruña, España). Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Doctor honoris causa por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Española de Ciencias Administrativas. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Metodología Jurídica y del Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo Jesús González Pérez. Miembro de la Real Academia Española de Jurisprudencia, de la Academia Iberoamericana de Derecho Electoral, de la Academia Nicaragüense de Jurisprudencia. Presidente honorario de la Asociación Centroamericana de Derecho Administrativo. Miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral. Miembro fundador y miembro del Consejo Directivo de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

SUMARIO

1. Introducción; **2.** Evolución histórica y normativa; **3.** Formulación jurídica. **4.** Contenido; **5.** Los derechos sociales; **6.** La dignidad del ser humano; **7.** Dimensiones del Estado Social. **8.** Reflexión final; **9.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

El modelo del Estado social y democrático de Derecho afecta sobremanera al conjunto del Derecho Administrativo, a todas sus instituciones, categorías y conceptos. Esta operación jurídica, sin embargo, está todavía pendiente de alguna manera y pasa por la formulación del concepto de derecho fundamental social, concepto que va a permitir que la cláusula tal y como fue diseñado permita que en realidad la dignidad del ser humano, principio, raíz y centro del Derecho,¹ también del Derecho Público, tenga la relevancia que le corresponde y asegure efectivamente, por parte de los Poderes públicos que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos removiendo los obstáculos que impidan su realización.

Tras la Segunda Guerra Mundial se puede decir en general que vivimos en el marco de un modelo de Estado, especialmente en el mundo occidental, que se define cómo Social y Democrático de Derecho. Un modelo que, como se sabe, supone un estadio más en la evolución estatal desde su primera dimensión constitucional en forma de Estado liberal de Derecho. Tal transformación, como se ha estudiado ampliamente, ofrece una muy relevante proyección acerca del sentido y funcionalidad de los derechos fundamentales de la persona, que pasan de ser barreras inmunes a la acción de los poderes públicos a elementos estructurales básicos y directrices básicas de la acción del Estado.

En realidad, las Declaraciones Internacionales de Derechos, empezando por la Naciones Unidas en 1948 y continuando por las que la siguieron empezaron a denominar derechos humanos, que son los derechos innatos a la persona, los derechos que tiene el ser humano en cuanto tal, que a él pertenecen, derechos que van más allá de la lógica individual y que se insertan en derechos que reclaman, por estar indisolublemente unidos a la dignidad humana, determinadas obligaciones de hacer o prestaciones que el Estado debe realizar y que estudiamos en este trabajo. Estudio en el que mantendremos una posición bien clara, los derechos fundamentales de la persona son aquellos que son inherentes al ser humano, sean de orden individual en su versión clásica o, en versión más moderna, sean objeto de determinadas prestaciones del Estado

¹ CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 167-224, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43660>. p. 207-208.

dirigidas a garantizar unas condiciones mínimas de dignidad que hagan posible el libre y solidario desarrollo de cada persona.

España, por ejemplo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Constitución de 1978, “se constituye en un Estado social y democrático, que propugna como valores superiores de su Ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo”. Es decir, desde 1978 nuestro país se inserta en esta tradición jurídica constitucional del Estado social y democrático de Derecho cuya luz y potencialidad está todavía pendiente, en alguna medida, de proyectarse sobre el conjunto de las categorías, conceptos e instituciones del Derecho Público, especialmente en el marco del Derecho Administrativo. La realidad de nuestro país, que no puede ser obviada por el investigador y el estudioso del Derecho Administrativo, puesto que este sector del Derecho Público hunde sus raíces en la realidad, demuestra que todavía la sensibilidad social de nuestro modelo de Estado, a pesar de los avances transcurridos, presenta no pocos problemas y provoca todavía no pocas situaciones que reclaman una acción social y asistencial, de responsabilidad pública, más intensa, y extensa, en relación con las personas excluidas y con quienes están en peores condiciones para desarrollarse libre y solidariamente en la sociedad.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La irrupción del Estado social, como es sabido, responde a la relevancia de la denominada cuestión social, compromiso que supone la toma de conciencia de la necesidad de que el Estado asuma un papel básico en lo que se refiere a las demandas de tipo social que por entonces aparecen por doquier en Europa. La presencia del Estado social en la vida de los pueblos puede decirse que es tan antigua como el compromiso social del Estado. Sin embargo, puestos a buscar alguna fecha en la que tal realidad se haya manifestado con cierta concreción, y siguiendo a Carmona Cuenca, podemos situarnos en la primera mitad del siglo XIX en el marco de la revolución industrial. En este momento surgen leyes destinadas a una mayor protección del trabajador en el marco del contrato laboral, tal y como encontramos en las leyes inglesas de los años 1802 a 1878 acerca de restricciones la libertad contractual para mejorar las condiciones laborales en materia de horarios o descanso semanal, entre otras materias.² En 1905 se revisan las leyes de orden laboral siendo de destacar la Royal Commission on Poor Laws and Relief of Distress que ya propuso la creación por entonces de un sistema de seguridad social

² CARMONA CUENCA, E. **El Estado social de Derecho en la Constitución**. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000, p. 40.

y que sirvió de base a la National Insurance Act de 1911 en la que Beveridge tuvo una participación muy destacada.³

Las revoluciones de 1848 se inscriben en profundas reformas políticas, pero también sociales. En Francia la igualdad se sitúa al mismo nivel que la libertad. La Comuna de París de 1871 significó, en este sentido, la organización del crédito y en la garantía al obrero del valor total de su trabajo, reconociéndose los derechos a una instrucción gratuita y laica, el derecho de reunión, de asociación y libertad de prensa.⁴

Alemania, entre 1883 y 1889, cuenta con una importante legislación de carácter social probablemente a causa de la necesidad de disponer de un Estado fuerte capaz de acometer una operación política de la envergadura de la reunificación que buscó el respaldo popular a través de la prestación de servicios de carácter social.⁵ Además, la irrupción en la escena política del canciller Bismarck, que precisamente ha pasado a la historia, a pesar de su forma de gobierno, por un proverbial paternalismo y proteccionismo social. Ello sin olvidar la existencia de un socialismo moderado en el que brillaría con luz propia Lassalle, promotor de la reforma social, que tendría una destacada participación en algunas de las innegables conquistas sociales producidas durante ese tiempo, entre las que se pueden citar las relativas a la seguridad de los trabajadores frente a los accidentes de trabajo, la creación de un sistema de cajas de enfermedad o la incapacidad de los trabajadores por razones de edad o de invalidez. En 1883 se dictó la ley del seguro de enfermedad, en 1884 la ley de accidentes laborales y en 1889 se creó el primer sistema de jubilación a partir de las cotizaciones pagadas por partes iguales por empresarios y obreros más una participación del propio Estado. En 1891 se estableció por ley la jornada laboral máxima, la prohibición del trabajo nocturno para mujeres y niños y el descanso dominical obligatorio, y finalmente, también ese año, se implantó el primer impuesto progresivo sobre la renta. Finalmente, en 1895 se dispuso la intervención del Estado en la educación primaria y secundaria.⁶

En España, como en tantas otras cosas, habrá que esperar a 1873 para la ley de trabajo para los menores, a 1878 para la regulación de los trabajos peligrosos de niños, a 1900 para el trabajo de mujeres y niños, a 1904 para el trabajo dominical, habiéndose dictado sendos Decretos en 1902 acerca del contrato de trabajo y en 1919 estableciendo la jornada de 8 horas.

³ GIRVETZ, H.K. Estado del Bienestar. In: **Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales**. t. I, Madrid: Aguilar, 1974-1979, p. 769

⁴ CARMONA CUENCA, E. **El Estado social de Derecho en la Constitución**. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000, p. 41

⁵ CARMONA CUENCA, E. **El Estado social de Derecho en la Constitución**. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000.

⁶ CARMONA CUENCA, E. **El Estado social de Derecho en la Constitución**. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000, p. 41-42

La Primera Guerra Mundial y la crisis económica de 1929 propiciaron, entre otras cosas, la necesidad de dotar de mayor contenido social al Estado. Por una parte el sector privado no estaba, ni mucho menos, en condiciones de ser la locomotora del desarrollo económico y, por otra, las tímidas pero claras iniciativas normativas en diferentes países de Europa de cuño y signo social iban produciendo, con luces y sombras, sus frutos.

En este contexto, se empieza hablar de Estado benefactor, de Welfare State, de Estado de bienestar, que es un término que surge del Estado social y que supone una fase relevante de su evolución. Por entonces Keynes nos dirá que el mercado ya no es capaz de garantizar un determinado nivel de actividad que permita el pleno empleo de los recursos productivos. Es decir, la autorregulación del sistema económico es una falacia, como también lo es la idea del Estado como encarnación mecánica de la ética y la justicia. Se pone de manifiesto, pues, la intervención del Estado para corregir los fallos y disfuncionalidades del sistema económico y también, por supuesto, para paliar los efectos nocivos que la crisis ocasionó a los más vulnerables. Se ponen en marcha políticas sociales dirigidas a mejorar los salarios y los seguros sociales en combinación con políticas económicas orientadas a impulsar la producción y sistemas impositivos progresivos en un contexto de pleno empleo.

En este sentido, la experiencia alemana de Weimar, la legislación sueca de los años treinta del siglo pasado y el denominado New Deal en los Estados Unidos de Norteamérica, se presentan como los paradigmas de un Estado de Bienestar que hoy está, en su versión estática, en franca decadencia en todo el mundo. El caso sueco nos enseñó la importancia de los acuerdos con los sindicatos (Acuerdos de Saltsjöbaden) para articular políticas coherentes razonables y humanas, a la vez que puso en valor los planteamientos keynesianos y, fundamentalmente, el sistema impositivo como instrumento para la política de redistribución de rentas. Por lo que se refiere a la metodología del entendimiento como estrategia para buscar las mejores soluciones para el bienestar de las personas, dichos acuerdos son un ejemplo de manual, en buena parte debido a la moderación de unos sindicatos que pensaron en todo momento más en los trabajadores que en sus propios intereses corporativos o tecnoestructurales. Fruto de esos acuerdos, encontramos las leyes de 1913 que establecieron un sistema general de pensiones para la vejez, de 1916 estableciendo la obligatoriedad de los seguros frente a los accidentes laborales, de 1918 fijando la jornada laboral en 8 horas, de 1928 estableciendo los convenios colectivos, de 1935 y 1937 reformando el régimen de pensiones y de 1938 disponiendo el derecho a dos semanas anuales de vacaciones pagadas por la empresa.⁷

⁷ CARMONA CUENCA, E. **El Estado social de Derecho en la Constitución**. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000. p.48

La Constitución italiana de 1947, que no define formalmente al Estado como social, funda la República en el trabajo y establece los derechos del hombre no sólo en su dimensión individual sino también como ser social subrayando el deber de solidaridad política, económica y social. Encontramos en esta Constitución referencias muy significativas a la acción positiva del Estado para eliminar todo obstáculo a una verdadera libertad e igualdad, hasta el punto de que es un lugar común en la doctrina italiana concebir el principal deber jurídico y político del Estado la promoción de la igualdad económica que haga posible el disfrute de los derechos fundamentales que contribuyan al pleno desarrollo de la personalidad.⁸ En este sentido es interesante destacar, como señala la profesora González Moreno, que los fundamentos normativos generales de los derechos sociales son el principio del respeto a la dignidad humana y el principio de igualdad.⁹

Por lo que respecta a la Constitución francesa de 1946 se define a Francia como una República indivisible, laica, democrática y social (artículo 1). Declaración, que por lo que respecta a la definición social choca con el tradicional entendimiento individual de la revolución de 1789 que la Constitución asume “in toto” y que alienta el juego del principio democrático y la tendencia a una igualdad social material en sus disposiciones, más allá de una formal igualdad ante la ley.¹⁰

El caso sueco, prototipo de la socialdemocracia, del socialismo moderado se podría decir, preconiza, sí, la intervención del Estado en la economía, pero sin nacionalizaciones ni procesos radicales de toma del accionariado privado desde el poder público. Obviamente, se aumentó el gasto público puesto que se pensaba que de alguna manera la solución residía en la regulación y en el crecimiento de la función pública cayendo, en mi opinión, en lo que denomino visión estática del Estado de bienestar que provocaría, más adelante, una gran corrupción en forma de fraudes y otras manifestaciones de ejercicio del poder al margen del interés general, al que no se pudo hacer frente ante la ausencia de una función inspectora y supervisora a la altura del gran componente de gasto público usado en políticas públicas de intervención en casi todos los recodos de la vida social. Sin embargo, es de justicia reconocer que en Suecia antes de la Segunda Guerra Mundial se pusieron adecuadamente las bases de un sistema de seguridad social que sería replicado e imitado en muchas partes del mundo a causa de su gran dosis de justicia y humanismo.

⁸ PIZZORUSSO, A. **Lecciones de Derecho Constitucional**. v. I, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 164 y ss.

⁹ GONZÁLEZ MORENO, B. **El Estado social**: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales. Madrid: Civitas, 2002, p. 31

¹⁰ GONZÁLEZ MORENO, B. **El Estado social**: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales. Madrid: Civitas, 2002, p.32

En los Estados Unidos, tras la hecatombe de 1929, tras la gran depresión económica de 1929, se miró hacia el Estado y Roosevelt decidió poner en marcha un programa de intervención social conocido popularmente como el New Deal. Desde el crédito a la agricultura y la industria, pasando por la seguridad social, la sanidad, la vivienda, el transporte y las comunicaciones, el Estado, a través de una decisiva actuación, se preocupó de sostener los precios y levantar el poder adquisitivo de la población. En este sentido fueron determinantes la Tennessee Valley Authority Act, la Agricultural Adjustment Act y la National Industry Recovery de 1933 así como las acciones públicas para remediar las situaciones de indigencia y desempleo (Federal Relief Administration). A partir de 1935 la intervención pública en materia social fue más intensa y la Social Security Act reconoció las pensiones de vejez y desempleo. Por su parte otra de las normas emblemáticas de este período, la National Labour Relations Act, también de 1935, reconoció los derechos de sindicación y la negociación colectiva. El salario mínimo se determinó en 1938 en la Fair Labour Standard donde también se estableció la jornada laboral en 44 horas semanales.¹¹

Más interesante, por supuesto, es la formulación en la Constitución de Bonn de 1949, por cuanto es el antecedente de la Constitución española de 1978. En concreto, la Ley Fundamental de Bonn dispone en su artículo 20.1 que “la República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social y en el 28. 1 que “el orden constitucional de los Lánders debe responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático, en el sentido de esta Constitución”. Probablemente al lector español le llame la atención que primero aparezca la cláusula democrática y luego la social pues el artículo 1.1 de nuestra Constitución se refiere al Estado social y democrático de Derecho. Tal cuestión no me parece baladí. Antes al contrario, refleja hasta qué punto quienes redactaron nuestra Constitución pretendieron enfatizar la cláusula social, hasta anteponerla a la cláusula democrática, lo que debería haber traído mayores consecuencias jurídicas como por ejemplo la entrada de los derechos fundamentales sociales.

Tal y como ocurriría en el caso español, la Constitución de Bonn solo se refiere a los derechos fundamentales tradicionales, a los que dota de eficacia inmediata y directa, mientras que los derechos fundamentales sociales no son concebidos como derechos fundamentales clásicos pues dependen del legislador para su desarrollo y, como también acontece en España, de las previsiones presupuestarias.¹² En este punto, incluso la Ley Fundamental de Bonn da un paso atrás en relación con la Constitución

¹¹ CARMONA CUENCA, E. **El Estado social de Derecho en la Constitución**. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000. p. 50

¹² En Brasil el sistema es distinto. Ver: BERCOVICI, Gilberto. Revolution through Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40249>

de Weimar de 1919 en la que si había una completa y exhaustiva regulación de carácter social que, sin embargo, quedó, por culpa de la jurisprudencia, en meros principios programáticos, meras declaraciones sin fuerza de obligar. Hoy, a pesar del tiempo transcurrido y de la obvia fuerza jurídica de los derechos fundamentales sociales, todavía la Constitución de Bonn no dispone de un catálogo de derechos de esta naturaleza. La doctrina, sin embargo, señala que la cláusula del Estado social implica un principio rector vinculante para los poderes públicos. Y la jurisprudencia aunque reconoce que la cláusula es muy relevante en la interpretación de la Ley Fundamental, es el legislador a quien corresponde la realización concreta del Estado social. En otras palabras, la cláusula social no es más que un principio rector vinculante para los poderes públicos en la medida en que estén desarrollados por el legislador y en cuanto exista presupuesto disponible para su realización concreta. Igual que en España.

3. FORMULACIÓN JURÍDICA

Así las cosas, en el año 2014, en plena crisis general en Europa, en una época en la que en no pocos de nuestros países encontramos estampas que muestran múltiples necesidades sociales elementales, conviene reflexionar desde el Derecho Administrativo acerca de la necesidad de replantear el concepto de los derechos fundamentales sociales y, fundamentalmente, acerca de la proyección del sentido y funcionalidad que implica la cláusula del Estado social y democrático de Derecho para el conjunto del Derecho Administrativo.¹³ ¿Es que el Derecho Administrativo puede mirar para otro lado mientras existen miles y miles de ciudadanos que no disponen de las mínimas condiciones vitales para el libre y solidario desarrollo de su personalidad?. ¿No habrá llegado el momento de que el Estado recupere su finalidad primigenia y se funde y actúe de acuerdo con la centralidad de la dignidad humana? Estas y otras preguntas deben ser afrontadas y respondidas con categorías jurídicas, que las hay, para que los fines de la Constitución se puedan realizar.

Según parece, el primero que utilizó científicamente la expresión Estado social fue Herman Heller en 1929 unida a la expresión Estado de Derecho.¹⁴ Una obra que, como se sabe, buscaba criticar la dictadura fascista desde el Estado de Derecho al que, obviamente, acompaña un compromiso con la igualdad incompatible con las profundas desigualdades a que históricamente han dado lugar las dictaduras. Heller, que distingue entre concepción formalista y material del Estado de Derecho, explica que el Estado de Derecho en su versión material debe arribar a la democracia social, que es la

¹³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015.

¹⁴ HELLER, H. Estado de Derecho o dictadura. In: HELLER, H. **Escritos políticos**. Madrid: Alianza 1985.

expresión que utiliza en esta obra para llamar la atención acerca de la virtualidad de la necesidad de que la democracia social, en oposición a la democracia liberal, se funde sobre el conjunto del pueblo, en su totalidad socialmente solidario.¹⁵

Para Heller, el Estado material de Derecho, que a mi juicio lleva en sí mismo la dimensión social, es aquel en el que todos los ciudadanos tienen derecho “ante todo a la igualdad ante la ley, o, lo que es lo mismo, a que se atienda a los fines existenciales de todos sin excepción de circunstancias personales y a una aplicación objetiva de la norma general sin consideración de posición, estamento, etc, del individuo”.¹⁶ Un modelo de Estado que sin embargo se fue vaciando, reconoce el profesor alemán, con el paso del tiempo. Desde este punto de vista, incluso se puede afirmar que la dimensión social del Estado, en la medida que atiende al contenido mismo de la acción del Estado, a sus valores, y especialmente a la centralidad del dignidad del ser humano,¹⁷ permite una vuelta a la noción material o sustancial del Estado de Derecho, hoy también francamente desnaturalizada ante tanta lesión, también desde el mismo Estado, de los más elementales derechos fundamentales sociales que acompañan a la existencia de cualquier ser humano.

Que el Estado haya de implicarse en la realización de reformas sociales, como señala Carmona Cuenca, es, sin embargo, una idea anterior que se puede cifrar en Europa a mediados del siglo XIX como una forma de intentar resolver la denominada cuestión social en Alemania.¹⁸ Cuestión que ya por entonces se planteó a través de la revolución marxista o a través del reformismo patrocinado por pensadores del socialismo moderado como Lassalle o del signo social-conservador como Von Stein o Wegener. Como nos recuerda Carmona Cuenca, esta tendencia reformista es la antesala del concepto actual del Estado social.

En efecto, esta tendencia reformista, aunque desde perspectivas diferentes, plantea que el Estado debe involucrarse activamente en liberar al hombre de la miseria, la ignorancia y la impotencia en que viven tantos millones de seres humanos. Para Lassalle el Estado, partiendo del dogma hegeliano, es la encarnación del ideal ético y, por ello, el instrumento adecuado para la transformación social. Para Von Stein, la clave está en que todos los habitantes dispongan de propiedad de manera que el Estado debe propiciar que todo ciudadano acceda al derecho de propiedad, en que el Estado

¹⁵ HELLER, H. Las ideas socialistas. In: HELLER, H. **Escritos políticos**. Madrid: Alianza 1985. p. 288

¹⁶ HELLER, H. Las ideas socialistas. In: HELLER, H. **Escritos políticos**. Madrid: Alianza 1985. p. 288

¹⁷ DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p.7-32, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>.

¹⁸ CARMONA CUENCA, E. **El Estado social de Derecho en la Constitución**. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000. p. 32.

a fin de cuentas corrija las desigualdades extremas que impiden a los más necesitados desarrollarse con dignidad.

En cierta forma se puede afirmar que la definición más conocida de Estado social parte precisamente de esta idea de reforma social realizada desde el Estado que se traduce en un conjunto de medidas, leyes y actividades que tienden a hacer posible a todos la adquisición de medios económicos a través del trabajo.¹⁹

En este tema resulta bien interesante la cuestión planteada desde el principio de las relaciones entre Estado y Sociedad. Si el Estado absorbe a la Sociedad, como parece derivarse de la interpretación hegeliana, entonces nos hallamos ante el paraíso socialista que plantea que es el Estado quien mecánica y automáticamente proveerá a todos clase de beneficios y de bienestar para los ciudadanos. En caso, contrario, el Estado lo que debe hacer es crear las condiciones para que todos los ciudadanos puedan ejercer libre y solidariamente sus derechos fundamentales.

En realidad, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, las relaciones entre Estado y Sociedad, no son de confrontación, ni se identifican por absorción. Son realidades distintas que operan en planos diferentes y que se complementan al servicio objetivo del interés general, o lo que es lo mismo, al servicio de los derechos fundamentales de la persona.²⁰

Conviene anotar en este punto que no es casualidad que Heller plantease por primera vez la dimensión social del Estado tratando acerca del Estado de Derecho y la dictadura fascista. Es más, si el Estado de Derecho se apoya, a modo de trípode, en el principio de separación de los poderes, en el principio de juridicidad y en el principio de capitalidad de los derechos fundamentales de la persona, es lógico, hasta exigible, que en la misma definición del Estado de Derecho se encuentre la caracterización social. Por una razón que quizás hoy, en el siglo XXI, sea más evidente. Los derechos de la persona, aquellos derechos que son inherentes a la condición humana, deben permitir a cada ciudadano, por el hecho de serlo, realizarse libre y solidariamente. Ello no sería posible, de ningún modo, si no dispusiera de una serie de derechos humanos que supusieran en su misma configuración una serie de prestaciones del Estado para hacerlos efectivos. ¿Puede un ser humano vivir en condiciones de dignidad sin alimentación, sin vestido, sin vivienda, sin acceder a la educación básica?

Por tanto, las relaciones entre Estado de Derecho y Estado social de Derecho, al menos a día de hoy, sus polémicas y problemas, son más artificiales que reales. Por ejemplo, la crítica formulada en su día por Forsthoff acerca de la incompatibilidad profunda entre ambas cláusulas hoy no se sostiene. Como es sabido, el profesor alemán

¹⁹ VON STEIN, L. **Movimientos sociales y Monarquía**. Trad. E. TIerno GALVÁN. Madrid: Civitas, 1981, p. 24

²⁰ Sobre la relación entre interés general y buena administración: RUOCCO, Graciela. La "buena administración" y el "interés general". **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 27-45, jul./set. 2012.

llegara incluso a afirmar categóricamente que Estado social y Estado de Derecho son conceptos antagónicos. Parte, desde una posición demasiado teórica, de la idea de que el Estado de Derecho se funda sobre la idea de la abstracción y generalidad de la ley, mientras que los derechos sociales no se pueden establecer en una norma general abstracta, susceptible de aplicación, porque, por definición están en constante cambio y transformación y no pueden ser objeto de una norma general necesitada de aplicación.²¹ Es verdad que la fijación del contenido de las prestaciones que están ínsitas en los derechos fundamentales sociales puede cambiar continuamente en función del grado de bienestar social existente. Pero ello no impide, ni mucho menos, que se rompa la armonía esencial que existe entre Estado de Derecho Y Estado social, al menos desde la comprensión del contenido básico del Estado de Derecho expuesto anteriormente.

Forsthoff entiende, y no le falta razón, que el Estado de Derecho en su configuración tradicional supone que existen derechos que el Estado debe respetar, espacios indisponibles para el Estado. En este modelo la nota característica sería la de limitación, la de pasividad. Sin embargo, en el Estado social, el Estado actúa, el Estado realiza prestaciones en favor de las personas con determinadas necesidades sociales. Por tanto, el mundo del Estado social es un mundo de leyes concretas y de acción administrativas frente al reino de lo general y abstracto que domina en el Estado de Derecho. Como la Constitución es, por esencia, una Norma general y abstracta, no puede entrar en regulaciones y concretas y específicas, que se dejan para el terreno de lo concreto, por lo que según el profesor alemán no son susceptibles, los derechos sociales de ser aplicados directamente.²² Esta razón, que está en la base de la discusión de entonces, hoy realmente tiene poco sentido puesto que los derechos fundamentales sociales también son derechos fundamentales de la persona y, por ende, susceptibles de aplicación inmediata y directa. Otra cosa, son determinadas principios rectores de la política social y económica o algunos derechos de orden social que no son en esencia derechos fundamentales sociales.

El tema plantea, por otra parte, la esencia misma del Derecho Administrativo como Derecho de concreción o materialización de la Constitución. El mismo Forsthoff dirá que la Administración pública es la Constitución en acción. Es verdad que el Derecho Administrativo es, desde este punto de vista, Derecho Administrativo concretado. Pero eso, que es una de las señales de identidad del Derecho Administrativo, no implica, ni mucho menos, que no existan, como tratamos de explicar en este trabajo, derechos fundamentales de orden social con las mismas características, exigibilidad y justiciabilidad, que los denominados derechos fundamentales clásicos. ¿O es que el derecho a

²¹ FORSTHOFF, E. Concepto y esencia del Estado social de Derecho. In: ABENDROTH, Wolfgang; FOSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl (Orgs.). **El Estado social**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 80-83

²² FORSTHOFF, E. Concepto y esencia del Estado social de Derecho. In: ABENDROTH, Wolfgang; FOSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl (Orgs.). **El Estado social**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 85-88

la alimentación de un ser humano no reclama, con el mismo, o mayor fundamento, la aplicación inmediata y directa de la que dispone el derecho de libertad de expresión o el derecho a la libertad de asociación?.

Esta cuestión ha planteado también problemas acerca de su adscripción ideológica pues sabemos que tanto desde el socialismo moderado como desde el conservadurismo social se ha intentado presentar como una seña de identidad de tal o cual pensamiento político. Con independencia de si la cláusula del Estado social es patrimonio del socialismo moderado del conservadurismo social, del centro-izquierda o del centro-derecha en términos políticos más actuales, en las sociedades maduras y desarrolladas se trata de un concepto que unos y otros utilizan indistintamente pues ya es un patrimonio común de la acción política en cualquier aproximación ideológica que preconice la democracia.

En los años que escribía Heller, algunas de sus afirmaciones, catalogadas de socialistas, hoy nos parecen propias del sentir general existente en torno a lo que debe ser un Estado social y democrático de Derecho, igualmente exigibles de un gobierno liberal-conservador que de un ejecutivo socialista. Para Heller un Estado de democracia social, que es la expresión por él utilizada, debe convertir en jurídico público el orden jurídico privado del trabajo y la propiedad²³ puesto que como él asume, existe un obvio interés general en la regulación del trabajo y la propiedad. El derecho al trabajo y todas las consideraciones sobre las condiciones en que debe realizarse responden al interés general y la función social del derecho de propiedad lo mismo.

La referencia constitucional al Estado social atiende a la necesidad de garantizar unas condiciones vitales de dignidad para las personas. Para eso, como dispone el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978, el Estado debe establecer las condiciones para que la libertad y la libertad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, cultural y social. El Estado social, pues, tiene como objetivo y finalidad remediar la desigualdad material de los ciudadanos de forma efectiva, removiendo los obstáculos que lo impidan. Es decir, esas condiciones que hacen a un mínimo de libertad e igualdad de los ciudadanos para desarrollarse libre y solidariamente en el ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, deben ser efectivas. En otras palabras, la efectividad es una nota constitucional que está imbricada en la definición de un Estado social que debe promover los derechos fundamentales, todos, también los sociales que son inherentes a la persona misma.

²³ HELLER, H. Las ideas socialistas. In: HELLER, H. **Escritos políticos**. Madrid: Alianza 1985. p. 325

4. CONTENIDO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En este punto es importante distinguir conceptos porque, en efecto, el contenido del Estado social es variado y ofrece una tipología de posibilidades tan amplia como amplia es la gama de problemas sociales que afectan a la vida digna de las personas. No hay más que leer en la Constitución española de 1978 el capítulo III que lleva como rúbrica “Los principios rectores de la política social y económica” para caer en la cuenta que jurídicamente no puede tener la misma consideración el derecho a la vivienda que la protección del patrimonio histórico-artístico.

En efecto, no es lo mismo el derecho al trabajo, verdadero derecho humano, que algunas reivindicaciones concretas relativas a la mejora de las condiciones laborales. El derecho al trabajo, el derecho a la alimentación, el derecho al vestido, el derecho a la vivienda,²⁴ el derecho al medio ambiente son derechos inherentes a la persona porque son básicos e imprescindibles para su desarrollo libre y solidario. Es decir, los derechos fundamentales que implican prestaciones concretas para su realización, deben tener, porque son derechos fundamentales de la persona, el mismo tratamiento jurídico que ellos en punto a la protección jurisdiccional y, por supuesto, a lo que se refiere a su aplicación inmediata, exigibilidad y justiciabilidad, eso sí con las modulaciones que puedan realizarse en función de la situación de la evolución social y del bienestar social de cada país. En estos casos, los presupuestos de los ministerios de orden social, mientras subsistan desigualdades materiales, han de contemplar de forma imperativa disponibilidades presupuestarias razonables tras una científica y sistemática cuantificación. No hacerlo así significa, no sólo la violación de la cláusula del Estado social sino el fracaso del mismo Estado, que en lugar de defensor y promotor de la dignidad humana, se convertiría en uno de sus principales enemigos. La argumentación en torno al carácter contingente y variable de los programas sociales no es ningún problema pues como señala Wolin, en cualquier momento pueden ser expandidos, modificados o revocados, incluso cancelados si hiciera falta,²⁵ en función de la grado de bienestar social existente.

La fórmula Estado social y democrático de Derecho, o Estado democrático y social de Derecho, polémica para algunos autores alemanes como Schmitt y Forsthooff por imprecisa, vaga y abstracta, hoy está de plena actualidad. Con todo respeto, las

²⁴ El derecho a la vivienda ha encontrado distintas formas de protección jurisdiccional en los países latino-americanos. Sobre el tema en el Derecho argentino, brasileño y colombiano, ver: VALLE, Vanice Regina Lirio do. Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia: a comparative perspective. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 67-102, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40511>; ANTIK, Analía. Operatividad de los derechos sociales en materia de vivienda. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 133-149, jan./mar. 2015; MASSIMINO, Leonardo F. Los derechos humanos y el derecho a la vivienda: los criterios judiciales. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 29-47, jan./mar. 2013.

²⁵ WOLIN, S. Democracy and the Welfare State: The political and theoretical connections between Staatsräson and Wohlfahrtsstaatsräson. **Political Theory**, 15, 4, 1987, p. 477.

formulaciones de estos destacados profesores para dejar sin efecto las normas de la Constitución de Weimar primero y las de la Constitución de Bonn después, olvidan que se trata de una cláusula vinculada a la efectividad, especialmente en lo que se refiere a la realización de derechos fundamentales sociales que afectan al mismo contenido esencial de la dignidad del ser humano. Si el Estado surge para asegurar unas mínimas condiciones de desarrollo libre y solidario a las personas, es lógico que el Derecho y las Políticas públicas se orienten hacia esa finalidad.

Que tales derechos fundamentales sociales requieran prestaciones concretas del Estado no significa, ni más ni menos, que el Estado debe cuantificar en sus presupuestos sociales las disponibilidades necesarias para alcanzar ese objetivo social tan relevante: garantizar un *mínimum* de dignidad esencial para todos los ciudadanos, con particular atención a los más necesitados o desvalidos.

Además, que estas prestaciones concretas no puedan ser previstas en normas generales y abstractas propias de una Constitución no significa que deban quedar *extra constitutionem* puesto que, insisto, el Estado de Derecho entendido en su formulación material y sustancial incorpora, qué duda cabe, contenidos sociales que implican actuaciones concretas y precisas del Estado. Concebir como una burbuja el Estado de Derecho en la Constitución, sin contaminaciones provenientes de la acción administrativa desde luego no se compadece ni con las tradicionales relaciones entre Derecho Constitucional y Administrativo ni con las más elementales exigencias de realización de los derechos fundamentales sociales. O, lo que es lo mismo, pretender a estas alturas que el rasgo esencial del Estado de Derecho sea precisamente el formalismo jurídico y la neutralidad ante los valores que muestran sus instituciones no tiene ningún sentido desde la misma formulación de la efectividad del Estado social.²⁶

En realidad, las doctrinas de Schmitt y Forsthoff niegan la existencia del concepto de derecho fundamental de la persona que requiere de prestaciones específicas del Estado. O, lo que es lo mismo, reniegan de la noción de derecho fundamental social. Para llegar a esta conclusión, Forsthoff señalará que las personas que requieren prestaciones sociales del Estado tienen, en todo caso, derechos subjetivos o intereses derivados de la regulación legal de ciertas materias, que deben estar previamente previstas en una Ley previa. El artículo 53 de nuestra Constitución camina en esta dirección, eliminando toda posibilidad de aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales sociales. Hoy, además, existen técnicas jurídicas para controlar la inactividad material de la Administración y para evitar los perniciosos efectos de la omisión del deber de legislar en estas materias.

²⁶ En opinión de Forsthoff, la misma formulación del Estado social debilita el ejercicio de la auténtica autoridad y se convierte en una tarea imposible cuando los recursos financieros se reducen y el Estado distribuidor no tiene nada que distribuir. FORSTHOFF, E. *Stato di diritto in trasformazione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 105 y ss.

En una posición sustancialmente distinta se encuentra otro ilustre profesor alemán: Abendroth, para quien el Estado social tiene pleno sentido cuándo pone de manifiesto que una democracia solo puede funcionar si esta se extiende a la sociedad y ofrece a todas las clases sociales las mismas oportunidades en el proceso económico.²⁷ Abendroth plantea, de una forma ideológica y, por ello, radical, una absoluta transformación del orden económico-social actual en la que el Estado debe intervenir en los procesos económicos planificando la producción y procediendo a una distribución de los recursos en interés de todas las clases sociales. Abendroth, pues, plantea que el Estado social sólo es posible si el Estado asume un papel esencial en la economía a partir de un principio democrático entendido más allá de la representación parlamentaria que llega a la coestión e impregna todos los ámbitos de la sociedad. Tal pretensión, sin embargo, históricamente ha fracasado y supone un proceso de absorción de la Sociedad por el Estado que va a ser así el único actor legitimado para dar contenido concreto al Estado social. En otras palabras, el orden económico y social, según su pensamiento, ha de ser sometido a aquellos órganos estatales en la que está representada la voluntad autodeterminante del pueblo.²⁸ Se trata de un planteamiento desarrollado como consecuencia de un prejuicio que parte de una determinada interpretación del principio democrático que elimina la perspectiva individual y pone el acento en la determinación democrática del orden estructural de la economía a través de la gestión de la empresa y de la sociedad.²⁹

Otro punto de vista, un “*tertium genus*”, una tercera vía entre las dos formulaciones anteriores parte de entender el principio democrático, que bascula sobre una idea razonable y abierta de la participación, como elemento que ayuda a comprender mejor la armonía que existe entre el Estado de Derecho y el Estado social. Como adelantamos antes, en la medida en que nos instalamos en una visión material, no formal del Estado de Derecho, tanto la cláusula del Estado social, y sus exigencias, como la cláusula del Estado de Derecho se entiende de forma complementaria. Hasta tal punto que bien podría afirmarse que el Estado material de Derecho no se entiende sin la cláusula del Estado social y sin la cláusula del Estado democrático. En otras palabras, Estado social y Estado democrático son componentes básicos del Estado de Derecho entendido materialmente. Probablemente, quien mejor ha explicado esta posición es el profesor Kriele, famoso también por su teoría de la indisponibilidad de los derechos fundamentales

²⁷ ABENDROTH, W. El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político. In: ABENDROTH, Wolfgang; FOSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl (Orgs.). **El Estado social**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 30

²⁸ W. ABENDROTH, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (1954). In: E. FORSTHOFF. **Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit**. Darmstadt, 1968, p. 119

²⁹ GONZALEZ MORENO, B. **El Estado social**: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales. Madrid: Civitas, 2002. p. 44

de la persona, que son entendidos como manifestaciones básicas y esenciales de la dignidad del ser humano.

Para este profesor alemán, el Estado Constitucional democrático y sus instituciones que garantizan los derechos humanos cívicos y políticos, no solo es condición indispensable para una vida con dignidad humana. Es también la base de cualquier lucha democrática por un Ordenamiento jurídico y económico que tenga en cuenta los derechos humanos económicos, sociales y culturales.³⁰ Es decir, el Estado social y democrático de Derecho es una fórmula que, como otras tantas propias del Derecho Público, debe entenderse a partir de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. Es posible explicarla desde diversas coordenadas, desde diferentes posiciones, es una fórmula que está en permanente evolución y, sobre todo, es una fórmula que permite una cabal comprensión hoy, en un nuevo siglo, para dotar de mayor fuerza jurídica al Estado de Derecho en sentido material.

Hoy ya no es posible mantener una posición formalista del Estado de Derecho que se ponga de perfil ante la existencia de derechos fundamentales de la persona que reclaman prestaciones concretas del Estado. Hoy no es posible mantener posiciones provenientes de "aprioris" ideológicos que se pretenden proyectar unilateral y totalitariamente sobre la realidad. Hoy es menester buscar categorías y conceptos que permitan, he aquí la clave, un más libre y solidario desarrollo de las personas, especialmente de todas y cada una de sus libertades, de todos y cada uno de sus derechos fundamentales. Heller tenía razón cuándo advertía de que la clave se encuentra en la realización de la dimensión material, sustancial, de la cláusula del Estado de Derecho pues la idea del compromiso social del Estado surge de la extensión del pensamiento del Estado de Derecho material al orden del trabajo y de los bienes.³¹ De lo que se deduce claramente que el derecho al trabajo y el derecho a la alimentación, a la vivienda, entre otros, son derechos humanos en sentido estricto, derechos fundamentales de la persona, puesto que hacen a la misma dignidad humana y sin su concurso no se puede hablar propiamente de mínimos reales para una existencia digna, acorde a la naturaleza del ser humano.

La creación de las condiciones que hagan posible la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran no es la única exigencia de la cláusula del Estado social. También, en su vertiente negativa, esta cláusula demanda del Estado la remoción de los obstáculos que impidan la libertad y la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran. Y, todavía, más, el artículo 9.2 de la Constitución española reclama al Estado que fomente la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social. Es decir, la cláusula del Estado social y democrático de

³⁰ KRIELE, M. **Liberación e ilustración**, Defensa de los Derechos Humanos. Barcelona: Herder, 1982, p. 69

³¹ HELLER, H. **Escritos políticos**. Madrid: Alianza 1985. p. 165

Derecho trata de acciones positivas, de remoción de impedimentos y del fomento de la participación. Tres formas de presencia del Estado que, en mi opinión, en la medida de lo posible, pueden realizarse armónicamente.

El Estado social, denominado desde un punto de vista sociológico Estado de bienestar, constituye una reacción frente a los fallos del Estado liberal entendido en sentido formal, sin correcciones, dejado a las puras fuerzas de la autorregulación del mercado. Los derechos fundamentales en sentido clásico se entendían como espacios de libre determinación del individuo sin posibilidad de actuación estatal pues se trataba de ámbitos vedados al mismo Estado que lo que debe hacer es ser un mero observador y animador para su realización efectiva. En este marco, se llega al convencimiento de que la autorrealización personal en sí misma y por sí misma no se produce en todos los casos y para todos los ciudadanos.

La cuestión social, la revolución industrial, la ausencia de condiciones mínimas para una vida digna explican que en este tiempo, finales del siglo XIX y sobre todo en el siglo XX comience a tomarse conciencia de estos problemas. Problemas que suponen un aldabonazo para la esencia y existencia del Estado que deja de ser visto como una amenaza o un poder que debe ser restringido por definición. Se cae en la cuenta de que no es posible un ejercicio de la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas.³² Precisamente, como señala Benda, la liberación de las necesidades básicas asegurando los recursos materiales mínimos se vincula, como es lógico, a la garantía de la dignidad humana,³³ lo que significa, lisa y llanamente, que el Estado debe asumir un papel fundamental en orden a preservar ese mínimo vital indispensable para una vida digna puesto que un vida indigna es el fracaso del Estado. Por eso, en el marco de la cláusula del Estado social el Estado asume la función de distribuir bienes jurídicos de contenido material a través de un sistema de prestaciones de diversa naturaleza.³⁴

El Estado social en su formulación clásica vela porque las personas dispongan de las prestaciones y servicios básicos indispensables para una existencia digna y adecuada a su condición, de manera que al Estado corresponde, en virtud de esta cláusula, de facilitar a todas las personas la procura existencial. Concepto que aunque pueda parecer paradójico fue elaborado por Forsthoff en 1938 en referencia a todas las actividades que le corresponde realizar a la Administración en la era de la industrialización tendente a asegurar la existencia de todos los ciudadanos. Ahora la Administración,

³² GARCÍA PELAYO, M. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1977, p. 26

³³ BENDA, E. El Estado social de Derecho. In: BENDA, E.; MAYHOFER, W.; VOGEL, K.; HESSE, H.; HEYDE, W. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 525

³⁴ GONZÁLEZ MORENO, B. **El Estado social**: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales. Madrid: Civitas, 2002. p. 46

dirá Forsthoff, ya no debe dedicarse a garantizar pasivamente la libertad, ahora la Administración es aportadora de prestaciones y su fundamento está en la participación.³⁵

Probablemente, si la concepción de la procura existencial hubiera sido vinculada en mayor medida a la existencia digna es probable que la ausencia de consecuencias jurídicas hubiera sido superada porque si un concepto tiene fuerza jurídica es el de dignidad de la persona.³⁶ Es más, es un concepto que en sí mismo es la esencia del Derecho, por lo que hoy realmente resulta incomprensible que tales prestaciones, esencialmente las vinculadas a la dignidad del ser humano no hubieran sido dotadas de fuerza jurídica. En descargo de esta teoría se puede señalar que quizás el estado y evolución de un modelo de Estado que está en permanente transformación, en 1938 no permitía los desarrollos actuales.

Para Forsthoff, el desarrollo técnico e industrial de los siglos XIX y XX redujo lo que él denomina espacio vital dominado mientras crecía el espacio vital efectivo³⁷ provocando una situación general para todos los ciudadanos de menesterosidad social puesto que, valga la redundancia, es menester buscar los bienes necesarios para mantenerse.³⁸ En el caso de las personas con medios de vida más que suficientes la afirmación del profesor alemán es polémica pero en todo caso, una mayoría de personas que ven su espacio vital propio abandonado a causa del éxodo a las grandes ciudades comprueban a diario, hoy también especialmente en la crisis actual, que las garantías sustanciales para una existencia digna se han ido mermando.

En este contexto, la persona, que ha ido perdiendo su espacio vital dominado siguiendo la terminología de Forsthoff, se encuentra desprotegido frente a un tiempo de desarrollismo y economicismo es abandonado a la asistencia en sus más diversas formas.³⁹ Entonces la mayor parte de los ciudadanos dependen de un trabajo para llevar, ellos y sus familias, una existencia digna. El puesto de trabajo es el medio para obtener un mínimo vital que permita en condiciones de dignidad realizarse libre y solidariamente como ser humano. El Estado, también a finales del siglo XIX, ante la situación llamemos hoy de indignidad en la que vivían ya demasiadas personas, hubo de asumir la obligación de facilitar la subsistencia a partir de introducir en el proceso económico, por parte del Estado, una adecuada relación entre salarios y precios que permitieran un poder adquisitivo de los salarios razonable para vivir con dignidad. Hoy, con los matices que se quiera, hemos vuelto a las andadas, precisamente en el marco de un Estado

³⁵ FORSTHOFF, E. **Sociedad industrial y Administración pública**, Madrid: Enap, 1967, p.21

³⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 7, n. 29, p. 11-35, jul./set. 2007.

³⁷ FORSTHOFF, E. **El Estado de la sociedad industrial**, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, p.120

³⁸ CARMONA CUENCA, E. **El Estado social de Derecho en la Constitución**. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000. p. 59

³⁹ CARMONA CUENCA, E. **El Estado social de Derecho en la Constitución**. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000.

social que pensábamos maduro y desarrollado y que, sin embargo, por el falseamiento de los fines propios del mismo, está reduciendo y recortando prestaciones sociales muchas de ellas directamente vinculadas a una vida digna.

Para ForsthoFF, el Estado social es un Estado que garantiza la subsistencia y, por la tanto, es un Estado de prestaciones y de redistribución de la riqueza⁴⁰ que debe concentrarse en tres fines fundamentales. Primero, garantizar una relación adecuada entre salarios y precios, Segunda, regulación de la demanda, de la producción y del consumo. Y, tercera, aportar prestaciones de las que dependa la vida del hombre de forma perentoria.⁴¹ El no pequeño problema estriba en que sin embargo, por las razones expuestas anteriormente, el ciudadano no dispone de un derecho exigible a la Administración para que realice dichas prestaciones. El mérito de su teoría se encuentra en haber diseñado un haz de técnicas jurídicas en el marco del Derecho Administrativo para contribuir a que la Administración contribuya a la mejora de las condiciones de vida de las personas. Ahora, sin embargo, al menos en lo que se refiere a los derechos fundamentales de la persona que requieren prestaciones concretas para su realización, llegó el momento de su exigibilidad y justiciabilidad con las matizaciones anteriormente formuladas. De alguna manera tales propiedades de la teoría de los derechos fundamentales de la persona se encuentran prácticamente en todos los Ordenamientos del mundo. La cuestión es construir una doctrina de los derechos fundamentales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que se asienta sobre la realidad, que avanza desde la racionalidad y que tiene su centro y raíz en la dignidad del ser humano.

El concepto de procura existencial incluye, para García Pelayo: el desarrollo de sistemas o el control de sistemas sin los cuales no es posible la vida humana en la actual civilización; la seguridad en los diferentes aspectos vitales en la sociedad nacional, que incluye no solo la defensa exterior, sino también la seguridad interior frente al delito y a la subversión; la prevención de situaciones de necesidad de carácter global; la degradación del medio ambiente; el agotamiento de los recursos naturales, las situaciones de conflicto y las tensiones sociales... y la garantía de ciertas prestaciones sociales, más allá de su simple reconocimiento: la fijación de un salario vital mínimo, el acceso a un puesto de trabajo en el marco de pleno empleo; la atención a los colectivos más débiles: discapacitados, ancianos, niños, desempleados, etc, y el acrecentamiento de las posibilidades vitales de la población mediante una justa distribución de ingresos, de acuerdo con las posibilidades de la situación económica general; mediante el progresivo acceso a los bienes culturales, con especial atención y a la innovación y la posesión

⁴⁰ FORSTHOFF, E. Problemas constitucionales del Estado social. In: ABENDROTH, Wolfgang; FOSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl (Orgs.). **El Estado social**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 48-49

⁴¹ FORSTHOFF, E. **Sociedad industrial y Administración pública**, Madrid: Enap, 1967, p. 49

de los conocimientos tecnológicos; y por la expansión y perfeccionamiento de los servicios sociales y los sistemas de previsión social.⁴²

El contenido del Estado social es muy amplio. En este estudio nos vamos a centrar en los denominados derechos fundamentales sociales, que son aquellos derechos fundamentales de la persona que requieren de prestaciones específicas del Estado para su realización por los ciudadanos que se encuentran desvalidos. En estos supuestos, al tratarse de derechos fundamentales en sentido estricto, de derechos fundamentales en el Estado social y democrático de Derecho, la protección jurídica dispensada debiera ser la propia y específica de los derechos fundamentales. Sin embargo, a causa de la categorización de estos derechos como de principios rectores de la política social y económica no se consideran ni exigibles ni justiciables. Al menos no son de aplicación directa e inmediata y su efectividad, a pesar de la claridad de la letra del artículo 9.2 de nuestra Constitución, queda condicionada a que una ley previa así lo disponga.

El contenido del Estado social, en la medida que estamos en el marco de un concepto dinámico, es difícil de describir con pretensión definitiva. Sin embargo, lo que sí es inherente al concepto del Derecho Administrativo, lo que sí está en la medula de la misma esencia del Derecho Administrativo, que es el interés general,⁴³ es su vinculación sustancial a la realización objetiva de los derechos fundamentales de la persona. Esta es, como veremos más adelante, la clave hermenéutica para comprender la capitalidad del interés general como clave de bóveda del Derecho Administrativo del Estado social y democrático de Derecho.⁴⁴ O si se quiere para entender lo que con toda intención denomino Derecho Administrativo Social, usando una fórmula tautológica pero que hoy en día me parece que debe ser subrayada.⁴⁵

Es verdad que la crisis del Estado de bienestar ha venido provocada por fiarlo todo al Estado, por esperarlo todo del Estado, en lugar de caer en la cuenta de que el mismo principio de participación, ínsito en la cláusula del Estado democrático, invita a un mayor diálogo entre el Estado y la Sociedad, de forma y manera que hábilmente integrados, en alianzas estratégicas, puedan llegar más lejos que en lugar de encargar al Estado que se ocupe de todo, desde la cuna hasta la tumba. En este contexto, como es lógico, se acabaron los presupuestos públicos y, lo que es más grave, si resulta que

⁴² GARCIA PELAYO, M. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1977, pp. 29-30

⁴³ MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 171-198, abr./jun. 2010; HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

⁴⁴ BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.

⁴⁵ También utiliza la expresión: HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. p. 149.

tal merma de las disponibilidades presupuestarias fueron también provocadas por una colosal corrupción instalada en el sistema, entonces resulta que llegamos a la situación en la que nos encontramos. Situación a la que nos conducido una perspectiva estática del Estado social, del Estado de bienestar. Ahora, sin embargo, es necesario recuperar la dimensión dinámica y subrayar la necesidad de dotar a los derechos fundamentales sociales, no a todo el contenido del Estados social, la categoría de derechos fundamentales a todos los efectos.

En este sentido, como apunta Gonzalez Moreno, es necesario saber que entendemos por mínimos en las condiciones existenciales.⁴⁶ En mi opinión esos mínimos se refieren a prestaciones imprescindibles para una existencia digna. Es decir, la cobertura del derecho a la alimentación, del derecho al vestido, del derecho a la vivienda, o, entre otros, el derecho al trabajo en condiciones dignas. En el fondo de esta doctrina late la idea de que el derecho fundamental de la persona no es sólo un espacio de libre determinación vedado a la acción de los poderes públicos.

5. LOS DERECHOS SOCIALES

Además, y ello es consecuencia del Estado social, son derechos que pueden requerir en determinados casos acciones positivas del Estado para facilitar su realización. Y, si partimos, como se hace en este estudio, de que el derecho fundamental de orden social más importante es el derecho a una buena Administración pública,⁴⁷ entonces entenderemos mejor que la cláusula del Estado democrático, a través de la directriz constitucional de la participación conduce a rechazar el concepto de derecho público subjetivo como paradigma del derecho fundamental de la persona y entender en sus justos términos que los derechos fundamentales, además de límites a la acción estatal, son fines de la acción del Estado a través de la garantía de la participación de los ciudadanos en la vida social, política, cultural y económica. Una lectura del artículo 9.2 de nuestra Constitución desde el artículo 10.1 de nuestra Carta Magna abonaría una explicación como la aquí propuesta.

Ciertamente, no todos los derechos sociales son derechos fundamentales de la persona, pero sí que existe una categoría de derechos inherentes a la persona que dependen en buena medida, según situaciones, latitudes y contextos, de la acción del Estado. Aquí no planteamos una apertura completa del concepto de derecho fundamental a todos los derechos sociales, económicos y culturales. No, planteamos que se reconozca dentro del concepto de derecho fundamental, a efectos de garantizar su

⁴⁶ GONZALEZ MORENO, B. **El Estado social**: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales. Madrid: Civitas, 2002. p. 47

⁴⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 117-149, abr./jun. 2010.

exigibilidad y justiciabilidad, a los que se denominan derechos fundamentales sociales pues, lo contrario sería una quimera, algo irracional, sin sentido alguno en un mundo en el que el límite es desde luego un factor constitutivo de la realidad.

En esencia, hay dos posiciones en relación con la efectividad de la cláusula del Estado social. La patrocinada por Forsthoff que ya hemos explicado: dicha cláusula no tiene dimensión jurídica. Y, por otra parte, la tesis de quienes piensan que las normas sociales de la Constitución tienen el mismo valor normativo que otras materias de la Constitución aunque su eficacia se condiciona por la Constitución misma.

En este estudio se plantea la necesidad de reformar la Constitución para dar entrada formalmente en la misma, en el elenco de los derechos fundamentales de la persona, a aquellos que teniendo esta misma característica por ser inherentes a la persona, requieren de acciones positivas del Estado pues hoy el grado de evolución del derecho fundamental de la persona como límite y fin del Estado se encuentra plenamente justificado. Es más, como apunta Gonzalez Moreno, el concepto del Estado de Derecho se ha ido perfilando con el paso del tiempo y ya no se presenta hoy los mismos perfiles que presentaba en los orígenes del Estado constitucional.⁴⁸ Tras ser concebida la ley como forma de limitación del poder y una vez asumido que la Constitución y sus valores se proyectan sobre la Administración pública aparece el concepto del Estado social cuándo se cae en la cuenta de que el poder es de la soberanía popular y que entonces la participación de la ciudadanía en los asuntos de interés general adquiere dimensión propia. Aquí parece que se debe ubicar el derecho fundamental a la buena administración que es el derecho básico del que se derivan todas las acciones positivas del Estado en orden a la realización de los derechos humanos.⁴⁹ Obviamente, las garantías jurídico-sociales reclaman la participación, de manera que en el contenido del Estado social y democrático de Derecho, la participación va a ser esencial. Sobre todo porque el mismo concepto de interés general en el Estado social y democrático de Derecho reclama la participación.⁵⁰ Un interés general definido unilateralmente no es el interés general propio de un Estado social y democrático de Derecho.

Desde esta comprensión dinámica del sentido material del Estado de Derecho, en el que se incluyen como aspectos esenciales la dimensión social y democrática del Estado, la cláusula democrática, la que apela a la legitimación democrática, hoy nos invita a tomar conciencia acerca de un reto no culminado: dotar de mayor significado, contenido y funcionalidad a la participación social. Es más, en este momento de la

⁴⁸ GONZALEZ MORENO, B. **El Estado social**: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales. Madrid: Civitas, 2002, pp. 52-53

⁴⁹ MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 13-44, out./dez. 2013.

⁵⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012.

evolución social, registramos un paradójico retroceso motivado en buena medida por el fracaso de la versión estática del Estado social de la que se han aprovechado hábilmente las tecnoestructuras dominantes.

La cultura jurídica occidental ha asumido ya con normalidad la consagración de las cláusulas del Estado social y el Estado democrático como exigencias de la consideración sustancial del Estado de Derecho. Hasta el punto, sostiene acertadamente Gonzalez Moreno, de que una Constitución que no las recoja formalmente no sería una Constitución completa.⁵¹ Siendo esto así, desde la esencial fuerza normativa por excelencia de la Constitución, los llamados derechos fundamentales sociales y, en especial, el derecho de participación, deben poder ser exigibles por los ciudadanos. Tal operación, que se podría plantear de diferentes formas, y desde planos distintos, pensamos que puede tener virtualidad operativa también, desde la categorización como derecho fundamental del derecho a la buena administración pública.

La cláusula del Estado social, una vez reconocida formalmente en la Constitución, se convierte en un principio rector vinculante.⁵² Un principio que obliga al Estado a realizar las tareas que sean necesarias para su efectividad. O, lo que es lo mismo, un principio que manda al Estado que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas. Principio de realidad y efectividad de la cláusula del estado social que, por muy distintas y variadas expresiones que contenga, reclama del Estado, sobre todo, que contribuya positiva y concretamente a que cada ciudadano pueda realizar los derechos fundamentales sociales que le son propios. Sin esta consideración, el Estado social no sería tal.

En Alemania, el Tribunal Constitucional entendió muy pronto, desde la tesis de la habilitación de las normas constitucionales, que éstas encomiendan al Estado tareas de configuración social orientadas a la consecución de un orden social justo. La cuestión reside en que estas normas constitucionales, entre las que está, por supuesto, la cláusula del Estado social, requieren ordinariamente de la actuación del legislador, lo que supone un no pequeño problema puesto que en no pocas ocasiones nos hallamos ante la omisión de este poder del Estado. En este punto debemos precisar que al menos los derechos fundamentales sociales si debieran tener, como derechos fundamentales de la persona que son, eficacia inmediata y directa así como la protección judicial de estos derechos.

El legislador dispone, pues, de una amplia discrecionalidad a la hora de hacer efectivas las exigencias del Estado social para que este modelo configure un orden social orientado al establecimiento y garantía de la justicia social y, consecuentemente,

⁵¹ GONZALEZ MORENO, B. **El Estado social**: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales. Madrid: Civitas, 2002, p.54

⁵² BENDA, E. El Estado social de Derecho. In: BENDA, E.; MAYHOFER, W.; VOGEL, K.; HESSE, H.; HEYDE, W. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 521.

a la eliminación de situaciones de menesterosidad social.⁵³ Para Benda, solo excepcionalmente es deducible de esta obligación del poder legislativo una expectativa jurídica directamente invocable ante la jurisdicción ordinaria o ante la jurisdicción constitucional.⁵⁴ En mi opinión, el caso de los derechos fundamentales sociales encajan, no como expectativa, sino como derecho exigible a partir de una razonable dotación presupuestaria en los presupuestos de los ministerios sociales bajo la rúbrica de derechos fundamentales sociales u otro título que aluda a la necesidad de presupuestar, tras estudios económicos y sociológicos serios, tales necesidades en los diferentes países y naciones según grados de evolución y desarrollo del bienestar social de sus habitantes.

6. LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO

En realidad, la clave de toda esta cuestión se encuentra en la dignidad del ser humano, que es el canon desde el que plantear la cuestión. Para el Derecho en general, y por supuesto, y especialmente para el Derecho Público, la dignidad del ser humano es el principal pilar y fundamento de todas sus categorías e instituciones. Hasta tal punto es esto así que el propio Estado de Derecho entendido material y sustancialmente significa esencialmente que la dignidad de cada ser humano se levanta omnipotente y todopoderosa ante cualquier intento del poder público por lesionarla, conculcarla o laminarla.

La dignidad del ser humano, su centralidad y capitalidad, que conforma indeleblemente es espacio de indisponibilidad del que disfrutan los derechos fundamentales de la persona, también los sociales, justifica, como entendió tempranamente la jurisprudencia constitucional alemana, que el derecho de todo ciudadano a unos recursos materiales mínimos surge de la garantía de la dignidad humana contenida en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn.

Tratando sobre el contenido del Estado social debemos hacer una precisión en relación con la naturaleza de algunos derechos sociales. La realidad y la evolución social, especialmente en el tiempo en que vivimos, acredita que el problema de la justicia social no debe contemplarse solo, desde el punto de vista de la exigibilidad y justiciabilidad, a partir la legislación ordinaria o desde la Administración. Es verdad que la interpretación primera de la Ley Fundamental de Bonn fue la que bien conocemos. Sin embargo, hoy en día, desde una consideración dinámica del Estado social enraizado en la centralidad del ser humano, o bien se da entrada en la Constitución, en el capítulo dedicado a los derechos fundamentales de la persona, a aquellos derechos sociales

⁵³ CARMONA CUENCA, E. **El Estado social de Derecho en la Constitución**. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000. p. 71

⁵⁴ BENDA, E. El Estado social de Derecho. In: BENDA, E.; MAYHOFER, W.; VOGEL, K.; HESSE, H.; HEYDE, W. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 525

inherentes a la condición humana, o se procede, si fuera posible y congruente, a una interpretación constitucional que haga derivar de la garantía de la dignidad del ser humano las consecuencias que en cada caso sea menester.

El paso del Estado liberal de Derecho al Estado social y democrático de Derecho debiera haber tenido probablemente una mayor incidencia en relación con la cuestión de los llamados derechos fundamentales sociales. En realidad, el modelo de Estado se ha transformado pero el concepto de derecho fundamental de la persona ha quedado anclado en concepciones del pasado que deben acompasarse a los cambios operados en la definición del modelo de Estado. No para entenderse de forma radicalmente distinta, sino para adecuarse al nuevo modelo de Estado. De ahí que los derechos sociales ahora sean límites a la acción del Estado y, también, fines de la acción pública a través de prestaciones que realmente supongan la efectividad de unas condiciones mínimas para garantizar la dignidad del ser humano.

7. DIMENSIONES DEL ESTADO SOCIAL

Ridder plantea tres dimensiones del Estado social.⁵⁵ La primera se refiere a la consideración social de los derechos fundamentales, que en opinión de este autor, y a partir de prejuicios ideológicos, supone leer en clave de relaciones de poder la cuestión, protegiendo a los más débiles y desprotegiendo a los más fuertes. En realidad, el Estado social exige la igualdad material y, sobre todo, el establecimiento de la justicia en la medida que es corolario necesario del Estado material de derecho. Es decir, el Estado debe proteger a todos, especialmente a los más débiles y, desde luego, a través del poder judicial, anular e invalidar toda suerte de arbitrariedad o uso irracional del poder, así como su ejercicio al servicio de intereses particulares o parciales. La segunda dimensión del Estado social atiende a la vinculación social del Estado que se proyecta especialmente a través de la ayuda que debe prestar el Estado a las personas que se encuentren en situación de necesidad y, asimismo, a través de la exigencia de responsabilidad del Estado por la cobertura y por el funcionamiento del Estado en su conjunto. La tercera dimensión la formula Ridder como la obligación del Estado de articular la sociedad sobre bases democráticas que, fundamentalmente, supera la cláusula del Estado social y se refiere a la cláusula del Estado democrático.

El contenido de la cláusula del Estado social, entendido dinámicamente, es muy amplio y en cada momento puede presentar perfiles distintos aunque, en mi opinión, reclama la existencia de derechos fundamentales sociales como exigencia elemental. Tales derechos deben estar en la Constitución y no dejarse, en su definición, al legislador ordinario, menos a la Administración. En expresión de Benda, la misión del Estado

⁵⁵ RIDDER, H. *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1975

social está dirigida, ante todo, a asegurar un mínimo existencial a cada persona,⁵⁶ lo cual no sería posible sin la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos fundamentales sociales.

Como ha señalado González Moreno, la eficacia de la cláusula del Estado social se despliega en una triple vertiente: como fijación teleológica del Estado, como valor interpretativo del resto del Ordenamiento, y como parámetro de constitucionalidad.⁵⁷

Como fijación teleológica del Estado, nos encontramos ante una vinculación directa para todos los poderes del Estado que implica que dichos poderes deben en su actuación cotidiana configurar la sociedad con un contenido social. En palabras del Tribunal Constitucional español, sentencia 18/1984 de 7 de febrero: “la sujeción de los poderes públicos a la Constitución se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces y tribunales en el ámbito de sus funciones respectivas”.

Por lo que se refiere a la vinculación al legislador, el artículo 53.3 de la Constitución española impone el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores de la política social y económica, que habrán de informar la legislación positiva. Tales principios deben estar reconocidos en una ley que los desarrolle y que prevea su exigibilidad ante los tribunales. En caso de que así no sea nos encontramos ante las consecuencias de la omisión del legislador en esta materia y sus consecuencias jurídicas. Un problema que podría solucionarse dando entrada en el concepto de derecho fundamental social a los que siendo inherentes a la persona requieren determinadas acciones positivas del Estado. Bien a través de una reforma constitucional, bien a través de la doctrina del Tribunal Constitucional. La paralización de los derechos prestacionales, especialmente los que atienden a la garantía de la dignidad del ser humano, atenta a la misma esencia del Estado social por lo que es urgente buscar una solución como las apuntadas. El tema de la omisión del legislador en materia de derechos sociales excede de un trabajo de estas características. Ahora anotamos que las discusiones acerca de la soberanía del Parlamento y la jerarquía de la doctrina del Tribunal Constitucional no pueden en forma alguna condenar a situaciones de indignidad, a lesiones de la garantía de dignidad del ser humano. O reforma de la Constitución en los términos apuntados o doctrina del Tribunal Constitucional en este sentido. La reforma plantearía menos problemas pero requiere determinadas mayorías.

La Administración pública es la institución a quien compete en mayor medida la realización del contenido del Estado social. Contenido que está vinculado a las dotaciones presupuestarias que debe establecer el Parlamento. Es decir, si no hay dotaciones

⁵⁶ BENDA, E. El Estado social de Derecho. In: BENDA, E.; MAYHOFER, W.; VOGEL, K.; HESSE, H.; HEYDE, W. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 533

⁵⁷ GONZÁLEZ MORENO, B. **El Estado social**: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales. Madrid: Civitas, 2002, p.56

presupuestarias, adiós al Estado social. Para evitarlo, y dada la experiencia de estos años, la Constitución debería incluir alguna previsión en materia social que obligara a la legislación presupuestaria, mientras fuera necesario, a establecer unas dotaciones mínimas destinadas a garantizar la dignidad de los españoles.

Por lo que respecta a los Jueces y Tribunales, el artículo 53.3 de la Constitución española establece que los preceptos en los que se concreta el Estado social “informarán la práctica judicial”. En este sentido, hay que recordar que el propio Tribunal Constitucional español establece que la vinculación directa de las normas constitucionales “no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable” (sentencia 15/1982). Mientras no se produzca una reforma constitucional en los términos apuntados o un cambio en la doctrina del Tribunal Constitucional de trescientos sesenta grados, en opinión de Garrorena sería posible fundar acciones judiciales inmediatas en la medida en que el derecho social o principio rector presuntamente violado concurre con otros preceptos para determinar su auténtico sentido y alcance⁵⁸. Tal situación se produciría, en opinión de este autor, en las sentencias en las que se aplica el artículo 14 de la Constitución y en casi todas las que se aplica el artículo 9.2, que suelen referirse al artículo 1.1, de modo que es el “compacto” que forman ambos preceptos –y no solo uno de ellos– el que se constituye como fundamento de las pretensiones que, a partir de aquí se acaben derivando.⁵⁹

Como valor interpretativo del resto del Ordenamiento jurídico, la cláusula del Estado social, hay que tener en cuenta, como ha señalado el Tribunal Constitucional en sentencia 77/1985, que la “sujeción de los poderes públicos al Ordenamiento constitucional impone una interpretación de las normas legales acorde con la Constitución, por lo que debe prevalecer en el proceso de exégesis el sentido de la norma, entre los posibles, que sea adecuado a ella”. Es decir, la cláusula del Estado social debe estar presente en la actuación de los poderes del Estado. El problema es que no se concreta el alcance y funcionalidad del valor interpretativo, que se reduciría, como señala Rubio Llorente, a un cierto carácter doctrinal que dota de una elasticidad profunda a la Constitución cuyo contenido puede acomodarse así al cambio histórico y social. Tal consideración abriría las puertas al concepto de derecho fundamental social impidiendo que quede petrificado en la Constitución del Estado social la versión individualista de los derechos fundamentales, lo que serviría también de fundamento para la reforma constitucional que reclamamos. Algunos preceptos de la Constitución como el artículo 33 reconoce el

⁵⁸ GARRORENA MORALES, A. **El Estado español como Estado social y democrático de Derecho**, Madrid: Tecnos, 1984.

⁵⁹ GARRORENA MORALES, A. **El Estado español como Estado social y democrático de Derecho**, Madrid: Tecnos, 1984.

derecho de propiedad y a la vez su función social, el artículo 38 la libertad de mercado y el 128 la intervención pública en la economía por razones de interés general...

Como parámetro de constitucionalidad, la cláusula del Estado social serviría, según algunos autores, como criterio para fundamentar el recurso o la cuestión de constitucionalidad contra una ley presuntamente antisocial y regresiva cuya anulación se pretenda.⁶⁰ Otros autores piensan que la cláusula permitiría el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes tomando como parámetro los principios rectores de la política social y económica y, en general, cualquier norma constitucional de contenido social.⁶¹

El hecho de que tales principios existen en la realidad concreta en la medida en que una ley regle su régimen jurídico no puede significar que su condición de parámetro de constitucionalidad se condicione a tal desarrollo legislativo porque ello equivaldría a que ciertos preceptos constitucionales no desarrollados por ley ordinaria, pero conectados a la garantía de la dignidad del ser humano, puedan quedar "in aeternum" sin aplicación concreta. En este punto hay que distinguir entre régimen concreto de un principio rector y su condición de parámetro de constitucionalidad, que lo es por su reconocimiento en el texto constitucional que, además, como señala el 53.3, informarán la práctica judicial. Ni el legislador puede gozar de absoluta libertad para concretar el régimen de un principio rector ni el Tribunal Constitucional puede disponer de una amplia franquía para establecer, ante el silencio del legislador, el régimen de un derecho social. Por eso, nuevamente aparece ante nosotros, la necesidad de superar este problema a partir de la entrada en la Constitución en el capítulo de los derechos fundamentales, de aquellos que son inherentes a la persona pero reclaman una acción positiva del Estado para su realización.

Cuestión también relevante es la de la forma de realización del Estado social. ¿Debe ser el Estado el único configurador del bienestar social?. ¿Debe la sociedad, la comunidad participar en tal tarea?. La experiencia de la exclusividad del Estado en tal misión es conocida. También, la autorregulación social sabemos a dónde conduce. En este tema, como en tantos otros, los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, arrojan algunas luces.

Es verdad que la responsabilidad en la realización del Estado es pública. Pero la forma en que las políticas públicas sociales se implementan pueden, deben, tener en cuenta la realidad social y, sobre todo, la existencia de instituciones sociales especializadas en el trato con excluidos, desvalidos o menesterosos. Por eso, en la instrumentación concreta de tales acciones hay que tener presente el principio de solidaridad y también el principio de subsidiariedad. La clave, pienso, está en que se garantice la dignidad

⁶⁰ GARRORENA MORALES, A. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid: Tecnos, 1984. p. 102

⁶¹ PAREJO ALFONSO, L. *Estado social y Administración pública*, Madrid: Civitas, 1983, p. 88

de los seres humanos, siendo irrelevante la forma en que tal finalidad se consiga. Sin embargo, tal posibilidad, como matiza Gonzalez Moreno, sólo cabría en el marco de la cuestión de inconstitucionalidad o de la declaración de constitucionalidad, no como ejercicio de una pretensión para reclamar una acción positiva del Estado de contenido social, salvo que tal pretensión deriva de la concurrencia del principio social del Estado con un verdadero derecho subjetivo.⁶²

8. REFLEXIÓN FINAL

El Estado social, como estamos comprobando, está muy presente en la doctrina del Tribunal Constitucional español. El profesor Tenorio señala que hasta 2010 esta expresión había sido empleada por el máximo intérprete de la Constitución en 158 ocasiones, en todos ellos para sentar que la acción de los Poderes públicos ha de estar guiada y orientada a la reducción de la desigualdad social y, por ende, a la protección de los colectivos más desvalidos o desfavorecidos. De forma especial, el Tribunal Constitucional del Reino de España aunque no se ha pronunciado directamente sobre la irreversibilidad de las conquistas sociales, en la sentencia 97/1990 de 24 de mayo sobre el artículo 50 de nuestra Carta Magna, en materia de pensiones, señala que éstas han de ser las adecuadas recordando que el Estado administra medios limitados y que no cabe en esta cuestión la denominada responsabilidad por omisión.

Por lo que se refiere a la irreversibilidad de las medidas sociales más favorables, hay que distinguir las que afectan a las condiciones de mínimo vital digno, de las que son complementarias o accesorias a este verdadero patrón o canon de la acción social que debe preservarse y protegerse por ser la esencia del mismo Estado social pues es, además del contenido básico del derecho fundamental a una buena Administración,⁶³ un derecho tan fundamental de la persona que hasta puede calificarse como el segundo derecho fundamental de la persona más relevante, después del primero: el derecho a la vida.

El modelo del Estado social, como hemos señalado, se generaliza prácticamente a partir de la Segunda Guerra Mundial hasta el punto de que a día de hoy es muy difícil encontrar alguna Constitución en el planeta que no defina el modelo de Estado sobre el que actúa como social y democrático de Derecho. Es, como sentenció Lucas Verdú, la estructura de la convivencia política occidental⁶⁴ y tanto en el continente como en las islas, tanto en los países que siguen la matriz romano germánica como en los que

⁶² GONZALEZ MORENO, B. **El Estado social**: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales. Madrid: Civitas, 2002, p. 62

⁶³ Sobre el contenido jurídico del derecho a una buena administración: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 12, n. 47, p. 13-50, jan./mar. 2012.

⁶⁴ LUCAS VERDÚ, P. **La lucha por el estado de derecho**. Bolonia: Real Colegio de España, 1975, p. 95

se alinean con la regla del rule of law, este modelo de Estado social y democrático de Derecho es un elemento común de sus Ordenamientos constitucionales.

En el mundo anglosajón la expresión que se usa para denominar este modelo de Estado es Estado de bienestar, Welfare State, Estado Providencia, significando sobre todo el compromiso del Estado en el mundo del bienestar social. Realmente la expresión Estado de bienestar, con esta modulación, es similar a la de Estado social si bien la denominación Estado social incluye aspectos no sólo característico del bienestar social, sino, como señala García Pelayo, aspectos totales de una configuración estatal típica de nuestra época.⁶⁵

Realmente, tras la Segunda Guerra Mundial, los Estados que han de ser reconstruidos se conforman ya como Estados de bienestar y se fundan en una alianza entre diversas ideologías o pensamientos políticos que buscan de alguna manera, tras la hecatombe que selló tantos millones de muertos en el solar europeo, combinar armónicamente libertad, igualdad y seguridad. Se buscará instaurar un régimen político en el que sea compatible el disfrute de la libertad en el marco de una progresiva igualdad entre los ciudadanos. Algo, sin embargo, que en la etiología de la crisis en que llevamos ya unos años instalados, saltó por los aires a causa, como vamos a explicar, de una visión estática del Estado social, o, si se quiere del Estado de bienestar.

9. REFERENCIAS

ABENDROTH, W. El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político. In: ABENDROTH, Wolfgang; FOSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl (Orgs.). **El Estado social**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

ABENDROTH, W. Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetze der Bundesrepublik Deutschland (1954). In: E. FORSTHOFF, **Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit**, Darmstadt, 1968.

ANTIK, Analía. Operatividad de los derechos sociales en materia de vivienda. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 133-149, jan./mar. 2015.

BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.

BENDA, E. El Estado social de Derecho. In: BENDA, E.; MAYHOFER, W.; VOGEL, K.; HESSE, H.; HEYDE, W. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. Revolution through Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40249>

⁶⁵ GARCIA PELAYO, M. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1977, p. 14

CARMONA CUENCA, E. **El Estado social de Derecho en la Constitución**. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000.

CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 167-224, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43660>

DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p.7-32, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>.

FORSTHOFF, E. **Stato di diritto in trasformazione**. Milano: Giuffrè, 1974.

FORSTHOFF, E. **Sociedad industrial y Administración pública**, Madrid: Enap, 1967.

FORSTHOFF, E. **El Estado de la sociedad industrial**, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FORSTHOFF, E. Problemas constitucionales del Estado social. In: ABENDROTH, Wolfgang; FOSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl (Orgs.). **El Estado social**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

GARCIA PELAYO, M. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1977.

GARRORENA MORALES, A. **El Estado español como Estado social y democrático de Derecho**, Madrid: Tecnos, 1984.

GONZALEZ MORENO, B. **El Estado social**: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales. Madrid: Civitas, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 29, p. 11-35, jul./set. 2007.

GIRVETZ, H.K. Estado del Bienestar. In: **Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales**. t. I, Madrid: Aguilar, 1974-1979.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

HELLER, H. Estado de Derecho o dictadura. In: HELLER, H. **Escritos políticos**. Madrid: Alianza 1985.

HELLER, H. Las ideas socialistas. In: HELLER, H. **Escritos políticos**. Madrid: Alianza 1985.

KRIELE, M. **Liberación e ilustración**, Defensa de los Derechos Humanos. Barcelona: Herder, 1982.

LUCAS VERDÚ, P. **La lucha por el estado de derecho**. Bolonia: Real Colegio de España, 1975.

MASSIMINO, Leonardo F. Los derechos humanos y el derecho a la vivienda: los criterios judiciales. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 29-47, jan./mar. 2013.

MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 171-198, abr./jun. 2010.

MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 13-44, out./dez. 2013.

PAREJO ALFONSO, L. **Estado social y Administración pública**, Madrid: Civitas, 1983.

PIZZORUSSO, A. **Lecciones de Derecho Constitucional**. v. I, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

RIDDER, H. **Die soziale Ordnung des Grundgesetzes**, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1975.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 13-50, jan./mar. 2012.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 117-149, abr./jun. 2010.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012.

RUOCCO, Graciela. La “buena administración” y el “interés general”. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 27-45, jul./set. 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia: a comparative perspective. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 67-102, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40511>.

VON STEIN, L. **Movimientos sociales y Monarquía**. Trad. E. TIerno GALVÁN. Madrid: Civitas, 1981.

WOLIN, S. Democracy and the Welfare State: The political and theoretical connections between Staatsräson and Wohlfahrtsstaatsräson. **Political Theory**, 15, 4, 1987.



La elección popular indirecta de altos funcionarios del Estado en Venezuela y su violación por el Estado autoritario: el golpe de Estado de diciembre de 2014 dado con las inconstitucionales designaciones de los titulares de las ramas del Poder Público

The indirect popular election of the high public officials of the state in Venezuela and its violation by the totalitarian state: the coup d'Etat of December 2014 given with the unconstitutional appointments of the Head of the Branches of Government

ALLAN R. BREWER-CARÍAS*

Universidad Central de Venezuela (Venezuela)
allan@brewercarias.com

Recibido/Received: 25.01.2015 / January 25th, 2015

Aprovado/Approved: 17.02.2015 / February 17th, 2015

Resumen

Este estudio analiza el régimen constitucional establecido en Venezuela para la elección indirecta de los titulares de los Poderes Judicial, Electoral y Ciudadano por la Asamblea Nacional, actuando como cuerpo elector, con una mayoría calificada de votos de las 2/3 partes de sus

Abstract

This article analyzes the constitutional regime established in Venezuela for the popular indirect election of the Head of the Judicial, Electoral and Citizens Branches of Government, through the National Assembly acting as electoral body by means of the vote of a qualified majority of 2/3 of

Como citar esse artigo/How to cite this article: BREWER-CARÍAS, Allan R. La elección popular indirecta de altos funcionarios del estado en Venezuela y su violación por el estado autoritario: el golpe de Estado de diciembre de 2014 dado con las inconstitucionales designaciones de los titulares de las ramas del Poder Público. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 63-92, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.4451>

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela (Caracas, Venezuela) desde 1963, donde fue Director del Instituto de Derecho Público. Doctor en Derecho, con menciones *summa cum laude*, por la Universidad Central de Venezuela. Ha sido Profesor Visitante (1972-1974) y Profesor de Postgrado (1985-1986) en la Universidad de Cambridge, Inglaterra; en la Universidad de París II (1990); y en las Universidades del Rosario y Externado de Colombia en Bogotá. Ha sido Profesor Visitante (2002-2004) y actualmente es Profesor Adjunto en la Universidad de Columbia de Nueva York. Fue Miembro de la Junta Directiva y es miembro de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica); es Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado (La Haya), y Miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, de la cual ha sido Presidente. En 1981 recibió el Premio Nacional de Ciencias (1981) de Venezuela. Fue Presidente de la Comisión de Administración Pública; Senador por el Distrito federal; Ministro de Estado para la Descentralización, y Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999. Desde 1980 es el director de la Revista de Derecho Público (Venezuela) y tiene una extensa obra escrita en temas de historia institucional, derecho público, derecho constitucional y derecho administrativo y Ciencias de la Administración. Desde 1974 es socio de la firma de abogados Baumeiseter & Brewer, Abogados Consultores, Caracas.

miembros, y su violación por la Asamblea nacional y por el Tribunal Supremo en diciembre de 2014, con lo cual dieron un golpe de Estado.

the representatives, and its violation by the National Assembly and the Supreme Tribunal of Justice in December 2017, giving a coup d'Etat.

Palabras claves: democracia; elección indirecta; ramas del poder público; poder ciudadano; Constitución.

Keywords: democracy; indirect election; branches of government; citizens power; Constitution.

SUMARIO

1. Introducción; **2.** La penta división del poder público y la elección popular (directa e indirecta) de todos los titulares de los órganos de los poderes del estado; **2.1.** La elección popular de los altos funcionarios del Estado; **2.2.** La lógica democrática representativa y participativa en la elección; **3.** La inconstitucional elección de los titulares del poder ciudadano y la ilegítima mutación del artículo 297 de la Constitución; **4.** La inconstitucional elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; **4.1.** El inconstitucional antecedente de 2003 con ocasión del control de constitucionalidad de la omisión legislativa; **4.2.** La nueva usurpación de las funciones de la Asamblea Nacional, como cuerpo elector, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo; **5.** La inconstitucional elección de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por la Asamblea Nacional; **6.** La necesidad del restablecimiento de la Constitución y el derecho a la resistencia frente a autoridades ilegítimas; **7.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Un golpe de Estado ocurre, como lo ha señalado Diego Valadés, cuando se produce “el desconocimiento de la Constitución por parte de un órgano constitucionalmente electo,” agregando, incluso, como ejemplo que “un presidente elegido conforme a la Constitución no puede invocar una votación, así sea abrumadoramente mayoritaria, para desconocer el orden constitucional. Si lo hace habrá dado un golpe de Estado”¹.

Y esto es precisamente lo que sucedió en diciembre de 2014, cuando el Presidente de la Asamblea Nacional y un grupo de parlamentarios, que en su momento fueron electos, en algunos casos mediando una conspiración con los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, desconocieron la Constitución y han procedido a designar, violando sus disposiciones, a los altos funcionarios de los Poderes Públicos no son electos en forma directa por el pueblo, es decir, los que integran el Poder Ciudadano, el Poder Electoral y el propio Tribunal Supremo de Justicia, como cabeza del Poder Judicial.

Con esto, no han hecho otra cosa que no sea haber seguido la misma línea inconstitucional de golpe de Estado sistemático y continuo que se ha producido en

¹ Véase VELADÉS, Diego. **Constitución y democracia**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 35; y VELADÉS, Diego. La Constitución y el Poder. In: _____; CARBONELL, Miguel (Coord.). **Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p.145.

Venezuela desde cuando el Presidente Hugo Chávez, al tomar posesión por primera vez de su cargo el 2 de febrero de 1999, convocó una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución que entonces estaba vigente.²

Lo ocurrido en diciembre de 2014, en el mismo sentido, no es otra cosa que un golpe de Estado, dado en este caso pues los propios órganos del Estado, al haber designado sin competencia alguna para ello y violando la Constitución, a un conjunto de altos funcionarios públicos. Esto ocurrió primero, con la designación de los integrantes del Poder Ciudadano (Contralor General de la República, Fiscal General de la República y Defensor del Pueblo), por la Asamblea Nacional con el solo voto de una mayoría simple de diputados, es decir, un órgano distinto a la Asamblea Nacional con el voto de más de los 2/3 de sus integrantes que impone la Constitución; con la designación de los integrantes del Poder Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es decir, un órgano distinto a la Asamblea Nacional con el voto de más de los 2/3 de sus integrantes que impone la Constitución; y con la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por la Asamblea Nacional con el voto de una mayoría simple de diputados, es decir, un órgano distinto a la Asamblea Nacional con el voto de más de los 2/3 de sus integrantes que impone la Constitución; y todo ello, sin participación ciudadana alguna o en algunos casos, con fraudulenta participación ciudadana.

2. LA PENTA DIVISIÓN DEL PODER PÚBLICO Y LA ELECCIÓN POPULAR (DIRECTA E INDIRECTA) DE TODOS LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS DE LOS PODERES DEL ESTADO

1.1. La elección popular de los altos funcionarios del Estado

Una de las innovaciones de la Constitución de 1999 fue, sin duda, el establecimiento de una penta división del Poder Público, entre cinco poderes, siendo en tal sentido, la única Constitución del mundo en la cual, además de los tres clásicos poderes públicos (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial), se establecieron otros dos poderes adicionales: el Poder Ciudadano integrado por el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor del Pueblo, y el Poder Electoral.

Todos los cinco poderes están regulados en la Constitución en plano de igualdad, con autonomía e independencia entre unos de otros, previéndose, para asegurarla, una específica forma de elección de los titulares de los mismos consistente en su elección popular por el pueblo, en forma directa en algunos casos, y en forma indirecta en otros, es decir, mediante elecciones de primer y de segundo grado, todo con

² Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. **Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

el objeto de asegurar que ningún Poder dependa de otro, y pueda haber contrapesos entre ellos.

Esta conformación democrática en la elección de los titulares de los Poderes Públicos, por lo demás, deriva del principio establecido en el artículo 6 de la Constitución el cual declara que el gobierno de Venezuela “es y será siempre democrático, participativo y electivo,” lo que exige precisamente que todos los titulares de todos los órganos de los poderes públicos deben ser electos popularmente en forma democrática y participativa.

La diferencia en la elección popular entre unos y otros, está sin embargo en la forma de la misma, en el sentido de que en algunos casos, la elección popular es directa por el pueblo, mediante sufragio universal y secreto, es decir, en primer grado, como es el caso de la elección del Presidente de la República (art. 228) y de los diputados a la Asamblea Nacional (art. 186); y en otros casos, la elección popular es indirecta, en segundo grado, mediante elección realizada en nombre del pueblo, por sus representantes electos en forma directa como diputados a la Asamblea Nacional, como es el caso de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 264, 265), del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República y del Defensor del Pueblo (art.279), y de los miembros del Consejo Nacional Electoral (art. 296).

Ello implica que en ambos casos, conforme a las previsiones constitucionales, todos los titulares de los órganos de los poderes públicos tienen que ser electos popularmente, sea en forma directa o sea indirectamente. Por tanto, conforme a las previsiones de la Constitución, nadie que no sea electo directa por el pueblo puede ejercer el cargo de Presidente de la República o de diputado a la Asamblea Nacional; y nadie que no sea electo indirectamente por el pueblo a través de una mayoría calificada de diputados a la Asamblea Nacional, puede ejercer los altos cargos de los Poderes Ciudadano, Electoral y Judicial.

En el segundo caso de elección popular indirecta, por tanto, solo la Asamblea Nacional actuando como cuerpo elector, puede designar a los titulares de los órganos de los Poderes Ciudadano, Electoral y Judicial, y ello exclusivamente por la mayoría calificada de las 2/3 partes de los diputados a la misma como representantes del pueblo que son.

1.2. La lógica democrática representativa y participativa en la elección

Todas estas previsiones constitucionales que regulan la elección popular de los titulares de todos los Poderes Públicos, para asegurar la autonomía e independencia de los mismos, responden a la lógica democrática representativa y participativa que deriva de la mencionada declaración del artículo 6 de la Constitución que impone como principio pétreo que “el gobierno es y será siempre democrático, participativo, electivo.”

En cuanto a la lógica democrático representativa, además de asegurar la elección mediante sufragio universal, directo y secreto del Presidente de la república y de los diputados a la Asamblea nacional, a los efectos de garantizar la mayor representatividad democrática en la elección popular indirecta de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República, del Defensor del Pueblo y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, la Constitución dispone que la misma sólo puede hacerse con el voto de una mayoría calificada de las 2/3 de los diputados que integran la Asamblea Nacional. Esta mayoría calificada está establecida en forma expresa respecto de la elección del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República y del Defensor del Pueblo (art.279), y de los miembros del Consejo Nacional Electoral (art. 296); y en forma implícita respecto de la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia al exigirse dicha votación calificada para su remoción (art. 264, 265).

Con ello, el Constituyente, a falta de prever la elección popular directa de dichos altos funcionarios, estableció la elección indirecta, pero asegurando una representatividad democrática calificada.

La consecuencia de todo ello es que la técnica de la elección difiere según se trate de elección directa o indirecta. En el caso de la elección directa por el pueblo, cada persona o elector vota por el candidato de su preferencia; en cambio que en la elección indirecta, el cuerpo electoral de segundo grado que es el integrado por los diputados a la Asamblea Nacional, tiene que llegar a un acuerdo para elegir, lo que es la lógica democrática de funcionamiento cuando un grupo político no controla la mayoría calificada de los diputados. En estos casos, por más mayoritario que sea, tiene que renunciar a pretensiones hegemónicas y necesariamente tiene que llegar a acuerdos, compromisos o consensos con las diversas fuerzas políticas, de manera que se pueda asegurar la mayoría calificada de los votos. En democracia, no hay otra forma de realizar la elección indirecta, y en ningún caso, la fuerza política que sea mayoritaria, pero que no controla la mayoría calificada de votos, puede pretender imponer su voluntad individualmente, pues ello sería antidemocrático.

Lo importante a destacar, en todo caso, es que en estos casos de elección indirecta de los altos funcionarios del Estado, la Asamblea Nacional no actúa constitucionalmente como cuerpo legislador ordinario o general, sino como cuerpo electoral, al punto que las competencias que le corresponden como tal cuerpo electoral ni siquiera están incluidas entre las competencias generales de la Asamblea enumeradas en el artículo 187 de la Constitución. Ello implica que en el ejercicio de las competencias como cuerpo elector, la Asamblea Nacional en virtud de la Constitución, no está sometida al régimen general de mayorías que se aplican y rigen para su funcionamiento general de la misma como cuerpo legislador, estando en cambio sometida sólo al régimen de mayoría calificada que regulan los artículos 264, 265, 279 y 296 de la propia Constitución.

Por su parte, en cuanto a la lógica democrático participativa en los casos de elección popular indirecta, ello implica, también para garantizar la mayor participación democrática, que la elección popular indirecta de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República, del Defensor del Pueblo y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, no puede hacerse mediante la sola voluntad de los diputados de la Asamblea Nacional con la mayoría calificada exigida, sino que sólo puede hacerse mediante un procedimiento en el cual se asegure, que antes de que se efectúe la elección mediante dicha mayoría, se asegure la participación ciudadana a través de unos Comités de Postulaciones que son: el Comité de Postulaciones Judiciales (arts. 264, 270),³ el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano (art. 279)⁴ y Comité de Postulaciones Electorales (art. 295),⁵ que deben estar integrados con representantes de los diversos sectores de la sociedad; es decir, con personas provenientes de la sociedad civil, lo que implica que en los mismos no tienen cabida los funcionarios públicos. Por tanto, los diputados a la Asamblea Nacional no podrían formar parte de dichos Comités, siendo inconstitucional su inclusión en los mismos.⁶

Ahora bien, la lógica democrática representativa y participativa en la elección indirecta de los titulares de los Poderes Públicos es de tal naturaleza en la Constitución⁷ que, por ejemplo, en cuanto a la elección de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, el artículo 279 dispone que si de la terna de candidatos para cada cargo que presente el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano ante la Asamblea Nacional, ésta, en un lapso no mayor de treinta días continuos, no logra acuerdo para escoger al titular del órgano del Poder Ciudadano que esté en consideración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, entonces “el Poder Electoral someterá la terna a consulta popular.”

³ De acuerdo con el artículo 270, el Comité de Postulaciones Judiciales “estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad.”

⁴ De acuerdo con el artículo 279, el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, “estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad.”

⁵ De acuerdo con el artículo 295, el Comité de Postulaciones Electorales “estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad.”

⁶ Véase los comentarios sobre esto en BREWER-CARÍAS, Allan R. La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, San José, año 5, n. 5, 2005. pp. 76-95.

⁷ A ello se agrega, como lo indica María Amparo Grau: “la importancia de las funciones de dichos órganos del Poder Ciudadano, que requieren el mayor consenso en su selección, a estos competen atribuciones de control de la legalidad y actuación ética de los funcionarios públicos, control del uso legal y ético del dinero y de los bienes del Estado, la protección de los derechos humanos, la buena marcha de la justicia y la investigación y acción penal. Debe evitarse su dependencia política, de allí el necesario consenso para garantizar que este Poder sea un muro de contención a la arbitrariedad, a la corrupción y a la delincuencia.” Véase en AMPARO GRAU, María. **Golpe a la Constitución ¡de nuevo!.** *El Nacional*, Caracas, 24 dic. 2014.

Nada de esto, sin embargo, se cumplió en diciembre de 2014, y los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, es decir, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor del Pueblo; los miembros del Consejo Nacional Electoral y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, fueron designados inconstitucionalmente por una mayoría simple de los diputados de la Asamblea Nacional o por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, violándose la Constitución en lo que fue un golpe de Estado. Para darlo, el Presidente de la Asamblea Nacional y un conjunto de diputados, conspiraron con la Fiscal General de la República, los otros miembros del Consejo Moral Republicano, y con los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en un caso, cometiendo un fraude a la Constitución, y en otro, mutando ilegítimamente su texto.

3. LA INCONSTITUCIONAL ELECCIÓN DE LOS TITULARES DEL PODER CIUDADANO Y LA ILEGÍTIMA MUTACIÓN DEL ARTÍCULO 297 DE LA CONSTITUCIÓN

En efecto, con fecha 22 de diciembre de 2014, la Asamblea Nacional, por mayoría simple, como si estuviese actuado como órgano legislador general, ignorando el status de cuerpo electoral que para ello tenía conforme a la Constitución, designó a los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, es decir, al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo, en franca violación al artículo 279 de la Constitución, y contra toda la lógica democrático representativa y participativa que establece el artículo 6 de la misma, y que desarrolla en este caso el artículo 279 de la misma..

En efecto, dicha norma del artículo 279 dispone que:

Artículo 279. El Consejo Moral Republicano convocará un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, el cual estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad; adelantará un proceso público de cuyo resultado se obtendrá una terna por cada órgano del Poder Ciudadano, la cual será sometida a la consideración de la Asamblea Nacional. Esta, mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, escogerá en un lapso no mayor de treinta días continuos, al o a la titular del órgano del Poder Ciudadano que esté en consideración. Si concluido este lapso no hay acuerdo en la Asamblea Nacional, el Poder Electoral someterá la terna a consulta popular. En caso de no haber sido convocado el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, la Asamblea Nacional procederá, dentro del plazo que determine la ley, a la designación del titular o la titular del órgano del Poder Ciudadano correspondiente. Los o las integrantes del Poder Ciudadano serán removidos o removidas por la Asamblea

Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con lo establecido en la ley.

Para cualquier lector ligeramente informado, en cuanto a la elección de los titulares del Poder Ciudadano, la norma dice esencialmente lo que expresa su propio texto, sin que sea necesaria interpretación alguna, en el sentido de que la elección de dichos altos funcionarios la hace la Asamblea Nacional *“mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes,”* lo que responde a la lógica constitucional representativa y participativa de la configuración de la Asamblea como cuerpo elector. Ello implica, *primero*, que para garantizar la máxima representatividad de la elección a su cargo, en segundo grado, en representación del pueblo, la Asamblea Nacional debe designar a los titulares del Poder Ciudadano mediante el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la misma; y *segundo*, que para garantizar la máxima participación ciudadana en la elección, la Asamblea Nacional, para tal efecto, no puede nombrar a quien sólo escoja y decida dicha mayoría calificada de diputados, sino sólo entre los candidatos que se le indiquen en una terna que le debe presentar el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, el cual debe estar integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad.

La única excepción a esta lógica constitucional democrática representativa y participativa que el texto fundamental le impone a la Asamblea Nacional actuando como tal órgano elector, no se refiere al principio democrático representativo del mismo, sino sólo al principio democrático participativo, al disponer que en caso de no que no se haya podido convocar el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano y, por tanto, aún en ausencia del mecanismo de participación popular que regula la Constitución, la Asamblea Nacional debe proceder como tal órgano elector, *“a la designación del titular o la titular del órgano del Poder Ciudadano correspondiente,”* por supuesto, únicamente en la forma indicada con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, pues dicha lógica democrática representativa no está sujeta a excepción alguna.

Por tanto, no es necesario siquiera ser curioso en leyes, para leer y entender bien lo que la norma dice.

Sin embargo, en un evidente fraude a la Constitución,⁸ y mutando su contenido, todo ejecutado como parte de una conspiración para violarla y cambiarla con violencia

⁸ Lo que no ha sido infrecuente en la conducta de los Poderes Públicos en los últimos tres lustros. Véase por ejemplo, lo indicado en BREWER-CARÍAS, Allan R. Reforma Constitucional y fraude a la Constitución: el caso de Venezuela 1999-2009. In: TORRES ESTRADA, Pedro Rubén; NÚÑEZ TORRES, Michael (Coord.). **La reforma constitucional**: Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2010. pp. 421-533; BREWER-CARÍAS, Allan R. La demolición del Estado de Derecho en Venezuela Reforma Constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009). **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho**, Madrid, n. 6, Editorial Iustel, 2009. pp. 52-61; BREWER-CARÍAS, Allan R. El autoritarismo establecido en fraude a la Constitución y a la democracia, y su formalización en Venezuela mediante la reforma constitucional:

institucional, en la cual participaron el Presidente de la Asamblea Nacional y un grupo de diputados, la Presidenta del Consejo Moral Republicano y sus otros miembros y los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 22 de diciembre de 2014 la Asamblea Nacional procedió a designar al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo sin sujetarse a la mayoría calificada con la cual sólo puede actuar como órgano elector, procediendo a hacerlo con el voto de una mayoría simple de los diputados como si se tratase de una actuación más del órgano legislativo general, violando el principio democrático representativo de la elección popular indirecta de dichos altos funcionarios de los Poderes Públicos establecido en la Constitución.⁹

Este fraude constitucional, como lo destacó José Ignacio Hernández, se cometió en “seis actos,”¹⁰ que en esencia fueron los siguientes:

Primer acto: El Consejo Moral Republicano, integrado por los titulares de los tres órganos que lo forman (Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República y Defensor del Pueblo), en septiembre de 2014, y bajo la presidencia de la Fiscal General de la República, elaboró, conforme al artículo 279 de la Constitución, unas *Normas Relativas para la convocatoria y conformación del Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, que debía ser integrado* “por representantes de diversos sectores de la sociedad,” y cuyos miembros debían haber sido designados por dicho Consejo Moral Republicano. A tal efecto, sus miembros se declararon en sesión permanente.¹¹

Segundo acto: A finales de noviembre de 2014, la Presidenta del Consejo Moral Republicano informó públicamente que no hubo “consenso” para designar a los miembros del Comité de Evaluaciones, sin dar explicación de naturaleza alguna, sobre todo

de cómo en un país democrático se ha utilizado el sistema electoral para minar la democracia y establecer un régimen autoritario de supuesta “dictadura de la democracia” que se pretende regularizar mediante la reforma constitucional. In: FUNEDA. **Temas constitucionales:** planteamientos ante una reforma. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2007. pp. 13-74.

⁹ Como lo observó Sergio Sáez, apenas se adoptó la decisión de la Asamblea Nacional: “Queda en el ambiente el sabor amargo de complicidad entre los poderes. Unos por no cumplir con sus obligaciones ante la evidencia de haber estado acéfala la Contraloría General de la República por tanto tiempo; otros ante la proximidad del vencimiento de los restantes titulares del Consejo Moral Republicano, y haber planteado la imposibilidad que de cumplir con el proceso contemplado en la Constitución, para salvaguardar la reelección de sus miembros; otro poder al buscar los vericuetos de la Ley para desprenderse de la responsabilidad de verse obligado a escoger los titulares en cumplimiento estricto de la Ley; y, el último, al hacer uso de su capacidad discrecional nuevamente para mutar la Constitución en lugar de interpretarla ajustada al legítimo canon del Derecho Constitucional.” Véase en SÁEZ, Sergio. **Bochorno y desgracia en la Asamblea Nacional**. Disponible en: <http://www.academia.edu/9879823/Venezuela_Bochorno_y_desgracia_en_la_Asamblea_de_Ing_Sergio_Saez>.

¹⁰ Véase IGNACIO HERNÁNDEZ, José. **La designación del Poder Ciudadano:** fraude a la Constitución en 6 actos. Disponible en: <<http://prodavinci.com/blogs/la-designacion-del-poder-ciudadano-fraude-a-la-constitucion-en-6-actos-por-jose-i-hernandez/>>.

¹¹ Véase la nota: Consejo Moral activa conformación del Comité que evaluará postulaciones de aspirantes al Poder Ciudadano. Disponible en: <<http://www.cmr.gob.ve/index.php/noticia/84-cmr-aspirante>>.

cuando en ese momento los titulares de dichos órganos, todos, eran adeptos al gobierno y a su partido. Nadie, por supuesto, podrá creer, que esos altos funcionarios gubernamentales no pudieron ponerse de acuerdo en designar unos miembros de dicho Comité.

Tercer acto: La Asamblea Nacional, sin competencia alguna para ello, el 2 de diciembre de 2014 designó a los miembros del referido Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano. Sin embargo, ningún órgano del Estado que no sea el Consejo Moral Republicano, tiene competencia constitucional alguna para designar dichos miembros del Comité de Postulaciones, por lo que al efectuar la designación de dicho Comité por la Asamblea Nacional, se violó el artículo 279 de la Constitución, aun cuando la Asamblea haya reconocido que el Consejo Moral Republicano había incumplido su obligación constitucional de designarlos.

Cuarto acto: El Presidente de la Asamblea Nacional, el viernes 19 de diciembre de 2014, declaró públicamente que la Asamblea procedería a designar a los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, para lo cual procedió a solicitar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la “interpretación constitucional” del artículo 279 de la Constitución, para que ésta avalara la posibilidad de la elección de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano por parte de la Asamblea con el voto de solo una mayoría simple, ignorando su status, en esos casos, de órgano elector que sólo puede decidir con una mayoría calificada de las 2/3 partes de sus miembros. Paralelamente, el Presidente de la Asamblea Nacional, procedió a convocar a una sesión de la Asamblea a realizarse el sábado 20 de diciembre de 2014; sin embargo, como seguramente habría constatado que la Sala Constitucional no podía sacar la sentencia que él mismo había solicitada se dictara, de un día para otro, la sesión convocada para el 20 de diciembre fue entonces estratégicamente diferida para el lunes 22 de diciembre de 2014. Así se le dejaba tiempo a la Sala Constitucional para dictar sentencia durante el fin de semana.

Quinto acto: La Sala Constitucional, entonces, muy diligentemente y con potencia conjunta, pudo elaborar la sentencia solicitada entre los días sábado 20 y domingo 21 de diciembre de 2014, la cual fue publicada el lunes 22 de diciembre de 2014, justo antes de que tuviera lugar la sesión de la Asamblea Nacional que había sido convocada para elegir los titulares de los poderes públicos. La Sala Constitucional en dicha sentencia concluyó, en esencia, y por supuesto en forma inconstitucional, que como el segundo párrafo del Artículo 279 de la Constitución supuestamente no especificaba cuál mayoría se requería para designar a los representantes del Poder Ciudadano – lo que por supuesto no era necesario pues ya estaba indicado en el primer párrafo de la norma –, entonces debía entenderse que esa designación era por la “mitad más uno de los diputados y diputadas presentes en la sesión parlamentaria que corresponda,” ignorando el carácter de órgano elector de la Asamblea Nacional en esos casos, para realizar, en representación del pueblo, una elección de segundo grado

Sexto acto: La Asamblea Nacional procedió a designar a los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, y entre ellos, ratificando en la Fiscalía General de la República, a la misma Fiscal General de la República quien como Presidenta del Consejo Moral Republicano no había logrado un consenso para designar a los miembros del Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, y había conspirado con los otros mencionados funcionarios para cambiar con violencia institucional, inconstitucionalmente, la Constitución. Su nombramiento ilegítimo, fue reincidente, pues también había sido nombrada ilegítimamente en 2007.¹² La Asamblea Nacional, además, nombró como Contralor General de la república, para controlar a los funcionarios del Poder Ejecutivo, a quien estaba ejerciendo de Procurador General de la república, es decir, abogado del Estado sujeto a las instrucciones del Poder Ejecutivo. Y como Defensor del Pueblo a un conocido militante del partido de gobierno, ex Gobernador del uno de los Estados de la República.¹³

Como bien lo intuyó José Ignacio Hernández en su análisis del caso, el primer acto de la conspiración estuvo a cargo de la Fiscal General de la República, como Presidenta del Consejo Moral Republicano, al supuestamente no haber podido llegar a un "acuerdo" o "consenso" con los otros titulares del Poder Ciudadano para designar los miembros del Comité de Evaluación del Consejo Moral Republicano. Con ello, permitió que se abriera la posibilidad del fraude constitucional en la designación de los titulares del Poder Ciudadano por la Asamblea Nacional, sin la mayoría calificada que exigía su

¹² Véase el comentario en BREWER-CARÍAS, Allan R. Sobre el nombramiento irregular por la Asamblea Nacional de los titulares de los órganos del poder ciudadano en 2007. **Revista de Derecho Público**, Caracas, n. 113, Editorial Jurídica Venezolana, 2008. pp. 85-88.

¹³ Véase el Acuerdo de la Asamblea Nacional en Gaceta Oficial n. **40.567 de 22 de diciembre de 2014**. Así resumió el periodista Alex Velázquez lo ocurrido en la Asamblea Nacional para justificar la inconstitucional decisión de elegir con mayoría simple de diputados presentes a los titulares del Poder Ciudadano: "El chavismo jugó sus cartas. En las cuatro horas que duró la sesión extraordinaria de ayer, la bancada oficialista de la Asamblea Nacional se garantizó –en contra de lo que señala la Constitución, pero con el visto bueno del TSJ– el control del Poder Ciudadano.[...]. ¿Cómo lo hicieron? Con una explicación engorrosa, el diputado Pedro Carreño dijo que los 110 votos que ordena el artículo 279 de la Constitución solo son necesarios si la selección se hace luego de que el Consejo Moral Republicano instala el Comité de Postulaciones del Poder Ciudadano. Pero como eso no ocurrió, la carta magna señala que le corresponde a la Asamblea la designación y "no menciona cuántos votos son necesarios" en ese caso. Como le toca al Parlamento, dijo el diputado, se aplica el Reglamento Interior y de Debate, que indica que las decisiones de la Asamblea serán por mayoría absoluta –la mitad más uno de los presentes–, "salvo las que la Constitución o este reglamento especifiquen". En caso de que quedara alguna duda, el presidente del Parlamento, Diosdado Cabello, sorprendió con un anuncio: acudió el 19 de diciembre al TSJ a pedir "de urgencia" que la Sala Constitucional aclarara cuántos votos son necesarios. "Como no soy abogado, y para que no vengan a decir que soy bruto, fui al TSJ para que explique el proceso de selección del Poder Ciudadano", dijo. La respuesta fue publicada ayer mismo en la página del máximo tribunal. Reafirmó, exacta, la tesis de Carreño: que como el dictamen recae en la Asamblea porque el Consejo Moral no realizó el proceso, las decisiones "se toman por mayoría absoluta, salvo las que la Constitución o el reglamento especifiquen". El diputado Stalin González (UNT) aclaró que no son dos procedimientos distintos y que en ambos casos se necesitan las dos terceras partes de los diputados. Se preguntó si el comité nunca se instaló, precisamente, para cometer fraude a la Constitución. Véase VÁSQUEZ, Alex. Imponen al Poder Ciudadano al margen de la Constitución. **El Nacional**, 23 dic. 2014. Disponible en: <http://www.el-nacional.com/politica/Imponen-Poder-Ciudadano-margen-Constitucion_0_542345921.html>.

condición de órgano elector, recurriéndose en forma aislada al segundo párrafo del Artículo 279 de la Constitución, y proceder así a su elección por mayoría simple. El tercer acto de la conspiración estuvo a cargo del Presidente de la Asamblea Nacional al diferir la sesión de la misma prevista para la designación mencionada, y solicitar a la Sala Constitucional la interpretación constitucional de la norma, con lo que tuvo lugar el quinto acto de la conspiración, esta vez a cargo de los magistrados de la Sala Constitucional, al pronunciarse en el sentido solicitado, desconocer el status de la Asamblea nacional en estos casos como cuerpo elector, y materializar el fraude constitucional, permitiendo la elección de los titulares del Poder ciudadano por mayoría simple de votos de los diputados, como si se tratase de un acto más de un órgano legislador.

De todo esto, José Ignacio Hernández concluyó indicando, con razón, que “con esa designación, se materializó el fraude a la Constitución: una mayoría de las 2/3 partes pasó a ser una mayoría “simple” o “absoluta”. La designación de los representantes del Poder Ciudadano por la mayoría simple o absoluta de los integrantes de la Asamblea puede ser calificado técnicamente de “fraude a la Constitución”, pues la violación de la Constitución resulta de una serie de actos que en apariencia son válidos, pero en el fondo implican una clara violación al Artículo 279 de la Constitución, de acuerdo con el cual la designación de los representantes del Poder Ciudadano debe hacerse por la mayoría de las 2/3 partes de los integrantes de la Asamblea Nacional. De hecho, el Artículo 279 constitucional fue modificado, para avalar la designación de los representantes del Poder Ciudadano por mayoría “simple” o “absoluta”.¹⁴

El artificio del fraude constitucional, en todo caso, finalmente fue la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al dictar la sentencia No. 1864 de 22 de diciembre de 2014,¹⁵ en respuesta a la solicitud que le formuló “el ciudadano General de División¹⁶ Diosdado Cabello Rondón, en su condición de Presidente de la Asamblea Nacional” “de interpretación acerca del contenido y alcance del artículo 279 de la Constitución,” alegando incorrecta y falsamente que la “Constitución establece claramente

¹⁴ Véase IGNACIO HERNÁNDEZ, José. La designación del Poder Ciudadano: fraude a la Constitución en 6 actos. **Prodavinci**, 22 dic. 2014. Disponible en: <<http://prodavinci.com/blogs/la-designacion-del-poder-ciudadano-fraude-a-la-constitucion-en-6-actos-por-jose-i-hernandez/>>.

¹⁵ La sentencia se publicó inicialmente el 22 dic. 2014 en <<http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173494-1864-221214-2014-14-1341.HTML>>. A los pocos días se montó en: <<http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/173494-1864-221214-2014-14-1341.HTML>>.

¹⁶ Así apareció en la página web del Tribunal Supremo de Justicia cuando personalmente la consulté el mismo día 22 dic. 2014 (en <<http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173494-1864-221214-2014-14-1341.HTML>>). Posteriormente el texto de la sentencia fue modificado en dicha página web, eliminándose el grado militar de esa persona, y por supuesto, sin que el lector pueda saber en qué otros aspectos el texto de la sentencia pudo haber sido ilegítimamente modificado. Véase en <<http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/173494-1864-221214-2014-14-1341.HTML>>. Véase sobre esto, lo indicado en la Nota: “Sala Constitucional forjó sentencia que autoriza nombrar autoridades con mayoría simple”, disponible en: <<https://cloud-1416351791-cache.cdn-cachefront.net/sala-constitucional-forjo-sentencia-que-autoriza-nombrar-autoridades-con-mayoria-simple/#.VJ2Y5U9KGAE.twitter>>.

dos procedimientos para la designación y cada uno con su metodología. En la primera acepción cuando la Asamblea recibe la terna del comité de postulaciones del Poder Ciudadano, se establecen tres condiciones: a) el lapso para la designación (30 días), b) votación por las (2/3) dos terceras partes y c) de no tenerse dicha votación procede el Poder Electoral al sometimiento de la terna a consulta pública. Para el segundo procedimiento cuando el Poder Ciudadano no logra conformar el comité de evaluación de postulaciones del Poder Ciudadano, el constituyente impone a la Asamblea Nacional la responsabilidad directa de dicha designación, sin otro requerimiento que el lapso de 30 días. En ese sentido se asume que al no estar expresamente establecida la votación calificada, el procedimiento de designación es por mayoría absoluta, a tenor de lo establecido en el artículo 89 del Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional."

La premisa de la cual partió el mencionado "general de división" para formular su recurso de interpretación es falsa, pues la norma constitucional cuya "interpretación" se buscaba no establece sino un solo procedimiento para que, actuando como cuerpo elector y con un mecanismo de participación ciudadana, la Asamblea elija a los titulares de los mencionados Poderes Públicos, con el voto de las 2/3 partes de sus miembros, siendo la segunda parte del artículo una excepción exclusivamente referida al mecanismo de participación ciudadana revisto, que no afecta el sistema de votación. Por tanto, en realidad, la norma no da origen a "duda compleja" alguna, siendo sencillamente falso el argumento del Presidente de la Asamblea de que primero, "las dos terceras partes solamente son requeridas para el caso, en que se haya convocado al Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano," y segundo de que en caso de que "no se haya convocado al Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, entonces procedería la designación de los titulares del mismo por la mayoría absoluta o simple.

Con estas premisas falsas, y conforme se adujo, se solicitó "con urgencia" a la "docta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, última y máxima intérprete de nuestra Carta Magna, la interpretación del artículo 279 de la Constitución.

Y efectivamente, la Sala Constitucional, sin mayor argumentación, y sin referirse a la supuesta "duda razonable en cuanto al contenido, alcance y aplicabilidad de las normas constitucionales, respecto del supuesto fáctico" en que se encontraba el militar accionante, actuando además como Presidente de la Asamblea Nacional, muy diligente y sumisamente, durante un fin de semana, hizo lo que aquél le pidió (¿ordenó?). Para ello, consideró que el asunto era de mero derecho, eliminó el derecho de los diputados que tuvieran otra opinión distinta sobre la "interpretación" solicitada y sobre su actuación en el cuerpo elector, a ser oídos y a formular alegatos, en violación del artículo 49 de la Constitución, procediendo a decidir "sin más trámites," sin tomar en cuenta "los valores y principios axiológicos en los cuales se asienta el Estado Constitucional venezolano" como Estado democrático, que exige que los titulares del Poder Ciudadano

sean designados mediante elección popular de segundo grado por la Asamblea Nacional con el voto de las 2/3 partes de los diputados, que son los términos establecidos en la Constitución.

Al contrario, la Sala lo que decidió fue que ese carácter de cuerpo elector de la Asamblea Nacional actuando con mayoría calificada, sólo existiría cuando el Consejo Moran republicano “haya convocado un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano,” de manera que supuestamente, si el mismo no se convoca, la Asamblea deja de ser cuerpo elector, y pasa a ser el órgano legislativo general, pudiendo entonces proceder a realizar la elección de dichos altos funcionarios, con mayoría simple, conforme al Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional (art. 89), entendiendo por ello la “mayoría absoluta, que es aquella consistente en la manifestación afirmativa de la mitad más uno de los diputados y diputadas presentes.”¹⁷ Es decir, ni siquiera la mitad más uno de los diputados electos que componen la Asamblea, sino sólo de los presentes en la sesión, lo que por supuesto es contrario a “los valores y principios axiológicos en los cuales se asienta el Estado Constitucional” que en este caso son los principios democráticos que derivan del carácter de cuerpo elector de segundo grado que la norma le asigna a la Asamblea Nacional.

Como lo ha destacado María Amparo Grau, a la Sala Constitucional “no le está dado dictar sentencias contrarias al requisito que el texto, claro, diáfano y meridiano de la Constitución expresa, aunque el partido de gobierno confió que la solución del tema saldría de la sabia decisión de este órgano judicial.”¹⁸ Pero en lugar de haber sido una sabia decisión, la interpretación dada por la Sala es tan absurda que de una elección popular en segundo grado atribuida a un cuerpo elector como la Asamblea nacional asegurando una máxima representatividad democrática con el voto de las 2/3 partes de los diputados electos, pasó a permitir la elección de los altos funcionarios con la mayoría simple (la mitad más uno) de los diputados presentes en la sesión respectiva, lo que es una distorsión total del sentido democrático de la elección de segundo grado

¹⁷ Como se informó en El Carabobeño sobre lo dicho por Pablo Aure: “El Gobierno nacional utiliza al Tribunal Supremo de Justicia para violar la Constitución nacional y permanecer en el poder, afirmó Pablo Aure, coordinador del movimiento Valencia se Respeta. Puso como ejemplo “la confabulación de la Asamblea Nacional con la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para “con un grosero ardid” interpretar el artículo 279 de la Constitución que establece que, para nombrar el Poder Ciudadano, se requiere la aprobación de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional. Sin embargo, la Sala Constitucional de manera fraudulenta interpretó que dicho porcentaje solo se requiere en el caso de que los candidatos a conformar el Poder Ciudadano sean propuestos por el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano. Pero, como de allí no partió la propuesta, bastaba con una mayoría simple, señaló Aure. Eso es una barbaridad, porque es ilógico pensar que la Constitución sea menos exigente para nombrar a esos funcionarios, en el caso de que los mismos hubiesen sido previamente preseleccionados por un comité de evaluación de postulaciones, pues la calificación para tales nombramientos, no viene dada por la forma de su preselección sino por la importancia de los cargos del Poder Ciudadano, explicó la autoridad universitaria” Véase en FERMÍN, Fermín. Aure: El Gobierno utiliza al TSJ para violar la Constitución. **El Carabobeño**, Valencia, 24 dic. de 2014.

¹⁸ Véase en AMPARO GRAU, María. **Golpe a la Constitución ¡de nuevo!**. **El Nacional**, Caracas, 24 dic. 2014.

regulada. De manera que al contrario de lo decidido por la Sala, la no especificación en el segundo párrafo del artículo 279 Constitucional de un régimen de mayoría específico para la adopción del nombramiento por la Asamblea Nacional, de los titulares del Consejo Moral Republicano, lo que tiene que entenderse es que ello no cambia el régimen de mayoría calificada previsto en la norma, no teniendo ningún asidero constitucional indicar que se aplica la mayoría absoluta propia del funcionamiento ordinario del órgano legislador.

Con lo decidido por la Sala, por tanto, lo que ha se ha producido es una mutación constitucional totalmente ilegítima, pues conservando el mismo texto del artículo 279 de la Constitución, la Sala Constitucional ha cambiado su propósito y sentido, desnaturalizando el carácter de cuerpo elector de segundo grado de la Asamblea nacional que sólo puede actuar con voto de las 2/3 partes de los diputados electos, permitiendo en cambio que con una mayoría simple de los diputados presentes en una sesión se pueda elegir a los titulares del Poder Ciudadano; todo ello, para materializar la conspiración para cambiar con violencia institucional la Constitución, que desarrollaron la Fiscal General de la República y los otros miembros del Consejo Moral Republicano, y el Presidente y algunos diputados de la Asamblea Nacional.

Sobre ello, Román José Duque Corredor observó con razón que “la anterior interpretación resulta acomodaticia y forzada porque al no poder obtener el partido oficial las dos terceras partes requeridas, en el lapso constitucionalmente establecido, se debía someter a una consulta popular las designaciones, por lo que por esta Sentencia se sustituyó la soberanía popular por una mayoría simple, dado que estando bajo discusión en la Asamblea Nacional la designación de los miembros del Poder Ciudadano, mediante los debates pertinentes, y puesto que el Consejo Moral Republicano había enviado las respectivas ternas, subrepticamente éste participa que no se había cumplido con la designación del Comité de Postulaciones por falta de acuerdo entre ellos para que así se designara al Poder Ciudadano por la Asamblea Nacional y no por la voluntad popular. En todo caso, en el supuesto negado que pudiera hacerlo la Asamblea Nacional, el principio intangible para la designación del Poder Ciudadano, conforme se desprende del artículo 279, constitucional, es el de la votación una mayoría calificada de dos terceras partes y no por una mayoría simple. Con esta Sentencia se violaron normas de la Constitución relativas a la legitimidad de los miembros del Poder Ciudadano y de respeto a la soberanía popular por la interpretación torticera que efectuó la Sala Constitucional”.¹⁹

Ahora, en cuanto a los funcionarios electos en esa forma contraria a la letra y el espíritu de la Constitución, como lo ha destacado María Amparo Grau, su ilegitimidad

¹⁹ Véase Carta de Román Duque Corredor por designación del Defensor del Pueblo al Presidente del Instituto Latinoamericano del Ombudsman. 27 dic. 2014. Disponible en: <<http://cronicasvenezuela.com/2014/12/27/carta-de-romn-duque-corredor-por-designacin-del-defensor-del-pueblo/>>.

es de origen, “independientemente del desempeño, tales funcionarios lo serán de hecho, nunca de derecho,” pero con el agravante de que en este caso no se aplicaría la doctrina del “funcionario de hecho” puesto que en este caso: “no existe buena fe en el proceder de una Asamblea que violenta de forma flagrante el procedimiento de selección de estas autoridades para imponer a los candidatos de su preferencia, sin pasar por el necesario acuerdo parlamentario con los representantes de otras tendencias políticas y sin someterse si quiera a la voluntad popular, que es la que en última instancia ha debido resolver, a falta de acuerdo sobre quienes han debido pasar a ocupar las principales posiciones de los órganos del Poder que integran el Consejo Moral Republicano. A unos días de haber celebrado oficialmente los 15 años de la Constitución, vuelven a violarla con descaro, pero esta vez pasando por encima incluso de la competencia atribuida por esta al propio soberano. Los cargos así designados están viciados por una ilegitimidad de origen que los convierte en funcionarios de facto. Estamos en un régimen caracterizado por la hipernormatividad y el discurso, pero en el que el valor de la norma, incluida la constitucional, no existe.”²⁰

4. LA INCONSTITUCIONAL ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

El mismo día 22 de diciembre de 2014, al no poder la fracción parlamentaria del partido de gobierno designar por su cuenta, sin acuerdo alguno con los otros grupos parlamentarios, a los miembros del Poder Electoral, específicamente del Consejo Nacional Electoral, por no reunir la mayoría calificada de las 2/3 partes de los diputados, el mismo Presidente de la Asamblea Nacional, Sr. Diosdado Cabello, anunció públicamente “que el Tribunal Supremo de Justicia se encargará de designar a los rectores y suplentes del Consejo Nacional Electoral (CNE), pues no se lograron las dos terceras partes necesarias en el Parlamento para la designación.”²¹ En otra noticia relativa a la decisión adoptada por la Asamblea Nacional, se reportó que “La designación de los nuevos rectores del Consejo Nacional Electoral (CNE) fue enviada por la Asamblea Nacional al Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) por no contar con la mayoría requerida por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y por ello corresponde a la sala Constitucional del TAJ designar a los rectores del Poder Electoral.”²²

²⁰ Véase en AMPARO GRAU, María. **Golpe a la Constitución ¡de nuevo!. El Nacional**, Caracas, 24 dic. 2014.

²¹ Véase: TSJ decidirá cargos de rectores del CNE. **Globovisión**, Caracas, 22 dic. 2014. Disponible en <<http://globovision.com/tsj-decidira-cargos-de-rectores-del-cne/>>.

²² Véase: Designación de rectores y suplentes del CNE pasa al TSJ. **Informe21.com**, Caracas, 22 dic. 2014. Disponible en <<http://informe21.com/cne/designacion-de-rectores-y-suplentes-del-cne-pasa-al-tsj>>.

En consecuencia se informó en la prensa que: “Cabello leyó y firmó la comunicación que fue enviada “de inmediato” al máximo órgano de justicia del país”²³.

Esta decisión del Presidente de la Asamblea Nacional, por supuesto fue esencialmente inconstitucional, pues la misma, como cuerpo elector en segundo grado, no puede delegar sus funciones constitucionales en órgano alguno del Estado, y menos en el Tribunal Supremo de Justicia.

Por lo demás, es falso que cuando no se logre la mayoría requerida de votos de diputados para la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral “correspon-da” al Tribunal Supremo de Justicia, realizar tal elección. Al contrario, el Tribunal Supremo carece de competencia para realizar dicha elección; y mucho menos competencia con el argumento de que en la Asamblea Nacional “no se pudo contar con la mayoría requerida por la Constitución.”

La Sala Constitucional, en efecto, es ningún caso puede suplir a la Asamblea Nacional, como cuerpo elector en segundo grado, y al hacer la elección de dichos funcionarios, como en efecto lo hizo, incurrió en usurpación de autoridad que conforme al artículo 138 de la Constitución “es ineficaz y sus actos son nulos.”

1.3. El inconstitucional antecedente de 2003 con ocasión del control de constitucionalidad de la omisión legislativa

Es muy probable que el Presidente de la Asamblea Nacional, para haber tomado la decisión, haya recordado la inconstitucional actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en designar en 2003 a los miembros del Consejo Nacional Electoral, al ejercer el control de constitucionalidad de la omisión legislativa en hacerlo, a requerimiento de un ciudadano, en ejercicio de la competencia establecida en el artículo 336.7 de la Constitución que dispone que la Sala tiene competencia para “Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.”

En relación con la competencia de la Sala Constitucional de controlar la inconstitucionalidad de la omisión legislativa hemos considerado que la misma no puede conducir a la sustitución del legislador y a dictar la ley o medida respectiva, obviando la función de deliberación de la representación popular. Sin embargo, la Sala Constitucional ha forzado su rol en la materia y si bien ha reconocido que por la complejidad de la materia la Jurisdicción Constitucional difícilmente podría suplir la omisión del Legislador en su totalidad, señalando que “es constitucionalmente imposible incluso para

²³ Véase: TSJ decidirá cargos de rectores del CNE. **Globovisión**, Caracas, 22 dic. 2014. Disponible en <<http://globovision.com/tsj-decidira-cargos-de-rectores-del-cne/>>.

esta Sala, pese a su amplia competencia constitucional, transformarse en legislador y proporcionar a la colectividad las normas que exige”, sin embargo ha considerado que si está facultada para proporcionar soluciones a aspectos concretos, incluso por medio de la adopción de reglas generales que ocupen temporalmente el lugar de las normas ausentes, pero no para corregir por completo la inactividad del legislador y dictar las normas que se requieran.

En estos casos, la Sala Constitucional, ha conocido del recurso por omisión de sus funciones por parte de la Asamblea Nacional, precisamente para efectuar los nombramientos de altos funcionarios públicos no electos popularmente que debe hacer conforme a la Constitución. Y eso fue lo que ocurrió en 2003 respecto del nombramiento de los miembros (rectores) del Consejo Nacional Electoral ante la omisión de la Asamblea, pero con la peculiaridad de que la Sala Constitucional no sólo declaró como inconstitucional la omisión legislativa, sino que se substituyó en el ejercicio de tal atribución.²⁴

En efecto, en 2003, la Sala Constitucional, mediante sentencia N° 2073 de 4 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá Malaver y otros*)²⁵ dictada para resolver sobre la omisión del órgano legislativo, y nombrar provisionalmente a los miembros de dicho Consejo, comenzó sin embargo por reconocer la realidad del funcionamiento político de los cuerpos deliberantes, descartando toda inconstitucionalidad en la situación, al señalar que “el régimen parlamentario, en muchas oportunidades, exige la toma de decisiones por mayorías calificadas y no por mayorías absolutas o simples; y cuando ello sucede (lo que incluso puede ocurrir en el caso de la mayoría simple), si los integrantes de la Asamblea no logran el acuerdo necesario para llegar a la mayoría requerida, la elección no puede realizarse, sin que ello, en puridad de principios, pueda considerarse una omisión legislativa, ya que es de la naturaleza de este tipo de órganos y de sus votaciones, que puede existir disenso entre los miembros de los órganos legislativos nacionales, estatales o municipales, y que no puede lograrse el número de votos necesarios, sin que pueda obligarse a quienes disienten, a lograr un acuerdo que iría contra la conciencia de los votantes. Desde este ángulo no puede considerarse que existe una omisión constitucional que involucra la responsabilidad de los órganos aludidos en el artículo 336.7 constitucional.”

Ahora bien, si bien la falta de acuerdo parlamentario, es algo normal en la actuación parlamentaria representativa, en este caso, la Sala Constitucional consideró que

²⁴ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. **La Justicia Constitucional**: procesos y procedimientos constitucionales. Ciudad de México: [s.n.], 2007. p. 392-ss.

²⁵ Véase en <<http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/2073-040803-03-1254%20Y%201308.HTM>>. Véanse los comentarios en BREWER-CARÍAS, Allan R. El control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del Legislador por el Juez Constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, Ciudad de México, Editorial Porrúa, n. 10, Jul/Dic 2008. pp. 271-286.

la omisión en la designación de los miembros del Consejo nacional Electoral -aun sin ser ilegítima- podía conducir a ejercer la competencia prevista en el artículo 336.7 de la Constitución y declararla inconstitucionalidad de la omisión, estableciendo un plazo para corregirla y, de ser necesario, los lineamientos de esa concreción. Y eso fue lo que ocurrió, por lo que la Sala Constitucional en esa sentencia sólo conminó a la Asamblea Nacional omisa, otorgándole un plazo de 10 días, para que cumpliera con su obligación, expresándole que si no lo hacía dentro de dicho término, la Sala entonces procedería a corregir en lo que fuese posible la situación que naciera de la omisión concreta, que no era otra en ese caso que proceder a hacer la elección “dentro de un término de diez (10) días continuos”. En la sentencia, a todo evento, la Sala hizo los siguientes razonamientos y dejó sentado los siguientes criterios, que enmarcaron la forma conforme a la cual se operaría lo que en definitiva fue un secuestro del Poder Electoral²⁶:

En *primer lugar*, que en caso de omisión de nombramientos, las designaciones que pudiera hacer la Sala no podían ser sino provisorias, de manera que los nombramientos cesarían cuando el órgano competente asumiera su competencia e hiciera los nombramientos.

En *segundo lugar*, la Sala consideró que para realizar los nombramientos provisorios, debía “adaptarse a las condiciones que la Ley exige al funcionario”, pero aclarando sin embargo, que “debido a la naturaleza provisoria y a la necesidad de que el órgano funcione”, la Sala no requería “cumplir paso a paso las formalidades legales que exige la Ley al elector competente, ya que lo importante es llenar el vacío institucional, hasta cuando se formalice lo definitivo,” desligándose así la Sala de las exigencias legales que en cambio sí debía cumplir el elector omiso, para los nombramientos.

En *tercer lugar*, la Sala Constitucional constató la existencia del “vacío institucional”, considerando que “la falta de designación de los rectores, en el lapso legal, constituye un vacío que debe esta Sala llenar, si no lo hace la Asamblea Nacional” pues la propia Sala Constitucional en sentencia precedente N° 2816 de 18 de noviembre de 2002 (Caso: *Consejo Nacional Electoral*),²⁷ había materialmente paralizado, por supuesto inconstitucionalmente, el funcionamiento del Consejo Nacional Electoral que había sido designado por la Asamblea Constituyente.

La Sala Constitucional, transcurridos los 10 días que le había otorgado a la Asamblea Nacional para cumplir su obligación, al no haber logrado el partido de gobierno la mayoría de las 2/3 partes de sus integrantes de la Asamblea para imponer su criterio y elegir a los miembros del Consejo Nacional Electoral, procedió entonces en ese caso a suplir la omisión de la Asamblea Nacional, y a decidir conforme lo había querido el

²⁶ Véase en general sobre estas decisiones BREWER-CARÍAS, Allan R. La sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho, In: _____. **El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política**. Caracas: Ediciones El nacional, 2004.

²⁷ Véase en <<http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/noviembre/2816-181102-02-1662.HTM>>.

partido de gobierno, lo que hizo mediante sentencia N° 2341 del 25 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá M. y otros*),²⁸ en la cual procedió a elegir a los miembros del Consejo Nacional Electoral y a sus suplentes “de acuerdo con el artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Electoral,” sin duda, usurpando una competencia que es exclusiva de la Asamblea Nacional,²⁹ y por tanto, “extralimitándose en sus funciones y limitando injustificada e ilegítimamente la propia autonomía del Consejo Nacional Electoral como órgano rector de dicho Poder Público.”³⁰

Sin embargo, se trataba, sin duda, de un antecedente, aun cuando inconstitucional, de designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral por la Sala Constitucional, pero al cual no se hizo siquiera alusión ni en la solicitud del Presidente de la Asamblea Nacional, ni en la sentencia de la Sala Constitucional de diciembre de 2014.³¹

1.4. La nueva usurpación de las funciones de la Asamblea Nacional, como cuerpo elector, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo

En efecto, el Presidente de la Asamblea Nacional, por su cuenta y sin que ello por supuesto hubiese sido decidido por la Asamblea Nacional como cuerpo colegiado, considerando erradamente que al no haberse logrado la mayoría calificada para designar a los rectores del Consejo Nacional Electoral, supuestamente, en forma automática, le correspondía a la Sala Constitucional hacer los nombramientos, se dirigió a la misma con fecha 22 de diciembre de 2014, solicitando se procediese a materializar esa usurpación

²⁸ Véase en <<http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/PODER%20ELECTORAL.HTM>>. Véanse los comentarios en BREWER-CARÍAS, Allan R. El control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del Legislador por el Juez Constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, Ciudad de México, Editorial Porrúa, n. 10, Jul/Dic 2008. pp. 271-286

²⁹ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000–2004. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Universidad Nacional Autónoma de México, n. 112, ene/abr 2005. pp. 11–73; y BREWER-CARÍAS, Allan R. La autonomía e independencia del Poder Electoral y de la Jurisdicción Electoral en Venezuela, y su secuestro y sometimiento por la Jurisdicción Constitucional. Ponencia presentada al **III Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral**, Facultad de Estudios Superiores de Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México, Estado de México, 27-29 Sep. 2012.

³⁰ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. **La Justicia Constitucional**: procesos y procedimientos constitucionales. Ciudad de México: [s.n.], 2007. p. 392.

³¹ Solo fue ex post facto, mediante declaraciones públicas que la Presidenta del Tribunal Supremo el día 29 de diciembre de 2014, la misma “recordó” que la Sala “ya actuó de la misma forma en 2003 y 2005, cuando asimismo se registraron casos de la “omisión legislativa”. Véase en: Gladys Gutiérrez: En elección de rectores del CNE se siguió estrictamente el procedimiento. Disponible en: <<http://www.lapatilla.com/site/2014/12/29/gladys-gutierrez-en-eleccion-de-rectores-del-cne-se-siguio-estrictamente-el-procedimiento/>>.

de autoridad, lo que la Sala Constitucional ejecutó, muy diligentemente, mediante sentencia No. 1865 de 26 de diciembre de 2014.³²

La solicitud del Presidente de la Asamblea, como lo resume la sentencia, en efecto, se limitó a señalar que en la Asamblea “no se logró alcanzar la mayoría requerida por la Constitución en su artículo 296, de las dos terceras partes de sus integrantes, para la designación de los Rectores y Rectoras del Consejo Nacional Electoral postulados o postuladas por la Sociedad Civil,” razón por la cual decidió remitir “a ese máximo Tribunal, la presente información, para su consideración y fines correspondientes, según lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 336, numeral 7.” De ello, fue la Sala Constitucional la que “dedujo” que se trataba de una solicitud de declaratoria de omisión, para lo cual elaboró sobre su competencia en los casos de ejercicio de la acción de inconstitucionalidad por omisión, desde su sentencia No. 1.556 del 9 de julio de 2002, prevista en el mencionado artículo 336.7 de la Constitución.

Sin embargo, dicha norma, como resulta de su propio texto, sólo autoriza a la Sala Constitucional a declarar que la Asamblea Nacional por ejemplo, no ha dictado una decisión prevista en la Constitución, como una ley o una medida indispensable para garantizar el cumplimiento de la Constitución, ordenando a la Asamblea a dictarla norma o medida, y eventualmente fijar los lineamientos para la corrección de la omisión, pero nunca puede la Sala Constitucional sustituir la voluntad de la Asamblea, ni dictar por sí misma ni la ley ni la medida de su específica competencia.

Ahora bien, la Sala, en este caso, al analizar la legitimación activa del Presidente de la Asamblea para formular la solicitud, dado el carácter de acción popular de la acción por omisión, expresó falsamente que dicho funcionario ejerciendo “la representación del órgano parlamentario y en ejercicio de la cual declaró la imposibilidad de ese cuerpo deliberante de designar a los Rectores y Rectoras del Consejo Nacional Electoral,” había solicitado a la Sala “*supla la aludida omisión*,” lo cual no era cierto. Eso no lo dijo en su solicitud el mencionado funcionario. Una cosa es controlar la inconstitucionalidad de la omisión que es lo que dispone el artículo 336.7 de la Constitución, y que fue a lo único a lo cual hizo referencia el solicitante, y otra cosa es pedirle a la Sala que “supliera” a la Asamblea, es decir, que hiciera la elección en lugar del cuerpo elector, lo cual no podía hacer por ser ello inconstitucional. Pero ello fue lo que en definitiva hizo la Sala Constitucional, en un “proceso” que discrecionalmente consideró como de mero derecho, decidiéndolo “sin necesidad de abrir procedimiento alguno,” para negarle a los interesados, como por ejemplo, a los propios diputados de la Asamblea Nacional

³² La sentencia inicialmente la consulté en <<http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173497-1865-261214-2014-14-1343.HTML>>. Posteriormente sólo está disponible en <<http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/173497-1865-261214-2014-14-1343.HTML>>.

que no estuviesen conformes con la petición, su derecho a ser oídos, violándose así el artículo 49 de la Constitución.

Por otra parte, como bien lo observó José Ignacio Hernández, “en este caso, quien ejerció la omisión fue, precisamente, el Presidente de la Asamblea Nacional, que es el órgano controlado por la acción de omisión. Al hacer ello, se llegó a una situación paradójica: la Asamblea Nacional se demandó a sí misma. En efecto, quien demandó la omisión legislativa fue el Presidente de la Asamblea, órgano que según la demanda habría incurrido en esa omisión. Una especie de “auto-demanda”, tan incoherente, que devela la inconstitucionalidad de la sentencia comentada.”³³

Para decidir el caso, la Sala Constitucional, además de narrar lugares comunes sobre la penta división del Poder Público, e indicar que todos los cinco poderes nacionales, entre ellos el Electoral, deben contar con titulares designados conforme a los términos establecidos en la Constitución, se refirió a la información dada a la Sala por el propio Presidente de la Asamblea Nacional, lo que además consideró que era un “hecho notorio comunicacional,” en el sentido de que no se había logrado “acuerdo de la mayoría respectiva de los integrantes de ese órgano al que le compete la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral,” de lo cual la Sala evidenció “la ocurrencia de una omisión por parte del órgano parlamentario nacional,” además de constatar que se habían agotado los procedimientos previstos en el artículo 296 del Texto Fundamental y en el artículo 30 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, todo lo cual, a juicio de la Sala Constitucional, había sido reconocido por el Presidente de la Asamblea Nacional.

Precisó la Sala, que “la omisión de designación es un hecho objetivo que se constata de la solicitud que efectuó el Presidente de la Asamblea Nacional, y que obedece a que no existe en el órgano parlamentario la mayoría calificada, consistente en el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, tal como lo exige el artículo 296 del Texto Fundamental,” de lo cual entonces dedujo la Sala Constitucional, declarándolo, que había entonces “la existencia de la omisión por parte de la Asamblea Nacional de designar a los Rectores y Rectoras del Consejo Nacional Electoral conforme a las postulaciones realizadas por la sociedad civil.”

Bastó este simple e infundado razonamiento para que entonces, la Sala Constitucional “en atención al mandato estatuido en los artículos 296, 335 y 336, numeral 7, de la Constitución,” resolviese, no conminar a la Asamblea a que cumpliera sus funciones fijándole por ejemplo un plazo para ello como ocurrió en el antecedente jurisprudencial de 2003, sino directamente a designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, así: “como primera rectora principal a la ciudadana Tibisay Lucena, y como sus suplentes a los ciudadanos Abdón Rodolfo Hernández y Alí Ernesto Padrón Paredes;

³³ Véase IGNACIO HERNÁNDEZ, José. La inconstitucional designación de los rectores del CNE. **Prodavinci**, Caracas, 27 dic. 2014. Disponible en: <<http://prodavinci.com/blogs/la-inconstitucional-designacion-de-los-rectores-del-cne-por-jose-ignacio-herandez/>>.

como segunda rectora principal a la ciudadana Sandra Oblitas, y como sus suplentes a los ciudadanos Carlos Enrique Quintero Cuevas y Pablo José Durán; y como tercer rector principal al ciudadano Luis Emilio Rondón, y como sus suplentes a los ciudadanos Marcos Octavio Méndez y Andrés Eloy Brito.” Luego de ello, la Sala convocó a los Rectores y Rectoras designados como principales y suplentes para su juramentación, la cual se llevó a cabo el día lunes 29 de diciembre de 2014.

La designación de estos rectores del Consejo Nacional Electoral por la Sala Constitucional, por otra parte, fue hecha en forma definitiva para el período constitucional correspondiente, abandonándose la idea de la “provisionalidad” en la designación que había prevalecido en el antecedente jurisprudencial mencionado de 2003.

Todo ello, por supuesto, que fue inconstitucional, pues en la Asamblea Nacional, en diciembre de 2014, en realidad, no hubo omisión inconstitucional alguna por parte de la Asamblea Nacional en la elección, al punto de que el propio Presidente de la misma ni siquiera usó la palabra “omisión” en su solicitud. Es falso, por tanto lo afirmado por la Sala Constitucional en el sentido de que la referida “omisión de designación” haya sido un “hecho objetivo que se constata de la solicitud que efectuó el Presidente de la Asamblea Nacional,” pues éste nada dijo al respecto.³⁴ Lo único que expresó el solicitante fue que no se logró la mayoría calificada de las 2/3 partes de sus integrantes para que se pudiera materializar la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral. De ello, sin embargo, fue la Sala Constitucional la que falsamente dedujo que dicha mayoría calificada no existía (“no existe en el órgano parlamentario”), deduciendo entonces, como consecuencia, una supuesta “existencia de la omisión por parte de la Asamblea Nacional.”

En un órgano deliberante como la Asamblea Nacional, el que no se lleguen a acuerdos parlamentarios mediante discusión y consensos, en ocasiones determinadas, no significa que haya “omisión” y menos inconstitucional. De ello se trata la democracia, precisamente de acuerdos y consensos cuando una sola fuerza política no controla la mayoría requerida para decidir. En esos casos, tiene que llegar a un acuerdo con las otras fuerzas políticas. Como lo expresó la propia Sala Constitucional en 2003, en la antes mencionada sentencia N° 2073 de 4 de agosto de 2003 (Caso: *Hermán Escarrá Malaver y oros*),³⁵ cuando “los integrantes de la Asamblea no logran el acuerdo nece-

³⁴ Por ello José Ignacio Hernández indicó, con razón, que “se declaró una omisión que en realidad no existía”. Véase IGNACIO HERNÁNDEZ, José. La inconstitucional designación de los rectores del CNE. **Prodavinci**, Caracas, 27 dic. 2014. Disponible en: <<http://prodavinci.com/blogs/la-insconstitucional-designacion-de-los-rectores-del-cne-por-jose-ignacio-herandez/>>.

³⁵ Véase en <<http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/2073-040803-03-1254%20Y%201308.HTM>>. Véanse los comentarios en BREWER-CARÍAS, Allan R. El control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del Legislador por el Juez Constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, Ciudad de México, Editorial Porrúa, n. 10, Jul/Dic 2008. pp. 271-286

sario para llegar a la mayoría requerida, la elección no puede realizarse, sin que ello, en puridad de principios, pueda considerarse una omisión legislativa, ya que es de la naturaleza de este tipo de órganos y de sus votaciones, que puede existir disenso entre los miembros de los órganos legislativos, y que no puede lograrse el número de votos necesarios, sin que pueda obligarse a quienes disienten, a lograr un acuerdo que iría contra la conciencia de los votantes.” En esos casos, por tanto no hay inconstitucionalidad alguna sino necesidad de que las fuerzas políticas lleguen a un acuerdo, cediendo y acordándose mutuamente, que es lo propio en la democracia.

Como lo observó Román José Duque Corredor, la Sala Constitucional “consideró como una omisión inconstitucional la falta del acuerdo político entre los integrantes de la Asamblea Nacional para alcanzar la mayoría de las 2/3 partes necesarias para designar los Rectores del CNE, cuando no se trata de falta alguna para dictar una ley o alguna medida jurídica indispensable para que se cumpla la Constitución, sino de la falta del consenso, en las discusiones parlamentarias, para lograr la decisión política requerida para la legitimidad democrática de origen de un órgano del Poder Público. Ese desacuerdo político no es propiamente una inactividad de la Asamblea Nacional, como lo quiere hacer ver la Sala Constitucional.”³⁶

Por tanto, al decidir la Sala Constitucional, de oficio, que por no haberse logrado una determinada mayoría en la Asamblea, como la quería el partido de gobierno, ya ello es una omisión inconstitucional, lo que ha establecido es que la democracia parlamentaria en si misma es inconstitucional, siendo al contrario “constitucional” la situación en la cual un partido imponga su voluntad sin necesidad de llegar a acuerdos con los otros partidos o grupos políticos representados en la Asamblea. Se trata, en definitiva, de una decisión que legitima el autoritarismo, considerándose en ella como “constitucional” que el partido de gobierno adopte decisiones sin oposición alguna, y al contrario, como “inconstitucional” que entre en juego la democracia parlamentaria representativa, y que en alguna sesión de la Asamblea el partido de gobierno no logre imponer su voluntad por no disponer de la mayoría calificada de las 2/3 partes de los diputados, y deba llegar a acuerdos o consensos con otros grupos.³⁷

³⁶ Véase: El logaritmo inconstitucional: 7 Magistrados de la Sala Constitucional son iguales a 2/3 partes de la representación popular de la Asamblea Nacional. Disponible en: <<http://www.frentepatriotico.com/inicio/2014/12/29/logaritmo-inconstitucional/>>.

³⁷ Como lo ha destacado José Ignacio Hernández, “La existencia de mayorías calificadas para designar a ciertos funcionarios, como es el caso de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea necesarias para designar a los Rectores del CNE, tiene un claro propósito: forzar al acuerdo de voluntades entre los distintos partidos políticos, evitando que el partido de la mayoría simple (o absoluta) dicte todas las decisiones. Esto es así, pues si un solo partido político en la Asamblea puede dictar todas las decisiones, sin tener que pactar con otros partidos, estaríamos ante lo que Alexis de Tocqueville llamó la “tiranía de la mayoría”. [...] Por eso es que la Constitución de 1999 no permite a la Sala Constitucional asumir la designación de los Rectores del CNE, pues esa designación solo podía ser efectuada por la voluntad de las dos terceras partes de los diputados de la Asamblea. Es decir, no basta –no debe bastar– la voluntad de uno solo para efectuar esa designación. La Sala Constitucional asumió, así, de manera unilateral, una designación que por Constitución debía ser plural. Lo

Y en medio de este absurdo, es todavía más absurdo que en forma muy anti-democrática, la Sala Constitucional no sólo usurpe el carácter de órgano elector que tiene la Asamblea Nacional en estos casos para decidir con mayoría calificada de votos de las 2/3 partes de sus miembros, sino que considere “constitucional” el hecho de que sus siete magistrados, que son personas no electas por voto directo, asumiendo dicha condición de órgano elector de la Asamblea, sustituyan la voluntad de los 2/3 de sus diputados, y designen, sin cumplir los requisitos constitucionales, a los miembros del Consejo Supremo Electoral.

Toda esta aberrante situación la resumió Román José Duque Corredor, al analizar lo que llamó el “logaritmo inconstitucional”:

La Sala In-Constitucional, o mejor dicho, la Sala Celestina, del Tribunal Supremo de Justicia, manipula torticeramente los artículos 336.7 y 296, de la Constitución, para designar para el Consejo Nacional Electoral, en lugar de las 2/3 partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, los postulados por el PSUV que no obtuvieron el acuerdo de esa mayoría calificada. Para ello dicha Sala declaró como inconstitucional el que en las sesiones parlamentarias los diputados no hubieren alcanzado esa mayoría de las 2/3 partes y consideró competente a sus 7 Magistrados para sustituir esa mayoría calificada en un nuevo logaritmo. Es decir, que exponencialmente 7 Magistrados equivalen a 110 diputados. Con esta fórmula la Sala Celestina designó los Rectores del CNE que 99 oficialistas no pudieron designar. La base de este logaritmo inconstitucional es la tergiversación de normas constitucionales que para que esa designación tenga la legitimidad democrática de una elección de segundo grado, exigen un consenso o una gran mayoría de la representación popular por la que sufragó el pueblo al elegir la Asamblea Nacional. Con esas 2/3 partes lo que la Constitución pretende es garantizar la autenticidad de la base popular de dicha designación. En otras palabras, que la exigencia de esa mayoría calificada es una manera de que la soberanía popular indirectamente intervenga en la conformación del Poder Electoral, cuya titularidad le corresponde en los términos del artículo 5° de la Constitución. [...] En base, pues, a su torticera interpretación, la Sala Constitucional, de nuevo en su función de Sala Celestina del gobierno y de ejecutora de ordenes cuartelarias, mediante un logaritmo inconstitucional sustituyó a las 2/3 partes de la representación popular de la Asamblea Nacional, es decir, a 110 de sus diputados, por sus 7 Magistrados, con lo que una vez más contribuye con la pérdida de vigencia y con la desinstitucionalización del Estado de Derecho democrático en Venezuela.³⁸

hizo, además, ignorando a esas dos terceras partes de la Asamblea –que es una entidad distinta a quien preside la Asamblea– pues ni siquiera siguió previo juicio.” Véase IGNACIO HERNÁNDEZ, José. La inconstitucional designación de los rectores del CNE. **Prodavinci**, Caracas, 27 dic. 2014. Disponible en: <<http://prodavinci.com/blogs/la-inconstitucional-designacion-de-los-rectores-del-cne-por-jose-ignacio-herandez/>>.

³⁸ Véase El logaritmo inconstitucional: 7 Magistrados de la Sala Constitucional son iguales a 2/3 partes de la representación popular de la Asamblea Nacional. Disponible en: <<http://www.frentepatriotico.com/>>

5. LA INCONSTITUCIONAL ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA POR LA ASAMBLEA NACIONAL

El último paso de la conspiración para consolidar en diciembre de 2014 el total acaparamiento y control de los Poderes públicos por parte del partido de gobierno, ocurrió el 28 de diciembre de 2014 con la elección por parte de la Asamblea Nacional de 12 de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

Conforme a lo establecido en los artículos 264 y 265 de la Constitución, en efecto, como hemos señalado también se dispone la elección popular en segundo grado de los magistrados del Tribunal Supremo de por la Asamblea nacional, como cuerpo elector, y si bien en los mismos no se precisa como en los otros casos de funcionamiento del cuerpo elector que la elección debe hacerse con el voto de las 2/3 partes de los diputados que la integran, al preverse sin embargo que la remoción de los mismos sólo puede realizarse con el voto de dichas 2/3 partes, se debe entender dentro de la lógica constitucional democrática, que la elección también tiene que realizarse mediante dicha mayoría calificada.

Ello se estableció como principio en el artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, pero con una lamentable e incongruente previsión, al regularse la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por la Asamblea Nacional por un período único de 12 años, conforme al siguiente procedimiento:

Cuando sea recibida la segunda preselección que consigne el Poder Ciudadano, de conformidad con el artículo 264 de la Constitución y la presente Ley, en sesión plenaria que sea convocada, por lo menos, con tres días hábiles de anticipación, la Asamblea Nacional hará la selección definitiva con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros. En caso de que no se logre el voto favorable de la mayoría calificada que se requiere, se convocará a una segunda sesión plenaria, de conformidad con este artículo; y si tampoco se obtuviese el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes, se convocará a una tercera sesión y, si en ésta tampoco se consiguiera el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los miembros de la Asamblea Nacional, se convocará a una cuarta sesión plenaria, en la cual se harán las designaciones con el voto favorable de la mayoría simple de los miembros de la Asamblea Nacional.

Mediante la previsión de la última parte de este artículo 38 de la Ley, en definitiva, si no se logra reunir la mayoría calificada para la designación de los Magistrados, los mismos se podrían elegir con una mayoría simple, lo cual hemos considerado que “es

completamente incongruente” con la mayoría requerida para su remoción conforme al artículo 265 de la Constitución.³⁹

Ahora bien, precisamente conforme a esa incongruencia legislativa, el 27 de diciembre de 2014, se informó en la prensa que el Presidente de la Asamblea Nacional, en virtud de que en la sesión de ese día, “no hubo mayoría calificada, dos terceras partes con 110 diputados, para la designación de magistrados para el Tribunal Supremo de Justicia,[...] convocó a una cuarta sesión extraordinaria para este domingo 28 de diciembre a las 10:00 am.,” anunciando simplemente que “*Vamos a designarlos con el voto favorable de la mayoría simple (99 diputados).*”⁴⁰

Y efectivamente eso fue lo que ocurrió en la sesión de la Asamblea Nacional del 28 de diciembre de 2014, en la cual, con una votación de mayoría simple,⁴¹ los diputados oficialistas designaron a doce magistrados del Tribunal Supremo de Justicia,⁴² sin que además se hubiera garantizado efectivamente la participación de los diversos sectores de la sociedad en el Comité de Postulaciones Judiciales, el cual, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se configuró como una comisión parlamentaria “ampliada,” controlada por la Asamblea Nacional.

6. LA NECESIDAD DEL RESTABLECIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO A LA RESISTENCIA FRENTE A AUTORIDADES ILEGÍTIMAS

En esta forma, en apenas una semana, y como producto de una conspiración para cambiar con violencia institucional la Constitución, de la cual formaron parte la Presidenta del Consejo Moral Republicano y los otros órganos del Poder Ciudadano, el Presidente de la Asamblea Nacional y el grupo de diputados oficialistas, y los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se dio un golpe de Estado y se mutó ilegítimamente la Constitución para elegir inconstitucionalmente a los titulares de los órganos del Poder Ciudadano, del Poder Electoral y del Tribunal Supremo de Justicia, por un órgano que carece de competencia para ello, como es la Asamblea Nacional actuando como órgano legislativo ordinario, cuando ello le corresponde a la Asamblea como cuerpo elector de segundo grado que sólo puede actuar con la mayoría de las 2/3 partes de sus integrantes, o por la Sala Constitucional del

³⁹ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R; HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor. **Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2010. p. 34.

⁴⁰ Véase en: AN convoca a cuarta sesión para designar a magistrados del TSJ. **Globovisión**. Disponible en: <<http://globovision.com/an-convoca-a-cuarta-sesion-para-designar-a-magistrados-del-tsj-2/>>.

⁴¹ Véase en: AN convoca a cuarta sesión para designar a magistrados del TSJ. **Globovisión**. Disponible en: <<http://globovision.com/an-convoca-a-cuarta-sesion-para-designar-a-magistrados-del-tsj-2/>>.

⁴² Véase el Acuerdo de la Asamblea Nacional con los nombramientos, en **Gaceta Oficial n.40.570, 29 de diciembre de 2014, y n. 6.165 Extra, 28 de diciembre de 2014**.

Tribunal Supremo de Justicia. En ambos casos ha habido una usurpación de funciones que hace nulos los actos dictados, quedando las designaciones efectuadas como ilegítimas de origen.

La Constitución violada, sin embargo, como lo precisa su artículo 333, por el hecho de haberse dejado de observar por el acto de fuerza institucional antes mencionado, no ha perdido vigencia, estando obligado todo ciudadano, esté investido o no de autoridad, de colaborar con los medios de los cuales dispone al restablecimiento de su efectiva vigencia.

Y en cuanto a las autoridades ilegítimas designadas mediante el golpe de Estado de diciembre de 2014, conforme al artículo 350 de la misma Constitución, el pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, está en la obligación de desconocerlas, por contrariar los valores, principios y garantías democráticos, y por menoscabar al menos el derecho ciudadano a la democracia y a la supremacía constitucional.

Este derecho de resistencia a la opresión o a la tiranía, como lo ha señalado la Sala Constitucional en sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 350 de la Constitución*), es precisamente el que “está reconocido en el artículo 333 de la Constitución, cuya redacción es casi idéntica al artículo 250 de la Carta de 1961” agregando la Sala que: “Esta disposición está vinculada, asimismo, con el artículo 138 *eiusdem*, que declara que ‘Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.’ El derecho a la restauración democrática (defensa del régimen constitucional) contemplado en el artículo 333, es un mecanismo legítimo de desobediencia civil que comporta la resistencia a un régimen usurpador y no constitucional.”⁴³

Pero sin embargo, la misma Sala Constitucional conspiradora, al “interpretar” dicho artículo 350, en la misma sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003 argumentó, restrictivamente, que el derecho del pueblo de desconocer las autoridades ilegítimas en él previsto, sólo “puede manifestarse constitucionalmente mediante los diversos mecanismos para la participación ciudadana contenidos en la Carta Fundamental, en particular los de naturaleza política, preceptuados en el artículo 70, a saber: “la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas.”⁴⁴

Es decir, en general, la Sala Constitucional, materialmente redujo las formas de ejercer dicho derecho a la resistencia a los mecanismos de sufragio (de elección o de votación), cuyo ejercicio esta precisamente controlado por uno de los órganos ilegítimos que el pueblo tiene derecho a desconocer, como es el Consejo Nacional Electoral

⁴³ Véase en **Revista de Derecho Público**, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n. 93-96, 2003. pp. 126-127.

⁴⁴ Véase en **Revista de Derecho Público**, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n. 93-96, 2003. pp. 126-127.

cuyos titulares fueron recién electos por la propia Sala Constitucional usurpando la función de la Asamblea Nacional como cuerpo elector de segundo grado.

Ello, al hacer imposible que se pueda ejercer dicho derecho a la resistencia, tanto por la actuación de la Sala Constitucional usurpadora como contra el Consejo Nacional Electoral ilegítimo, necesariamente tiene que abrir otras alternativas democráticas para su manifestación.⁴⁵

7. REFERENCIAS

BREWER-CARÍAS, Allan R. El control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del Legislador por el Juez Constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, Ciudad de México, Editorial Porrúa, n. 10, Jul/Dic 2008. pp. 271-286.

BREWER-CARÍAS, Allan R. El Juez Constitucional vs. El derecho a la desobediencia civil, y de cómo dicho derecho fue ejercido contra el Juez Constitucional desacatando una decisión ilegítima: El caso de los Cuadernos de Votación de las elecciones primarias de la oposición democrática de febrero de 2012. **Revista de Derecho Público**, Caracas, n. 129, ene/mar 2012, Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política**. Caracas: Ediciones El nacional, 2004.

BREWER-CARÍAS, Allan R. El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000–2004. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Universidad Nacional Autónoma de México, n. 112, ene/abr 2005.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

BREWER-CARÍAS, Allan R. La autonomía e independencia del Poder Electoral y de la Jurisdicción Electoral en Venezuela, y su secuestro y sometimiento por la Jurisdicción Constitucional. Ponencia presentada al **III Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral**, Facultad de Estudios Superiores de Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México, Estado de México, 27-29 Sep. 2012.

⁴⁵ Véase sobre ello BREWER-CARÍAS, Allan R. El derecho a la desobediencia y a la resistencia contra la opresión, a la luz de la Declaración de Santiago. In: VILLÁN DURÁN, Carlos; FALEH PÉREZ, Carmelo (Coord.). **El derecho humano a la paz: de la teoría a la práctica**. Madrid: CIDEAL/AEDIDH, 2013. pp. 167-189. Véase igualmente: BREWER-CARÍAS, Allan R. El Juez Constitucional vs. El derecho a la desobediencia civil, y de cómo dicho derecho fue ejercido contra el Juez Constitucional desacatando una decisión ilegítima: El caso de los Cuadernos de Votación de las elecciones primarias de la oposición democrática de febrero de 2012. **Revista de Derecho Público**, Caracas, n. 129, ene/mar 2012, Editorial Jurídica Venezolana, 2012. pp. 241-249

BREWER-CARÍAS, Allan R. La demolición del Estado de Derecho en Venezuela Reforma Constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009). **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho**, Madrid, n. 6, Editorial Iustel, 2009.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **La Justicia Constitucional**: procesos y procedimientos constitucionales. Ciudad de México: [s.n.], 2007.

BREWER-CARÍAS, Allan R. La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, San José, año 5, n. 5, 2005.

BREWER-CARÍAS, Allan R. Sobre el nombramiento irregular por la Asamblea Nacional de los titulares de los órganos del poder ciudadano en 2007. **Revista de Derecho Público**, Caracas, n. 113, Editorial Jurídica Venezolana, 2008.

BREWER-CARÍAS, Allan R; HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor. **Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2010.

FUNEDA. **Temas constitucionales**: planteamientos ante una reforma. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2007.

TORRES ESTRADA, Pedro Rubén; NÚÑEZ TORRES, Michael (Coord.). **La reforma constitucional**: Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2010.

VELADÉS, Diego. **Constitución y democracia**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

VELADÉS, Diego; CARBONELL, Miguel (Coord.). **Constitucionalismo Iberoamericano del siglo XXI**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

VILLÁN DURÁN, Carlos; FALEH PÉREZ, Carmelo (Coord.). **El derecho humano a la paz**: de la teoría a la práctica. Madrid: CIDEAL/AEDIDH, 2013.



¿Jueces legisladores?*

Judges as legislators?

ESTELA B. SACRISTÁN**

Universidad Católica Argentina (Argentina)
es@bgcv.com.ar

Recebido/Received: 15.03.2015 / March 15th, 2015

Aprovado/Approved: 29.04.2015 / April 29th, 2015

Resumen

El comportamiento de los jueces que dictan decisiones con objetivos cada vez más amplios y generales se presenta como una actuación “quasi” legislativa, creando soluciones con valor similar al de la ley. El tema plantea cuestiones como: ¿es cierto y posible el desempeño de tal rol? En otras palabras, ¿es jurídicamente admisible o recomendable el desempeño de tal rol? Por un lado, algunas de las características clásicas del constitucionalismo, como la separación de los poderes, no posibilitarían esa postura. Por otro lado, algunos defienden la necesidad de este comportamiento frente a ciertos casos, los cuales exigirían cierta abstracción. Por lo tanto, se observa un posible empate teórico entre esas diferentes formas de pensamiento, dependiendo del argumento utilizado. Sin embargo, la busca por equidad y justicia en las decisiones – una de las partes más importantes en la adjudicación – requieren una actuación más ortodoxa de los jueces, las cuales deben buscar la mejor solución al caso concreto, lo que muchas veces significa resolver las generalizaciones hechas por los legisladores cuando de la creación de una ley, neutralizando un hipotético rol legislador en el juez.

Palabras-clave: separación de poderes; Poder Judicial; Poder Legislativo; activismo judicial; decisiones judiciales.

Abstract

The judge's acts through decisions that are each time more wide and generic show a performance resembling a legislator, creating solutions similar to the law. The subject raises questions such as: are these actions possible? In other words: from a legal perspective, is it admissible or recommended this performance? On one hand, some of the classic characteristics of constitutionalism, such as separation of powers, do not corroborate with this posture. On the other hand, there are claims for the necessity of these actions in some cases, which requires certain abstraction. It can be observed, therefore, that both positions can be used with the proper argumentation. Still, the search for equity and justice in the decisions – an important part of adjudication – requires a more orthodox praxis of the judges in searching for the better solution for the case. That would be, most of the time, to solve the generalizations made by the legislators when making a statute, what means a neutralization of the hypothetical legislative role of the judge.

Keywords: separation of powers; Judiciary; Legislative; judicial activism; judicial decisions.

Como citar esse artigo/How to cite this article: SACRISTÁN, Estela B. ¿Jueces legisladores?. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 93-115, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44512>

* Trabajo originariamente publicado en Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina, año 2014-2, p. 101-128.

** Profesora de Derecho Administrativo y becaria posdoctoral en la Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina). Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesora visitante en la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Profesora titular de Taller de Jurisprudencia y Doctrina en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina. Recibió el Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación” instituido por Ac. 6/91 (1995). Integra el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, y las secciones Derecho Constitucional y Derecho Administrativo del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

SUMARIO

1. Planteo; 2. Factores negativos; 2.1. Las reglas de Cooley; 2.2. Las reglas de Brandeis; 2.3. La propia jurisprudencia de la Corte Suprema; 2.4. Separación de poderes; 2.5. La ley formal; 3. Factores positivos; 3.1. Casos abstractos; 3.2. Otorgamiento de amplio *standing*; 3.3. La fuerza del precedente; 3.4. Ley formal que disponga efectos generales; 3.5. Inacción de los poderes políticos; 4. Reflexiones finales; 5. Referencias.

1. PLANTEO

Cuando la Corte Suprema argentina falló la causa *Claren*,¹ en 2014, relativo a la ejecutabilidad de sentencias extranjeras en nuestro país, una pregunta –previsible– que me hice fue la relativa a sus implicancias. El fallo fijaba doctrina sobre el significado de la expresión “orden público” en la normativa aplicable; resolvía, para el caso, la inejecutabilidad de la sentencia. Empero, al mismo tiempo, el decisorio traía, a colación, argumentos y conclusiones brindados en otros dos precedentes relativos a deuda pública, *Galli*,² y *Brunicardi*,³ destacando el carácter de “doctrina de amplios alcances” en ellos fijada por el máximo Tribunal argentino. Al tiempo que podíamos no ya leer sino releer el precitado *Claren*, los diarios publicaban las noticias sobre los *holdouts* y la decisión de la Corte Suprema estadounidense en *NML*⁴ sobre inadmisión del planteo de la República Argentina. En los mismos diarios podíamos leer acerca de los ecos de tal decisión extranjera en los planteos de los bonistas italianos en sede del CIADI; así como acerca de otras consecuencias en el marco de reclamos, por parte de otros bonistas, en torno a las medidas de emergencia generadas por la crisis del verano 2001/2002 y su desenvolvimiento, en tanto aplicadas a títulos de la deuda pública argentina.

Una primera mirada permitía divisar, en estas alternativas, la suerte de *red* que –con mayor o menor tensión y con los límites propias de las jurisdicciones– es creada por la figura del deudor demandado en todos esos casos.

Otra mirada permitía advertir cómo los conceptos jurídicos, originariamente indeterminados –por ejemplo, el concepto de orden público⁵ argentino en la ley procesal–, se van dotando de contenido en las decisiones judiciales, especialmente cuando provienen de un máximo Tribunal.

¹ C. 462. XLVII. R.O., 6/3/2014, *Claren Corporation* e/ E.N - arts. 517/518 CPCC exequátur s/ varios.

² *Galli*, Hugo Gabriel y otro c/ PEN - ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561, Fallos: 328°690 (2005).

³ *Brunicardi*, *Adriano C. c/ E.N. (BCRA.) s/ cobro*, Fallos: 319: 2886 (1996).

⁴ *Republic of Argentina, petitioner, v. NML Capital, Ltd., on writ of certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit* [June 16, 2014].

⁵ Sobre este concepto, es inevitable la cita del ensayo de SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. El orden público en el Derecho. In: **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**, Buenos Aires, n. 12, p. 694 y ss.

Ello también planteaba la pregunta de la fuerza vinculante de tales interpretaciones de tenor semántico, que llevan a las determinaciones –por vía judicial- de lo no determinado por los juegos políticos que anidan en el seno de los órganos políticos donde se consensuan los contenidos de las leyes formales.

Pero hay otra mirada más, que podemos tender sobre redes de casos o reclamos como los apuntados, y hace a la fuerza “quasi” legislativa que ciertas decisiones judiciales pueden tener, a modo de *leading cases*, liderando la familia de fallos sucesivos que los siguen, generando soluciones con valor similar al de la ley.

Consideremos otros ejemplos: Así como no es lo mismo la ejecutabilidad, en Argentina, de sentencias extranjeras antes y después de *Claren*, podríamos decir que no fue lo mismo el Plan Austral antes y después de *Peso*⁶ y *Porcelli*⁷. Tampoco fue lo mismo el Plan Bonex antes y después de *Peralta*⁸. Hubo y un antes y un después, para la pesificación, en *San Luis*⁹ y en *Massa*¹⁰. Y lo mismo podríamos predicar de fallos como *Arriola*¹¹, luego de *Bazterrica* y *Capalbo*¹² y *Montalvo*¹³. Y, estemos de acuerdo o no, lo mismo podríamos temer luego de *F., A. L.*¹⁴

De igual modo, y trasladándonos en el tiempo, no podría dejar de aceptarse que marcaron un futuro diferente fallos como *Siri*¹⁵ y *Kot*¹⁶, o decisorios como *Vieytes de Fernández*¹⁷, *Ana Pérez de Smith*¹⁸ o *Saguir y Dib*.¹⁹

Tales mojones –y todos los fallos mencionados, en mi opinión lo son-, colocados en el camino de la vida de los litigantes y en el de otros similares litigantes y –en general- en devenir de nuestro país, y sus efectos, conducen a un interrogante que es el aquí me permito bosquejar: el relativo al aparente rol legislativo que los jueces, en ocasiones, parecen desempeñar.

¿Es cierto y posible el desempeño de tal rol? La evidencia parecería indicar que sí. Ahora, es jurídicamente admisible o recomendable el desempeño de tal rol? Aquí las respuestas parecen divididas. En lo principal, un apego a los cánones clásicos del

⁶ *Peso*, Agustín Carlos c/ Banco Central de la República Argentina, Fallos: 307/2061 (1985).

⁷ *Porcelli*, Luis A. c/ Banco de la Nación Argentina s/ cobro de pesos, Fallos: 312: 555 (1989).

⁸ *Peralta*, Luis Arcenio y otro c/ E.N. (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo, Fallos: 313: 1513 (1990).

⁹ *San Luis*, Provincia de c/ E.N. s/ acción de amparo, Fallos: 326: 417 (2003).

¹⁰ *Massa*, Juan Agustín c/P.E.N. - dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986, Fallos: 329: 5913 (2006).

¹¹ *Arriola*, Sebastián y otros s/ causa 9080, Fallos: 332: 1963 (2009).

¹² *Bazterrica*, Gustavo Mario - Alejandro Carlos Capalbo, Fallos: 308: 1392 (1986).

¹³ *Montalvo*, Ernesto Alfredo psa. inf. ley 20.771, Fallos: 313: 1333 (1990).

¹⁴ *F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*, Fallos: 335: 197 (2012).

¹⁵ *Siri*, Angel, Fallos: 239: 459 (1957).

¹⁶ *Samuel*, Kot S.R.L., Fallos: 241: 291 (1958).

¹⁷ *Vieytes de Fernández*, Juana Suc. c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos: 295: 973 (1976).

¹⁸ *Pérez de Smith*, Ana María y otros, Fallos: 300: 1282 (1978).

¹⁹ *Saguir y Dib*, Claudia Graciela, Fallos: 302: 1284 (1980).

control judicial –en especial, de constitucionalidad- inclinarían la balanza en contra de hallar, en un fallo de la Corte Suprema, una cualidad similar a la de una ley formal. Empero, una apreciación de la jurisprudencia misma, así como la consideración de otros factores, podrían llevar a la admisión del rol legislativo o co-legislativo de los jueces, al menos en el plano fáctico, si no normativo.

A tal fin, repasaré los factores de la provincia del control de constitucionalidad que impiden (sección 2) que los jueces se erijan en legisladores, y los que les permitirían hacerlo (sección 3), para arribar a las reflexiones finales pertinentes (sección 4).

2. FACTORES NEGATIVOS

Los cánones más ortodoxos del control de constitucionalidad²⁰ –siguiendo la doctrina y jurisprudencia estadounidense, inspiradora del constituyente de 1853/1860– impiden que los jueces se conviertan en legisladores, y sobresalen, en este renglón, las denominadas “reglas de Cooley” y las “reglas de Brandeis”. Asimismo, otros factores impositivos mencionables comprenderían la propia jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, la doctrina de la separación de poderes y, en ocasiones, la ley formal misma. Repasemos cada uno de ellos sin perjuicio de aclarar el carácter no taxativo de la enumeración.

1.1. LAS REGLAS DE COOLEY

Las llamadas “reglas de Cooley”, en razón de su creador, Thomas Cooley, doctrinario estadounidense del siglo XIX autor de *Constitutional Limitations*,²¹ señalan importantes limitaciones dirigidas a los jueces en la tarea de efectuar el control de constitucionalidad. Una de ellas posee la virtualidad de impedir un efecto legislativo en las decisiones judiciales, con fuerte punto de sustento –mas no exclusivamente– en la noción de legitimación activa. Veamos:

Enseña Cooley que “La Corte no oír las objeciones que se hagan sobre la constitucionalidad de una ley por una persona cuyos derechos no estén afectados por ella y que por consiguiente no tiene interés en anularla. (...) El poder de la Corte sólo puede invocarse cuando se ve que es necesario para asegurar y proteger a la parte que se presenta ante ella contra el ejercicio ilegal del poder legislativo en detrimento suyo”²².

²⁰ Se sigue BIANCHI, Alberto B., **Control de constitucionalidad**. 2. ed., Buenos Aires: Ábaco, 2002, p. 98-101.

²¹ COOLEY, Thomas. **A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union**. Boston: Little Brown & Co., 1868. La obra en Argentina fue publicada como COOLEY, Thomas. **Principios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América**. Traducción de Julio Carrié. Buenos Aires: Jacobo Peuser, 1898.

²² COOLEY, Thomas. **Principios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América**. Traducción de Julio Carrié. Buenos Aires: Jacobo Peuser, 1898, p. 142-151.

Como puede advertirse, en esta regla –verdadero compendio de control de constitucionalidad- Cooley involucra prácticamente todos los recaudos comunes²³ del ejercicio de la revisión judicial: objeciones o agravios constitucionales, derechos afectados, el concepto mismo de afectado, la noción de interés, el resultado nulificante del exitoso planteo de inconstitucionalidad. Asimismo, el citado autor trae a colación la petición de parte al invocarse el poder de la Corte, es decir, al hacerse un llamado a su jurisdicción, la noción de parte en el proceso, la protección de dicha parte contra la ilegalidad y, finalmente, el detrimento o gravamen o daño. Implícitamente, la regla evade los planteos abstractos o teóricos pues se apoya en la idea de interés.

Resulta claro, a partir de la regla reseñada, que la eventual decisión del tribunal, producida luego de la verificación del cumplimiento de todos esos recaudos, distará de poseer efectos amplios o de gran alcance pues se centrará en las partes agraviadas. De otra parte, el eventual efecto nulificante que menciona la regla citada no podrá sino tener efectos hacia esas partes, que son las que sufrieran el gravamen, con lo que tampoco tendrá esa nulificación efectos de tenor legislativo.

1.2. LAS REGLAS DE BRANDEIS

Sin perjuicio de las enseñanzas emergentes de las limitaciones propuestas por Cooley en sus reglas, y según la obra que se sigue, algunas de las llamadas “reglas de Brandeis” brindan una más moderna construcción de la semilla procesal que aquél sembrara. Si bien las reglas de Brandeis semejan las que apuntarían a susentar una tesis de la autorrestricción judicial, en lo que aquí interesa, justifican la tesis de la competencia no legislativa de los jueces. Ello pues, al acatarse las reglas, se asegura que los efectos de la sentencia queden acotados, y pierdan todo alcance general asociables a las leyes y actos de alcance general.

Según la doctrina, estas reglas fueron escritas por Louis D. Brandeis, cuando fuera *justice* de la Corte Suprema estadounidense, en su voto concurrente en *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*²⁴, caso de *neto corte regulatorio en el que se impugnaba la*

²³ Para nuestro país, ver, por todos, BIDEGAIN, Carlos M. et al. **Curso de Derecho constitucional**. t. IV. rev. y act. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996, pp. 376/377 (requisitos comunes); 378/381 (requisitos propios); y 382/383 (requisitos formales).

²⁴ *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936). Este caso –al igual que otros fallados por la Corte norteamericana, como por ejemplo *Pollock v. Farmer's Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (1895) y *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936)– había sido iniciado por los accionistas de una compañía contra ésta para evitar que aplicara con una ley tachada de inconstitucional; en *Ashwander*, la ley que creaba la empresa estatal (parte recurrida). El peligro implícito que encierran estos pleitos es la falta de una persona verdaderamente interesada en sostener la constitucionalidad de la legislación atacada, lo que los convierte en juicios simulados, ya que falta como parte el Estado que intervenga en favor de la ley. Brandeis advirtió este problema y de allí su postura frente a una decisión en que la mayoría sostuvo que los accionistas tenían, efectivamente, legitimación para actuar. Ampliar en BIANCHI, Alberto B. **Control de constitucionalidad**. 2. ed.. Buenos Aires: Ábaco, 2002.

*constitucionalidad de la creación de una empresa estatal de energía*²⁵. Allí sostuvo el citado *Justice* que:

Primero, la Corte Suprema no puede declarar la inconstitucionalidad en un procedimiento voluntario y no contencioso²⁶.

Segundo, no se puede anticipar una decisión de inconstitucionalidad antes de la necesidad de decidirla²⁷.

²⁵ La Tennessee Valley Authority constituye hoy un clásico ejemplo de ingreso parcial del Estado para generar *yardstick competition* en el mundo privado. Esta decisión implicó la creación de la respectiva agencia estatal con competencias, entre otras, para generar, transportar y distribuir electricidad en el valle del río Tennessee, que involucra 7 estados. Todo ello, bajo la ley denominada Tennessee Valley Authority Act, de mayo de 1933, bajo el gobierno de Frank Delano Roosevelt. Las razones para la creación de esta empresa estatal son simples: hacia 1929, las empresas energéticas, centradas en la rentabilidad, cobraban a los usuarios del estado de New York precios varias veces más elevados que los que sufragaban los canadienses, tan solo cruzando el río San Lorenzo, y eso dio nacimiento a una propuesta que fracasó; tal, la de que el Estado construyera diques y plantas generadoras de electricidad para que esa energía estuviera a disposición de los transportistas y distribuidores privados si éstos bajaban sus tarifas. Si bien la propuesta hizo que los neoyorkinos se sintieran protegidos, las empresas energéticas la bloquearon en la legislatura. Por ello, Roosevelt, apenas ganó la elección presidencial de 1932, redobló la apuesta: 37 días después de su asunción como presidente envió al Congreso la ley de creación de la Tennessee Valley Authority, que se halla en 48 Stat. 58-59, 16 U.S.C. sec. 831. Así, en la primavera de 1933 se sancionó la ley, que por cierto fue más tarde impugnada judicialmente (véase n.7), saliendo airoso, y hoy en día, la Tennessee Valley Authority (TVA), de autoría de Roosevelt, pervive.

Dedicada a pluralidad de actividades (fabricación de fertilizantes, enseñanza a los granjeros del valle del Tennessee a emplearlos para recuperar las tierras lavadas, erosionadas y deforestadas de ese valle; generación de electricidad, transporte y distribución de la misma en la cuenca del Tennessee, entre otros cometidos), el efecto multiplicador de la TVA consistió en que ayudó a recuperar la región, generándose oportunidades de trabajo para personas que necesitaban empleo, y aportó mejores condiciones de vida pues se instalaron líneas de distribución de electricidad en toda la cuenca.

La década del '70 sorprendió a la TVA con altísimos costos, ineficiencia y baja productividad, por lo que sólo hacia fines del '80 logró estabilizar sus cuentas. Y en la década el '90 se preparó para competir mediante la reducción de sus costos operativos en US\$ 800 anuales, reducción de sus fuerzas laborales a la mitad, aumento de su capacidad de generación, abandono de la construcción de plantas nucleares, y desarrollo de un plan para enfrentar las nuevas necesidades del valle del Tennessee en el 2000. La firma estatal continúa prestando su principal cometido: producir energía para operaciones mayoristas. Creada para ofrecer un punto de comparación para las firmas privadas (*yardstick competition*), en especial generadoras de energía eléctrica, más recientemente ha debido reencarar sus contratos con sus clientes distribuidores eléctricos; también ha tenido que poner en marcha un plan para reducir sus emisiones de óxido de nitrógeno, con inversiones en equipamientos nuevos a tal fin del orden de los US\$ 600 millones; y desde la década del '70, ha debido invertir más de US\$ 3.000 millones en equipos de control de emisiones polutantes en sus 11 plantas. Como puede verse, no todo ha sido un lecho de rosas para este emprendimiento estatal, no obstante su primigenia victoria judicial. Ampliar en www.tva.gov y en SACRISTÁN, Estela B.. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ábaco, 2006, p. 492-493.

²⁶ (1) The Court will not pass upon the constitutionality of legislation in a friendly, nonadversary, proceeding, declining because to decide such questions "is legitimate only in the last resort, and as a necessity in the determination of real, earnest, and vital controversy between individuals. It never was the thought that, by means of a friendly suit, a party beaten in the legislature could transfer to the courts an inquiry as to the constitutionality of the legislative act"; *Ashwander V. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), esp. p. 346.

²⁷ "The Court will not anticipate a question of constitutional law in advance of the necessity of deciding it"; *Ashwander V. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), esp. p. 346.

Tercero, no se puede formular una regla de constitucionalidad mas amplia que la requerida por los hechos precisos a los cuales ha de aplicarse²⁸.

Cuarto, si el caso puede ser resuelto de dos formas diferentes: la primera involucrando una cuestión constitucional y la segunda involucrando una cuestión meramente legal, debe optarse por la segunda solución²⁹.

Quinto, no se puede apreciar la constitucionalidad de una ley a instancia de una parte que no ha podido probar que la aplicación de ésta le ocasionaba perjuicio³⁰.

Sexto, la Corte no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley a instancia de una parte que se ha beneficiado con ésta³¹.

Séptimo, una ley siempre debe ser interpretada de manera tal que se evite, en lo posible, su declaración de inconstitucionalidad³².

Estas reglas garantizan los efectos no legislativos de una decisión judicial en la que se ejerza el control de constitucionalidad. Al requerirse el recaudo *contencioso*, se exige la contienda, apuntándose a la decisión a una causa o controversia. Al fijarse el requisito temporal, se deja en claro que tiene que haber *necesidad de una decisión* judicial sobre la inconstitucionalidad, y es la existencia de esa necesidad la que marcará el momento adecuado para el planteo y su resolución, pudiendo sobreentenderse que la necesidad de decisión hace a los involucrados en la contienda. De tal modo, mientras que el legislador vela, ante las necesidades, prospectivamente, el juez decide impulsado por una necesidad de decisión que ya se ha generado, y nunca decidirá cuando la necesidad de decisión todavía no haya aparecido. Los *alcances* de la decisión judicial comprenderán sólo los hechos precisos, hechos naturalmente pasados y cognoscibles. Así, se completa el recaudo de contienda, apreciada retrospectivamente, con una necesidad ya generada y divisada, en torno a hechos también pasados por necesidad pues si no fueran pasados no serían posibles de ser conocidos. Ello contrasta con la labor del legislador, que vela por

²⁸ "The Court will not formulate a rule of constitutional law broader than is required by the precise facts to which is to be applied"; *Ashwander V. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), esp. p. 347.

²⁹ "The Court will not pass upon a constitutional question although properly presented by the record, if there is also present some other ground upon which the case may be disposed of. This rule has found most varied application. Thus, if a case can be decided on either of two grounds, one involving a constitutional question, the other a question of statutory construction or general law, the Court will decide only the latter"; *Ashwander V. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), esp. p. 347.

³⁰ "The Court will not pass upon the validity of a statute upon complaint of one who fails to show that he is injured by its operation"; *Ashwander V. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), esp. p. 347.

³¹ "The Court will not pass upon the constitutionality of a statute at instance of one who has availed himself of its benefits"; *Ashwander V. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), esp. p. 348.

³² "When the validity of an act of the Congress is drawn in question, and even if a serious doubt of constitutionality is raised, it is a cardinal principle that this Court will first ascertain whether a construction of the statute is fairly possible by which the question may be avoided"; *Ashwander V. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), esp. p. 348-349.

hechos futuros, según la necesidad que pueda prever, con alcance general pues la ley es regla o medida enderezada a guiar la acción de todos³³.

Estas reglas –también vimos– exigen *acreditación* del gravamen, extremo que, nuevamente, coloca a la eventual decisión en el restringido campo de las partes en la controversia, en el marco del gravamen, ya producido, y que al tener que ser acreditado o comprobado, tendrá, necesariamente, que ser pasado. Ello difiere de la actitud de proyección con la que el legislador analiza la realidad pasada más o menos reciente y regla para el futuro³⁴. En punto al *interés*, se exige que quien hace el planteo de inconstitucionalidad no se halla beneficiado con la norma o régimen que impugna, y ello contrasta con la labor del legislador, que podría, hipotéticamente beneficiarse con una nueva ley. Finalmente, el carácter *excepcional* de la decisión sobre una inconstitucionalidad en el marco judicial difiere de la situación en la que se halla el legislador: éste, sea en el recinto parlamentario o en las oficinas administrativas, se halla bajo el “techo”, al menos, de la norma atributiva de competencia, de rango constitucional o legal, y como su decisión será general deberá velar, en la etapa de elaboración del acto general, por razones de precaución o eliminación de costos futuros evitables, por que el producto sea constitucional. Por ende, puedo propiciar que, en la etapa de debate o elaboración, y por razones de prudencia o reducción de costos futuros de transacción, debería el legislador trabajar sobre la hipótesis de que la norma propuesta o proyectada es en principio inconstitucional, apuntado a lograr que la misma –en el recinto o en los dictámenes previos que se produzcan– apruebe en forma acabada e indubitable los más arduos tests de constitucionalidad. Sólo de esta forma podría, luego, en sede judicial, reinar y resultar exitosa la presunción de constitucionalidad de la ley con que los jueces invisten a las leyes³⁵, y –bajo cierta perspectiva– podría razonarse de igual modo en torno a la presunción de legitimidad.

De lo dicho se infiere que los límites del decisor judicial al ejercer el control de constitucionalidad le impiden parecerse a un decisor legislativo pues éste realiza una labor sustancialmente diferente. Como se sostuviera, con asierto, “El acto de legislar no es ontológicamente idéntico al acto de juzgar, pues el legislador forma su juicio sobre el mérito, la oportunidad y la conveniencia de la sanción de una ley, examinando la cuestión desde una perspectiva general e indeterminada con relación a los administrados;

³³ Conf. AQUINO, Santo Tomás de. *Summa Teologica*. [s.l.] [s.n.], I-II Primera sección de la Segunda Parte (Prima Secundae), Questio 90 (De la esencia de la ley), art. 2: “Hemos visto (a.1) que la ley, al ser regla y medida de los actos humanos, pertenece a aquello que es principio de estos actos”.

³⁴ Excede el marco del presente la consideración de una definición de retroactividad y su legalidad y constitucionalidad.

³⁵ Ya radicados en sede judicial, “los actos públicos se presumen constitucionales en tanto y en cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan entenderse armonizados con sus disposiciones. El principio de división de poderes y la regla según la cual no debe suponerse en los titulares de los poderes de gobierno la intención de conculcar el texto constitucional conducen al principio de presunción de constitucionalidad”, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-*, Fallos: 328: 2056 (2005) (voto del Dr. Maqueda).

mientras el juez, en cambio, resuelve el caso concreto llevado a sus estrados ponderando las particularidades de hecho y el modo en que la norma incide en la esfera privada del justiciable”³⁶. Por ende, la equiparación entre juez y legislador es improcedente.

1.3. LA PROPIA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La propia jurisprudencia de la Corte Suprema argentina impiden tener a los jueces por legisladores. Como se afirmara, “uno de los mayores aciertos de la Constitución de los Estados Unidos directamente aplicables a nuestro sistema, consistió en limitar los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad a la causa o litigio donde aquélla fue declarada, sin afectar empero los efectos normales de la ley sobre las personas extrañas al pleito en que la invalidez fue pronunciada, que debe ser cumplida y reviste iguales efectos que otra cualquiera”³⁷.

En lo que hace a la tarea de interpretación, en infinidad de ocasiones la Corte Suprema argentina ha afirmado que “la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades”³⁸.

En lo que hace a su ámbito de actuación, se ha reiterado que “no incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que les son propias, sobre todo cuando la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le corresponden a los otros poderes.”³⁹

³⁶ *Sesma, Laura Judith y otro y su acumulado s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos: 326: 2612 (2003) (voto del Dr. Vazquez).

³⁷ *Search Organización de Seguridad S.A. c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa*, Fallos: 327: 1813 (2004).

³⁸ *Martínez, Alberto Manuel c/ Universidad Nacional de Tucumán*, Fallos: 329: 5621 (2006); *Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación c/ EN - P.E.N. s/ acción de amparo*, Fallos: 327: 2423 (2004); *Cantera Pigüé S.A. c/ Marengo S.A.*, Fallos: 323: 3215 (2000); *Ortiz Almonacid, Juan Carlos s/ acción de amparo*, Fallos: 322: 385 (1999) (voto del Dr. Petracchi); *Niella, Miguel Alberto c/ Diario Época y Editora Correntina S.A. s/ ordinario*, Fallos: 321: 2010 (1998); *Bolaño, Miguel Angel c/ Benito Roggio e Hijos S.A. - Ormas S.A. Unión Transitoria de Empresas Proyecto Hidra*, Fallos: 318: 1012 (1995); *Degó, Félix Antonio*, Fallos: 242: 73 (1958); entre otros.

³⁹ *Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ EN (Mrio. de Salud y Acción Social)*, Fallos: 310: 112 (1987); *Caja Nacional de Ahorro y Seguro c/ N.C.R. Argentina S.A.I.C.*, Fallos: 310: 2709 (1987); *Cohen, Rafael c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ nulidad de resolución*, Fallos: 313: 228 (1990); *Construcciones Taddía SA. c/ EN (Mrio. de Educación y Justicia) s/ cobro*, Fallos: 315: 2217 (1992); entre otros.

Tampoco pueden los jueces instituir la ley⁴⁰ o suplir la ley⁴¹, pues deben mantenerse dentro de su función jurisdiccional.⁴²

Los efectos de las sentencias no pueden privar de valor *erga omnes* a las normas impugnadas⁴³; las medidas cautelares no pueden suspender la vigencia de una norma con efectos *erga omnes*⁴⁴; y, en suma, no se puede procurar, en sede judicial, una sentencia con carácter de norma general⁴⁵.

Las sentencias que declaran una inconstitucionalidad no tienen efectos derogatorios genéricos pues la declaración de inconstitucionalidad sólo produce efecto dentro de la causa y con vinculación a la ley y a las relaciones jurídicas que la motivaron⁴⁶.

Por todas estas razones, de raigambre jurisprudencial, le está vedado, a los jueces, asumir el rol de legisladores.

1.4. SEPARACIÓN DE PODERES

La separación de poderes ha sido percibida, por la jurisprudencia, como un límite tendiente a evitar que el juez sustituya a los otros poderes del Estado.

Ello se ha logrado por medio de tres vías, al menos: el recaudo de caso contencioso y, específicamente, de legitimación activa; la tesis de la irrevisibilidad de las razones del legislador; y la consideración de los recaudos de legitimación y, en general, de caso o controversia, en materia de resoluciones cautelares.

A juego con la tesis oportunamente plasmada por el *justice* Scalia⁴⁷, la Corte Suprema argentina ha afirmado que “las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que el requisito de la existencia de un ‘caso’ o ‘controversia judicial’ sea observado rigurosamente para la pre-

⁴⁰ *Montero, Víctor Roberto y otros s/ Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ acción contenciosoadministrativa*, Fallos: 319: 2616 (1996); *Kreimbohn, Germán y otro c/ Caja Administradora del Fondo Especial del Seguro (CAFES) y otro*, Fallos: 316: 2732 (1993); *Mansilla, Manuel Angel c/ Hepner, Manuel y otro s/ daños y perjuicios*, Fallos: 314: 1849 (1991); *Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otro.*, Fallos: 311: 2553 (1988); *Rolón Zappa, Víctor Francisco*, Fallos: 308: 1848 (1986); *Delsoglio Osvaldo Francisco c/ Pablo Casale Ltda. S.A.*, Fallos: 234: 82 (1956); entre otros.

⁴¹ *Cardinale, Miguel Angel c/ BCRA. s/ incidente de ejecución de sentencia*, Fallos: 317: 1505 (1994).

⁴² *Antelo, Manuel y otros s/ contrabando*, Fallos: 324: 3141 (2001).

⁴³ *Abud, Jorge Homero y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ declaración de inconstitucionalidad ley 10.542*, Fallos: 314: 1186 (1991) (voto de los Dres. Levene (h.) y Barra).

⁴⁴ *Thomas, Enrique c/E.N.A. s/amparo*, Fallos: 333: 1023 (2010).

⁴⁵ *Gómez Diez, Ricardo y otros c/ PEN - Congreso de la Nación s/ proceso de conocimiento*, Fallos: 322: 528 (1999).

⁴⁶ *Villada, Juan Carlos y otros s/ robo calificado*, Fallos: 313: 1010 (1990); *Frias, Hugo Daniel; Vila, Héctor Oscar y Flores, Julio Luis s/ robo de automotor calificado por uso de armas*, Fallos: 314: 75 (1991); *Albornoz, Juan Carlos s/ Infracción artículo 6°, ley 20.771 Causa n° 2901*, Fallos: 315: 276 (1992); *Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa*, Fallos: 324: 3219 (2001) (voto de los Dres. Fayt y Belluscio).

⁴⁷ SCALIA, Antonin. The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers. In: **17 Suffolk U. L. Rev.** 881, Boston, p. 881-899, 1983.

servación del principio de división de poderes”⁴⁸. Con la mirada puesta en el contencioso requerido, se ha dejado sentado el recaudo de que “la ‘aplicación’ de los actos de los otros poderes debe dar lugar a un litigio contencioso, para cuyo fallo se requiera el examen del punto constitucional propuesto”⁴⁹. Por tanto, la jurisprudencia exige, si no caso o controversia, una aplicación calificada: tal la aplicación (en nuestra hipótesis, del acto de alcance general) hábil para generar una contienda (vinculable con el punto constitucional propuesto).

En materia de legitimación, “la existencia de un interés particular del demandante en el derecho que alega, no aparece como un requisito tendiente a eludir cuestiones de repercusión pública sino a fin de preservar rigurosamente el principio de la división de poderes, al excluir al Poder Judicial de una atribución que, como la de expresarse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los Poderes Legislativo y Ejecutivo, no le ha sido reconocida por el art. 116 de la Constitución Nacional. Este departamento del gobierno federal debe ser preservado de la subrejudicialización de los procesos de gobierno”⁵⁰. De este modo, se evita que los jueces se expidan “en forma general”, en el marco de la separación de poderes.

La tesis de la irrevisibilidad judicial de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia del legislador también evita que la decisión judicial tengan efectos generales. La jurisprudencia del máximo Tribunal argentino ha dado amplia aceptación a esta doctrina, colocando bajo el cono de lo irrevisible pluralidad del leyes⁵¹, con balcones a la fijación de una cuestión política no justiciable.

⁴⁸ *San Luis, Provincia de c/EN y otro s/acción declarativa*, Fallos: 330: 3777 (2007).

⁴⁹ *Municipalidad de la Ciudad de San Luis c/ San Luis, Provincia de y EN s/ acción de amparo*, Fallos: 324: 2315 (2001); *Baliarda S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad*, Fallos: 326: 2931 (2003); *Policonsultorios de Cabecera S.R.L. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción meramente declarativa*, Fallos: 329: 3184 (2006).

⁵⁰ C. 1196. XLVI. ORI, 18/12/2012, *Comunidad Aborigen Santuario Tres Pozos y otros c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ Amparo régimen minero*; l. 149. XLIV. ORI, 21/10/2008, *Iannuzzi, Mario c/ Entre Ríos, Provincia de y otros (E.N.) s/ medida cautelar autónoma*; *La Rioja, Provincia de c/ Consejo de la Magistratura y otro s/ acción declarativa de certeza -ley 18.198 nacional electoral*, Fallos: 328: 2429 (2005); *Brandi, Eduardo Alberto c/ Mendoza, Provincia de s/ acción de amparo*, Fallos: 328: 3573 (2005); *Brandi, Eduardo Alberto y otros c/Mendoza, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos: 330: 3109 (2007); M.59.XXXVI. REX, 30/11/2001, *Mosquera, Lucrecia Rosa c/ E.N. (Mrio. de Economía) s/ acción meramente declarativa*; *Fayt, Carlos Santiago c/ E.N. s/ proceso de conocimiento*, Fallos: 322: 1616 (1999); *Gómez Díez, Ricardo y otros c/ PEN - Congreso de la Nación s/ proceso de conocimiento*, Fallos: 322: 528 (1999).

⁵¹ Pueden verse: *Minera del Altiplano SA c/E.N. - PEN y otra s/amparo*, Fallos: 335: 1315 (2012); *Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A.*, Fallos: 333: 447 (2010); *Agüero, Máximo José y Ovejero Cornejo de Agüero, Teresa c/ Banco de la Nación Argentina s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos: 332: 1039 (2009) (voto de la Dra. Argibay); *Coronel, Jorge Fernando c/ E.N. y otros s/ amparo e inconstitucionalidad*, Fallos: 332: 1060 (2009) (voto del Dr. Lorenzetti y de la Dra. Argibay); *Bank Boston N.A c/ Gravano, Ariel Rodolfo y otro s/ e*, Fallos: 332: 373 (2009); *Cohen Arazí, Eduardo c/ E.N. Jefatura de Gabinete - resol. 155/01 y otro s/ empleo público*, Fallos: 330: 5032 (2007) (disidencia del Dr. Zaffaroni); *R. A., D. c/ E.N.*, Fallos: 330: 3853 (2007) (disidencia de los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco); *Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria*, Fallos: 330: 855 (2007); *Dirección Nacional de Migraciones - M° del Interior c/ Valmor S.R.L. (ley 22.439)*, Fallos: 329: 5567 (2006); *Dirección Nacional de Migraciones - M° del Interior c/ Valmor S.R.L. (ley 22.439)*, Fallos:

Finalmente, en el plano de las resoluciones cautelares, se ha afirmado que “una cautelar que suspende la vigencia de toda la norma con efecto *erga omnes*, tienen una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedencia debe ser evaluada con criterios especialmente estrictos.”⁵² En la misma tesitura, se consideró que “una cautelar que suspende la vigencia de la

329: 5567 (2006) (con remisión al dictamen de la Procuración General); *Alba Angélica Invernizzi* -TF 16.764 - I y otro c/ DGI, Fallos: 329: 5210 (2006); *Grosvald, Gabriel* c/ AOL Argentina S.R.L. s/ despido, Fallos: 329: 4032 (2006); *Fisco Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos* c/ *Nicola, María del Carmen* s/ ejecución fiscal, Fallos: 329: 2152 (2006); *Chiara Díaz, Carlos Alberto* c/ Estado provincial s/ acción de ejecución, Fallos: 329: 385 (2006); *Santiago Dugan Trocetto* S.R.L. c/ P.E.N. -Mrio. de Economía s/ amparo, Fallos: 328: 2567 (2005); *Andrada, Roberto* Horacio y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios -incidente de beneficio de litigar sin gastos de *Luis Alberto Andrada* - IN5-, Fallos: 328: 1416 (2005); *Galli, Hugo Gabriel* y otro c/ PEN - ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561, Fallos: 328: 690 (2005) (votos de los Dres. Maqueda y Highton de Nolasco y de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti); *Consultatio S.A.* (TF 14.572-I y acum. 14.573-I) c/ D.G.I., Fallos: 328: 456 (2005); *Berón, Luisa Victoriana* y otros y sus acumulados c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos, Fallos: 328: 91 (2005); *Asociación Civil Jockey Club* (TF 11.840 - I) c/ D.G.I., Fallos: 327: 5614 (2004); *Bustos, Alberto Roque* y otros c/ E.N. y otros s/ amparo, Fallos: 327: 4495 (2004) (mayoría y voto de la Dra. Highton de Nolasco); *Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación* c/ E.N. - P.E.N. s/ acción de amparo, Fallos: 327: 2423 (2004); *Müller, Miguel Ángel* c/ P.E.N. -Contaduría General - Ejército Argentino -decreto 430/00 s/ amparo ley 16.986, Fallos: 326: 1138 (2003) (voto del Dr. Boggiano); *Tachella, Mabel Angela* c/ D.G.I. - Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo, Fallos: 325: 2600 (2002); *Cámara de Comercio, Industria y Producción* c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo, Fallos: 325: 645 (2002); *A.F.I.P. c/ Povo, Luis Dino* s/ infracción al art. 40 de la ley 11.683, Fallos: 324: 3345 (2001); *Baterías Sil-Dar S.R.L. c/ Barbeito, Walter* s/ sumario, Fallos: 324: 3184 (2001); *Andresik, Ricardo* c/ E.N., Fallos: 324: 2535 (2001) (voto del Dr. Boggiano); *Adamini, Juan Carlos* c/ P.E.N. s/ acción de amparo, Fallos: 323: 2409 (2000); *Guida, Liliana* c/ P.E.N. s/ empleo público, Fallos: 323: 1566 (2000) (voto del Dr. Boggiano); *Lufthansa Líneas Aéreas Alemanas* c/ Dirección Nacional de Migraciones - disp. DNM. 4783/96, Fallos: 322: 2345 (1999); E.N. (Mrio. de Cultura y Educación) c/ Universidad Nacional de Luján s/ aplicación ley 24.521, Fallos: 322: 842 (1999); Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Staricco - rector) c/ E.N. - declaración de inconstitucionalidad- sumario, Fallos: 322: 919 (1999); *Ortiz Almonacid, Juan Carlos* s/ acción de amparo, Fallos: 322: 385 (1999); *Municipalidad de Avellaneda* c/ ENTEL en liquidación s/ ejecución fiscal, Fallos: 322: 227 (1999); *Niella, Miguel Alberto* c/ diario Época y Editora Correntina S.A. s/ ordinario, Fallos: 321: 2010 (1998); *Vidal, Humberto S.* - Fiscal de Cámara Córdoba, Fallos: 321: 989 (1998); *Sisto, Verónica Eva* y *Franzini, Martín Ignacio* s/ información sumaria - sumarísimo, Fallos: 321: 92 (1998); *Sigra SRL.* s/ ley 23.771 - Causa n° 2953, Fallos: 320: 1962 (1997); *Cafés La Virginia S.A.* c/ Dirección General Impositiva s/ demanda de repetición, Fallos: 320: 1166 (1997); *Monges, Analía M.* c/ UBA. - resol. 2314/95, Fallos: 319: 3148 (1996); *Partido Alternativa Progresista de Corrientes* s/ reconocimiento de personería jurídico - política como partido de distrito, Fallos: 319: 1640 (1996); *Indo S.A. c/ Fisco Nacional (DGI.)* s/ repetición (ley 11.683), Fallos: 318: 785 (1995); *Krill Producciones Gráficas. SRL.* s/ apelación de clausura, Fallos: 316: 1239 (1993); *Morillas, Juan Simón* s/ apelación c/ resolución de la Dirección General Impositiva, Fallos: 316: 1261 (1993); *Carlos Ignacio Caminal SCA.* c/ Fisco Nacional (DGI.) s/ nulidad de resolución, Fallos: 315: 2443 (1992); *Pupelis, María Cristina* y otros s/ robo con armas causa n° 6491, Fallos: 314: 424 (1991); *Videla Cuello, Marcelo* sucesión de c/ La Rioja, Pcia. de s/ daños y perjuicios, Fallos: 313: 1638 (1990) (voto de los Dres. Barra y Fayt); *Riveros, Santiago Omar* y otros s/ privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios, etc., Fallos: 313: 1392 (1990) (voto de los Dres. Petracchi y Oyhanarte); *Dromi, José Roberto* (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ avocación en autos: Fontenla, Moisés Eduardo c/ E.N., Fallos: 313: 863 (1990); *García de Machado, Sara* c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba, Fallos: 312: 1681 (1989); *Partido Peronista Femenino* s/ reconocimiento de Personalidad Jurídico Política, Fallos: 312: 72 (1989); *Laryea S.A. c/ res. n° 387 M.O.S.P.* Fallos: 310: 1399 (1987); *Ercolano c/ Lanteri de Renshaw*, Fallos: 136: 161 (1922); *Municip. de la Capital* c/ Ramos, Eulogio. Manuel Gutiérrez c/ Prov. de San Juan. Medina, David L. c/ Prov. de Tucumán. Ayerza, Alejandro c/ Provincia de Córdoba. S.A.T.I.A. c/ Prov. de Bs. Aires. Bco. Italo Argentino de San Juan c/ Prov. de San Juan. José vivo c/ Municipalidad de la Ciudad de Bs. As. Paul, Eduardo y otro c/ Nación Argentina. Frederking, Gustavo A. y otros c/ Nación. Becú, Carlos T. (Suc.). Cooperativa Eléctrica Bahiense Ltda., Fallos: 181: 264 (1938); entre otros.

⁵² Thomas, Enrique c/E.N.A. s/amparo, Fallos: 333: 1023 (2010).

parte esencial de la ley 26.639 tiene una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedencia, debió ser evaluada con criterios especialmente estrictos que no parecen haber sido considerados en el sub lite⁵³. De este modo, en el campo cautelar, allí donde existe la disyuntiva de analizar o no la existencia de legitimación o caso; allí donde conceder la medida podría considerarse equivalente a dar por verificada la legitimación activa o el recaudo de caso; donde menos prístinamente se advierte la configuración del caso en virtud de la oportunidad temporal en que naturalmente se efectúan los planteos cautelares, la jurisprudencia –como vimos– ha propuesto aplicar el límite menos gravoso, v.gr., la aplicación de un criterio estricto sólo cuando: (i) la parte ha solicitado la suspensión cautelar de (ii) la vigencia de (iii) toda una norma, (iii) con efecto *erga omnes*. De tal modo, queda abierta la posibilidad de pedido de suspensión cautelar de partes de una norma –por ej., parte de su articulado– con efectos no generales sino determinados –por ej., subjetivamente–, o bien, por exclusión, el desplazamiento de este criterio estricto cuando se esté ante una medida cautelar no suspensiva.

1.5. LA LEY FORMAL

Finalmente, existen leyes positivas que impiden que los jueces se erijan en legisladores. Así, el art. Const. Nac. art. 116; la L. 27. El primero exige que los jueces intervengan en causas, es decir, casos o controversias, con lo dicho artículo limitará, los efectos de la decisión judicial, al mentado caso, impidiéndose la transferencia de los efectos a lo que se halle fuera de la causa. Por su parte, la L. 27 reitera el concepto de causa a los fines de que sea instada la labor judicial (art. 1) y establece el recaudo de caso “contencioso”, vedando la actuación de oficio (art. 2) con lo que se exige la instancia de parte. Enfatiza el lenguaje constitucional de “causa” la L. 48 (art. 1). Surge de este lenguaje que se acota la decisión judicial a la causa, instada por la parte, causa de índole siempre contenciosa.

La jurisprudencia ha plasmado estos requisitos en diversos precedentes estableciendo que la jurisdicción federal sólo se ejerce en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte⁵⁴; que la justicia federal nunca procede de oficio y

⁵³ *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/EN s/acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos: 335: 1213 (2012); en igual sentido, *M.185.XLVII Minera Argentina Gold S.A c/ EN*, y *A.138.47 Asociación Obrera Minera (A.O.M.A) y otras c/ EN*, falladas en la misma fecha.

⁵⁴ *F. C. Central c/ Municip. de Alejandro; Miseria, Antonio*, Fallos: 183: 385 (1939); *Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN – PEN – dto. 1517/98 s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 323: 4098 (2000); *Raña, Luis Ángel c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ acción declarativa*, Fallos: 324: 2388 (2001); *Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN – Mrio. de Economía y Obras y Servicios Públicos (monotributo) dto. 885/98 s/ amparo - ley 16.986*, Fallos: 326: 2777 (2003); *Defensor del Pueblo de la Nación - inc. dto. 1316/02 c/EN – PEN dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 330: 2800 (2007).

sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos⁵⁵ en que es requerida a instancia de parte, por lo que se requiere la existencia de una controversia entre partes, en la que pueda existir un derecho lesionado que el pronunciamiento deba reparar⁵⁶; que las declaraciones abstractas⁵⁷ o generales sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas están vedadas a la justicia, exigiéndose su previa aplicación al hecho o caso contencioso producido⁵⁸; que no hay caso o controversia cuando se impugna una convocatoria a consulta popular⁵⁹; que hay causa contenciosa cuando se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas⁶⁰.

3. FACTORES POSITIVOS

Diversos factores, no obstante lo dicho, posibilitarían que, de hecho⁶¹, haya fallos con verdadero valor de ley. Esos fallos imperarían hasta tanto, eventualmente, se produzca la respuesta política de los órganos políticos del Estado encargados de la emisión de actos de alcance general, dentro de su esfera de competencia y respetando los principios que anidan en nuestra Constitución.

⁵⁵ H.I.R.U. S.R.L. c/ Federación Argentina de Trabajadores de la Industria Gastronómica, Fallos: 245: 552 (1959); Banco Popular de La Plata S.A. c/ Banco Central de la República Argentina, Fallos: 273: 109 (1969); Raña, Luis Angel c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ acción declarativa, Fallos: 324: 2388 (2001); Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN - Mrio. de Economía y Obras y Servicios Públicos (monotributo) dto. 885/98 s/ amparo ley 16.986, Fallos: 326: 2777 (2003); Bravo, Alfredo Pedro (diputado nacional) c/ integrantes de la Cámara Nacional Electoral, Fallos: 327: 590 (2004); Halabi, Ernesto c/P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986, Fallos: 332: 111 (2009).

⁵⁶ Gremillón, Plácido. Minas de Epecuén S.A. c/ provincia de Buenos Aires. Fallos: 210: 897 (1948).

⁵⁷ Gremillón, Plácido. Minas de Epecuén S.A. c/ provincia de Buenos Aires, Fallos: 210: 897 (1948).

⁵⁸ Procurador Fiscal del Juzgado Federal de Salta, Fallos: 156: 318 (1930).

⁵⁹ Baeza, Aníbal Roque c/ Nación Argentina. Founrouge, Alberto M., Fallos: 306: 1125 (1984).

⁶⁰ Lorenzo, Constantino c/ Nación Argentina, Fallos: 307: 2384 (1985); Klein, Guillermo Walter, Fallos: 308: 1489 (1986); Incidente promovido por la querella s/inconstitucionalidad de decreto, Fallos: 310: 2342 (1987); Zaratiegui, Horacio y otros c/ EN s/ nulidad de acto legislativo, Fallos: 311: 2580 (1988); Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/ inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89, Fallos: 313: 594 (1990); Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. FERIA 5/94) s/ amparo, Fallos: 317: 335 (1994); Ravaglia y otros c/ Provincia de Santa Fe s/ amparo, Fallos: 317: 1224 (1994); Pereyra, Eliseo Armando c/ EN y otro (Salta) s/ inconstitucionalidad, Fallos: 320: 1556 (1997); Edesur SA. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, Fallos: 321: 551 (1998); Droguería Aries SA. c/ Santa Fe, provincia de y otros s/ inconstitucionalidad, Fallos: 322: 678 (1999); Raimbault, Manuel y otros c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa, Fallos: 324: 2381 (2001); Porta, Pedro Juan c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa, Fallos: 325: 474 (2002); Sindicato Argentino de Docentes Particulares c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de nulidad, Fallos: 325: 961 (2002); Baliarda S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad, Fallos: 326: 2931 (2003); Viejo Roble S.A. c/ Bank Boston N.A. s/ acción meramente declarativa, Fallos: 326: 4019 (2003); Search Organización de Seguridad S.A. c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa, Fallos: 327: 1813 (2004); Asociación de Testigos de Jehová c/ Consejo Provincial de Educación del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad, Fallos: 328: 2966 (2005); El Muelle Place S.R.L. c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo, Fallos: 329: 1675 (2006); C. 305. XLIII. COM, 17/10/2007, Luján, Jorge c/ Perello, Julio s/ ejecución.

⁶¹ El aspecto fáctico, vinculado al *stare decisis*, no de fuente normativa sino fáctica, es propuesto por BIANCHI, Alberto B.. De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*). In: **El Derecho Constitucional**, vol. 2000/2001, p. 335-347.

Esos factores pueden ser ordenados según se visualice menos o más nítidamente un caso o controversia, por lo que podemos transitar desde los casos más fácticos o teóricos hasta los más concretos o contenciosos. Veamos:

1.6. CASOS ABSTRACTOS

En esta clase pueden ubicarse, a primera vista, fallos como *Halabi*⁶² o *F., A. L.*⁶³. En ambos⁶⁴ falta lo que la jurisprudencia reseñada exigiría bajo el rubro “aplicación de la norma” a efectos de generar el caso contencioso en el que una parte afectada quiera precaverse de los efectos (inconstitucionales) de esa aplicación. En ambos, al momento de ser fallados, esa aplicación se evidencia como permanentemente imposible pues, en el primero, media suspensión de la normativa impugnada, y en el otro, ya ha desaparecido el gravamen al tenerse que fallar: en el primero, la suspensión de la aplicación de la norma subsiste al momento de escribir estas líneas, es decir, hace nueve años⁶⁵; en el segundo, mal se podía debatir la punibilidad del aborto ya consumado, con el respectivo por-nacer ya muerto tras casi tres meses de embarazo⁶⁶. En suma, se advierte, en ambos, la ausencia de “caso a resolver”⁶⁷.

Dada la ausencia de aplicación de una norma a hechos actuales o de aplicación fatal a hechos inminentes, y ante la consecuente carencia de un caso o contienda, la respectiva decisión judicial adquiere tintes teóricos, generales, desprendidos de un caso justiciable y ubicables en el terreno del dictamen u opinión legal esgrimible en toda sede, o en la provincia de la exhortación a los poderes políticos, con la Corte Suprema cumpliendo una suerte de rol de colegisladora, instando ciertos “proyectos legislativos”.

Veo fortalecida esta interpretación a partir del lenguaje adoptado en los dos casos mencionados. En ellos se vuelcan sonoras exhortaciones, a modo de *obiter dictum*.

⁶² *Halabi, Ernesto c/P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04- s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 332: 111 (2009).

⁶³ *F., A. L. s/medida autosatisfactiva*, Fallos: 335: 197 (2012).

⁶⁴ Acerca de ellos me permito remitir a SACRISTÁN, Estela B. Subsistencia del gravamen. In: MANILLI, Pablo (Coord.). **Máximos precedentes. Derecho constitucional. Corte Suprema de Justicia de la Nación**. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2013 - Recurso extraordinario federal, p. 177/268.

⁶⁵ El sistema informático del Ministerio de Economía (último acceso, 23/7/2014) indica: “Nota Infoleg: Por art. 1° del Decreto N° 357/2005 se suspende la aplicación del presente Decreto”, refiriéndose al Dto. 1563/2004, decreto que luce en la carátula de la causa *Halabi* ya citada.

⁶⁶ Ver cons. 1 y 2 de *F., A. L. s/medida autosatisfactiva*, Fallos: 335: 197 (2012). Puede verse ZAMBRANO, Pilar; SACRISTÁN, Estela B.. ¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso *F., A. L.* y la relativización de los derechos fundamentales. In: **JA 2012-II**, Buenos Aires, n. 13, 2012, p. 385-402.

⁶⁷ Así, puede decirse que “resulta lógico concluir que cualquier decisión judicial al respecto ya no significaría la solución de un caso ni la determinación de un objeto, por cuanto éste ha desaparecido”, según la clara enseñanza de VANOSI, Jorge R.. Jurisdicción y Corte Suprema ante los casos abstractos. In: **Revista Jurídica de Buenos Aires**, Buenos Aires, I-IV, 1963, p. 132, cit. en LAPLACETTE, Carlos J.. Exigencias temporales del caso judicial: los casos devenidos abstractos, situaciones limítrofes y discusión sobre su constitucionalidad. In: **Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**, Buenos Aires, 2011, p. 6 - su disertación del 18/5/2011, en sesión privada del Instituto de Política Constitucional.

Pueden verse los considerando finales de *F. A. L.*⁶⁸, donde se expresa: "(...) corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios (...) [que] deberán: contemplar (...); y articular mecanismos que permitan resolver (...); (...) deberá disponerse (...); (...) deberá exigirse (...); se extremen los recaudos (...); deberá asegurarse (...); (...) se considera indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen (...); deberá capacitarse (...)".

También puede leerse, en *Halabi*: "[E]sta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como (...). Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación (...). Es menester, por lo demás, que se implementen (...)".⁶⁹ En lo esencial, como lo expresara Oteiza, en *Halabi*, la Corte Suprema "describió los estándares mínimos para las acciones por intereses colectivos, con base en las acciones de clase y las acciones por intereses colectivos bajo las leyes de Brasil"⁷⁰.

A la luz de los pasajes transcriptos, careciéndose de andamiaje fáctico, es que parecen proyectarse, con efectos generales, las consideraciones del decisor judicial. Esta expansión, por cierto, es bien distinta de la que surge, también de *Halabi*, a la luz de la denominada fuerza del precedente, cuestión que se verá *infra*.

1.7. OTORGAMIENTO DE AMPLIO *STANDING*

El reconocimiento de una legitimación activa o *standing* amplio también facilita la proyección de la sentencia, de hecho, hacia más allá de los litigantes y el caso planteado.

Ese otorgamiento de amplia legitimación activa –con todas sus particularidades en el contencioso administrativo⁷¹– puede verificarse de dos maneras: a partir del texto –y su remisión– de la parte resolutive del fallo, o partir del considerando en el cual se analiza la legitimación activa.

Respecto de la primera posibilidad, fue en *Monges*⁷² donde la Corte Suprema dijo: "34) Que, sin perjuicio de la solución a la que aquí se arriba, dada la naturaleza de la materia de que se trata, corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar

⁶⁸ *F. A. L. s/medida autosatisfactiva*, Fallos: 335: 197 (2012), consids. 29 a 31.

⁶⁹ *Halabi, Ernesto c/P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04- s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 332: 111 (2009), cons. 20.

⁷⁰ OTEIZA, Eduardo. Civil Procedure Reforms in Latin America: The Role of the Judge and the Parties in Seeking a Fair Solution. In: **Supreme Court Law Review**, 49 S.C.L.R. (2d), p. 225-246, 2010, p. 240.

⁷¹ Ver, con provecho, ROJAS, Jorge A.. La cuestión de la legitimación en los procesos administrativos. In: **Revista de Derecho Público**, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004-I, p. 57/73.

⁷² *Monges, Analía M. c/ UBA - resol. 2314/95*, Fallos: 319: 3148 (1996).

a la Facultad de Medicina quienes, aun cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el denominado 'Ciclo Básico Común' de la Universidad Nacional de Buenos Aires o, en su caso, el 'Curso Preuniversitario de Ingreso' creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido, cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos. Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada, sin perjuicio de lo dispuesto en el considerando 34".

Respecto de la segunda posibilidad, un claro ejemplo surge de los consids. 24 y 25 de *Ekmekdjian*⁷³, donde se expresara: "24) Que corresponde ahora tratar el tema de la legitimación del actor (...)" y, luego de considerar que el actor era "una persona que se ha sentido mortificada en sus sentimientos más profundos", concluyó en que, "ejercido este derecho de responder a los dichos del ofensor, su efecto reparador alcanza, sin duda, al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos (...)". Se entrelazan, así, legitimación activa y efectos de la sentencia.

Dentro de la mencionada segunda posibilidad, y evidenciando avances pretorarios, se destaca *Rizzo*⁷⁴, en el cual la Corte Suprema, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 2º, 4º, 18 y 30 de la L. 26855 y del Dto. 577/2013, dejando sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico, sin afectar el proceso electoral para cargos de diputados y senadores establecido por decreto 501/13. En el caso, se consideró que el acto tenía un interés concreto, directo e inmediato pues había acreditado su doble condición de "apoderado de una agrupación integrada por abogados de la matrícula federal que participa en los procesos de elección de los representantes de ese estamento técnico en el Consejo de la Magistratura" y, asimismo, de apoderado de una "agrupación proscripta" por en virtud del régimen impugnado⁷⁵. De ello se infiere que la proyección de los efectos de la sentencia se esparcirán de derecho sobre todos los miembros de la agrupación y, ulteriormente, sobre la matrícula toda que potencialmente podría inclinarse por votar a la agrupación proscripta, en el campo donde el precedente cobra efectivos bríos, con toda su fuerza de tal, proyectándose, de hecho, sobre la comunidad política toda.

⁷³ *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros*, Fallos: 315: 1492 (1992).

⁷⁴ R.369.XLIX, año 2013, *REX Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo /c P.E.N. Ley 26855 /s medida cautelar*, del 18/6/2013.

⁷⁵ R.369.XLIX, año 2013, *REX Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo /c P.E.N. Ley 26855 /s medida cautelar*, del 18/6/2013, consids. 4 y 5.

La graduación que se advierte, a partir de los tres casos mencionados, parece transitar desde la decisión resolutive misma en *Monges*⁷⁶, hasta la consideración de la legitimación y efectos explícitos en *Ekmekdjian*⁷⁷ hasta la consideración de la legitimación y efectos implícitos en *Rizzo*⁷⁸. En los tres hay efectos amplios de la decisión judicial, expresos o literalmente volcados en los dos primeros casos, y expresos e implícitos en el tercer caso reseñado.

1.8. LA FUERZA DEL PRECEDENTE

Alimentada por la fuerza del precedente –en rigor, por la doctrina de la Corte Suprema que dice que será sancionada con la tacha arbitrariedad una sentencia de un tribunal inferior que se aparte de la jurisprudencia de aquélla sin aportar nuevos argumentos que justifiquen tal apartamiento⁷⁹–, y con efectos amplios, de hecho –en un país que, como el nuestro, carece de *stare decisis* de raigambre positivo-normativista–, cierta jurisprudencia se yergue sobre el margen decisional de los tribunales inferiores y la ciudadanía misma con marcada fortaleza.

Consideremos causas como *Arriola*⁸⁰, *Carranza Latrubesse*⁸¹ o *Soldano*⁸². Después de estos fallos, difícilmente se tengan dudas sobre el umbral de punibilidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal: el carácter vinculante de una recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos; o la legalidad del cargo que dispone el gobierno sin audiencia pública previa para nutrir fondos fiduciarios de la esfera del Ministerio de Planificación. Lo mismo si aún hoy se pretendiera debatir la validez formal de la ley impugnada en *Nobleza Piccardo*⁸³, la legalidad de los medidores de agua en los

⁷⁶ *Monges*, Analia M. c/ UBA - resol. 2314/95, Fallos: 319: 3148 (1996).

⁷⁷ *Ekmekdjian*, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros, Fallos: 315: 1492 (1992).

⁷⁸ R.369.XLIX, año 2013, REX Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c/ P.E.N. Ley 26855 s/ medida cautelar, del 18/6/2013.

⁷⁹ Como enseña el profesor Sagüés, esta doctrina es fruto de un desarrollo jurisprudencial, tiene una jurisprudencia paralela, complementaria, por la cual “si la sentencia impugnada se sustenta en los precedentes análogos decididos por la Corte, tiene que confirmarse el fallo, salvo que se aporten nuevos fundamentos que desvirtúen los que se adujeron en aquellas causas”. Conf. SAGÜÉS, Néstor P. *Recurso extraordinario*. t. I. 4. ed. acrt. y ampl. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 191 y, en general, pp. 182-196 y sus numerosas citas jurisprudenciales.

⁸⁰ *Arriola*, Sebastián y otros s/ causa 9080, Fallos: 332: 1963 (2009).

⁸¹ C. 568. XLIV. RHE, 6/08/2013, *Carranza Latrubesse*, Gustavo c/ E.N. – Mrio. de Relaciones Exteriores p Provincia del Chubut s/ proceso de conocimiento.

⁸² S. 537. XLV. REX, 15/07/2014, *Soldano*, Domingo c/ E. N. ley 26095 – Mrio. de Planificación Resol. 2008/06 y otro s/ amparo ley 16986.

⁸³ *Nobleza Piccardo* SAIC. y F. c/ E.N. - Dirección General Impositiva s/ repetición DGI, Fallos: 321: 3487 (1998).

edificios de propiedad horizontal con cargo prorrateado al consorcio luego de *Defensor del Pueblo*⁸⁴, o la constitucionalidad de la pesificación después de *Massa*⁸⁵.

Empero, esta fuerza del precedente con sus efectos fácticamente expansivos enraiza en la doctrina jurisprudencial de cariz normativo-positivista mencionada al inicio de este acápite, operando bajo la amenaza de sanción en virtud de la doctrina de la arbitrariedad; no porque expresa o implícitamente lo determine -o pueda, con arreglo a Derecho, determinarlo- el respectivo decisorio. Ello permite que, eventualmente, ante un caso posterior, quede espacio, dentro de los bordes de la discrecionalidad judicial⁸⁶, para alguna solución de equidad que clame por un apartamiento por razones de justicia en el caso particular. Caso contrario, los efectos expansivos perviven, y un ejemplo de ello es la línea *Rizzo*⁸⁷ - *Monner Sans*⁸⁸, versando, éste último, sobre rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la L. 26080 relativa al equilibrio en el Consejo de la Magistratura y a la inexistencia de discordancia sustancial entre uno y otro fallo. Bajo el precitado *Monner Sans*⁸⁹, otro planteo más, futuro, sobre inconstitucionalidad de esa ley sería, muy probablemente, rechazado también.

Entiendo que, hasta tanto no se suscite el mentado caso de equidad, los efectos del precedente son, de hecho, generales, amplios, trascendiendo a las partes y derramándose sobre la masa de litigios pendientes y, si se quiere, sobre comunidad toda. Un ejemplo de ello sería la línea *Halabi*⁹⁰ y sus desarrollos, o el precitado *Monner Sans*⁹¹. Como podría afirmar algún magistrado: “Yo legislo, tú legislas, nosotros todos legislamos”⁹², al menos, en el plano de la fuerza fáctica del precedente.

1.9. LEY FORMAL QUE DISPONGA EFECTOS GENERALES

En este renglón puede, finalmente, mencionarse la L. 25.675 de presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo

⁸⁴ *Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. - P.E.N. - Mrio. de Eco. Obras y Serv. Públ.- y otros s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 323: 2519 (2000) y *Defensor del Pueblo de la Nación c/E.N. - P.E.N - Mº de Eco. Obras y Serv. Púb. y otros s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 332: 1759 (2009).

⁸⁵ *Massa, Juan Agustín c/ P.E.N. - dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 329: 5913 (2006).

⁸⁶ Sobre la cuestión puede ampliarse en ETCHEVERRY, Juan Bautista. *Discrecionalidad judicial: causas, naturaleza y límites*. In: **Teoría y Derecho**, n.15, sección IV, 2014.

⁸⁷ R.369.XLIX, año 2013, REX *Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo /c P.E.N. Ley 26855 /s medida cautelar*, del 18/6/2013.

⁸⁸ M. 2503. XLII.6/3/2014, *Monner Sans, Ricardo c/ EN - Secretaría General Presidencia y otros s/ amparo ley 16.986*.

⁸⁹ M. 2503. XLII.6/3/2014, *Monner Sans, Ricardo c/ EN - Secretaría General Presidencia y otros s/ amparo ley 16.986*.

⁹⁰ Ver CSJN, *Halabi*, Fallos: 332: 111 (2009); *Cavalieri, Jorge y otro c/Swiss Medical S.A s/ amparo*, Fallos: 335: 1080 (2012); P. 361. XLIII. REX, 21/8/2013, *PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales*; entre otros.

⁹¹ M. 2503. XLII.6/3/2014, *Monner Sans, Ricardo c/ EN - Secretaría General Presidencia y otros s/ amparo ley 16.986*.

⁹² La gráfica frase corresponde a GIBSON, Dale. *Judges as Legislators: Not Whether but How*. In: **25 Alta. L. Rev.** 249, pp. 249-263, (1986-1987), esp. p. 249.

sustentable dispone, en su art. 33 que “(...) La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”. Ante la literalidad de esta norma de rango legal formal, la sentencia que tipifique en la prevista en el artículo citado tendrá alcances generales. Ello guarda arreglo con la doctrina conforme la cual “en las acciones que persiguen la protección del medio ambiente se puede apreciar con claridad que el objeto del proceso, además de resultar supraindividual, es indivisible, no existe una posibilidad concreta de advertir de que modo puede apropiarse cada persona individual de su resultado”⁹³, contexto en el cual esa indivisibilidad del bien en juego –el medio ambiente no se puede dividir– es el que marca los efectos generales.

1.10. INACCIÓN DE LOS PODERES POLÍTICOS

La inacción de los poderes políticos puede, en sí misma, provocar la perduración, con efectos amplios, de la decisión judicial que llena el vacío generado por esa inacción de tenor político. Puede considerarse, en este renglón, el legendario *Siri*⁹⁴, que perdurara hasta la sanción de la ley de acción de amparo 16986; *Sejean*⁹⁵, que rigiera hasta la sanción de la ley de matrimonio civil 23515; *Moya*⁹⁶ y *Timerman*⁹⁷, hasta la sanción de la ley de estado de sitio 23098; *Ekmekdjian*⁹⁸ y *Fibraca*⁹⁹, que reinaran en materia de status de los tratados internacionales hasta que se reformara la Constitución en 1994; *Peralta*¹⁰⁰, que inclinara la balanza en forma definitiva a favor del control de constitucionalidad en la acción de amparo con consagración constitucional también en 1994.

4. REFLEXIONES FINALES

Existen familias de casos que pueden ser divisadas como redes; como procesos de determinación de conceptos jurídicos indeterminados, en especial cuando los poderes políticos no llegaron a darles contornos; o como complejos de precedentes con tenor quasi legislativo. Tal fenómeno nos lleva a inquirir en el rol aparentemente legislativo que el decisor judicial puede adoptar (sección 1).

⁹³ ROJAS, Jorge A.. La cuestión de la legitimación en los procesos administrativos. In: **Revista de Derecho Público**, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004-I, p. 69.

⁹⁴ *Siri*, Angel, Fallos: 239: 459 (1957).

⁹⁵ *Sejean*, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean, Fallos: 308: 2268 (1986).

⁹⁶ *Moya*, Benito Alberto, Fallos: 303: 696 (1981).

⁹⁷ *Timerman*, Jacobo, Fallos: 300: 816 (1978).

⁹⁸ *Ekmekdjian*, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros, Fallos: 315: 1492 (1992).

⁹⁹ *Fibraca Constructora SCA. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, Fallos: 316: 1669 (1993).

¹⁰⁰ *Peralta*, Luis Arcenio y otro c/ E.N. - Mrio. de Economía BCRA s/ amparo, Fallos: 313: 1513 (1990).

Los factores negativos, que impiden tener a los jueces por legisladores, comprenden las denominadas “reglas de Cooley” y las “reglas de Brandeis”, sin perjuicio de la propia jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, la doctrina de la separación de poderes y la ley formal misma que desplaza todo espacio para los efectos expansivos de la decisión judicial (sección 2).

Existen, empero, diversos factores que posibilitarían que, de hecho, haya decisorios con verdadero valor de ley. Entre estos factores se pueden enumerar la resolución judicial de casos abstractos carentes de hechos actuales, el reconocimiento de una amplia legitimación lejana al interés jurídicamente protegible, el hecho mismo de la fuerza del precedente, la ley formal que disponga los efectos erga omnes de una sentencia judicial, y, en ciertos supuestos, la inacción de los poderes políticos no obstante haberse producido la decisión judicial (sección 3).

De la suerte de empate teórico que estas doctrinas ponen en evidencia, lo cierto es que puedo percibir dos escenarios que pueden ser tomados en consideración: la asignación, al juez, de un rol similar al legislativo, dada una determinada composición del tribunal, lo cual –se ha dicho¹⁰¹– brinda seguridad jurídica, certeza, previsibilidad, potenciada por los factores que facilitan admitir un rol quasi-legislativo en el juez. Y, por el otro, un escenario de nueva composición del mismo tribunal, con el vacío consecuente creado, ante el cual podríamos hasta temer la generación de ese rol legislativo mediante los factores facilitadores enumerados, y es allí cuando podríamos hasta bregar por el imperio de los factores dirimentes.

El mentado papel quasi legislador, percibido no sincrónica sino diacrónicamente, valioso y disvalioso según la oportunidad en que se lo aprecie, no brinda andamiaje seguro alguno para su evaluación.

Lo que –entiendo– siempre resultará valioso es un labor adjudicativa que, más allá de hacer justicia, bregue por brindar equidad allí donde haga falta. Y como la equidad es la justicia del caso concreto, que morigera o corrige¹⁰² las sobregeneralizaciones en las que el legislador propiamente dicho pueda haber incurrido, allí es donde más necesaria será la presencia de hechos actuales o inminentes, acreditados, objeto del conocimiento del juzgador.

En suma, es en la provincia de la justicia como equidad donde, necesariamente, tendrán que gobernar las reglas más ortodoxas del control judicial, incluidas en los factores que dirimen el rol legislativo de los jueces. Esas reglas –en tanto aplicadas a los hechos– son los que, *a posteriori*, limitarán, naturalmente, los pretendidos efectos

¹⁰¹ D'AMATO, Anthony. Judicial Legislation. In: 1 *Cardozo Law Review* 63-97, (1979), esp. p. 85.

¹⁰² “...Cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo hubiera estado ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado”; conf. ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. Traducción de Antonio Gómez Robledo. 19. ed. México: Porrúa, 2000, p. 71.

generales o quasi-legislativos de la decisión que judicialmente se haya adoptado, neutralizando un hipotético rol legislador en el juez.

5. REFERENCIAS

AQUINO, Santo Tomás de. **Summa Teologica**. [s.l.] [s.n.].

ARISTÓTELES. **Ética Nicomaquea**. Traducción de Antonio Gómez Robledo. 19. ed. México: Porrúa, 2000.

BIANCHI, Alberto B.. **Control de constitucionalidad**. 2. ed.. Buenos Aires: Ábaco, 2002.

BIANCHI, Alberto B.. De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*). In: **El Derecho Constitucional**, vol. 2000/2001.

BIDEGAIN, Carlos M. et al. **Curso de Derecho constitucional**. t. IV. rev. y act. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

COOLEY, Thomas. **A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union**. Boston: Little Brown & Co., 1868.

COOLEY, Thomas. **Principios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América**. Tradução de Julio Carrié. Buenos Aires: Jacobo Peuser, 1898.

D'AMATO, Anthony. Judicial Legislation. In: **1 Cardozo Law Review** 63-97, (1979).

ETCHEVERRY, Juan Bautista. Discrecionalidad judicial: causas, naturaleza y límites. In: **Teoría y Derecho**, n. 15, sección IV, 2014.

GIBSON, Dale. Judges as Legislators: Not Whether but How. In: **25 Alta. L. Rev.** 249, pp. 249-263, (1986-1987).

LAPLACETTE, Carlos J.. Exigencias temporales del caso judicial: los casos devenidos abstractos, situaciones limítrofes y discusión sobre su constitucionalidad. In: **Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**, Buenos Aires, 2011.

OTEIZA, Eduardo. Civil Procedure Reforms in Latin America: The Role of the Judge and the Parties in Seeking a Fair Solution. In: **Supreme Court Law Review**, 49 S.C.L.R. (2d), p. 225-246, 2010.

ROJAS, Jorge A.. La cuestión de la legitimación en los procesos administrativos. In: **Revista de Derecho Público**, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004-I.

SACRISTÁN, Estela B.. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ábaco, 2006.

SACRISTÁN, Estela B.. Subsistencia del gravamen. In: MANILI, Pablo (Coord.). **Máximos precedentes. Derecho constitucional. Corte Suprema de Justicia de la Nación**. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2013.

SAGÜÉS, Néstor P. **Recurso extraordinario**. t. I. 4. ed. acrt. y ampl. Buenos Aires: Astrea, 2002.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. El orden público en el Derecho. In: **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**, Buenos Aires, n. 12.

SCALIA, Antonin. The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers. In: **17 Suffolk U. L. Rev. 881**, Boston, p. 881-899, 1983.

VANOSI, Jorge R.. Jurisdicción y Corte Suprema ante los casos abstractos. In: **Revista Jurídica de Buenos Aires**, Buenos Aires, I-IV, 1963.

ZAMBRANO, Pilar; SACRISTÁN, Estela B.. ¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso F., A. L. y la relativización de los derechos fundamentales. In: **JA 2012-II**, Buenos Aires, n. 13, 2012.





Las candidaturas independientes en México

Independent candidacies in Mexico

LUIS ANTONIO CORONA NAKAMURA*

Universidad de Guadalajara (México)
lacn2004@yahoo.com.mx

GENARO HERNÁNDEZ VELAZCO**

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (México)
genarohv@hotmail.com

Recebido/Received: 25.01.2015 / January 25th, 2015

Aprovado/Approved: 18.02.2015 / February 18th, 2015

Resumen

En el presente ensayo se comentaran los requisitos que deben reunir los candidatos independientes según la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE) y el Código Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco (CEPCEJ). Son también presentados casos relevantes en México que han enriquecido la vida jurídica del país consolidando el máximo cumplimiento a los derechos humanos.

Palabras-clave: candidaturas independientes; elecciones; partidos políticos; Derecho Electoral; México.

Abstract

This essay analyzes the requirements to be met by independent candidates according to the General Act of Institutions and Electoral Procedures (LEGIPE) and the Electoral and Citizen Participation Code of Jalisco (CEPCEJ). Moreover, it presents relevant cases in Mexico that have enriched the life of the country consolidating maximum compliance to human rights.

Keywords: independent candidacies; elections; political parties; Electoral law; Mexico.

Como citar esse artigo/How to cite this article: CORONA NAKAMURA, Luis Antonio; HERNÁNDEZ VELAZCO, Genaro. Las candidaturas independientes en México. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 117-135, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44513>

* Profesor de tiempo completo en los programas de Licenciatura, Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidad de Guadalajara (Guadalajara, México). Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Licenciado y Maestro en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI nivel II), Secretario de Estudio y Cuenta del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Sala Regional Guadalajara. Docente en el programa de posgrado del Instituto Prisciliano Sánchez, del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco.

** Alumno de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (Villahermosa, México).

SUMARIO

1. Introducción; **2.** Antecedentes de las candidaturas independientes en México; **3.** Registro de aspiración y candidatura; **4.** Plazo para requisitos; **5.** Firmas de apoyo; **6.** Financiamiento; **7.** Conclusiones; **9.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

El estudio del derecho mexicano es tan extenso que para su mayor entendimiento su método de enseñanza tuvo que ser dividida en distintas ramas. La rama del derecho electoral radica en un eje importante: la democracia, que, actualmente, se encuentra entredicha por una gran parte de la población, es un concepto de suma controversia política, sin embargo, a grandes rasgos debemos recordar que el poder público tiene su origen inicialmente en la sociedad, y que por ello debe ser siempre escuchada. Todavía falta una mayor integración entre los gobernantes y los gobernados para poder alcanzar un mejor desarrollo social, y ante ello han surgido nuevas formas para enriquecer la democracia en México.

Ahora bien, el derecho electoral no se reduce a la jornada comicial, sino que es mucho más complejo. Son demasiados los elementos que lo componen y sobre todo es la trascendencia que puede llegar a tener, lo que lo hace tan importante para la vida jurídica del país. Siendo una de las pocas disciplinas jurídicas que resultan importantes para la ciudadanía, como comúnmente lo pueden llegar a ser el derecho penal, o civil, la complejidad administrativa y procesal del derecho electoral impiden una adecuada comprensión de la misma en su aspecto teórico y práctico. A pesar de todo lo anterior resulta curioso darse cuenta de la filtración social que tiene, la pasión que desata lo político y lo electoral, el “conocimiento” que de pronto todos creemos tener, al poseer la capacidad de señalar y opinar acerca de las decisiones de los integrantes de los Poderes del Estado. La vida política del país comienza a tener una mayor relevancia entre los jóvenes que a pesar de mostrar mayoritariamente su repudio hacia los actores políticos o sus instituciones mantienen un constante apasionamiento como lo pueden llegar con aspectos más cotidianos de la vida. El fervor ciudadano se extiende hasta el ámbito electoral y de esta forma cobra una importancia que ninguna otra disciplina jurídica tiene. El derecho electoral forma parte del derecho público, de tal manera que el derecho se percibe en conjunto, no solo en lo individual. El sentido colectivo que implica lo electoral es la democracia, la democracia no se vive en lo individual, se vive en lo colectivo. El ciudadano no lo es en el plano privado, sino en el público¹ y en tal sentido todos somos protagonistas de la vida política del país.

¹ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel; BÁEZ SILVA, Carlos. **Derecho electoral mexicano**: Una perspectiva judicial. Xalapa: Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Veracruz, 2012.

México se encuentra actualmente en un proceso de transición en donde el hartazgo político exige nuevas formas de gobierno, esto se ve reflejado a través de las recientes reformas políticas electorales que se han presentado a lo largo de estos años. A través de dichas reformas se busca una mayor integración y participación social manifestada de distintas maneras, la más significativa y que será el objeto de estudio de este ensayo son las candidaturas independientes.

Las candidaturas independientes son instrumentos que impulsan la transparencia y rendición de cuentas, son una apertura y amplitud al marco legal, contribuyen a mejorar el sistema de representación además de ser una nueva opción en la esfera representativa. Sin embargo, esto nos deja mayores inquietudes ya que, los objetivos de cualquier tipo de candidatura política deberían de ser los mismos y no deberíamos sentir que los candidatos de los partidos políticos no representan nuestros intereses. En México, las candidaturas son el principal mecanismo en la organización del modelo representativo, y estas pueden surgir de dos formas, la primera a través de los partidos políticos y la segunda a través del apoyo exclusivo de los ciudadanos.

A pesar de que las candidaturas independientes no son de recién surgimiento es ahora cuando comienzan a tomar mayor fuerza; sin embargo, no todo es luz en el camino que está por retomar ya que hay aspectos que se deben regular para evitar caer en el círculo vicioso de los grupos de poder.

Lo cierto es, que los candidatos son independientes de los partidos políticos pero no del sistema político, pueden surgir como oportunistas ante la necesidad social o bien como los grandes protagonistas de la nueva forma de hacer política en el país, es muy pronto para afirmar lo que está por venir pero lo cierto es que las 118 candidaturas independientes registradas el 7 de junio de 2015² serán un antes y después en la vida política de México.

En el presente ensayo se comentaran los requisitos que deben reunir los candidatos independientes según la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE) y el Código Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco (CEPCEJ), además de presentar casos relevantes en México que han enriquecido la vida jurídica del país consolidando el máximo cumplimiento a los derechos humanos.

² SANDOVAL, Francisco. Más allá del Bronco, ¿cómo les fue a los otros candidatos independientes? **Animal Político**. México, 08, junio, 2015. Disponible en: <<http://www.animalpolitico.com/2015/06/mas-alla-del-bronco-como-les-fue-a-los-otros-candidatos-independientes/>>.

2. ANTECEDENTES DE LAS CANDIDATURAS INDEPENDIENTES EN MÉXICO

De 1824 a 1911³, ante la inexistencia jurídica de los partidos políticos, todas las candidaturas electorales fueron formalmente ciudadanas, luego ambas coexistieron hasta 1946⁴, año en que se tuvo un retroceso en cuanto a los derechos humanos de los ciudadanos toda vez que se le confirió a los partidos la exclusividad para postular candidatos a los diferentes cargos de elección popular.

Las reformas electorales de los años 1920, 1921, 1933, 1934 y 1942, no presentan modificaciones de alta relevancia en lo relativo a estos candidatos.

Alrededor de 35 años la legislación contempló las candidaturas independientes, la ley estableció igualdad de facultades a candidatos independientes y candidatos partidistas.

La Ley Electoral de 1946 puso fin al registro de candidaturas independientes, ahora bien, puesto que la disposición antes señalada sólo se encontraba en la norma electoral, la reforma constitucional de 2007/12 en materia electoral incorporó tal disposición en la Constitución⁵ y aseguró que los congresos locales establecieran dicha exclusividad en su legislación, de este modo, señala que las constituciones y leyes estatales debían garantizar el derecho exclusivo a los partidos políticos de registrar candidaturas⁶.

Pero fue con la reforma política de 2012, que se fortaleció la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos del país. Eliminó disposiciones que dotaban a los partidos políticos del derecho exclusivo a postular candidatos⁷, además de reformar, adicionar y derogar diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se sumaron a la lista de reformas en materia político-electoral de gran trascendencia⁸. Se encontró que el goce de estos derechos humanos está en función de la entidad en la que se reside; que la democratización a nivel local ha sido desigual; que, a nivel local, de tal manera que se impidió afirmar que la transi-

³ El artículo 68 de la Ley Electoral de 1911 señalaba que podía votar por partidos políticos registrados y candidatos que se presenten sin pertenecer a ningún partido político. Disponible en <<http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/Parte5.pdf>>.

⁴ El artículo 60 de la Ley Electoral de 1946 señalaba que “solamente los partidos podrán registrar candidatos”

⁵ Se encuentran establecidas en el artículo 116, fracción IV, inciso e CPEUM).

⁶ RAMÍREZ LÉON, Lucero; PÉREZ NORIEGA, Fernando. (Coord.) **La reforma política vista desde la investigación legislativa**. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2010. Disponible en internet: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3198>>.

⁷ Dentro de dicha reforma se modificó 12 artículos de la Constitución y hace hicieron adiciones a siete más.

⁸ Una de las adiciones de mayor trascendencia fue la del artículo 35 constitucional la cual señala lo siguiente: Artículo 35. Son derechos del ciudadano: I. (...) II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación.

ción democrática era cosa del pasado. Algunos de los objetivos de dicha reforma, entre muchos otros, fueron: profundizar las libertades políticas de los ciudadanos; fomentar una mayor rendición de cuentas de los legisladores hacia sus representados; generar condiciones de equidad entre las diversas fuerzas políticas en los comicios federales y locales; aumentar la correspondencia entre votación y representación; y mejorar y consolidar las instituciones administrativas y jurisdiccionales en materia electoral de todas y cada una de las entidades que integran a la República Mexicana, produciendo escenarios que impidan la injerencia de otros poderes públicos en los comicios. En otras palabras, se buscó establecer, desde nuestra Carta Magna, un esquema institucional que asegure que todos los mexicanos, independientemente de la entidad en la que habiten, gocen de una democracia de calidad.⁹

Sin lugar a dudas, hablar de la historia de las candidaturas independientes en México nos lleva a hablar sobre el caso protagonizado por el ex canciller mexicano Jorge Castañeda en su intento por lograr el registro como candidato independiente para la elección presidencial de 2006, dicho caso alcanzó notoriedad debido a que fue llevado a instancias internacionales, es sobresaliente por ser el único caso presentado en el ámbito federal, por lo menos en los últimos 20 años.

En 2004 Castañeda solicitó ante el Instituto Federal Electoral (IFE) su inscripción como candidato, apoyado en el artículo 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) y el artículo 35, fracción II de la Constitución mexicana; no obstante, el IFE negó el registro argumentando el mismo artículo 175 del COFIPE ya que en dicho artículo se establece la exclusiva facultad de los partidos políticos para postular candidatos, y además, el artículo 177 del mismo Código donde se señala el periodo para conseguir dicho registro toda vez que el proceso de registro aun no iniciaba al momento de que el actor solicitó dicho registro (DEPPP/DPPF/569/04, 2004). En consecuencia, inició un procedimiento judicial, presentó una demanda de amparo en Materia Administrativa en el Distrito Federal, quien resolvió sobreseer la demanda por “considerar que se trataba de una cuestión puramente electoral y no de posibles violaciones de garantías individuales y que, en consecuencia, el amparo resultaba improcedente” tal cual lo señalaba la misma Ley de Amparo.

Ante esta resolución, Jorge Castañeda decidió inconformarse e interpuso un recurso de revisión, el cual fue atraído por la SCJN (743/2005), la resolución es interesante toda vez que el Pleno optó por no analizar el fondo del asunto (resolver si las candidaturas independientes proceden o no en México), al considerar que el asunto se trata de derechos sustantivos de carácter político, por virtud de un acto concreto de aplicación de un ordenamiento de materia electoral, en cuyo caso el juicio de amparo es

⁹ Dicha información se encuentra disponible en la explicación de motivos de la Reforma electoral de 2014 disponible en: <<http://www.impactolegislativo.org.mx/monitor/documentos/iniciativas/19184.pdf>>.

improcedente, dado que a través de esta vía no pueden impugnarse leyes de contenido electoral por disposición expresa de la Ley de Amparo de esta se confirmó la resolución del Juez y agregó que el juicio de amparo no es el medio correcto para interponer quejas relativas a derechos político-electorales. Esta resolución permitió promover ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el caso, aludiendo que en México no existía un recurso en la jurisdicción interna para impedir daño en su perjuicio y “la falta de efectividad de los recursos de la justicia administrativa de la acción de inconstitucionalidad” (Resolución de la Corte Interamericana 2005, 2).

La Corte Interamericana resolvió que el Estado violó el derecho a la protección judicial de Jorge Castañeda y no violó su derecho político a ser votado y tampoco su derecho de igualdad ante la ley. Por lo que dispuso que México debía ajustarla legislación secundaria, la cual reglamenta el juicio de protección de los derechos político-electorales del ciudadano, para garantizar a los ciudadanos la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido y pagar a Castañeda una indemnización por concepto de reparación del daño¹⁰, concluyéndose de esta manera todo el proceso de inconformidad¹¹.

El caso en mención es de suma relevancia, debido a que es uno de los precursores en cuanto a la lucha por el registro de las candidaturas independientes se trata, a pesar de que después de sendos juicios el Estado mexicano no estuvo obligado a autorizar la figura de las candidaturas independientes; el día de hoy esto es una realidad, y sin estos antecedentes el Estado mexicano hubiese tenido un lento avance en materia democrática y de derechos humanos.

3. REGISTRO DE ASPIRACIÓN Y CANDIDATURA

Partimos de la idea de que aspiración y candidatura son dos conceptos distintos, la aspiración se refiere al registro de la manifestación de la intención que el ciudadano muestra para llegar a ser candidato para alguno de los puestos públicos en la contienda electoral. Dicha aspiración está sujeta a realizarse conforme los lineamientos que establece la LEGIPE cuando se trate de candidaturas federales, o bien el CEPCEJ cuando se trate de candidaturas locales en dicha entidad.

Para llevar a cabo el registro de la aspiración como candidato independiente, se debe hacer del conocimiento del Instituto que esté a cargo, por escrito y con el formato

¹⁰ Caso Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C N° 184. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_c_184_esp.pdf (consultada el 2 de agosto de 2011).

¹¹ HERNÁNDEZ OLMOS, Mariana. **La importancia de las candidaturas independientes**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

que estos determinen¹² misma que deberá presentarse a partir del día siguiente en que se emita la Convocatoria y hasta que dé inicio el periodo para recabar el apoyo ciudadano correspondiente. Una vez hecha la comunicación y recibida la constancia respectiva, los ciudadanos adquirirán la calidad de aspirantes; sin embargo, este proceso al parecer sencillo ha tenido una serie de conflictos que han visto la luz a través de juicios en las Salas Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

Un ejemplo de ello fue el 12 de enero de 2015 cuando, Julio Cesar Díaz Cabrera, interpuso el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano¹³, a fin de controvertir del Vocal Ejecutivo de la 05 Junta Distrital Ejecutiva del Instituto Nacional Electoral (INE) en Baja California, la emisión de los oficios de 24 de diciembre de 2014 INE/BC/JDE05/1222/2014 e INE/BC/JDE05/1224/2014, en los que se precisan la información y documentos omitidos al presentar su manifestación de intención para ser registrado como candidato independiente a diputado federal por el principio de mayoría relativa y se niega la prórroga solicitada para cumplir con los requisitos para el registro al cargo señalado.

De manera general, la *litis* en el juicio mencionado consiste en decretar, si las determinaciones emitidas por la autoridad responsable a través de los oficios INE/BC/JDE05/1222/2014 e INE/BC/JDE05/1224/2014, se ajustan o no a los principios de constitucionalidad y legalidad, y sobre todo si fueron aplicados en concordancia con el principio *pro homine*, consagrado en el artículo 1º Constitucional y los Derechos Humanos contemplados en distintos Tratados Internacionales de los cuales el Estado Mexicano forma parte.

Pues bien, el 23 de diciembre de 2014, el actor presentó su manifestación de intención ante la Junta responsable, en la que no acompañó varios de los documentos señalados en la ley¹⁴ y la convocatoria respectiva¹⁵, necesarios para que se le extendiera la constancia de aspirante a candidato independiente, pero solicitando a su vez a la responsable una prórroga para aportarlos a la Junta Distrital bajo el argumento de que el plazo concedido para constituir la Asociación Civil y demás constancias era insuficiente para tal fin.

Frente a tal situación, la responsable determinó que no era posible acceder a su petición, por lo que debería estarse al plazo de 48 horas concedido, a partir

¹² El formato para el registro de la intención para cargo de diputado local se encuentra disponible en: <http://www.iepcjalisco.org.mx/sites/default/files/proceso_2015/convocatorias/independientes/formato01.pdf>. y el formato para el registro de la intención para cargo de munícipe se encuentra Disponible en: <http://www.iepcjalisco.org.mx/sites/default/files/proceso_2015/convocatorias/independientes/formato02.pdf>.

¹³ SG-JDC-1/2015. Sala Regional Guadalajara del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

¹⁴ Artículos 366, 367 y 368, Ley General De Instituciones y Procedimientos Electorales disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIPE_100914.pdf>.

¹⁵ Convocatoria disponible en: <http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DEPPP/DEPPP-Varios/Candidaturas_Indep/CONVOCATORIA.PDF>.

de su notificación del 24 de diciembre, teniendo como plazo hasta el 26 del mismo mes para que aportara los documentos, apercibido de que, de no hacerlo, se le tendría por no presentada la manifestación de intención respectiva.

Y debido a ello la Sala Superior determinó que con base en una interpretación de la normativa orientada en el imperativo de maximizar el goce de los derechos fundamentales de los gobernados, se le permitiera presentar los documentos e información faltante, hasta antes del 30 de diciembre de 2014, máxime que el actor le acreditó estar realizando algunas gestiones para obtener las constancias que debía acompañar a su manifestación de intención. Garantizando de esta manera en todo momento la facultad de ser votado, que constituye un derecho humano que debe ser objeto de la protección más amplia por parte de cualquier autoridad, en términos del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Cabe resaltar la importancia de la resolución emitida por la Sala Superior, ya que prioriza la protección más amplia a los derechos humanos, debemos recordar que dicho sentido surge de la reforma constitucional a los derechos humanos de 2011, la cual reformó 10 artículos de la CPEUM¹⁶, cambia totalmente la vida jurídica de las instituciones y de los ciudadanos. De la misma se puede desprender el principio *pro homine*, que es la máxima protección de los derechos humanos de las personas, y que para ello se puede hacer aplicable la norma que mejor favorezca al sujeto.

Otro cambio radical con la sentencia anterior, es la que se incluye en el párrafo primero del artículo 1º de la CPEUM, la cual señala que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la misma Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Para el tema que hoy nos aqueja, podemos hacer mención de unos cuantos tratados internacionales en materia electoral específicamente los relativos al derecho al voto pasivo como lo son la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁷ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸.

¹⁶ El cuadro comparativo de los artículos reformados en 2011 se encuentra disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/10Junio.html#CUADRO_COMPARATIVO>.

¹⁷ El artículo 23 de la citada Convención, establece: "Artículo 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país. (...)".

¹⁸ El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, regula: "Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y c) tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país".

En cuanto al registro de la candidatura tenemos que hablar de los requisitos de elegibilidad, básicamente dichos requisitos se dividen de dos maneras¹⁹, requisitos en el sentido positivo que son las cualidades, condiciones o capacidades que se deben tener para dicho registro o en su sentido negativo que son condiciones o elementos pero qué no debe de poseer la persona que quiere buscar dicho registro ya que no en caso contrario su registro no resultaría procedente.

Ahora bien, en palabras del maestro Adrián Miranda Camarena, la elegibilidad representa un denominador para el derecho del voto pasivo dentro de una República democrática.

La elegibilidad es un calificativo que denota la posibilidad de ser elegido o electo dentro de una República representativa, democrática y federal; se entiende que existen cargos de elección popular, que cada tres o seis años se deberán elegir mediante elecciones auténticas, libres y periódicas. Tanto a nivel federal como local, la posibilidad de ser votado a cualquiera de los cargos de elección popular está supeditada a los requisitos que enmarcan tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como la Constitución Política del Estado de Jalisco.

Por lo que corresponde a Jalisco, en los artículos 21, 37 y 74 de la Constitución Política del Estado se establecen los requisitos de elegibilidad para contender al cargo de diputado, gobernador y municipales, respectivamente; en forma correlativa, dichos requisitos se establecen en los artículos, 8, 10 y 11 del CEPCEJ. Así, los requisitos de elegibilidad en Jalisco son los que señalan la Constitución del Estado y luego el Código Electoral local.²⁰

Para abundar un poco más en este tema, podemos señalar la acción de inconstitucionalidad 22/2014 y sus acumuladas 26/2014, emitidas por nuestro máximo órgano de justicia constitucional. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) analizó la constitucionalidad, entre otros, del artículo 383²¹ de la LEGIPE que

¹⁹ Tesis de jurisprudencia sustentada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, identificada con el rubro: Elegibilidad. Cuando se trata de requisitos de carácter negativo, la carga de la prueba corresponde a quien afirme no se satisfacen.

²⁰ MIRANDA CAMARENA, Adrián Joaquín; CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. La elegibilidad en Jalisco. **Espiral**, Guadalajara 2011, v.18, n. 52, p. 163-190, 2011. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1665-05652011000300006&script=sci_arttext>.

²¹ El artículo 383 de la LEGIPE señala que: Artículo 383. 1. Los ciudadanos que aspiren a participar como Candidatos Independientes a un cargo de elección popular deberán: a) Presentar su solicitud por escrito; b) La solicitud de registro deberá contener: I. Apellido paterno, apellido materno, nombre completo y firma o, en su caso, huella dactilar del solicitante; II. Lugar y fecha de nacimiento del solicitante; III. Domicilio del solicitante y tiempo de residencia en el mismo; IV. Ocupación del solicitante; V. Clave de la credencial para votar del solicitante; VI. Cargo para el que se pretenda postular el solicitante; VII. Designación del representante legal y domicilio para oír y recibir notificaciones, y VIII. Designación de la persona encargada del manejo de los recursos financieros y de la rendición de informes correspondientes. c) La solicitud deberá acompañarse de la siguiente documentación: I. Formato en el que manifieste su voluntad de ser Candidato Independiente, a que

hace referencia sobre entre otras cosas, si es propiamente un requisito de elegibilidad la apertura de una cuenta bancaria, de tal manera que la Suprema Corte señaló lo siguiente:

La exigencia de que el aspirante a una candidatura independiente demuestre ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos políticos, mediante su correspondiente acta de nacimiento y su credencial para votar vigente, solamente constituyen los documentos mínimos para acreditar los requisitos básicos de elegibilidad que se requieren para ocupar un cargo de elección popular, consistentes en la nacionalidad mexicana y la titularidad plena de la prerrogativa ciudadana para poder ser votado, por lo que no hay la pretendida sobre regulación que se alega, sino más bien una congruente necesidad de acreditar esas dos condiciones básicas para disfrutar del sufragio pasivo.

Por otra parte, la diversa documentación consistente en los datos de la cuenta bancaria en la que se concentrará la actividad financiera de la candidatura independiente, no constituye propiamente un requisito de elegibilidad, sino solamente un mecanismo de control financiero de los ingresos y egresos necesario para vigilar el origen lícito de los recursos utilizados, y de su correcta aplicación al destino electoral para el cual se les recauda, exigencia que satisface lo dispuesto en el artículo 41, Apartado B, inciso, a), subinciso 6, de la Constitución Federal, el cual establece que corresponde al INE, en los términos que establezcan la propia Constitución y las leyes, tanto para los procesos electorales federales como locales, "La fiscalización de los ingresos y egresos de los partidos políticos y candidatos, y..."; facultad que para su eficaz ejercicio requiere que los fondos de los candidatos independientes confluyan en sendas cuentas individuales, cuya apertura se haga ex profeso para hacer eficiente el control contable en beneficio de los propios interesados, quienes también están obligados a rendir escrupulosos informes de ingresos y egresos.

La transcripción anterior, revela que el Pleno de la SCJN reconoció la validez del artículo 383 de la citada LEGIPE, que exige a los ciudadanos que aspiren a participar como candidatos independientes a un cargo de elección popular federal que acompañen a la solicitud respectiva, la documentación con los datos de identificación de la cuenta bancaria aperturada para el manejo de los recursos de la candidatura independiente.

se refiere esta Ley; II. Copia del acta de nacimiento y del anverso y reverso de la credencial para votar vigente; III. La plataforma electoral que contenga las principales propuestas que el Candidato Independiente sostendrá en la campaña electoral; IV. Los datos de identificación de la cuenta bancaria aperturada para el manejo de los recursos de la candidatura independiente, en los términos de esta Ley; V. Los informes de gastos y egresos de los actos tendientes a obtener el apoyo ciudadano; VI. La cédula de respaldo que contenga el nombre, firma y clave de elector o el número identificador al reverso de la credencial de elector derivado del reconocimiento óptico de caracteres (OCR) de la credencial para votar con fotografía vigente de cada uno de los ciudadanos que manifiestan el apoyo en el porcentaje requerido en los términos de esta Ley;

4. PLAZO PARA REQUISITOS

El establecer los plazos para presentar los requisitos emitidos en las convocatorias y su debida comunicación es de mucha ayuda²². El organismo electoral (INE), o cualquier otra autoridad competente, necesita tiempo para revisar las solicitudes y verificar el cumplimiento de los requisitos; además, tiene que conceder a los partidos o candidatos independientes la oportunidad de apelar si consideran que su registro ha sido rechazado de manera indebida conforme a la garantía de audiencia consagrada en el artículo 16 de la CPEUM. Por consiguiente, lo usual es que se exija que los partidos o candidatos independientes se registren y posteriormente se postulen con suficiente anticipación a la jornada electoral. Después de haber revisado y resuelto sobre las solicitudes de registro, el organismo electoral requiere contar con el tiempo suficiente para imprimir las papeletas y distribuirlas entre las mesas de votación.

De dichos plazos depende el que puedan obtener oportunamente el registro los candidatos, ya que todo procedimiento anunciado con anticipación, de manera específica y oportuna favorece su mayor desarrollo.

Este tema ha sido abordado a grandes rasgos con los requisitos anteriores; sin embargo, junto con este tema se han presentados también sendos juicios para la protección de los derechos político electorales del ciudadano.

Como ejemplo tenemos el caso que tiene que ver con la solicitud que la parte actora, José Valencia Sánchez hizo a la 10 Junta Distrital Ejecutiva del INE en el Estado de Veracruz, para registrarse como candidato independiente a diputado federal por el principio de mayoría relativa.²³

La pretensión del actor es que se revoque la determinación de la responsable (INE) de tener por no presentada su manifestación de intención de contender como candidato independiente a diputado federal por el distrito electoral federal 10 en Veracruz, y que se le otorgue el registro como aspirante.

Los argumentos para sustentar su pretensión se basan, en que realizó todos los trámites establecidos en la convocatoria para obtener su registro como aspirante a candidato independiente, pero por circunstancias ajenas a él no pudo obtener la apertura de la cuenta bancaria en la fecha establecida, y que la responsable le concedió un tiempo insuficiente para subsanar la omisión, razones por las cuales, considera que se transgredieron sus derechos político-electorales, en concreto, el de ser votado, establecidos en la CPEUM y los Tratados Internacionales de los cuales México forma parte.

²² Los plazos emitidos por el Instituto Nacional Electoral señalan que estos inician desde el día siguiente de la publicación de la convocatoria hasta el día 26 de diciembre de 2014.

²³ SX-JDC-1/2015 Sala Regional Xalapa del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

El Vocal Ejecutivo de la 10 Junta Distrital del INE en Veracruz requirió al actor para que, a más tardar a las 24 horas del día 26 de diciembre, remitiera la copia simple del contrato de la cuenta bancaria.

La Sala Regional consideró que la determinación de la responsable de negar el registro del actor como aspirante a candidato independiente a diputado federal por el distrito electoral 10 en Veracruz, fue incorrecta porque de las constancias del expediente se advierte que el actor realizó todos los actos que estaban a su alcance para poder ejercer válidamente su derecho a ser votado, sin que la circunstancia de que no pudiera obtener la apertura de la cuenta bancaria al 26 de diciembre de 2014 le pueda ser atribuida.

De tal manera la Sala Regional estimó que la aplicación de la consecuencia jurídica por el incumplimiento del requisito en análisis fue incorrecta, porque no tomó en consideración que el motivo de no cumplir en el plazo previsto por la ley no fue imputable al actor, sino a la institución bancaria.

Por tanto, la restricción del derecho fundamental del actor a ser votado no fue avalada por dicha Sala Regional, porque no encontró sustento en razones proporcionales, idóneas ni necesarias además de contravenir al artículo 1º Constitucional, el cual establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia. Y por último, el otro argumento a favor y que se vincula más estrechamente con el tema de los plazos para los registros es la del tiempo que se le otorgó al actor para completar el requisito de la cuenta bancaria ya que fue el de 2 horas con 49 minutos, por demás absurdo para tales objetivos, de esta manera llegó a la conclusión dicho órgano colegiado que la determinación de la responsable vulneró el derecho del actor a ser prevenido para subsanar su omisión en un plazo razonable, que como ya hemos señalado es uno de los objetivos de para lo cual se enuncian los plazos en la convocatoria, pues bien el que se le fue otorgado en el caso fue materialmente insuficiente para presentar el documento requerido, máxime que como ya se señaló, la omisión en que incurrió no le era atribuible.

5. FIRMAS DE APOYO

Este tema forma parte de los requisitos para el registro de las candidaturas independientes, este condicionamiento surge debido que para poder legitimar el registro de dicha persona debe contar previamente con un apoyo ciudadano que se manifiesta a través de dichas firmas, de esta manera se acredita que existe un respaldo por una

parte del electorado. Dichas firmas deben de tener ciertas características dependiendo del cargo al que se desea postular, ya sea del ámbito federal o local.²⁴

Para abundar en el tema podemos hacer mención de la sentencia emitida por la Sala Superior del TEPJF que versa sobre Benjamin de la Rosa Escalante, en la cual emite criterios sobre los principios que deben seguir las firmas de apoyo de tal manera que nos habla sobre la legitimidad de la medida, la idoneidad, la necesidad y proporcionalidad de las firmas de apoyo y señala lo siguiente:

Legitimidad de la medida

Es pertinente destacar que el requisito relativo a la acreditación de un número o porcentaje determinado de cédulas de respaldo ciudadano cuya voluntad se exprese a través de las firmas ahí asentadas, tiene por objeto cumplir con un fin legítimo, consistente en acreditar que la participación de esa persona goza de una cierta dosis de legitimidad entre el electorado, lo cual justifique el funcionamiento del apartado estatal-electoral-ciudadano mediante el cual se arropará esa candidatura. Así, una vez que se tenga por registrada una persona, la normativa y las instituciones electorales deben garantizar que su participación sea acorde con los principios constitucionales de equidad en la contienda y de igualdad de condiciones entre los contendientes.

Así, el respaldo que la ciudadanía otorga a una o un aspirante a candidatos independientes debe acreditar la expresión de la voluntad de una proporción significativa del electorado, en el sentido de que la o el candidato es considerado como una persona idónea para contender y en su caso, desempeñar el cargo público respectivo. De ahí que la proporción exigida deba ser objetiva y racional, atendiendo a las limitaciones

²⁴ El porcentaje de firmas para Presidente la Republica se encuentre en el art. 371 de la LGIPE que a la letra dice: Artículo 371. 1. Para la candidatura de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, la cédula de respaldo deberá contener cuando menos la firma de una cantidad de ciudadanos equivalente al 1% de la lista nominal de electores con corte al 31 de agosto del año previo al de la elección y estar integrada por electores de por lo menos diecisiete entidades federativas, que sumen cuando menos el 1% de ciudadanos que figuren en la lista nominal de electores en cada una de ellas.

El porcentaje de firma para Senadores es el siguiente: 2. Para fórmulas de senadores de mayoría relativa, la cédula de respaldo deberá contener cuando menos la firma de una cantidad de ciudadanos equivalente al 2% de la lista nominal de electores correspondiente a la entidad federativa en cuestión, con corte al 31 de agosto del año previo al de la elección, y estar integrada por ciudadanos de por lo menos la mitad de los distritos electorales que sumen como mínimo el 1% de ciudadanos que figuren en la lista nominal de electores en cada uno de ellos.

Para Diputados Federales: Para fórmula de diputados de mayoría relativa, la cédula de respaldo deberá contener cuando menos la firma de una cantidad de ciudadanos equivalente al 2% de la lista nominal de electores correspondiente al distrito electoral en cuestión, con corte al 31 de agosto del año previo al de la elección y estar integrada por ciudadanos de por lo menos la mitad de las secciones electorales que sumen cuando menos el 1% de ciudadanos que figuren en la lista nominal de electores en cada una de ellas.

Estos últimos porcentajes son aplicables también para los candidatos a Diputados Locales o Presidentes municipales del Estado de Jalisco, disponibles en <<http://www.iepcjalisco.org.mx/proceso-electoral-2015/convo-catoria-candidaturas-independientes>>.

naturales y condiciones particulares ordinarias en que se encuentran las y los ciudadanos ajenos a los partidos políticos.

En este sentido, el fin legítimo perseguido se traduce en preservar la existencia de condiciones generales equidad entre la totalidad de contendientes, en el sentido de que, todos los registros de candidaturas, sean el reflejo de la voluntad de la ciudadanía, precisamente porque las postulaciones de los partidos políticos derivan de ejercicios de democracia interna, y no de una determinación improvisada y ajena al principio democrático que debe observarse en toda postulación de candidatos.

Necesidad

Por último, esta Sala Superior considera que el señalado requisito constituye una medida necesaria, en virtud de que considera que es inexistente una medida alternativa menos gravosa para el interesado, siempre y cuando el porcentaje que se exija por el legislador garantice condiciones mínimas de igualdad en la obtención de candidaturas, frente a aquellas que se postulan a través de diversos mecanismos de participación en los procesos electorales.

Cabe señalar que la obtención de firmas de apoyo, resulta uno de los mecanismos más aceptados en las democracias que reconocen la participación de candidatos independientes, pues permiten advertir la viabilidad de la participación de los mismos en un proceso electoral determinado, evitando la dispersión de los votos de los ciudadanos, y con ello perder la posibilidad de lograr las mayorías necesarias para obtener el triunfo en los comicios respectivos.

En efecto, la exigencia de un determinado porcentaje de firmas cumple con tal imperativo, toda vez que evidencia la viabilidad del apoyo ciudadano que en determinado momento se puede lograr, para obtener los sufragios de la ciudadanía en un proceso electoral, también evita, como se señaló, la dispersión de la votación entre una multiplicidad de candidaturas, que lejos de fortalecer tal forma de participación de los ciudadanos, se traduce en un obstáculo para cumplir con el propósito que se buscó al incorporar tal figura en la normativa electoral mexicana, pues con ello, se podría llegar al extremo de que esa votación perdiera representatividad en el órgano de elección popular, al no ser computada para efectos de representación proporcional.

Idoneidad de la medida

En estos términos, el establecimiento del requisito de acreditar un porcentaje determinado de cédulas de respaldo ciudadano que contengan las firmas de los ciudadanos como expresión de la voluntad de apoyo a un aspirante a candidato resulta idóneo para garantizar que todos los contendientes de los procesos electorales acrediten que cuentan con el respaldo de una base social que los presenta como una auténtica

posibilidad de contender con los ciudadanos postulados por entidades de interés público integrados por ciudadanos organizados, pues con ella se evita la proliferación de candidaturas que no tengan viabilidad de competir en una contienda electoral, y obtener el apoyo de la ciudadanía, de manera que, si la pretensión de base constitucional de exigir a estos ciudadanos un mínimo de apoyo ciudadano para poder participar en un proceso electoral y ejercer su derecho a ser votado, ésta debe ser congruente y correlativa al porcentaje mínimo exigido a diversas formas de participación política en los procesos electorales, pues de otra manera, implicaría la imposición de requisitos más gravosos, que se traducirían en obstáculos contrarios al principio democrático en el que, se busca que, incluso, las minorías alcancen a ser representadas en los órganos de gobierno que derivan de los procesos electorales.

Proporcionalidad

A pesar de lo antes expuesto, esta Sala Superior concluye que el requisito establecido en el artículo 194 de la Ley Electoral del Estado de Baja California Sur, por el que se exige a los ciudadanos interesados en alcanzar su registro como candidatos independientes al cargo de Gobernador de esa entidad federativa, la presentación de firmas de apoyo de cuando menos, el equivalente al cuatro por ciento del total de ciudadanos inscritos en la lista nominal de esa entidad federativa, con corte al treinta y uno de agosto del año previo al de la elección, resulta contrario a lo previsto en los artículos 35, fracción II, y 41, base II y III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esto se debe a que constituye una limitante desproporcionada e injustificada, lo cual resulta contrario al principio de equidad que debe regir en los procesos electorales. En efecto, esta Sala considera que el requisito exigido es significativamente más gravoso que el previsto para la postulación de candidaturas por diversas formas de participación ciudadana en los procesos electorales. Así, aunque se encuentren en supuestos distintos, la distinción es de tal magnitud que se pierde toda proporción.

Para poder entender este último punto, tenemos que revisar la esencia o la *litis* de la sentencia antes señalada. La *litis* inicia al momento en que se le retira el registro como candidato independiente toda vez que no cumplió con los requisitos señalados en la convocatoria; sin embargo, el actor promovió el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, a continuación se mencionaran los agravios para relevantes de dicho juicio.

El actor señala Inconstitucionalidad del requisito relativo a contar con el respaldo ciudadano equivalente al 4% del listado nominal de la entidad federativa²⁵, su causa de pedir consiste en que se trata de un requisito desproporcionado e injustificado, pues el porcentaje exigido es significativamente superior al requerido como porcenta-

²⁵ Convocatoria disponible en <http://www.ieebcs.org.mx/documentos/acuerdos/IEEBCS_ACU348.pdf>.

je de representatividad necesario para que una organización ciudadana constituya un partido político, para que mantenga el registro, y para acceder a las diversas prerrogativas y tiempo en radio y televisión.

Ante tal queja la Sala Superior determina lo siguiente con apego a la sentencia 22/2014 ya emitida por la SCJN, en donde señala que la CPEUM no estableció valor porcentual alguno para que las candidaturas independientes demostraran el respaldo ciudadano para poder postularse. Así, el legislador secundario cuenta con un amplio margen de libertad para configurar, tanto la forma como se debe acreditar el apoyo ciudadano a los candidatos sin partido para que obtengan su registro, como las cifras suficientes con que se debe demostrar documentalmente la existencia de ese apoyo. Sin embargo, más adelante se sentara un antecedente importante en la vida jurídica de las candidaturas independiente. La Sala Superior concluyó que si bien no resulta inconstitucional la medida, no debe traducirse en un obstáculo que haga nugatorio el ejercicio del derecho de acceso a un cargo público mediante una candidatura independiente, mediante la imposición de cargas desmedidas que atenten contra el núcleo esencial del derecho humano, se señala que el porcentaje debe ser congruente y correlativa al porcentaje mínimo exigido a diversas formas de participación política en los procesos electorales, pues de otra manera, implicaría la imposición de requisitos más gravosos, que se traducirían en obstáculos contrarios al principio democrático en el que, se busca que, incluso, las minorías alcancen a ser representadas en los órganos de gobierno que derivan de los procesos electorales.

Para otorgarle el registro como candidato independiente a la parte actora se hizo mención de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, popularmente conocida como *Comisión de Venecia*²⁶, organismo al que México se incorporó en 2010 como miembro de pleno derecho. Ya que en la misma se mencionan los estándares desarrollados como “buenas prácticas en materia electoral” y que deben ser considerados para dotar de contenido el derecho al voto pasivo o de acceso a cargos de elección popular, lo cual evidencia que lo desproporcionado y carente de racionalidad del precepto legal cuya validez se analiza toda vez que de la directriz en comento se desprende que el estándar internacional sugerido como una buena práctica democrática consiste en la exigencia de un 1% del padrón electoral como requisito para el registro de candidaturas.

Basándose en dicha Comisión y el derecho internacional, la Sala Superior tomó la determinación de que el respaldo ciudadano con el cual contaba el ahora actor para el goce de su derecho a ser votado como candidato independiente al cargo de gobernador de Baja California Sur, y que consistía en la cantidad de 11,309 cédulas equivale

²⁶ En el punto 1.3 Sobre la presentación de las candidaturas se encuentra el sustento de dicha mención, dicha comisión está disponible para su consulta en: <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2002\)023rev-spa](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2002)023rev-spa)>.

al 2.51% de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el listado nominal de Baja California Sur, con lo que se satisface el requisito en comento y se determinó revocar el acuerdo identificado con la clave CG-0069-MAYO-2015, dictado por el Pleno del Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Baja California Sur, mediante el cual canceló el registro del actor como candidatos independientes a gobernador de esa entidad federativa para el proceso local electoral 2014-2015; y en consecuencia, ordena al Instituto Estatal Electoral tener por cumplido el requisito de firmas de apoyo ciudadano y, de encontrarse cumplidos los requisitos restantes, restituir de inmediato al actor como candidatos independientes a la gubernatura del estado.

6. FINANCIAMIENTO

El financiamiento en materia electoral tiene la misma naturaleza que un financiamiento normal, ya que, a través de dicho mecanismo los partidos políticos o los candidatos independientes obtienen recursos para un proyecto específico que de manera general es la de desarrollar sus candidaturas. Por medio del financiamiento dichos sujetos pueden mantener una economía estable, planear a futuro y expandirse para lograr sus objetivos. El tema de los recursos financieros es uno de los temas que mayor fervor ocasiona al pueblo mexicano, ya que, lamentablemente el ámbito político se ha visto envuelto contantemente en escándalos por corrupción. De tal manera que como señala Emilio Chuayfett, pocos asuntos son más importantes en el ámbito electoral que el tema del dinero, las dudas acerca de dónde viene; a dónde se aplica; en que montos y actividades puede gastarse; cómo se llevan a cabo las cuentas y su publicidad respectiva; y, fundamentalmente, cual es la relación que existe entre el dinero invertido en un proceso electoral y las decisiones de los gobernantes emanados de él, que eventualmente pueden favorecer a los aportantes.

Pero precisamente cuando el financiamiento se ha vuelto uno de los grandes temas de la democracia, los partidos políticos, parecen haber alcanzado el punto más bajo de reputación frente a los ciudadanos.²⁷

Para abundar un poco más en el tema del financiamiento debemos hacer mención de la sentencia emitida por el TEPJF, en la cual se establece que los candidatos independientes podrán recibir más financiamiento privado que público, para alcanzar el tope de gastos de campaña de los contrincantes de algún partido político.

Dicha sentencia se origina del recurso de reconsideración promovido por la parte actora: Arne Sidney Aus Den Ruthen Haag en la cual se determina si el principio constitucional de prevalencia del financiamiento público sobre el privado, el cual

²⁷ HERNÁNDEZ, María del Pilar (Coord.). **Partidos políticos**: democracia interna y financiamiento de precampañas. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2002. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=347>>

se desarrolló para partidos políticos, resulta igualmente aplicable a las candidaturas independientes.

Para llegar a tal solución se desentraña el artículo el artículo 41 constitucional el cual está claramente dirigido a la regulación del financiamiento público de los partidos políticos. Y por lo tanto no debe ser aplicable a las candidaturas independientes.

7. CONCLUSIONES

Después de las pasadas elecciones de junio de 2015, en gran parte del territorio nacional tenemos los primeros resultados electorales en cuanto candidatos independientes se refiere, como comentamos al inicio de este ensayo es una figura nueva, que comienza a cobrar fuerza e importancia para la vida electoral del país y que eventualmente tendrá un mayor crecimiento. Es admirable y reconocible la lucha que se ha tenido para lograr consolidar estos derechos fundamentales en nuestro país, del trabajo legislativo, el impulso social y a los ciudadanos que han pretendido competir sin las siglas de algún partido político y a pesar de la cierta desventaja con la que cuentan parecen arrojar números positivos. Algunos medios de comunicación presentan este suceso como el fin de los partidos políticos; sin embargo, no es así, ya que es un mayor margen de competitividad y un complemento a la democracia del Estado mexicano que en todo caso debería ser un planteamiento importante sobre el sistema político y el hartazgo que parece verse reflejado.

Los registros que se tiene de candidatos independientes son pocos, 118 en total para toda la República, y mucho menos los resultados como ganadores, solo 6; ahora bien, comparten una peculiaridad la mayoría de ellos: tienen una historia política vinculada con los partidos políticos, se separaron de sus partidos políticos de origen poco tiempo antes de la contienda electoral, 5 de los actuales ganadores electorales provienen de los principales partidos políticos del país, todos comparten un mensaje que lo usan como estandarte para abrirse paso entre la población y es el repudio hacia los partidos políticos; pero cabe destacar que, el verdadero sentir ciudadano no es rechazo hacia ellos, sino al propio sistema político, a los casos de corrupción de los cuales son protagonistas aquellos que fueron electos por la población, no debemos perder de vista que son ciudadanos por los cuales votamos, que posteriormente se convierten en políticos y que lamentablemente al momento de ser plasmados en las boletas se vuelven partidos políticos. Los candidatos independientes surgen como aquella esperanza de la población, tienen el entusiasmo de todos aquellos que depositaron su voto en ellos, y las expectativas altas acerca de lo que pueden llegar hacer, por el momento solo queda esperar a ver el desempeño de dichos candidatos para poder tener conclusiones congruentes que nos aclaren si fueron o no un cambio radical en la vida política del país.

8. BIBLIOGRAFÍA

HERNÁNDEZ, María del Pilar. (Coord.). **Partidos políticos**: democracia interna y financiamiento de precampañas. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2002. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=347>>.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel; BÁEZ SILVA, Carlos. **Derecho electoral mexicano**: Una perspectiva judicial. Xalapa: Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Veracruz, 2012.

HERNÁNDEZ OLMOS, Mariana. **La importancia de las candidaturas independientes**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

MIRANDA CAMARENA, Adrián Joaquín; CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. La elegibilidad en Jalisco. **Espiral**, Guadalajara 2011, v.18, n. 52, p. 163-190, 2011. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1665-05652011000300006&script=sci_arttext>.

RAMÍREZ LÉON, Lucero; PÉREZ NORIEGA, Fernando. (Coord.) **La reforma política vista desde la investigación legislativa**. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2010. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3198>>.

SANDOVAL, Francisco. Más allá del Bronco, ¿cómo les fue a los otros candidatos independientes? **Animal Político**. México, 08, junio, 2015. Disponible en: <<http://www.animalpolitico.com/2015/06/mas-alla-del-branco-como-les-fue-a-los-otros-candidatos-independientes/>>.





Régimen jurídico de la acción de acceso a la información pública en el Uruguay

Legal system of the action of access to the public information in Uruguay

PABLO SCHIAVI*

Universidad de Montevideo (Uruguay)
psschiavi@hotmail.com

Recebido/Received: 08.01.2015 / January 8th, 2015

Aprovado/Approved: 17.02.2015 / February 17th, 2015

Resumen

El instrumento jurisdiccional de protección del derecho de acceso a la información pública se conoce como "hábeas data". Se habla "hábeas data" impropio. En Uruguay la regulación está dada por la Ley n° 18.381, de 17 de octubre de 2008 (arts. 22 y siguientes). Las notas típicas del proceso de acceso a la información pública serán objeto del presente trabajo, con especial detenimiento en los principales pronunciamientos del Poder Judicial en la materia.

Palabras-clave: información pública; información secreta; información reservada; información confidencial; acción de acceso a la información.

Abstract

The jurisdictional instrument of protection of the right of access to public information is known as habeas data. We talk about improper habeas data. In Uruguay the action is regulated by the Act n°. 18.381, 17 October 2008 (arts. 22 and following). The notes of the typical process of access to public information will be the subject of the present work, with special consideration in the main pronouncements of the Judiciary in the matter.

Keywords: public information; secret information; confidential information; the action of access to the public information.

Como citar esse artigo/How to cite this article: SCHIAVI, Pablo. Régimen jurídico de la acción de acceso a la información pública en el Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 137-168, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44514>

* Profesor de Derecho de la Información y de Investigación y Documentación en la Facultad de Comunicación de la Universidad de Montevideo (Montevideo, Uruguay). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Master en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Derecho de Acceso a la Información Pública y de Protección de Datos Personales y del Taller Teórico-Práctico sobre la Protección de Datos Personales en Salud "E-Salud" del Centro de Postgrados de la Universidad de Montevideo.

SUMARIO

1. Pilares fundamentales del acceso a la información pública; **2.** La caída del secreto de Estado: acceso a la información pública como regla; **3.** Procedimiento administrativo especial; **4.** Habeas data impropio: acción de acceso a la información pública; **5.** ¿Acción de acceso a la información pública inconstitucional?: sentencia de la suprema corte de justicia n° 185/013 de 13 de marzo de 2013; **6.** Caso práctico El País c/ Administración Nacional de Educación Pública (ANEP): datos del monitor educativo de primaria y secundaria como información pública; **7.** Caso práctico “Aratiri”: datos del expediente relativo a la minera Aratiri sobre el Proyecto Valentines de extracción y beneficiamiento de mineral de hierro como información pública; **8.** Caso práctico “El Guardián”: información sobre el nuevo sistema de vigilancia e interceptación de telecomunicaciones como información pública; **9.** Caso práctico “Puerto de Aguas Profundas”: información sobre el proyecto y viajes al extranjero de comisión interministerial; **10.** Conclusiones; **11.** Referencias.

1. PILARES FUNDAMENTALES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Una breve referencia a los pilares fundamentales del derecho de acceso a la información pública es una cuestión preliminar y hasta obligatoria para tomar real dimensión y consideración de que estamos ante un derecho humano fundamental y que, por lo tanto, toda solicitud en tal sentido, canalizada a través del procedimiento administrativo especial (al que llamamos “*ruta hacia la información pública*”), deberá ser tratada y considerada como tal.

Y este es no es un tema menor o redundante. Es un tema central, de principios. Y más a la luz de las respuestas y evasivas esgrimidas por el Estado ante situaciones puntuales planteadas que han tomado estado público en los últimos tiempos.

Como un desprendimiento del derecho a la información, emerge actualmente con plena autonomía el derecho de acceso a la información pública, apunta Marcela I. Basterra, citada por Carlos E. Delpiazzo,² quien sostiene que tres principios generales convocan a la accesibilidad de la información de los entes públicos, siempre que la misma no se encuentre limitada mediante ley dictada por razones de interés general en atención a fines específicos (tal como ocurre con el secreto militar, el secreto estadístico y el secreto tributario).

Tales principios, a juicio del distinguido profesor, son, en primer lugar, el principio de publicidad del obrar administrativo; en segundo lugar e íntimamente asociado al principio de la publicidad, el principio de transparencia y en tercer lugar, y desde la

¹ SCHIAVI, Pablo. Procedimiento administrativo especial: ruta de acceso a la información pública. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 10., p. 399-423, 2014, pág. 399 e ss.

² DELPIAZZO, Carlos E. A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso. In: DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.) **Protección de Datos Personales y Acceso a la Información Pública**. Instituto de Derecho Informático: Montevideo, 2009. p. 16.

perspectiva tecnológica, el principio de participación. De acuerdo a dicho principio, existiendo accesibilidad real, corresponde que los habitantes sean informados y consultados en los asuntos que les conciernen³.

El Comité Jurídico Interamericano plasma los “Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información” (CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08, 7 de agosto de 2008, Río de Janeiro, Brasil) sobre el derecho de acceso a la información, los cuales están interrelacionados y deben interpretarse de forma integral⁴.

Al respecto simplemente insistir con lo enunciado en el primer principio, en tanto establece los pilares fundamentales de este derecho:

1. Toda información es accesible en principio. El acceso a la información es un derecho humano fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto solo a un régimen limitado de excepciones, acordes con una sociedad democrática, y proporcionales al interés que los justifica. Los Estados deben asegurar el respeto al derecho de acceso a la información, adoptando la legislación apropiada y poniendo en práctica los medios necesarios para su implementación.

En materia del acceso a la información pública, señala Cristina Vázquez Pedrouzo⁵ que “el principio más fuertemente involucrado es el de la transparencia de la gestión pública, concepto que se instala con fuerza en la preocupación de la comunidad, sobre todo en la década de los noventa”. En el trabajo citado la prestigiosa jurista hace un valiosísimo estudio de los principios rectores vinculados en materia de acceso a la información pública y de protección de datos personales y se plantea la cuestión de cómo resolver los probables conflictos entre dichos principios, considerando la necesidad de conciliar el interés público comprometido con el derecho a la información y la transparencia de la gestión pública, con la tutela de la intimidad y la privacidad que son inherentes a la persona humana.

El libre acceso de las personas a las fuentes de información pública es un derecho humano universal y un principio democrático inherente al derecho a la información, a la libertad de expresión y de prensa. El acceso a la información pública constituye a: la transparencia de la gestión pública; el combate a la corrupción y la cultura del

³ DELPIAZZO, Carlos E. A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso. In: DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.) **Protección de Datos Personales y Acceso a la Información Pública**. Instituto de Derecho Informático: Montevideo, 2009. p. 16.

⁴ SCHIAVI, Pablo. **El Control del acceso a la información Pública y de la protección de datos personales en el Uruguay**. Universidad de Montevideo: Montevideo, 2012. p. 38 e ss..

⁵ VÁZQUEZ PEDROUZO, Cristina. El régimen jurídico del acceso a la información pública y la protección de datos personales. **Revista de Derecho y Tribunales**, Montevideo, v. 15, p.59-109, 2011. p. 61.

secreto como práctica; la eficiencia en el manejo de la labor pública; la participación ciudadana en la forma de decisiones de interés público⁶.

2. LA CAÍDA DEL SECRETO DE ESTADO: ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO REGLA

Hasta hace poco, “el secreto de Estado” ha sido por mucho tiempo la regla, en su relación con los particulares. Con el triunfo del neoconstitucionalismo que nos hace ver el ordenamiento jurídico desde la óptica de los derechos humanos, ese “secreto de Estado” tiende a desaparecer.⁷ El derecho al acceso a la información pública se impone, adquiere autonomía y comienza a ser recogido expresamente por las constituciones más modernas, como la española de 1978⁸.

Con acierto, señala Augusto Durán Martínez⁹ “se ha visto el fundamento del derecho de acceso a la información pública en la necesidad de transparencia y como una exigencia democrática. En definitiva, este es un derecho que hace a la esencia del Estado Social y Democrático de Derecho o, como también se dice del Estado Constitucional”.

El artículo 2° de la Ley N° 18.381 de 17 de octubre de 2008 define la información pública: *“Se considera información pública toda la que emane o esté en posesión de cualquier organismo público, sea o no estatal, salvo las excepciones o secretos establecidos por ley, así como las informaciones reservadas o confidenciales”*.

Por su parte el artículo 4° dispone que *“Se presume pública toda información producida, obtenida, en poder o bajo control de los sujetos obligados por la presente ley, con independencia del soporte en el que estén contenidas”*.

Por lo tanto, de la redacción de ambos artículos, surge que información pública es toda la que emane o esté en posesión de cualquier organismo público, sea o no estatal (presumiendo como tal la información producida, obtenida, en poder o bajo control de los sujetos obligados por la presente ley, con independencia del soporte en el que estén contenidas), salvo la excepciones expresamente determinadas¹⁰.

⁶ <http://www.unesco.org/new/es/sanjose/communication-information/free-and-universal-access-to-information/>

⁷ SCHIABI, Pablo. Información pública en clave de neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 13-45, jul./set. 2014.

⁸ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública**: Hábeas Data, Leyes N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y N° 18.381, de 17 de octubre de 2008. 2. ed. atual. e ampl. A.M.F.: Montevideo, 2012. p. 96.

⁹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública**: Hábeas Data, Leyes N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y N° 18.381, de 17 de octubre de 2008. 2. ed. atual. e ampl. Montevideo: A.M.F., 2012. p. 96.

¹⁰ SCHIABI, Pablo. **El Control del acceso a la información Pública y de la protección de datos personales en el Uruguay**. Universidad de Montevideo: Montevideo, 2012. p. 45 e ss.

De acuerdo a los “Los Principios del Comité Jurídico Interamericano (2008)” referidos, el derecho de acceso a la información refiere a toda información significativa, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio por los Estados.

Y en especial el principio N° 8, aplicable plenamente al objeto del presente trabajo, que dispone expresamente que *“Todo individuo debe tener el derecho de recurrir cualquier negativa u obstrucción de acceso a la información ante una instancia administrativa. También debe existir el derecho de apelar las decisiones de este órgano administrativo ante los tribunales de justicia”*.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL¹¹

A modo de repaso, referirnos a que la ley uruguaya consagra un procedimiento administrativo (artículos 13 a 18) y una acción jurisdiccional específica para el acceso a la información pública¹².

Cristina Vázquez¹³ señala que “para denominar la vía de garantía tendiente a obtener del Juez competente una decisión que permita el acceso a determinada información, se emplea la expresión *“habeas data impropio”*, reservando *“habeas data propio”* o simplemente *“habeas data”* para el caso en que la acción refiere al ejercicio del derecho a la protección de datos personales”.

El agotamiento del procedimiento administrativo de acceso a la información pública es requisito de admisibilidad de la acción de acceso a la información. En caso de que se concurra a la sede judicial sin haberse agotado previamente el procedimiento administrativo de acceso a la información pública, el Tribunal competente, tiene la potestad de disponer el rechazo de la acción sin sustanciarla por ser manifiestamente improcedente¹⁴.

En anteriores oportunidades hemos señalado que una de las principales innovaciones de la Ley, es la consagración de un procedimiento administrativo especial para acceder a la información pública. Vale recordar que los sujetos obligados son tanto personas públicas estatales como no estatales que no tienen un procedimiento administrativo común que rija las actuaciones propias de cada una de ellas. Por lo que, en

¹¹ SCHIAVI, Pablo. Procedimiento administrativo especial: ruta de acceso a la información pública. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 10., p. 399-423, 2014. pág. 399 e ss.

¹² SCHIAVI, Pablo. El Acceso a la Información Pública en el Uruguay. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 3., p. 393-431, 2011. p. 393 e ss.

¹³ VÁZQUEZ PEDROUZO, Cristina. El régimen jurídico del acceso a la información pública y la protección de datos personales. **Revista de Derecho y Tribunales**, Montevideo, v. 15, p.59-109, 2011. p. .86.

¹⁴ SCHIAVI, Pablo. Reflexiones a cinco años de la Ley de Acceso a la Información Pública en el Uruguay. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 9, p. 181-210, 2014. p. 181 e ss.

materia de acceso a la información pública, la ley en forma expresa viene a establecer un procedimiento administrativo especial, común a ambas.

En cuanto al procedimiento administrativo especial en materia de acceso a la información pública, simplemente recordar que se regulan expresamente: la solicitud de acceso a la información pública y sus requisitos (artículo 13); los límites del acceso a la información pública (artículo 14.); los plazos (artículo 15); la competencia para decidir (artículo 16); el acceso (artículo 17), y el silencio positivo (artículo 18), remitiéndonos al trabajo referido¹⁵.

4. HABEAS DATA IMPROPIO: ACCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

a) Generalidades

El derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública son derechos distintos pero relacionados. Tienen en común el hecho de que ambos derivan del derecho a la información, derecho que a su vez deriva del derecho a averiguar la verdad que proviene de la naturaleza específica de ser racional del hombre¹⁶.

Por esa misma razón el instrumento jurisdiccional de protección de ambos derechos suele llevar la misma denominación: *hábeas data*. Se habla de *hábeas data* propio y *hábeas data* impropio. En Uruguay son objeto de una regulación prácticamente igual con las Leyes N° 18.331 de 11 de agosto de 2008 (arts. 37 y siguientes), y N° 18.381, de 17 de octubre de 2008 (arts. 22 y siguientes)¹⁷.

La Ley N° 18.381, dedica el Capítulo V - Arts. 22 a 30- al *hábeas data* impropio, pero no recoge esa denominación. Por su artículo 22 llama a esta acción: acción de acceso a la información pública¹⁸.

A texto expreso dispone el artículo 22 de la Ley, que toda persona tendrá derecho a entablar una acción judicial efectiva que garantice el pleno acceso a las informaciones de su interés (artículo 694 de la Ley N° 16.736, de 5 de enero de 1996¹⁹).

¹⁵ SCHIAVI, Pablo. Procedimiento administrativo especial: ruta de acceso a la información pública. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 10., p. 399-423, 2014. pág. 403 e ss.

¹⁶ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública: Hábeas Data**, Leyes N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y N° 18.381, de 17 de octubre de 2008. 2. ed. atual. e ampl. Montevideo: A.M.F., 2012. p. 7.

¹⁷ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública: Hábeas Data**, Leyes N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y N° 18.381, de 17 de octubre de 2008. 2. ed. atual. e ampl. Montevideo: A.M.F., 2012. p. 7.

¹⁸ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública: Hábeas Data**, Leyes N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y N° 18.381, de 17 de octubre de 2008. 2. ed. atual. e ampl. Montevideo: A.M.F., 2012. p. 159.

¹⁹ Artículo 694.- "Las administraciones públicas impulsarán el empleo y aplicación de medios informáticos y telemáticos para el desarrollo de sus actividades y el ejercicio de sus competencias, garantizando a los

Se tratan de procesos que revisten a su vez, el carácter principal y autónomo. Son procesos constitucionales aquellos previstos expresamente por la Constitución. Pero también se consideran procesos constitucionales aquellos “especialmente destinados a tutelar principios, valores o derechos constitucionales”. Dentro de esta perspectiva no cabe duda que en Uruguay el hábeas data impropio es un proceso constitucional²⁰.

b) Procedencia

El hábeas data impropio procede cuando el organismo público que ha recibido una solicitud de acceso a la información la ha rechazado o no se expidió en los plazos legales²¹.

Al respecto el artículo 23 dispone: “la acción de acceso a la información procede contra todo sujeto obligado por la presente ley, cuando éste se negare a expedir la información solicitada o no se expidiese en los plazos fijados en la presente ley”.

En lo que refiere al tema que estamos analizando, es importante recordar lo dispuesto por la Ley en lo relativo a los plazos, competencia para decidir y acceso (artículos 16, 17 y 18)²².

Cualquier persona física o jurídica podrá formular la petición de acceso a la información en poder de los sujetos obligados. Ante la petición formulada por el interesado, el organismo requerido está obligado a permitir el acceso o, si es posible, contestar la consulta en el momento en que sea solicitado (lo cual en los hechos es imposible de que pueda suceder).

En caso contrario tendrá un plazo máximo de veinte días hábiles para permitir o negar el acceso o contestar la consulta. El plazo podrá prorrogarse, con razones fundadas y por escrito, por otros veinte días hábiles si median circunstancias excepcionales.

En la práctica ha acontecido que, ante la presentación de una solicitud de acceso a la información pública ante un sujeto obligado, éste en forma previa a pronunciarse sobre el mismo, efectúa una consulta ante el órgano de control, esto es, la Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP). Entendemos que dicha consulta y la eventual evacuación de la misma por la UAIP, a los efectos del cómputo de los plazos para el sujeto obligado, deben efectuarse dentro de los plazos legales, y que la no evacuación

administrados el pleno acceso a las informaciones de su interés”.

²⁰ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública**: Hábeas Data, Leyes N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y N° 18.381, de 17 de octubre de 2008. 2. ed. atual. e ampl. Montevideo: A.M.F., 2012. p. 165.

²¹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública**: Hábeas Data, Leyes N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y N° 18.381, de 17 de octubre de 2008. 2. ed. atual. e ampl. Montevideo: A.M.F., 2012. p. 161.

²² SCHIAVI, Pablo. Procedimiento administrativo especial: ruta de acceso a la información pública. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 10., p. 399-423, 2014. pág. 410 e ss.

de la misma, o su evacuación extemporánea, no constituyen motivo fundado para no pronunciarse sobre la solicitud en los plazos correspondientes²³.

La regla, en materia de acceso a la información pública es, valga la redundancia, permitir el acceso y, si es posible, en el mismo momento. De acuerdo a la ley que estamos analizando, la solicitud de acceso debe dirigirse al Jerarca máximo de cada organismo, quien tiene la competencia para decidir respecto de la misma en cuanto a su trámite.

El acto que resuelva sobre la petición deberá emanar del jerarca máximo del organismo o quien ejerza facultades delegadas y deberá franquear o negar el acceso a la información que obrare en su poder relativa a la solicitud en forma fundada.

Esto es, por acto administrativo, el Jerarca o quien haga sus veces, deberá pronunciarse en forma fundada respecto de la solicitud de acceso, haciendo lugar o negando el acceso a la información solicitada.

En caso de que no se haga lugar a la solicitud de acceso, la motivación del acto administrativo denegatorio es restringida y limitada al carácter reservado o confidencial de la información.

El organismo requerido sólo podrá negar la expedición de la información solicitada mediante resolución motivada del jerarca del organismo que señale su carácter reservado o confidencial, indicando las disposiciones legales en que se funde.

Aunque la Ley aquí no menciona los casos de informaciones secretas, es obvio que también aquí corresponde el rechazo de la solicitud pues es una de las excepciones previstas en el artículo 8.

Por último, se incluyen los casos en los cuales la denegación de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder, respecto de la información solicitada.

Como se percibe, esta solicitud de acceso formulada extrajudicialmente es requisito de admisibilidad de la acción en análisis²⁴.

Vencido el plazo de veinte días hábiles desde la presentación de la solicitud, si no ha mediado prórroga o vencida la misma sin que exista resolución expresa notificada al interesado, éste podrá acceder a la información respectiva, considerándose falta grave la negativa de cualquier funcionario a proveérsela, de conformidad con las previsiones de la Ley N° 17.060, de 23 de diciembre de 1998, y del artículo 31 de la presente ley.

c) Competencia

En cuanto a la competencia, se dispone que serán competentes para conocer en estas acciones:

²³ SCHIAVI, Pablo. Procedimiento administrativo especial: ruta de acceso a la información pública. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 10., p. 399-423, 2014, pág. 410 e ss.

²⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública**: Hábeas Data, Leyes N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y N° 18.381, de 17 de octubre de 2008. 2. ed. atual. e ampl. Montevideo: A.M.F., 2012. p. 161.

1. En la capital, los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, cuando la acción se dirija contra una persona pública estatal, y los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil en los restantes casos.

2. En el interior, los Juzgados Letrados de Primera Instancia a los que se haya asignado competencia en la materia.

Si bien la Ley iguala en cuanto a sus deberes y obligaciones a las personas públicas estatales y no estatales, consagra una diferencia en cuanto a los Juzgados competentes en la capital para pronunciarse respecto de la acción de acceso a la información pública, según la acción se dirija contra una persona pública estatal o no estatal²⁵.

Cabe destacar la Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1° Turno, de 2 de setiembre de 2013, en autos caratulados “COPSA C/ CND.- Acción de Acceso a la Información Pública”, donde la Sede hace lugar a la excepción de incompetencia interpuesta por la CND ya que los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo son incompetentes al tratarse de un persona de derecho público no estatal.

d) Legitimación

La legitimación activa para promover el hábeas data impropio es más amplia que en el caso del hábeas data propio. En este caso se limita al titular de los datos por sí o a través de sus representantes²⁶.

La acción de acceso a la información podrá ser ejercida por el sujeto interesado o sus representantes, ya sean tutores o curadores y, en caso de personas fallecidas, por sus sucesores universales, en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por medio de apoderado.

En el caso de personas jurídicas, la acción deberá ser interpuesta por sus representantes legales o por los apoderados designados a tales efectos.

En este caso, basta con un interés simple, ya que la Ley no exige un interés especial; simplemente dice “sujeto interesado”. Esta solución es coherente con la de los artículos 3 y 13 que asignan el derecho a acceder a la información y a solicitarla en vía administrativa respectivamente a cualquier persona sin especificar una situación jurídica subjetiva en particular²⁷.

²⁵ SCHIAVI, Pablo. **El Control del acceso a la información Pública y de la protección de datos personales en el Uruguay**. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2012. p. 68.

²⁶ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública: Hábeas Data**, Leyes N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y N° 18.381, de 17 de octubre de 2008. 2. ed. atual. e ampl. Montevideo: A.M.F., 2012. p. 160.

²⁷ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública: Hábeas Data**, Leyes N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y N° 18.381, de 17 de octubre de 2008. 2. ed. atual. e ampl. Montevideo: A.M.F., 2012. p. 160.

e) Procedimiento de primera instancia

Las acciones que se promuevan por violación a los derechos contemplados en la Ley se registrarán por las normas contenidas en los artículos que siguen al presente.

Serán aplicables en lo pertinente los artículos 14²⁸ y 15²⁹ del Código General del Proceso.

Esta remisión expresa a los criterios de interpretación e integración del C.G.P. hace que se amplíe el elenco de normas procesales que pueden ser utilizadas en el caso de este proceso³⁰.

En cuanto a la primera instancia, se dispone expresamente que salvo que la acción fuera manifiestamente improcedente³¹, en cuyo caso el tribunal la rechazará sin sustanciarla y dispondrá el archivo de las actuaciones, se convocará a las partes a una audiencia pública dentro del plazo de tres días de la fecha de la presentación de la demanda.

En dicha audiencia se oirán las explicaciones del demandado, se recibirán las pruebas y se producirán los alegatos. El tribunal, que podrá rechazar las pruebas manifiestamente impertinentes o innecesarias, presidirá la audiencia so pena de nulidad, e interrogará a los testigos y a las partes, sin perjuicio de que aquéllos sean, a su vez, repreguntados por los abogados. Gozará de los más amplios poderes de policía y de dirección de la audiencia.

En cualquier momento podrá ordenar diligencias para mejor proveer.

La sentencia se dictará en la audiencia o a más tardar, dentro de las veinticuatro horas de su celebración. Sólo en casos excepcionales podrá prorrogarse la audiencia por hasta tres días.

Las notificaciones podrán realizarse por intermedio de la autoridad policial. A los efectos del cómputo de los plazos de cumplimiento de lo ordenado por la sentencia, se dejará constancia de la hora en que se efectuó la notificación.

²⁸ Código General del Proceso, artículo 14. "Interpretación de las normas procesales.- Para interpretar la norma procesal, el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. En caso de duda se deberá recurrir a las normas generales teniendo presente los principios generales de derecho y especiales del proceso y la necesidad de preservar las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en el mismo".

²⁹ Código General del Proceso, artículo 15. "Integración de las normas procesales.- En caso de vacío legal, se deberá recurrir a los fundamentos de las leyes que rigen situaciones análogas y a los principios constitucionales y generales de derecho y especiales del proceso y a las doctrinas más recibidas, atendidas las circunstancias del caso".

³⁰ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública:** Hábeas Data, Leyes N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y N° 18.381, de 17 de octubre de 2008. 2. ed. atual. e ampl. Montevideo: A.M.F., 2012. p. 161-162.

³¹ El tribunal tiene la potestad de disponer el rechazo de la acción sin sustanciarla en caso de que sea manifiestamente improcedente. Se trataría del caso de que se concurra a la sede judicial sin haberse agotado previamente el procedimiento administrativo de acceso a la información pública.

Si de la demanda o en cualquier otro momento del proceso resultare, a juicio del tribunal, la necesidad de su inmediata actuación, éste dispondrá, con carácter provisorio, las medidas que correspondieren en amparo del derecho o libertad presuntamente violados.

f) La sentencia

La sentencia que haga lugar a la acción de acceso deberá contener:

- A. La identificación concreta de la autoridad o el particular a quien se dirija y contra cuya acción, hecho u omisión se garantice el acceso.
- B. La determinación precisa de lo que deba o no deba hacerse y el plazo por el cual dicha resolución regirá, si es que corresponde fijarlo.
- C. El plazo para el cumplimiento de lo dispuesto, que será fijado por el tribunal conforme las circunstancias de cada caso, y no será mayor de quince días corridos e ininterrumpidos, computados a partir de la notificación.

g) Procedimiento de segunda instancia

En el proceso sólo serán apelables la sentencia definitiva y la que rechaza la acción por ser manifiestamente improcedente.

El recurso de apelación deberá interponerse en escrito fundado, dentro del plazo perentorio de tres días. El tribunal elevará sin más trámite los autos al superior cuando hubiere desestimado la acción por improcedencia manifiesta, y lo sustanciará con un traslado a la contraparte, por tres días perentorios, cuando la sentencia apelada fuese la definitiva.

El tribunal de alzada resolverá en acuerdo, dentro de los cuatro días siguientes a la recepción de los autos. La interposición del recurso no suspenderá las medidas de amparo decretadas, las cuales serán cumplidas inmediatamente después de notificada la sentencia, sin necesidad de tener que esperar el transcurso del plazo para su impugnación.

En este tipo de procesos no podrán deducirse cuestiones previas, reconvenciones ni incidentes.

El tribunal, a petición de parte o de oficio, subsanará los vicios de procedimiento, asegurando, dentro de la naturaleza sumaria del proceso, la vigencia del principio de contradictorio.

Cuando se planteara la inconstitucionalidad por vía de excepción o de oficio (numeral 2 del artículo 509³² y numeral 2 del artículo 510³³ del Código General del Proceso) se procederá a la suspensión del procedimiento sólo después que el Magistrado actuante haya dispuesto la adopción de las medidas provisorias referidas en la presente ley o, en su caso, dejando constancia circunstanciada de las razones de considerarlas innecesarias.

5. ¿ACCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA INCONSTITUCIONAL?: SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA N° 185/013 DE 13 DE MARZO DE 2013

Por Sentencia N° 185/013 de 13 de marzo de 2013, la Suprema Corte de Justicia (SCJ) se pronunció sobre la constitucionalidad de la ley de acceso a la información pública, y, especialmente sobre la regulación jurídica de la acción de acceso a la información pública, hábeas data impropio.

En el caso a estudio vale señalar que se presentaron varias empresas de televisión para abonados que operan en las localidades de Canelones, Pando, Colonia, Santa Lucía, San Carlos, Chuy, Tala, Rivera, Melo, Treinta y Tres, Young y Guichón, promoviendo por vía de acción, la declaración de inconstitucionalidad de lo dispuesto en los arts. 2, 4, 13 a 18 y 25 a 31 de la Ley No. 18.381.

En este punto debemos recordar que por Sentencia No. 144/2011, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1er. Turno, en autos caratulados “Asociación de la Prensa Uruguay C/ URSEC Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones – Amparo”, se condenó a la demandada a brindar a los actores la información relativa a la cantidad de abonados a la televisión por cable de las localidades referidas, en un plazo de 15 días. El fallo referido recayó en proceso de amparo promovido en base a la Ley No. 18.381, en la que se regula el Derecho de Acceso a la Información Pública.

En relación a los arts. 25 a 31 de la Ley No. 18.381, los accionantes expresaron que

³² Código General del Proceso, artículo 509. Titulares de la solicitud. La declaración de inconstitucionalidad y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán ser solicitadas: 1° Por todo aquél que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo. 2° De oficio, por el tribunal que entendiere en cualquier procedimiento jurisdiccional. La Suprema Corte de Justicia, en los asuntos que se tramiten ante ellas, se pronunciará en la sentencia sobre la cuestión de inconstitucionalidad.

³³ Código General del Proceso, artículo 510. Acción o excepción. Cuando la declaración de inconstitucionalidad se solicitare por las personas a que se refiere el numeral 1° del artículo anterior podrá ser promovida: 1° Por vía de acción, cuando no existiere procedimiento jurisdiccional pendiente. En este caso, deberá interponerse directamente ante la Suprema Corte de Justicia. 2° Por vía de excepción o defensa, que deberá oponerse ante el tribunal que estuviere conociendo en dicho procedimiento.

Al igual que en el caso del procedimiento administrativo, los arts. 25 a 30 (que regulan el reclamo a nivel jurisdiccional), son inconstitucionales porque no prevén el emplazamiento a los particulares cuando se trata de datos personales en poder de organismos públicos. Mientras que cuando se trata de información pública (en su correcta acepción), los principios que rigen el litigio son los de publicidad y transparencia, cuando se trata de datos personales los principios son los contrarios y están protegidos por normas de rango constitucional (art. 1 de la Ley No. 18.381, citando el art. 72 de la Constitución). El particular eventualmente afectado tiene derecho a que se le convoque y pueda reclamar la consideración, por el tribunal, de los principios y reglas que protegen su información. El debido proceso está recogido directamente en los arts. 12, 18 y 66 de la Carta, pero a través del art. 72 pasa a estar protegido también por las Convenciones de Derechos Humanos que refieren al debido proceso legal, ratificadas por Uruguay, que pasan así a tener rango constitucional. Los arts. 22 a 31 de la Ley No. 18.381 son inconstitucionales por violar los arts. 12, 18 y 66 de la carta y, a través del art. 72, los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica. La inconstitucionalidad resulta tan evidente, que el legislador terminó el capítulo correspondiente previendo la existencia de acciones de inconstitucionalidad (art. 31 inc. 2 de la Ley No. 18.381). En definitiva, solicitan que previo cumplimiento de las ritualidades procesales correspondientes, se declare inconstitucional los artículos de la Ley No. 18.381 antes mencionados.

Como puede apreciarse en esta acción de declaración de inconstitucionalidad queda de manifiesto el conflicto entre derechos fundamentales y la permanente tensión que puede plantearse, como en este caso, entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección de datos personales.

Pero éste no es el punto de nuestro análisis. Lo que aquí se plantea es fruto de la no previsión a texto expreso en el articulado del emplazamiento a los particulares cuando se trata de datos personales en poder de organismos públicos.

Los accionantes lo sintetizan al expresar que

[...] son inconstitucionales porque no prevén el emplazamiento a los particulares cuando se trata de datos personales en poder de organismos públicos. Mientras que cuando se trata de información pública (en su correcta acepción), los principios que rigen el litigio son los de publicidad y transparencia, cuando se trata de datos personales los principios son los contrarios y están protegidos por normas de rango constitucional (art. 1 de la Ley No. 18.381, citando el art. 72 de la Constitución). El particular eventualmente afectado tiene derecho a que se le convoque y pueda reclamar la consideración, por el tribunal, de los principios y reglas que protegen su información [...]

Y sobre este asunto en particular debe reconocerse lo ya señalado de que no está estipulada a texto expreso la vista a los particulares terceros titulares de la información³⁴.

Aunque por aplicación de los principios generales del debido proceso administrativo (Arts. 12, 18 y 66 de la Carta, Decreto 500/991) perfectamente el organismo público que reciba la solicitud podría dar vista al tercero en caso de corresponder.

La Corporación, por unanimidad de sus integrantes naturales, desestimó la acción de declaración de inconstitucionalidad promovida al entender que “La propia Ley No. 18.331, sobre Protección de Datos Personales, contiene disposiciones que habilitan la comunicación de datos sin intervención de su titular, cuando la Ley de interés general así lo dispone (art. 17), o se recaben en función de una “obligación legal” (art. 9). El llamado principio de consentimiento no es absoluto y reconoce excepciones a texto expreso”.

En el caso, hay una Ley de interés general como lo es la Ley sobre Acceso a Información Pública, y existe un marco legal que impone deberes a empresas como las accionantes. La actividad de las empresas de cable es una actividad privada de interés público (cfme: Delpiazzo, Carlos, “Régimen jurídico de la TV para abonados en Uruguay”, Prisma No. 2, UCUDAL, pág. 94; Cagnoni, José Aníbal y Frugone Schiavone, Héctor, en consultas publicadas en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, 1994, págs.. 464 y 527-528 respectivamente). Tal naturaleza de la actividad desarrollada por las accionantes conlleva un grado de contralor y publicidad relevantes, precisamente por el interés público en juego. Por tal motivo, los operadores de cable se encuentran sometidos a un estricto contralor por la URSEC, conforme lo dispuesto por la Ley No. 17.296 (arts. 70 y ss.), en el marco del cual deben informar la cantidad de abonados.

Por otra parte, el número de abonados de una empresa de televisión por cable que obra en un registro de la autoridad reguladora, no califica ni como “dato sensible”, de acuerdo con la Ley No. 18.331, ni como dato “reservado” o “confidencial”, conforme lo dispuesto por la Ley No. 18.381.

En el punto esencial que nos interesa, la SCJ no se pronuncia sobre el fondo del asunto, al estimar que

en la medida que, los artículos cuya declaración de inconstitucionalidad se impetra, refieren al procedimiento administrativo para acceder a la información pública (arts. 13 a 18), y a la acción e acceso a la información (arts. 25 a 31), y no acreditando los actores haber iniciado procedimiento administrativo o jurisdiccional de los regulados en dichas

³⁴ SCHIAVI, Pablo. Procedimiento administrativo especial: ruta de acceso a la información pública. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 10., p. 399-423, 2014. pág. 410 e ss.

normas, carecen de legitimación activa, al no ser titulares del interés requerido para la declaración pretendida". En primer lugar, en cuanto al tema relativo a la legitimación activa, cabe tener presente que el art. 258 de la Carta y 509 del C.G.P., precisan quiénes pueden ser titulares de la solicitud al establecer que: "La declaración de inconstitucionalidad de una Ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo". Teniendo en cuenta los conceptos que vienen de señalarse, y dado que los accionantes no alegaron ni acreditaron ser parte de un procedimiento administrativo o jurisdiccional, regulado por las normas cuya declaración de inconstitucionalidad solicitan, la sola alegación de ser empresas de televisión para abonados, no traduce que las normas impugnadas les afecte en su interés directo, ni que estas le sean aplicadas en el futuro de forma inequívoca. Por consiguiente, en la medida en que los accionantes no acreditaron tener un interés directo lesionado sobre el punto, como se requiere a efectos de solicitar la declaración de inconstitucionalidad, corresponde rechazar la acción planteada.

Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, desestimó la acción de declaración de inconstitucionalidad deducida.

Nos hubiera gustado conocer la opinión de la Suprema Corte de Justicia sobre el fondo de lo planteado en cuanto a la inconstitucionalidad esgrimida de la acción de acceso a la información pública.

Sí entendemos que debería regularse a texto expreso en la Ley la puesta en conocimiento de los terceros titulares de la información en aplicación de los principios generales del debido procedimiento administrativo.

Hasta tanto eso no ocurra, ante una solicitud de acceso a la información promovida por un particular, y en el caso que dicha información esté en poder del Estado pero pertenezca a un tercero, el organismo público debería ponerlo en conocimiento del mismo previo a pronunciarse sobre la petición.

Aunque después habrá que discutir que acontece si el tercero titular de la información se opone al acceso de la misma.

Sobre el punto la Suprema Corte de Justicia (SCJ) ³⁵ ha manifestado que la ley nº 18.831 de acceso a la información pública ha salvado su primer test de constitucionalidad, según palabras del Ministro de la Suprema Corte de Justicia Dr. Ricardo Pérez Manrique en una disertación que ofreció en el marco del II Seminario Internacional de Acceso a la Información Pública realizado el 10 de abril y organizado por AGESIC: "la Ley ha salvado un primer test de constitucionalidad y en el mismo año un Tribunal Civil ha aplicado la ley conforme a sus objetivos y principios, es decir el predominio del acceso

³⁵ Disponible en: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/historico-de-noticias/841-ministro-perez-manrique-sostuvo-que-la-ley-de-acceso-a-la-informacion-publica-salvo-su-primer-test-de-constitucionalidad.html>>.

público a la información frente a los intereses de particulares o de la propia organización estatal [...].”

6. CASO PRÁCTICO EL PAÍS C/ ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE EDUCACIÓN PÚBLICA (ANEP): DATOS DEL MONITOR EDUCATIVO DE PRIMARIA Y SECUNDARIA COMO INFORMACIÓN PÚBLICA³⁶

En este Capítulo haremos referencia al primer *“leading case”* en sede de información pública en nuestro país, que tuvo amplia repercusión a lo largo del año 2013 en todos los medios de comunicación y en la opinión pública.

El proceso se inició en marzo de 2013 con el pedido del Suplemento Qué Pasa de El País³⁷, de acceder a los datos de los indicadores del monitor educativo de Primaria y de Secundaria. La solicitud inicial requería acceder a las cifras discriminadas por escuelas y liceos, bajo el amparo de la ley 18.381, de Acceso a la Información Pública.

Esto es, un medio de prensa se presenta ante la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP) para acceder la información de los monitores educativos de Primaria y Secundaria a través del procedimiento administrativo especial previsto en la Ley.

A principios de julio de 2013 la ANEP se pronuncia expresamente sobre la solicitud acogiendo parcialmente lo solicitado: esto es, permite acceder sólo a la información referida a Primaria.

Para acceder a los datos de Secundaria, el diario “El País” debió interponer la acción de acceso a la información pública ante la Justicia Competente en la medida de que la ANEP no permitió el acceso a la información de secundaria esgrimiendo que *“las cifras de Ciclo Básico eran reservadas y que no tenía las de Bachillerato”*.

El juez del caso en primera instancia, Dr. Pablo Eguren, pidió conocer, *“aunque sea, datos genéricos de los resultados en Bachillerato y, al final, aparecieron las cifras de matrícula, alumnos aprobados y repetidores del último ciclo liceal”*.

La negativa de la ANEP tenía como fundamento central que los datos solicitados *“podían generar “discriminación o estigmatización” de los centros educativos”*.

Sin embargo, el juez Eguren entendió que los argumentos planteados por la ANEP *“no eran correctos y obligó al principal órgano de la educación a difundir los datos. El organismo no se dio por satisfecho con tal respuesta y por lo tanto apeló la sentencia, aunque de nuevo obtuvo un fallo contrario”*.

³⁶ SCHIAVI, Pablo. Procedimiento administrativo especial: ruta de acceso a la información pública. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 10., p. 399-423, 2014, pág. 410 e ss.

³⁷ Disponible en: <<http://www.elpais.com.uy/informacion/justicia-rechazo-apelacion-anep-obliga.html>>.

Lo interesante de este proceso fue que tuvieron lugar, todas y cada una de las instancias procedimentales previstas en la Ley, ya que la ANEP apeló la sentencia del Dr. Pablo Eguren y la decisión final sobre el asunto recayó en segunda instancia en Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno³⁸.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno se expidió en contra de la ANEP, y *“en un fallo por demás contundente obligó a dar los datos. A la misma vez, defendió la importancia del acceso a la información pública”*³⁹.

La respuesta del Tribunal comienza recordando que la ANEP planteó que la ley le impide dar la información requerida para evitar cualquier forma de “estigmatización y discriminación de estudiantes, docentes o instituciones”, y también dijo que “no se trata de información reservada ni confidencial sino que hay un claro impedimento legal para proporcionarla”⁴⁰.

Sin embargo, contesta que *“la Sala no comparte el enfoque de la apelante (ANEP) y habrá de confirmar la recurrida por diferentes razones”*. Así, pasa a explicar que no es válido señalar en este caso que el hecho de que la información pueda generar discriminación, represente una excepción frente al derecho a la información.

El Tribunal dijo no entender que se establezca esa excepción porque, en primer lugar, las excepciones a la información pública *“son de interpretación estricta y comprenden aquellas que la ley define como secretas o exceptuadas, lo cual no es el caso”* de lo planteado por la ley específica de protección de datos en el área de la educación.

El fallo afirma que el primer error en el que se incurre es *“extraer de una directiva dirigida al Instituto Nacional de Evaluación Educativa una pretendida excepción al derecho de acceso a la información”*.

También señala: *“No puede soslayarse que no se ha demostrado que la difusión pública de la información que se pide responda al propósito o tenga necesariamente el efecto que le atribuye la apelante”*.

“El conocimiento de la cantidad de estudiantes de cada liceo y las cantidades o porcentajes de aprobados y de reprobados carece de aptitud para provocar discriminación o estigmatización”, dice el fallo. Además añade que para que eso ocurra *“no basta dar información que es oficial y se supone es objetiva y veraz”*.

En la misma línea, se afirma que *“no hay elementos para presumir que la información se pida con ese propósito, ni puede negarse información que es pública. (...) Tampoco puede afirmarse con la certeza necesaria que esa información va a perjudicar injustificadamente a ciertos liceos, como sostiene la apelante”*, expresa el texto.

³⁸ Disponible en: <<http://www.elpais.com.uy/informacion/anep-se-nego-nuevo-brindar.html>>.

³⁹ Disponible en: <<http://www.elpais.com.uy/informacion/justicia-rechazo-apelacion-anep-obliga.html>>.

⁴⁰ Disponible en: <<http://brecha.com.uy/index.php/politica-uruguaya/2794-golpe-a-una-cultura-institucional>>.

Es muy importante destacar asimismo en el fallo del Tribunal de Apelaciones las consideraciones efectuadas sobre la libertad de prensa y el derecho a la información, pilares fundamentales del derecho de acceso a la información pública a los cuales hemos hecho referencia al inicio del presente trabajo⁴¹⁴².

La sentencia realiza una extensa defensa del derecho a acceder a la información pública y también destaca el papel que cumplen los medios de comunicación al establecer que

La posibilidad de que el periodista o el medio de comunicación hagan un uso indebido de la información, no habilita a las autoridades requeridas a negarse a informar”, dice el fallo, que también expresa que el derecho a la información pública “no requiere justificar las razones por las que se solicita.

No puede olvidarse que el derecho de acceder a la información pública y de informar públicamente es uno de los derechos fundamentales más importantes para un Estado republicano, democrático y de derecho, por lo que tiene rango constitucional”, expresó el Tribunal de Apelaciones. El fallo recuerda que la Suprema Corte de Justicia “tiene dicho” que “tanto el derecho a la información como la libertad de prensa son derechos tan trascendentes que pueden ser ubicados en un plano superior al de otros derechos civiles pues de ello depende la estructura de las relaciones entre el poder y la libertad.

De acuerdo al Diario El Observador, “con los datos conseguidos hasta ahora, se supo cuáles son los resultados de las escuelas de Montevideo, además del promedio de repetición en Bachillerato, que en la capital fue de 52% y en todo el país 44%. También que en 6to de liceo repite casi el 60% y 6.841 alumnos terminaron segundo ciclo en 2012”.

Pequeñas reflexiones sobre el caso a estudio. En primer lugar, me pregunto: ¿Si los datos de los indicadores del monitor educativo de Primaria y de Secundaria de la ANEP no son información pública?: ¿qué es información pública? En segundo lugar, debe destacarse que fue el primer caso en nuestro país donde se cumplieron todas las instancias procedimentales previstas en la Ley. Y por último, quedaron de manifiesto las dificultades para acceder a información pública en determinadas reparticiones oficiales.

Al finalizar este trabajo tomamos conocimiento que

la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP) trabaja en un cambio de política respecto a la divulgación de los indicadores educativos (asistencia, repetición, abandono) de los distintos subsistemas (Primaria, Secundaria y UTU), informaron a El

⁴¹ Disponible en: <<http://www.espectador.com/sociedad/236799/anep-instada-a-publicar-cuales-escuelas-tienen-habilitacion>>.

⁴² Disponible en: <http://www.uruguaytransparente.org.uy/index.php?option=com_content&view=article&id=30:what-languages-are-supported-by-joomla-15&catid=32:languages&Itemid=47>.

Observador fuentes del organismo. El Consejo de Educación Inicial y Primaria (CEIP) presentó ayer la nueva página de su Monitor Educativo, plataforma donde cualquier ciudadano puede acceder a estos datos y tendencias, desde el año 2002, discriminados por centros educativos. En la presentación, el director general de Primaria, Héctor Florit manifestó que el cambio de política se debió a un fallo judicial del año pasado que había obligado a la ANEP a hacer públicos estos datos.⁴³

Hasta el 2013, la ciudadanía no tenía acceso a estos datos discriminados por centros educativos. Sin embargo, el fallo judicial al cual hemos hecho referencia –a raíz de un pedido de acceso a la información promovido por El País– sentó un precedente y en él se basan las autoridades hoy para comenzar a divulgar los indicadores educativos discriminados de acuerdo a cada centro, año tras año.

Cuadro Diario El País C/ ANEP Información Pública

Sujeto activo	Suplemento Qué Pasa Diario El País
Sujeto Pasivo	Administración Nacional de Educación Pública (ANEP)
Sitio Web	www.anep.edu.uy/
Descripción clara de la información requerida	Los datos de los indicadores del monitor educativo de Primaria y de Secundaria. La solicitud inicial requería acceder a las cifras discriminadas por escuelas y liceos
Transparencia Activa	Al día de la solicitud no figuraba lo solicitado en la Web de la ANEP
Transparencia Pasiva	Corresponde presentar solicitud de acceso a la información pública
Procedimiento Administrativo Especial	Ante la ANEP
Competencia para decidir	ANEP
Plazo para decidir	20 días hábiles (más prórroga en caso de proceder)
Acto administrativo del sujeto obligado	Permite acceso “parcial” a lo solicitado: se limita sólo a “la información de Primaria”. La ANEP primero dijo que las cifras de Ciclo Básico eran reservadas y que no tenía las de Bachillerato.

⁴³ Disponible en: <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/285157/-anep-cambia-politica-y-publicara-datos-educativos-por-centros/>>.

Acción de acceso a la información pública	Justicia competente
Procedimiento de primera instancia /Sentencia: Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo	El juez del caso, Pablo Eguren, pidió conocer, aunque sea, datos genéricos de los resultados en Bachillerato y, al final, aparecieron las cifras de matrícula, alumnos aprobados y repetidores del último ciclo liceal. Sin embargo, el juez Eguren entendió que los argumentos planteados por la ANEP no eran correctos y obligó al principal órgano de la educación a difundir los datos. El organismo no se dio por satisfecho con tal respuesta y por lo tanto apeló la sentencia, aunque de nuevo obtuvo un fallo contrario.
Procedimiento de segunda instancia/ Sentencia: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno	Se expidió en contra de la ANEP, y en un fallo por demás contundente obligó a dar los datos. A la misma vez, defendió la importancia del acceso a la información pública y de la libertad de prensa.

7. CASO PRÁCTICO “ARATIRI”: DATOS DEL EXPEDIENTE RELATIVO A LA MINERA ARATIRI SOBRE EL PROYECTO VALENTINES DE EXTRACCIÓN Y BENEFICIAMIENTO DE MINERAL DE HIERRO COMO INFORMACIÓN PÚBLICA.

Vamos a hacer referencia en este capítulo a uno de los casos de acceso a la información pública que mayor repercusión pública ha tenido en los últimos meses en Uruguay.

En esta oportunidad se presenta el Sr. Víctor Bachetta ante el Ministerio de Industria, Energía y Minería (MIEM) a los efectos de solicitar al amparo de la Ley de acceso a la información pública, la información contenida en el expediente relativa a los informes técnicos presentados por Minería Aratirí SA sobre el proyecto Valentines de Extracción y Beneficiamiento de Mineral de Hierro localizado en los Departamentos de Durazno, Florida, Treinta y Tres, Lavalleja y Rocha.

La solicitud se presentó ante el MIEM – DIRECCION NACIONAL DE MINERIA Y GEOLOGIA. Se formó expediente administrativo y con fecha 24/7/2014 la Asesoría Jurídica dictó informe en el que sugiere no acceder a lo solicitado fundado en la resolución de la Dirección Nacional de Minería y Geología Nro 122/2013 del 552013 por la cual se

declara confidencial la totalidad de la información contenida en el expediente relativa a los informes técnicos presentados por Minería Aratirí SA.

La Dirección Nacional de Minería y Geología (MIEM) entiende que no se puede acceder a lo solicitado ya que por acto administrativo se declaró confidencial la totalidad de la información contenida en el expediente relativa a los informes técnicos presentados por Minería Aratirí SA.

De acuerdo con el art. 26 de la Ley 19.126 en supuestos de proyectos de minería de gran porte la clasificación de información compete al MVOTMA o al MIEM, no es competencia de DINAMIGE declarar confidencial la información.

El MIEM no ha contestado la solicitud realizada al amparo de la Ley 18.381, por lo tanto, ha operado “silencio positivo” establecido en el art. 18 de la Ley 18.381 con las consecuencias jurídicas que la norma establece, esto es, en los hechos se ha agotado el procedimiento administrativo especial, razón por la cual, los interesados promueven la acción de acceso a la información pública ante la justicia competente.

En audiencia, los representantes del Ministerio de Industria, Energía y Minería (MIEM) declaran que en el expediente cuyo acceso se peticionaba existía la resolución 122/13 del 1552013 por la que se declaraba confidencial la totalidad de la información contenida en el mismo y relativa a informes técnicos presentados por la Minera Aratirí SA.

Al respecto cabe recordar que oportunamente analizamos⁴⁴ la correlación existente entre la N° 19.126 de 11 de setiembre de 2013, regulatoria de la Minería de Gran Porte y la Ley N° 18.381 de 17 de octubre de 2008, de Acceso a la Información Pública, teniendo presente la consagración de disposiciones relativas a la información confidencial y reservada en sede de los procedimientos de contratación para la celebración de contratos de explotación de minería de gran porte – entre otras disposiciones-, que suponen límites al acceso a la información pública.

El Artículo 26 de la Ley N° 19.126 de 11 de setiembre de 2013 consagra previsiones especiales relativas a la información de carácter reservado o confidencial. Establece que

El titular del proyecto de Minería de Gran Porte podrá solicitar al Poder Ejecutivo, respecto a la información que ponga en conocimiento de este, la declaración de carácter reservado o confidencial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 16.466, de 19 de enero de 1994, y en los artículos 8°, 9° y 10 de la Ley N° 18.381, de 17 de octubre de 2008. El Ministerio de Industria, Energía y Minería, en acuerdo con el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, y en función de sus competencias respectivas, resolverá sobre la pertinencia de considerar dichos datos de carácter

⁴⁴ SCHIAVI, Pablo. Límites al acceso a la información pública en la minería de gran porte. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 9, p. 381-395, 2014. p. 381 e ss.

reservado o confidencial bajo resolución fundada. Aquellos datos que así se consideren se deberán presentar en documento separado. En ningún caso podrá ser considerada de carácter confidencial o reservada la información relacionada a los aspectos ambientales del proyecto.

Al respecto se dispone que el titular del proyecto de Minería de Gran Porte podrá solicitar al Poder Ejecutivo, respecto a la información que ponga en conocimiento de este, la declaración de carácter reservado o confidencial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 16.466, de 19 de enero de 1994, y en los artículos 8°, 9° y 10 de la Ley N° 18.381, de 17 de octubre de 2008⁴⁵.

El Ministerio de Industria, Energía y Minería, en acuerdo con el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, y en función de sus competencias respectivas, resolverá sobre la pertinencia de considerar dichos datos de carácter reservado o confidencial bajo resolución fundada. Esto los ministerios competentes valorarán la reserva y/o confidencialidad solicitadas y deberá pronunciarse en forma fundada sobre si corresponde o no limitar del conocimiento público dicha información con la única excepción de que en ningún caso podrá ser considerada de carácter confidencial o reservada la información relacionada a los aspectos ambientales del proyecto. En consecuencia la información relacionada a los aspectos ambientales del proyecto siempre será pública y de acceso público no pudiendo ser objeto de resolución alguna que le otorgue carácter reservado y/o confidencial. Aquellos datos que se consideren reservados o confidenciales se deberán presentar en documento separado, lo cual sigue en líneas generales lo previsto en la Ley de Acceso a la Información Pública y decretos reglamentarios⁴⁶.

En primera instancia, por Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2° Turno de 10 de noviembre de 2014, se dispuso que corresponde en definitiva establecer la procedencia de la especial acción prevista en la ley 18.381 sobre acceso a la información pública disponiendo que el sujeto obligado brinde acceso al expediente Nro. 2904/2011 relativo a la Minera Aratirí sobre el Proyecto Valentines de Extracción y Beneficiamiento de Mineral de Hierro en el entendido de que *"Indudablemente el acceso a la información pública es un derecho humano fundamental de expreso reconocimiento por la legislación nacional y por el sistema internacional de derechos humanos como se verá, que debe ser objeto de especial tutela cuando su limitación por razones excepcionales, no se encuentra debidamente justificada"*.

⁴⁵ SCHIAVI, Pablo. Límites al acceso a la información pública en la minería de gran porte. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 9, p. 381-395, 2014. p. 381 e ss.

⁴⁶ SCHIAVI, Pablo. Límites al acceso a la información pública en la minería de gran porte. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 9, p. 381-395, 2014. p. 381 e ss.

En Segunda Instancia, por Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno de 5 de diciembre de 2014, se afirma que

El ordenamiento jurídico hace prevalecer el derecho a la información por sobre la morosidad de la Administración en pronunciarse. La configuración del silencio positivo no apareja la consecuencia automática del amparo del accionamiento promovido, porque como se ha sostenido “configurado el denominado silencio positivo, ello no autoriza sin más el amparo automático, por la sola constatación del vencimiento del plazo, en tanto el Tribunal llamado a intervenir, en ejercicio de su poder deber jurisdiccional, habrá de aplicar la normativa al caso concreto, determinando si se configuran los supuestos legales de la pretensión movilizadora, en tanto es claro que no se trata de un mero homologador, máxime cuando la propia ley dispone en qué casos la información no ha de ser brindada.

Pues bien, aplicando dicho proceso al caso de autos, se observa que, frente al derecho de acceso a la información pública, se encuentra en juego el derecho de la empresa a la reserva de su información confidencial. Sin embargo, en la medida en que se ignora qué tipo de información es la resguardada mal puede continuarse con el examen, ya que ello debe ser realizado en base a las circunstancias de cada caso; circunstancias éstas que ser ignoran en virtud de la vaga fórmula empleada por la Administración al momento del dictado de la resolución 122/2013.

En consecuencia, el Tribunal de Apelaciones entiende que debe primar el principio general que garantiza el derecho fundamental de acceso a la información pública por sobre la pretendida excepción no justificada en el caso y confirmarse la recurrida en tanto hizo lugar la demanda.

Cuadro Bachetta, Víctor C/ MIEM Información Pública

Sujeto activo	Víctor Bachetta
Sujeto Pasivo	Ministerio de Industria, Energía y Minería (MIEM)
Sitio Web	www.miem.gub.uy
Descripción clara de la información requerida	<i>Expediente 2904 Minera Aratirí sobre el proyecto Valentines de Extracción y Beneficiamiento de Mineral de Hierro localizado en los Departamentos de Durazno, Florida, Treinta y Tres, Lavalleja y Rocha</i>

Transparencia Activa	Al día de la solicitud no figuraba lo solicitado en la Web del MIEM
Transparencia Pasiva	Corresponde presentar solicitud de acceso a la información pública
Procedimiento Administrativo Especial	Ante el MIEM
Competencia para decidir	MIEM
Plazo para decidir	20 días hábiles (más prórroga en caso de proceder)
Acto administrativo del sujeto obligado	No acceder a lo solicitado fundado en la resolución de la Dirección Nacional de Minería y Geología por la cual se declara confidencial la totalidad de la información contenida en el expediente relativa a los informes técnicos presentados por Minería Aratirí SA. De acuerdo con el art. 26 de la Ley 19.126 en supuestos de proyectos de minería de gran porte la clasificación de información como comercial compete al MVOTMA o al MIEM, no es competencia de DINAMIGE declarar confidencial la información. Al día de la fecha el MIEM no ha contestado la solicitud realizada al amparo de la Ley 18.381, por lo tanto, ha operado “silencio positivo” establecido en el art. 18 de la Ley 18.381.
Acción de acceso a la información pública	Justicia competente
Procedimiento de primera instancia /Sentencia: Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo	Indudablemente el acceso a la información pública es un derecho humano fundamental de expreso reconocimiento por la legislación nacional y por el sistema internacional de derechos humanos como se verá, que debe ser objeto de especial tutela cuando su limitación por razones excepcionales, no se encuentra debidamente justificada

<p>Procedimiento de segunda instancia/ Sentencia: Tribunal de Apelaciones en lo Civil</p>	<p>El ordenamiento jurídico hace prevalecer el derecho a la información por sobre la morosidad de la Administración en pronunciarse.</p> <p>La configuración del silencio positivo no apareja la consecuencia automática del amparo del accionamiento promovido. Debe primar el principio general que garantiza el derecho fundamental de acceso a la información pública por sobre la pretendida excepción no justificada en el caso y confirmarse la recurrida en tanto hizo lugar la demanda.</p>
--	--

8. CASO PRÁCTICO “EL GUARDIÁN”: INFORMACIÓN SOBRE EL NUEVO SISTEMA DE VIGILANCIA E INTERCEPTACIÓN DE TELECOMUNICACIONES COMO INFORMACIÓN PÚBLICA.

Con respecto a este caso, vamos adetenernos brevemente en la descripción de “El Guardián” para luego hacer referencia a los procedimientos administrativos y judiciales seguidos para acceder a la información relativa al mismo.

De acuerdo a informaciones difundidas en medios de prensa, el Ministerio del Interior y las empresas de telecomunicaciones comenzaron a realizar las primeras pruebas de funcionamiento de “El Guardián”, el moderno equipo de espionaje que permitirá intervenir llamadas telefónicas y mails a través de la última tecnología. El sistema permite seguir en forma simultánea el tráfico de 800 celulares y 200 teléfonos fijos, y puede monitorear correos electrónicos y redes sociales.⁴⁷

“La operación de compra debe mantenerse en secreto”, sostiene la resolución presidencial que habilitó la adquisición por parte del Ministerio del Interior de compleja tecnología que dotará a las autoridades de una capacidad inexistente hasta el momento para sistematizar y analizar, al amparo de órdenes judiciales, la información surgida de la vigilancia de llamadas telefónicas, correos electrónicos, redes sociales y blogs⁴⁸.

Mientras en el mundo a la luz del caso Snowden (el exagente que reveló espionaje ilegal del gobierno de los Estados Unidos) se debate la capacidad de los gobiernos para vigilar a sus ciudadanos en internet, el equipo comprado en Brasil y denominado El Guardián WEB, permite que al mismo tiempo 30 personas accedan a la vigilancia en

⁴⁷ Disponible en <<http://www.elobservador.com.uy/el-guardian-espiara-enero-mails-y-celulares-n289757>>.

⁴⁸ Disponible en <<http://www.elpais.com.uy/informacion/gobierno-compro-guardian-espiar-llamadas-correos.html>>.

tiempo real del tráfico que generan hasta 800 celulares y 200 teléfonos fijos. También habilita a crear cuentas espejo de hasta 100 suscripciones de e-mails y el monitoreo de hasta tres redes sociales^{49,50}

Con fecha 9 de marzo de 2015 se promovió una acción de acceso a la información pública contra el Ministerio del Interior sobre el nuevo sistema de vigilancia e interceptación de telecomunicaciones “El Guardián”, para saber la utilización del nuevo sistema y el conocimiento de las garantías que se prevén a efectos de resguardar el derecho a la privacidad de todas las personas.

En cuanto al procedimiento administrativo especial, simplemente destacar que no se obtuvo respuesta, por lo que se configuró el silencio positivo dispuesto en el art. 18º de la ley 18.381, razón por la cual se interpone la acción de acceso a la información pública.

Notificada la demanda y realizada la audiencia, el Ministerio del Interior contestó acerca de los presupuestos del accionamiento de la ley 18.381 y que en el caso no se dan porque hizo referencia al art. 12º porque la información solicitada está calificada como secreta y en el caso concreto como reservada.

Así lo entendió por el art. 33 del TOCAF y el Tribunal de Cuentas cuando aprobó sin observaciones el procedimiento de compra. Citó doctrina acerca del derecho a la seguridad y el art. 7º de la Constitución, así como la ley 18.494 del año 2009 sobre la búsqueda de mejores tecnologías para el “control y prevención de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo” y el art. 5º que transcribió. Citó el decreto 452/2009 acerca de las políticas de seguridad. Entendió que no se configuró el silencio positivo, dado que ante la solicitud de la actora ante el Ministerio el decreto 500/91 exige conferir vista. Se confirió la vista, la que no fue evacuada por la actora.

La demandada ha probado de acuerdo a la contestación de la demanda y la documentación que aportó consistente en la compra directa por excepción Nº 15/2013 amparada en el literal c del art. 33 numeral 8 del decreto 150/012 (TOCAF) que se vincula al art. 482 de la ley 15.903 en el literal H, así como en las resoluciones adoptadas por el Tribunal de Cuentas de 26/6/2013 que la operación de la compra directa por excepción Nº 15/2013 para el suministro de una solución GUARDIAO WEB para la interceptación de comunicaciones para la Secretaría de Estado en el resultando 1º “que la compra se ampara en el literal C del art. 33 numeral 8 del TOCAF, circunstancias que exigen que la operación deba mantenerse en secreto”. El Tribunal aprobó el gasto sin observaciones.

⁴⁹ Disponible en: <<http://www.elpais.com.uy/informacion/gobierno-compro-guardian-espiar-llamadas-correos.html>>.

⁵⁰ Ver: SCHIAVI, Pablo. La protección de los datos personales en las redes sociales. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 145-178, abr./jun. 2013.

En Primera Instancia, por Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1° Turno de 13 de marzo de 2015, se encuentra entonces que

la información solicitada por la accionante, se encuentra comprendida en los arts. 8º, 9º, 10º de la ley 18.381. El “silencio positivo” no autoriza sin más al juez a disponer que se informe según lo pedido y la resolución administrativa denegatoria expresa que recayó más tarde, expresa que la información.... es confidencial, por lo que de acuerdo al art. 10º de la ley 18.381 se justifica la decisión denegatoria....” (TAC 1er. Turno). En este tipo de acciones debe de analizarse la licitud del pedido.

En Segunda Instancia, por Sentencia del TAC 5º Turno de 21 de abril de 2015, se esgrime que

parece obvio que el secreto de la operación de adquisición del sistema operativo “guardián”, avalado por el Tribunal de Cuentas, radica no solamente en la compra en sí misma (que, incidentalmente, no fue oculta) sino que también alcanza a las características técnicas del producto adquirido, por simples razones de seguridad y protección de los derechos de todos los habitantes que se busca tutelar mediante la prevención y represión de ilícitos, a través del empleo de instrumentos como el adquirido.

El Tribunal es conteste en señalar que

se trata de un instrumento para el combate del delito y la difusión pública de sus fortalezas y debilidades podría frustrar el empleo en esa tarea, dejándola librada a la actividad de “hackers” y/o personas que ilegítimamente pretendan obstaculizar o impedir investigaciones o represiones sometidas a control jurisdiccional, como bien expuso la parte demandada, con apoyo en normativa legal y administrativa específica (Decreto del PE 452/2009, resolución adjunta a la contestación de 30/7/2012 en asunto 7988/2012).

A juicio del Tribunal, la sentencia apelada no vulnera el derecho al acceso a la información que postula la parte actora y por ello correctamente desestimó la demanda, lo cual determina la confirmatoria por la Sala.

Cuadro Da Rosa Pérez, Tania C/ Ministerio del Interior Información Pública

Sujeto activo	Tania Da Rosa Pérez
Sujeto Pasivo	Ministerio del Interior (MI)
Sitio Web	www.minterior.gub.uy

Descripción clara de la información requerida	Nuevo sistema de vigilancia e interceptación de llamadas El Guardián
Transparencia Activa	Al día de la solicitud no figuraba lo solicitado en la Web del MI
Transparencia Pasiva	Corresponde presentar solicitud de acceso a la información pública
Procedimiento Administrativo Especial	Ante el Ministerio del Interior
Competencia para decidir	Ministerio del Interior
Plazo para decidir	20 días hábiles (más prórroga en caso de proceder)
Acto administrativo del sujeto obligado	<p>La información solicitada está calificada como secreta y en el caso concreto como reservada.</p> <p>Así lo entendió por el art. 33 del TOCAF y el Tribunal de Cuentas cuando aprobó sin observaciones el procedimiento de compra. Citó doctrina acerca del derecho a la seguridad y el art. 7º de la Constitución, así como la ley 18.494 del año 2009</p> <p>sobre la búsqueda de mejores tecnologías para el "control y prevención de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo" y el art. 5º que transcribió. Citó el decreto 452/2009 acerca de las políticas de seguridad</p>
Acción de acceso a la información pública	Justicia competente
Procedimiento de primera instancia /Sentencia: Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo	Se encuentra entonces que la información solicitada por la accionante, se encuentra comprendida en los arts. 8º, 9º, 10º de la ley 18.381. El "silencio positivo" no autoriza sin más al juez a disponer que se informe según lo pedido.

<p>Procedimiento de segunda instancia/ Sentencia: Tribunal de Apelaciones en lo Civil</p>	<p>Parece obvio que el secreto de la operación de adquisición del sistema operativo “guardián”, avalado por el Tribunal de Cuentas, radica no solamente en la compra en sí misma (que, incidentalmente, no fue oculta) sino que también alcanza a las características técnicas del producto adquirido, por simples razones de seguridad y protección de los derechos de todos los habitantes que se busca tutelar mediante la prevención y represión de ilícitos, a través del empleo de instrumentos como el adquirido.</p> <p>Confirmase la sentencia apelada, sin especial condena en costas ni costos de la alzada.</p>
--	---

9. CASO PRÁCTICO “PUERTO DE AGUAS PROFUNDAS”: INFORMACIÓN SOBRE EL PROYECTO Y VIAJES AL EXTRANJERO DE COMISIÓN INTERMINISTERIAL

En marzo de 2015, se promueve un procedimiento administrativo ante la Corporación Nacional para el Desarrollo (CND), a los efectos de solicitar información sobre el Proyecto del Puerto de Aguas Profundas y sobre los viajes al extranjero de los integrantes de una comisión interministerial que funcionaba en la órbita del mismo, en el período comprendido entre el 15 de noviembre de 2012 y el 28 de febrero de 2015⁵¹.

Los actores explicaron que a la comisión *“oficialmente, se le asignaron US\$ 700.000 solo para los estudios que pretendía llevar a cabo pero, si se agregan otros gastos incurridos en sus actividades, se debe haber pasado fácilmente el millón de dólares”*.

La CND respondió el pedido con una carta fechada el 19 de mayo que lleva la firma de su vicepresidente Pablo Gutiérrez y del director Carlos Camy. En ella se señala que en un convenio firmado en agosto de 2012 entre el Ministerio de Trabajo y la CND para establecer la modalidad en la que se realizarían los estudios se estableció *“la confidencialidad de toda la información a la que CND tenga acceso para el cumplimiento del mismo”*.

En consecuencia, en sede administrativa, la solicitud de los ambientalistas realizada, al amparo de la ley 18.381 de acceso a la información pública, fue denegada.

⁵¹ <http://www.elpais.com.uy/informacion/gobierno-nego-datos-estudios-puerto.html>

**Cuadro Bachetta, Víctor C/ Corporación Nacional para
el Desarrollo (CND) Información Pública**

Sujeto activo	Víctor Bachetta
Sujeto Pasivo	Corporación Nacional para el Desarrollo (CND)
Sitio Web	www.cnd.org.uy
Descripción clara de la información requerida	Estudios sobre el puerto de aguas profundas y gastos de la Comisión Interministerial
Transparencia Activa	Al día de la solicitud no figuraba lo solicitado en la Web de la CND.
Transparencia Pasiva	Corresponde presentar solicitud de acceso a la información pública
Procedimiento Administrativo Especial	Ante la CND
Competencia para decidir	CND
Plazo para decidir	20 días hábiles (más prórroga en caso de proceder)
Acto administrativo del sujeto obligado	La CND respondió el pedido con una carta fechada el 19 de mayo de 2015 argumentando que en un convenio firmado en agosto de 2012 entre el MTSS y la CND para establecer la modalidad en la que se realizarían los estudios se estableció "la confidencialidad de toda la información a la que CND tenga acceso para el cumplimiento del mismo"
Acción de acceso a la información pública	Justicia competente
Procedimiento de primera instancia / Sentencia: Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil	¿?
Procedimiento de segunda instancia/ Sentencia: Tribunal de Apelaciones en lo Civil	¿?

10. CONCLUSIONES

El “secreto de Estado” en tanto regla ante el acceso a la información pública tiende a desaparecer con el triunfo del neoconstitucionalismo que nos hace ver el ordenamiento jurídico desde la óptica de los derechos humanos.⁵²

Hemos estudiado *la acción de acceso a la información pública* desde el punto de vista teórico y práctico, en tanto *proceso de rango constitucional*, señalando la importancia de que rige por igual a personas públicas estatales y no estatales, de que su nota característica es la celeridad que se quiere imprimir con plazos procesales relativamente breves, y hemos puesto énfasis en la necesidad de poner en conocimiento a terceros titulares de la información, instancia no prevista en la Ley.

En los principales pronunciamientos judiciales que hemos repasado, debemos destacar que el Poder Judicial no ha sido ajeno a la importancia del acceso a la información pública y el ejercicio de un derecho humano fundamental, lo que no necesariamente implica que las sentencias sean siempre favorables a las peticiones.

En tal sentido así como en el caso práctico “Aratirí” que hemos analizado, la justicia se pronunció a favor del acceso a la información; en el caso “El Guardián” primó el secreto y la reserva del nuevo sistema de vigilancia de telecomunicaciones por sobre la publicidad del mismo.

Entendemos que el verdadero problema al cual asistimos hoy en día no es que exista información secreta, reservada o confidencial, - siempre existió información de este tipo- en la medida de que es lógico que determinada información no sea de acceso público; sino que radica fundamentalmente en la falta de fundamentación y motivación de tales límites a la información pública, en el entendido de que no alcanza con decir que no podemos acceder a determinada información porque es secreta, reservada o confidencial, tenemos que decir porque es secreta, reservada o confidencial.

11. REFERENCIAS

DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.) **Protección de Datos Personales y Acceso a la Información Pública**. Montevideo: Instituto de Derecho Informático, 2009.

⁵² Sobre los impactos del neoconstitucionalismo y de los derechos humanos en el Derecho Público contemporáneo, ver: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. En torno al neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 33-72, abr./jun. 2010; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40512>; DELPIAZZO, Carlos E. La Constitución como fuente principal del Derecho Administrativo uruguayo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 73-92, abr./jun. 2010; DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 7-32, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>.

DELPIAZZO, Carlos E. A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso. In: DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.) **Protección de Datos Personales y Acceso a la Información Pública**. Instituto de Derecho Informático: Montevideo, 2009.

DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p.7-32, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>.

DELPIAZZO, Carlos E. La Constitución como fuente principal del Derecho Administrativo uruguayo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 73-92, abr./jun. 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública**: Hábeas Data, Leyes N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y N° 18.381, de 17 de octubre de 2008. 2. ed. atual. e ampl. Montevideo: A.M.F., 2012.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. En torno al neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 33-72, abr./jun. 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40512>

SCHIAVI, Pablo. El Acceso a la Información Pública en el Uruguay. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 3., p. 393-431, 2011.

SCHIAVI, Pablo. **El Control del acceso a la información Pública y de la protección de datos personales en el Uruguay**. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2012.

SCHIAVI, Pablo. Información pública en clave de neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 13-45, jul./set. 2014.

SCHIAVI, Pablo. La protección de los datos personales en las redes sociales. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 145-178, abr./jun. 2013.

SCHIAVI, Pablo. Límites al acceso a la información pública en la minería de gran porte. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 9, p. 381-395, 2014.

SCHIAVI, Pablo. Procedimiento administrativo especial: ruta de acceso a la información pública. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 10., p. 399-423, 2014.

SCHIAVI, Pablo. Reflexiones a cinco años de la Ley de Acceso a la Información Pública en el Uruguay. **Estudios de Derecho Administrativo**, Montevideo, v. 9, p. 181-210, 2014.

VÁZQUEZ PEDROUZO, Cristina. El régimen jurídico del acceso a la información pública y la protección de datos personales. **Revista de Derecho y Tribunales**, Montevideo, v. 15, p.59-109, 2011.



Impactos da corrupção no direito fundamental a uma prestação jurisdicional conforme a justiça constitucional*

Impacts of corruption on the fundamental right to a fair trial in compliance to constitutional justice

ROGÉRIO GESTA LEAL**

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)
gestaleal@gmail.com

Recebido/Received: 14.02.2015 / February 14th, 2015

Aprovado/Approved: 06.03.2015 / March 6th, 2015

Resumo

O artigo aborda os impactos da corrupção sobre o direito fundamental a uma prestação jurisdicional adequada baseando-se na administração da justiça, analisando os direitos das partes envolvidas, a eficiência dos procedimentos e sua efetividade, com base na ideia de processo justo, trazendo suas vertentes conceituais normativas e pragmáticas. Ademais, demonstra a partir da análise de caso as disfunções cartorárias que ocorrem em serventias judiciais e sua relação com a corrupção, diante dos problemas relativos com a eficiência do sistema de justiça, burocracia e gestão dos tribunais e seus órgãos, evidenciando a necessidade de se fazer o mapeamento dos riscos da corrupção no Poder Judiciário.

Palavras-chave: corrupção; impactos; direito ao devido processo legal; justiça constitucional; serventias judiciais.

Abstract

The article discusses the impacts of corruption on the fundamental right to a fair trial, based in the administration of justice, by examining the rights of the parties involved, the efficiency of procedures and their effectiveness, based on the idea of due process, bringing their conceptual and pragmatic regulatory aspects. Furthermore, it demonstrates through the case law the dysfunctions that occur in registry courts and their relation with corruption, on the problems related to the efficiency of the justice system, bureaucracy and management of courts and their organs, showing the need to make the mapping of the risks of corruption in the judiciary.

Keywords: corruption; impacts; right to a fair trial; constitutional justice; registry courts.

Como citar esse artigo/How to cite this article: LEAL, Rogério Gesta. Impactos da corrupção no direito fundamental a uma prestação jurisdicional conforme a justiça constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 169-187, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44515>

* Pesquisa desenvolvida no marco do projeto internacional financiado "Prevención y lucha contra la corrupción en la contratación pública: instrumentos administrativos y penales" (Programa CAPES/DGPU de Cooperação entre Brasil e Espanha - Edital nº 40/2014), coordenado pela Universidade da Coruña-Espanha e UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul.

** Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (Santa Cruz do Sul-RS) e da UNOESC. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutor em Direitos Humanos pela Universidad de Buenos Aires. Professor Visitante da Università Tülio Ascarelli - Roma Trè, Universidad de La Coruña - Espanha e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura - ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura - ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO

1. Notas introdutórias; **2.** O direito fundamental a uma prestação jurisdicional conforme à justiça constitucional; **3.** As disfunções das cartorárias em serventias judiciais e os riscos da corrupção; **4.** Considerações finais; **5.** Referências.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendo neste texto tratar do tema que envolve os impactos da corrupção no âmbito do Direito Fundamental ao Devido Processo Legal enquanto princípio constitucional densificador da idéia de processo justo, a partir de seus contornos conceituais normativos e pragmáticos.

Para tanto vou me valer da contribuição que a doutrina estrangeira e nacional tem trazido à colação, assim como de um estudo de caso concreto que diz com as (des) funcionalidades de alguns cartórios judiciais brasileiros.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL A UMA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL CONFORME À JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

O direito a um devido processo legal e justo encontra-se estabelecido em vários dispositivos normativos nacionais e internacionais que versam sobre Direitos Humanos e Fundamentais,¹ os quais têm constituído o que se pode chamar de ampla base de sustentação disciplinadora da administração justa, efetiva e eficiente da justiça. Estes indicativos abordam a administração da justiça compreendendo nela os direitos das partes envolvidas, a eficiência dos procedimentos e sua efetividade.²

Recepcionado pelo sistema jurídico norte-americano desde o início do século XIX, somente a partir de 1856 é que o seu Judiciário (*Wynehamer v. People*, New York, 1856)³ passou a entender que o devido processo não deveria se restringir ao modo do procedimento, mas também atingir o conteúdo substantivo da legislação, entendendo-

¹ Basta ver as disposições do art.14, da Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos; os arts.6 e 7, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos; arts.8 e 9, da Convenção Americana de Direitos Humanos; art.7, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

² Note-se que a incidência desse direito não se limita aos processos que tramitam perante o Poder Judiciário, pois ele se aplica também à esfera administrativa: HUAPAYA TAPIA, Ramon A. El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 137-165, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43102>.

³ Neste sentido, pode-se dividir em três fases distintas, nos EUA, a adoção do devido processo legal, na sua concepção substantiva, a saber: a) sua ascensão e consolidação, do final do Século XIX até a década de 30; b) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; c) seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren. Para o mesmo autor, atualmente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o uso daquele vive um momento de refluxo. Neste sentido ver o texto de TRIBE, Laurence H. **Constitutional Choices**. Massachusetts: Harvard University Press, 1985, p.118.

-o como ferramenta viável e indispensável à proteção das garantias individuais básicas em face da jurisdicionalização constitucional.⁴

Da experiência americana envolvendo este princípio, pode-se destacar – a título exemplificativo – as seguintes garantias a ele consectárias: (a) o direito do povo de estar seguro nas suas pessoas, casas, papéis e efeitos contra desarrazoada busca e apreensão (Emenda nº 4); (b) emissão de mandado de busca ou de prisão somente baseado em causa provável, sustentada por juramento ou afirmação, descrevendo especificamente o lugar onde ocorrerá a busca, e a pessoa ou coisa a ser apreendida (Emenda nº 4); (c) indiciamento por grande júri para os crimes hediondo ou capital (Emenda nº 5); (d) não ser julgado duas vezes pela mesma ofensa, colocando em risco sua vida ou parte do corpo (Emenda nº 5); (e) imunidade contra compulsória auto-incriminação (Emenda nº 5); (f) direito a um rápido e público julgamento, por um júri imparcial, no Estado e distrito onde o crime foi cometido (Emenda nº 6); (g) direito de ser informado da natureza e causa da acusação (Emenda nº 6); (h) direito do acusado de ser confrontado com as testemunhas favoráveis ou adversas (Emenda nº 6); (i) direito a um processo compulsório para obter testemunhas em favor do acusado (Emenda nº 6); (j) direito a advogado nos casos criminais (Emenda nº 6); (l) defesa contra excessivos valores de fianças, multas e punições cruéis e não usuais (Emenda nº 8).

Já desde uma demarcação normativa brasileira, a garantia do devido processo legal encontra guarida disposta no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, assegurando que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. A grande e primeira questão que exsurge de tal garantia diz com sua natureza processual e material, sendo que para alguns doutrinadores, como Cruz e Tucci⁵ e Nelson Nery Jr.,⁶ dela derivam todas as demais garantias, com o que não concordo.

O constitucionalismo contemporâneo e mesmo a Carta Política brasileira vigente se notabilizam por assegurar à cidadania prerrogativas e direitos constitucionais fundamentais,⁷ dentre eles, à espécie, pode-se destacar os direitos processuais constitucionais, conhecidos historicamente como o *due process of law*⁸, que pressupõe que

⁴ Ver também o texto de SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1996, p. 66. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.85.

⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁶ NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40251>.

⁸ Neste sentido ver o trabalho de GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ninguém pode ser afetado em sua esfera jurídica sem ter sido ouvido e vencido em juízo, em procedimento que, ainda, respeite sua dignidade pessoal⁹.

Em face disto é que o devido processo legal se afigura como uma garantia do cidadão, constitucionalmente prevista em benefício de todos, garantindo de igual forma o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário e o desenvolvimento processual nos termos das regras previamente estabelecidas. Ele também diz respeito à maneira pela qual a dicção normativa em geral (independente de sua espécie) é executada, aferindo-se se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação daquela norma viola o devido processo legal, sem se perquirir sobre a substância do ato.¹⁰

Na dicção de Humberto Theodoro Júnior, o princípio é *em suma uma garantia fundamental de que, onde houver um processo para solucionar um litígio, seja perante a Justiça, seja perante a administração, presente estará a garantia do due process of law, em toda sua extensão*.¹¹

No contexto dos sistemas de justiça (aqui entendido como espaço público no qual todos os agentes operam em favor da tutela de Direitos, juízes, promotores de justiça, defensores públicos, advogados, procuradores do Estado, da União, de Municípios, dentre outros), é possível perceber explícita preocupação com a periclitção deste devido processo legal como densificação material de um processo justo em face da corrupção, neste âmbito definida como atos de omissão e ação das autoridades públicas dos tribunais para benefícios privados, o que resulta na inapropriada e injusta prestação jurisdicional. Tais atos e omissões podem estar – ou não – envolvidos com o pagamento de propinas, extorsões, intimidações, tráfico ilícito de influência, apoios e auxílios no âmbito de ambições profissionais, dentre outros.

Em termos globais há várias iniciativas institucionais e autônomas tratando deste tema, dentre as quais a do Grupo da Integridade Judicial (*Judicial Integrity Group*)¹² - JIG, organização não governamental e sem fins lucrativos composta de magistrados de diversos países, postulando independência em face dos demais poderes de Estado, compartilhando experiências, valores e crenças na integridade do Poder Judiciário e no

⁹ É nominal a previsão, nos termos do art.5º, e seguintes incisos: (a) ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (inciso II); (b) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV); (c) ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV); (d) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV).

¹⁰ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.112. Na mesma direção, ver o texto de ANDOLINA, Ítalo & VIGNERA, Giuseppe. **I Fondamenti Costituzionali della Giustizia Civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1999, p.68 e seguintes.

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Princípios Gerais do Direito Processual Civil**. In Revista de Processo, vol.179. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.10. Da mesma forma ver: THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 80, n. 665, p. 11-22, mar. 1991. p.11.

¹² Ver o site <<http://www.judicialintegritygroup.org>>.

exercício da jurisdição, visando ainda ampliar/aprofundar a qualidade na administração da justiça.

O JIG foi formado em 2000, no âmbito do Centro de Pesquisas e Inovação da Transparência Internacional e sob os auspícios do Programa Global de Combate à Corrupção das Nações Unidas, no qual Nihal Jayawickrama e Jeremy Pope, dentre outros oito Chefes do Poder Judiciário de quatro países Africanos e quatro países Asiáticos, reconhecendo que em vários continentes a sociedade civil não estava mais confiando em suas instituições judiciárias por conta da contaminação que sofriam pelo fenômeno da corrupção entenderam que seria muito importante criar mais um espaço de reflexão e ação para o enfrentamento deste problema.¹³

Assim, o JIG demarca alguns objetivos a serem perseguidos: (a) a formulação e o desenvolvimento do conceito de *accountability* judicial; (b) a designação de mecanismos capazes de serem utilizados pelo judiciário para reforçar a integridade do sistema de justiça; (c) a formulação e a promoção de parâmetros, princípios e instrumentos apropriados para ratificar a integridade judicial com base nas experiências dos países participantes do grupo; (d) a identificação, assistência e implementação de mecanismos da reforma judicial que demonstrem efetividade na eliminação da corrupção dentro dos sistemas de justiça, promovendo ainda mais rapidez da resposta jurisdicional com custos menores para o acesso à justiça.¹⁴

Tais objetivos vieram a se fundamentar e ampliar no que restou conhecido como os *Princípios Bangalore de Conduta Judicial*.¹⁵ constituídos no ano de 2001 e adotados na Reunião de Chefes de Justiça de Hague, em 2002, incluindo-os no relatório das Nações Unidas sobre a independência do Poder Judiciário e dos advogados, em 10 de janeiro de 2003.¹⁶ Estes princípios auxiliaram na formação de vários códigos de condutas judiciais em todo o Ocidente no início do século XXI, transformando-se em elementos

¹³ Como lembra ANECHIARICO, Fernand and JACOBS, John. **The Pursuit of Absolute Integrity**: How Corruption Control Makes Government Ineffective. Chicago and London: University of Chicago Press, 2005, p.61: "It may be that public perceptions of judicial corruption are incorrect or exaggerated. However, the judiciary cannot afford to ignore such perceptions: the causes need to be identified and remedied, because judicial authority finally depends on public acceptance of the moral integrity of judicial officials".

¹⁴ ANECHIARICO, Fernand and JACOBS, John. **The Pursuit of Absolute Integrity**: How Corruption Control Makes Government Ineffective. Chicago and London: University of Chicago Press, 2005, p.61.

¹⁵ Um dos argumentos principais destes princípios é o de que: "A judiciary of undisputed integrity is the bedrock institution essential for ensuring compliance with democracy and the rule of law. Even when all other protections fail, it provides a bulwark to the public against any encroachments on rights and freedoms under the law. These observations apply both domestically – in the context of each nation State – and globally, viewing the global judiciary as one great bastion of the rule of law throughout the world. Ensuring the integrity of the global judiciary is thus a task to which much energy, skill and experience must be devoted". Disponível em: <http://www.judicialintegrity-group.org/resources/documents/ECOSOC_2006_23_Engl.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2014.

¹⁶ Ver o Documento E/CN.4/2003/65. Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/corruption/bangalore_e.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2014.

constitutivos do Programa Global de luta contra a Corrupção das Nações Unidas, em especial do seu Departamento de Controle de Drogas e Prevenção contra o Crime.

Os Princípios de Bangalore demarcam seis valores principais que devem ser observados pelo sistema justiça, a saber: independência, imparcialidade, integridade, igualdade, propriedade, competência/diligência. E veja-se, tais elementos dizem respeito à conduta dos operadores do sistema, portanto, muito mais específicos do que os ditames igualmente estabelecidos por tratados e convenções internacionais, assim como legislações domésticas, atinentes à responsabilidade do Estado – por vezes descurando-se dos seus agentes. Ou seja, como asseveram Huther e Shah, estes princípios *"are a code of professional responsibility that, though legally non-enforceable, establishes a foundation for the proper exercise of judicial responsibility"*.¹⁷

Ao lado disto é que se criaram certas prerrogativas – e não privilégios – aos cargos de judicatura (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, dentre outras), exatamente para evitar que juízes se exponham a determinadas pressões ou exposições que possam fragilizar sua independência e autonomia de julgamento, haja vista que as redes corruptivas têm se organizado cada vez mais e com níveis de sofisticação exponenciais. Mesmo assim, tudo isto só funciona em Estados de Direitos plenos, pois, em inexistindo tais condições normativas e objetivas de segurança, é a lógica da força física e coativa que impera – lembre-se dos casos envolvendo a operação mãos limpas na Itália,¹⁸ por exemplo. No Brasil isto não é muito diferente, atentando-se à seguinte notícia:

Logo após a morte da juíza Patrícia Acioli, assassinada por facções criminosas na porta de casa em 12 de agosto, no Rio de Janeiro, houve aumento nas denúncias. Apenas 13 dias depois do crime, 34 magistrados foram acrescentados à lista, somando 134 casos. De lá para cá, mais 16 foram incorporados à estatística.

O perigo para alguns magistrados não passa somente pela ameaça. O juiz federal Lafrêdo Lisboa, da 3.ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, descobriu que foram oferecidos R\$ 500 mil para quem o matasse, e que havia um plano para sua execução. "Em 2004, tomei conhecimento que um réu, condenado, prestando depoimento na Vara de Execuções Penais, teria dito que havia uma operação em que eu seria assassinado. A minha morte

¹⁷ HUTHER, John and SHAH, Arthur. **Anti-corruption Policies and Programs: A Framework for Evaluation**. Working Paper. Washington: the World Bank, 2005, p.34.

¹⁸ Na década de 1980 iniciou-se na Itália a Operação Mãos Limpas (*"Mani Pulite"*), que investigou a Máfia e o envolvimento de grandes autoridades da República Italiana, incluindo o Primeiro-Ministro Giulio Andreotti, com os esquemas criminosos. No dia 23 de maio de 1992, na cidade de Palermo, o carro de Giovanni Falcone, magistrado que estava a frente da investigação explodiu, matando também sua esposa e os agentes encarregados da segurança. A morte de Falcone foi ordenada por um chefe da Cosa Nostra, a facção siciliana da Máfia: Salvatore "Totó" Riina, que está preso desde 1993. Cerca de dois meses depois o Procuratore della Repubblica Paolo Borsellino, principal parceiro de Falcone, foi igualmente dizimado de forma brutal.

só não ocorreu porque, em um determinado dia, não passei no local por onde passava sempre”, disse.

Após saber do plano, o juiz passou a andar com escolta cedida pela Secretaria de Segurança do Rio. Lisboa foi responsável pelas condenações do escândalo do Propinoduto 4, em que assessores da então governadora do Rio, Rosinha Garotinho, recebiam dinheiro de grandes empresas em troca de benefícios fiscais.

O caso expõe um problema maior, que passa pela precariedade do controle do poder público sobre as forças de segurança: três agentes penitenciários e três policiais civis, além de quatro presos, tramavam a morte de Lisboa.¹⁹

O crime organizado opera também com estas redes de corrupção que infectam o sistema de justiça, até e principalmente por dentro dos presídios, como no caso brasileiro se pode evidenciar de forma muito clara, basta ver o que hoje são verdadeiras instituições nacionais informais, como o Comando Vermelho, a Falange Vermelha, Primeiro Comando da Capital, dentre outros.²⁰

Não bastasse isto, recentemente o país foi surpreso com a notícia de escandalosa manobra de desvio e roubo de dinheiro da Petrobrás, conforme notícia a imprensa:

*PF INDICIARÁ EX-DIRETOR DA ESTATAL, DOLEIRO E OUTRAS 26 PESSOAS
GERMANO OLIVEIRA, ENVIADO ESPECIAL (EMAIL·FACEBOOK·TWITTER)*

Publicado:15/04/14 - 6h00

Atualizado:15/04/14 - 8h40

CURITIBA — A Polícia Federal concluirá até quinta-feira o inquérito da Operação Lava-Jato, com o indiciamento das 28 pessoas presas nas duas fases da ação policial que investiga desvios de pelo menos R\$ 10 bilhões para o exterior. O número de indiciados pode até aumentar, segundo os delegados que preparam o relatório final, com a inclusão de outras pessoas que não foram presas e cujos nomes surgiram ao longo das investigações.

¹⁹ Diz a matéria ainda que: “Para melhorar a segurança dos magistrados, a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) redigiu projeto de lei que está na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Ele prevê a formação de um colegiado de juizes para julgar ações de organizações criminosas e permite a posse de armas a agentes de segurança do Judiciário. “Esse projeto é muito similar à legislação que foi adotada na Itália durante a Operação Mãos Limpas. Cria um órgão colegiado de três juizes para apreciar as ações do crime organizado e do narcotráfico internacional”, diz Gabriel Wedy, presidente da Ajufe. Ele diz que o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, e a Polícia Federal já admitiram que não têm condições de dar segurança a todos: “A primeira atitude é a aprovação desse projeto, para que os juizes tenham garantia mínima de segurança. A segunda é permitir que o serviço de inteligência da PF trabalhe em consonância com esses agentes de segurança”. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/noticias-externas/328-em-3-meses-ameacas-a-juizes-crescem-50>>. Acesso em 15 abr. 2014.

²⁰ Ver o trabalho de LIMA, Regina Campos. **A Sociedade Prisional e suas facções criminosas**. Londrina: Edições Humanidades, 2003. Disponível em: <<http://www.unifil.br/materiais/direito/materiais/erika/ASociedadePrisional.doc>>. Acesso em: 13 out. 2004. Ver o vídeo <<https://www.youtube.com/watch?v=2igFQPccfOk>>, assistir também o vídeo <<https://www.youtube.com/watch?v=l8WgxMF8Jn4>>. Acesso em 15 abr. 2014.

Os presos da Lava-Jato serão indiciados por evasão de divisas, manutenção de contas não declaradas no exterior, operações não autorizadas pelo sistema de câmbio, desvio de recursos públicos, fraudes em licitações, corrupção ativa e passiva, formação de quadrilha e financiamento ao tráfico de drogas. Este último crime deve ser imputado aos quatro doleiros presos na operação, sobretudo a Carlos Habib Chater, de Brasília, que foi flagrado financiando traficantes.

A Lava-Jato investiga principalmente corrupção e fraudes em licitações da Petrobras, tendo o ex-diretor de Abastecimento da estatal como o centro das ações coordenadas pela PF. Paulo Roberto Costa foi preso no dia 20, em seu apartamento, no Rio, onde os policiais apreenderam centenas de documentos.

O deputado Fernando Francischini (Solidariedade-PR), membro da Comissão Externa na Câmara que investiga se houve pagamento de propinas nos negócios da empresa holandesa SMB com a Petrobras, disse que vai pedir a investigação dos dados publicados pelo GLOBO segundo os quais empresas fornecedoras da Petrobras pagariam “taxas de sucesso” para Costa em percentuais que variavam de 5% a 50%.

Além desses contratos, o ex-diretor da Petrobras receberia mesadas de grandes empreiteiras, como a Camargo Corrêa, que pagaria mensalmente R\$ 100 mil, totalizando R\$ 3 milhões durante a vigência do contrato, em setembro de 2015. Numa nota de apenas uma linha, a construtora disse apenas que “manteve em 2013 relação contratual com a consultoria Costa Global”.²¹

Por vezes, em faces de tais circunstâncias, juízes são forçados a pedir remoção do local em que trabalham e vivem com sua família por conta de pressões políticas e de interesses privados e escusos, e tudo isto influencia diretamente o devido processo legal e seus consectários. E quem duvida que interesses econômicos como estes não enseje cenários de violência e violação das instituições democráticas?

Mesmo que se fale sobre a importância de que os juízes sejam escolhidos em face de suas qualificações pessoais, das suas autoridades morais e competências, se inexistirem infra-estruturas de apoio e controle à magistratura, certamente, pela força física ou da propina próprias da corrupção, é o próprio Poder Judiciário que sofrerá as consequências como Poder de Estado, tornando-se menos capaz e independente, e com menor capacidade de defender os direitos e garantias da Sociedade Civil.

Mas há outra questão igualmente importante também, quando se fala de situações em que magistrados, promotores de justiça, advogados públicos e privados, entre outros agentes do sistema judicial, são coagidos, ameaçados, sofrem perseguições das mais diversas ordens, sem contar com o adequado apoio à consecução do devido

²¹ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/pf-indiciara-ex-diretor-da-estatal-doleiro-outras-26-pessoas-12197149>>. Acesso em 15 abr. 2014.

processo legal, o que por certo contamina negativamente a prestação jurisdicional e os níveis de satisfação da comunidade.

No âmbito dos colaboradores do sistema de justiça podem-se encontrar da mesma forma gargalos de fragilidade em face da corrupção – notadamente a organização -, por exemplo no que tange às políticas (ou ausência delas) de proteção às testemunhas contra atos corruptivos, visando não só assegurar a segurança e tranquilidade dos que denunciam estes comportamentos ilícitos e imorais, mas fomentando as próprias denúncias. A existência de ações estatais nesta direção se apresentam como efetivo incentivo à obtenção de informações que podem ajudar e muito investigações destes tipos de delitos, obtendo apropriadas punições para seus responsáveis. Por outro lado:

In this context, the absence of firm witness-protection rules in many countries is a glaring weakness. Where intimidation, extortion, and threats against witnesses and their families cause witnesses to withdraw evidence, victims rights and the right to a fair trial are violated, but harm is also done to the authority of the judicial system and its capacity to prosecute corruption effectively.²²

Ao lado destas contingências de caráter mais pessoal dos agentes do sistema de justiça, há no conceito de devido processo legal compreensão alargada sobre os temas atinentes às garantias que o *processo democrático e constitucional assegura* às partes, dentre elas, como quer Paul Mahoney:

Individual rights and principles related to the right to a fair trial include: the right to a public hearing and pronouncement of judgment; equality of arms; presumption of innocence; freedom from compulsory self-incrimination; the right to know the accusation; adequate time and facilities to prepare a defense; the right to legal assistance; the right to examine witnesses; the right to an interpreter; the right to appeal in criminal matters; the rights of juvenile offenders; no punishment without law; ne bis in idem (not to be punished twice for the same act); ex post facto (law that makes illegal an act that was not illegal when committed); and the right to compensation for miscarriage of justice.²³

Assim é que se pode entender, pois, que os atos de corrupção podem tomar diversas formas neste âmbito do devido processo legal a um julgamento justo, desde o oferecimento de propinas à realização de atos administrativos e jurisdicionais de

²² ALLAN, Talbot S. *Equal Justice and Due Process of Law*. Oxford: Oxford University, 2011, p.45. Diz ainda o autor que: “Prosecution relies heavily on the participation of witnesses, to provide information about acts of corruption, the destination of corrupt payments and the organization of corrupt activities. While this information is essential, it is equally important to protect the identity of witnesses and in particular to make sure that they are not treated unfairly or put at risk for having made information available”.

²³ MAHONEY, Paul. **Right To A Fair Trial In Criminal Matters Under Article 6 E.C.H.R.** In the National Judicial Conference organized by the Judicial Studies Institute in Dublin on 10-11 November 2001. Disponível em: <<http://www.jsijournal.ie/>>. Acesso em 22 abr. 2014.

procedimentos ou processos, até as mais sutis infrações de princípios durante a consecução do processo judicial como, por exemplo, negando à parte tratamento igual no litígio; a utilização excessiva e despropositada de recursos e manobras nulificatórias dos procedimentos judiciais, visando à ocorrência de prescrições e decadências dos direitos e responsabilidades apurados, dentre outros.²⁴

Quero analisar agora, a título de exemplo tão somente, uma pesquisa levada a efeito sobre as defuncionalidades de cartórios judiciais realizada em São Paulo, apenas para evidenciar materialmente os riscos efetivos da corrupção neste tipo de serviço público.

3. AS DESFUNCIONALIDADES CARTORÁRIAS EM SERVENTIAS JUDICIAIS E OS RISCOS DA CORRUPÇÃO

Por certo que há problemas sérios relacionados com a eficiência do sistema de justiça que abre portas à corrupção, desde questões envolvendo o tempo razoável do processo até as defuncionalidades burocráticas e de gestão ordinária dos Tribunais e seus órgãos fracionários, o que resta evidenciado pela pesquisa realizada pelo Ministério de Justiça do Brasil no ano de 2007,²⁵ a qual passo a descrever e analisar, juntamente com trabalho recentemente publicado sobre a necessidade de formação de uma metodologia de mapeamento dos riscos da corrupção no Poder Judiciário.²⁶

Os dados levantados na pesquisa confirmam que as rotinas dos cartórios compõem a maior parte do tempo dos processos judiciais. E, enquanto o processo está em cartório, há períodos que podem ser considerados “tempos mortos”: tempos em que não se praticam atos necessários à solução do conflito e que, portanto, poderiam ser eliminados.

Essas conclusões sustentam-se nos dados abaixo sumarizados, abordados em detalhes em seguida: (a) o tempo do processo em cartório; (b) os “tempos de espera”; (c) o tempo após sentença; (d) os tempos de publicação e juntada; (e) o tempo dos procedimentos sumário e ordinário.

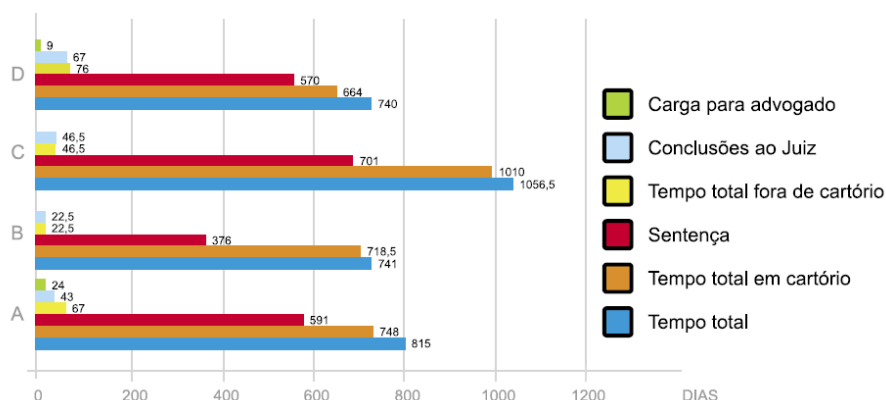
²⁴ Neste sentido o texto de ORTH, John V. **Due process of law a brief history**. Kansas: University Press of Kansas, 2003, p. 129: “While the principle of due process can be used to fight corruption, it can also be abused. In litigation over crimes of corruption and financial fraud, one of the most common legal defense strategies consists of filing delaying motions that block the development of the judicial investigation, such as motions to disqualify judges, objections to expert evidence, motions to nullify procedural acts, or other maneuvers to delay proceedings or have charges dropped. In most such cases, the abuse of procedure is less problematic than excessive tolerance of it by judicial authorities, raising issues of judicial independence”.

²⁵ SILVA, Paulo Eduardo Alves da; LOPES, José Reinaldo de Lima; SADECK, Maria Teresa (Coords.); MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais**. Brasília: Ministério da Justiça, 2007. Disponível em: <www.mj.gov.br>.

²⁶ Ver: LEAL, Rogério Gesta. Da urgente necessidade de formação de uma metodologia de mapeamento dos riscos da corrupção no Poder Judiciário. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 39, n. 128, p. 279-296, dez. 2012.

O tempo em que o processo fica em cartório é grande em relação ao tempo total de processamento. Descontados os períodos em que os autos são levados ao juiz para alguma decisão ou retirados por advogados para vista e manifestação, eles ficam nos cartórios por um período equivalente a 80% (no cartório A) e 95% (nos cartórios B e C) do tempo total de processamento.

Tempo dentro e fora do cartório, até a sentença total em primeira instância de acordo com o cartório de origem (Brasil, São Paulo, 2006)



Para fins deste estudo foi considerado “tempos mortos” aqueles em que o processo aguarda alguma rotina a ser praticada pelo funcionário (nas pilhas sobre as mesas ou nos escaninhos), bem como os tempos gastos em rotinas que poderiam ser eliminadas se o fluxo de tarefas do cartório fosse racionalizado.

Primeiramente, fora neutralizado o impacto das audiências, perícias e tempo gasto em diligências externas de citação e intimação porque, na amostra estudada, aconteceram com baixa frequência. Isso permitiu sugerir que, de fato, durante a maior parte do tempo que passa sob domínio do cartório, o processo aguarda alguma providência a ser realizada pelo funcionário ou o cumprimento de algum prazo pelos advogados.

Computou-se a média de uma audiência por processo e, segundo os registros oficiais dos cartórios, a espera para a sua realização (tempo de “pauta”) foi indicada como sendo de 2,5 meses, em média.

Também houve baixa frequência de diligências de citação e intimação. Porém, quando associadas à dificuldade de localização da pessoa a ser intimada/citada ou em caso de relação processual complexa (litisconsórcio passivo ou ativo), verificou-se tempo excessivo para o cumprimento de mandados de citação e intimação. Em um dos

processos analisados, por exemplo, a intimação por telefone de um perito levou cerca de três meses.

Apenas em um dos processos analisados em profundidade houve expedição de cartas precatórias, e na maior parte deles houve apenas uma expedição de mandado (citação do réu). Nesses casos, o tempo para cumprimento da citação foi de cerca de 20 dias a um mês.

A comunicação por ofícios foi verificada em poucos casos, em geral na relação com instituições financeiras e de crédito, com tempo de resposta de cerca de 20 dias após a expedição.

As perícias também não foram freqüentes, mas aconteceram justamente nos processos com maior tempo total, com intenso debate posterior entre as partes sobre os resultados obtidos.

Os recursos para reforma de decisões não são muito utilizados em primeira instância; mas, quando o são, prolongam consideravelmente o tempo das demandas. Nos processos analisados, houve relativamente pouco uso das ferramentas recursais. Contudo, nos processos mais longos (tempos totais de cinco a seis anos), houve interposição de embargos (3 em processos de A e 1 em processos de B) e agravos (1 em processos de B).

As atividades dos cartórios não são realizadas no “menor tempo”, mas no “tempo possível”. Isso provavelmente está ligado a dois fatores: as rotinas dos cartórios são complexas (envolvem muitos pequenos atos) e há considerável tempo de espera até que sejam iniciadas.

A prática de cada ato processual pelo cartório, como uma juntada ou uma publicação, implica uma série de pequenos atos.²⁷ Por maior rapidez que se lhe imprima, a rotina toda demandará algum tempo até ser completada.

Embora as rotinas de cartório sejam complexas, a maior demora não está nos seus “tempos de ciclo”, mas em seus “tempos de espera”. Até que a rotina seja iniciada, há uma espera (geralmente representada pela pilha de processos que se forma no escaninho ou na mesa do escrevente) que pode ser apontada como responsável pela maior parte do tempo em que o processo fica em cartório.

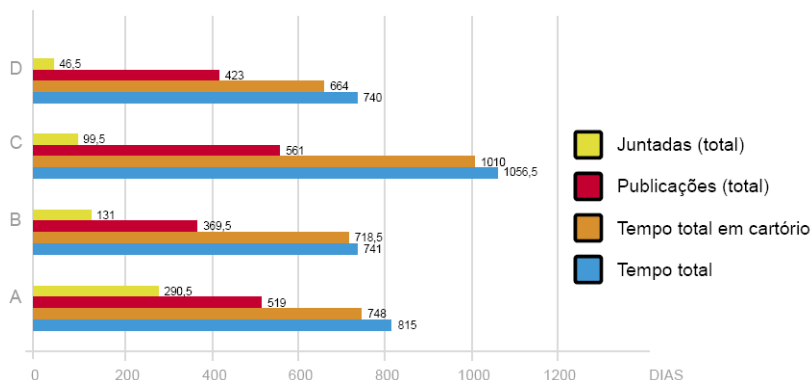
As rotinas mais representativas do tempo total do cartório são a publicação e a juntada. Somados os tempos gastos em publicação, computa-se o equivalente a algo entre 51,4% a 69,3% dos tempos totais em cartório. E, somados os tempos de juntada, computa-se o equivalente a algo entre 7% a 38,8% do tempo total em cartório.

O quadro abaixo ilustra quanto equivale o tempo acumulado nas rotinas de publicação e juntada em relação ao tempo total do processo.

²⁷ Uma conclusão, por exemplo, envolve o registro, remessa, entrega à escrevente de sala, disponibilização ao juiz, exame, assinatura, devolução ao cartório, recebimento, registro, disponibilização dos autos para a rotina seguinte, etc.

Tempos totais acumulados em publicações, juntadas, tempo total em cartório e total em primeira instância nos cartórios estudados (Brasil, São Paulo, 2006).

Tempos totais acumulados em publicações, juntadas, tempo total em cartório e total em primeira instância nos cartórios estudados (Brasil, São Paulo, 2006)



O tempo médio para se realizar uma publicação variou de, no mínimo, 7,6 dias a, no máximo, 61,5 dias. O tempo médio para se realizar uma rotina de juntada de petição variou de 2,5 dias a 10,2 dias. As publicações de decisões são as que apresentam maior tempo equivalente ao tempo total do processo. Em média, computou-se 25 dias em B e 49,6 dias em C, entre o retorno da conclusão e a publicação.

Número de publicações por processo pesquisado de acordo com o cartório de origem e tempo médio da rotina (Brasil, São Paulo, 2006):

Cartório	Proc. Pesq.	Publicações		Tempo médio p/pub./ dias
A	61	363	5,9	61,5
B	48	479	9,9	48,3
C	8	66	8,2	8,04
D	7	65	9,2	7,6

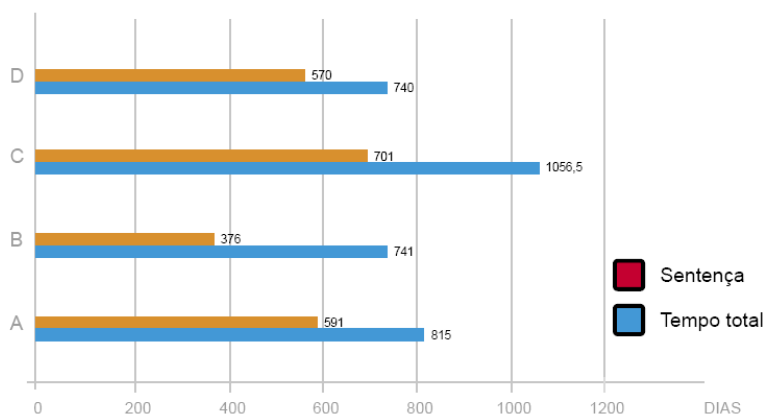
Número de petições por processo pesquisado de acordo com o cartório de origem (Brasil, São Paulo, 2006):

Cartório	Proc. Pesq.	Petições		Tempo médio por junta-da (em dias)
A	61	478	7,8	2,5
B	48	469	9,7	8,2
C	8	59	7,3	10,2
D	7	47	6,7	3,8

O tempo de publicação pode estar atrelado à espera decorrente do agendamento pelo cartório da data em que a decisão será publicada. Alguns entrevistados reconheceram que o cartório adia propositalmente o agendamento da publicação no Diário Oficial para controlar o fluxo de petições e, assim, equilibrar o fluxo de serviço do cartório.

O processo demora muito tempo em cartório mesmo depois de proferida a sentença. Cerca de 35% do tempo total dos processos analisados foi gasto após a sentença, para o recebimento de eventual recurso e respostas e remessa dos autos para o Tribunal. No cartório B, essa proporção chega a 50%.

Tempo em dias até sentença e total em primeira instância de acordo com o cartório de origem
(Brasil, São Paulo, 2006)



A despeito do impacto que provocam sobre a morosidade do processo, os cartórios judiciais não são vistos como “atores” do sistema de justiça. A exata medida da

influência que os cartórios projetam sobre o acesso à justiça e a morosidade processual parece também não ser compreendida pelos demais atores.

No sistema de justiça, os cartórios judiciais são, praticamente, “invisíveis”. Pelas informações levantadas, é possível sugerir que cartórios sejam “invisíveis” para o legislador, para o Tribunal e, inclusive, para os próprios funcionários. Os seguintes dados, em seguida abordados em detalhes, sustentam essa conclusão: (a) a “jurisdição” exercida em cartório; (b) a “invisibilidade” dos cartórios perante o Tribunal e o legislador; (c) o destaque dado às tarefas burocráticas e aos relacionamentos pessoais.

A influência dos cartórios sobre a justiça não se limita aos seus efeitos sobre a morosidade do processo. Estende-se a aspectos materiais do exercício jurisdicional: funcionários de cartório são quem elaboram volume considerável de decisões judiciais. A chamada “preparação de decisões” ou “despacho em preto” consiste na apreciação, geralmente pelo diretor, escrevente-chefe ou escrevente, dos requerimentos mais simples formulados pelas partes e na elaboração de uma minuta de decisão, que é submetida ao juiz e, se aprovada, por ele assinada. Esse fenômeno foi constatado em todos os cartórios analisados, variando apenas o nível de utilização e o tipo de decisão preparada. Em alguns, ele é bastante utilizado para todo tipo de decisão (inclusive liminares e sentenças). Em outros, é utilizado apenas nas decisões mais “corriqueiras” ou “simples”, como afirmam os funcionários. Como não se trata de uma prática oficialmente reconhecida – embora bastante difundida – não se verificou haver padrão ou critérios na elaboração das minutas ou na conferência feita pelo juiz. Em um dos cartórios estudados, por exemplo, o juiz permanece uma hora por dia na mesa do diretor conferindo e assinando cerca de 80 minutas – o que leva a crer que a conferência não é rigorosa. Em outro cartório, o diretor confirmou que, após o juiz assinar as decisões, ele, o diretor, as confere para saber se a decisão está mesmo correta – duplicando meios para os mesmos fins.

Além do fator relacionamento pessoal, questões organizacionais também foram apontadas como determinantes do ambiente de trabalho dos cartórios: 27,2% dos entrevistados mencionaram questões relacionadas ao sistema de trabalho e à qualidade técnica dos profissionais e 17,4% tocaram em aspectos ligados a recursos materiais.

O aprimoramento da estrutura organizacional e dos métodos de trabalho dos cartórios judiciais assume especial relevância para o controle da morosidade da justiça, principalmente se considerarmos que os tempos de ciclo de suas rotinas representam a maior parte do tempo de tramitação dos processos judiciais (v. item 2, supra).

Nessa seara, os dados permitem fazer ao menos três apontamentos conclusivos: 1. o funcionamento dos cartórios não é planejado e suas rotinas internas poderiam ser mais simples; 2. a estrutura organizacional atual de uma unidade judiciária do Estado de São Paulo não é apta a suportar a crescente demanda por acesso à justiça e 3. a cultura organizacional dos cartórios é um grande obstáculo à informatização da justiça.

Os cartórios judiciais não dispõem de administração profissional e não utilizam ferramental técnico apurado para planejar, organizar, controlar, dirigir e coordenar os recursos humanos, financeiros, materiais e tecnológicos com base científica. Isso pode ser apontado como responsável, dentre outras disfunções, por filas, tempos de ciclos extensos e indesejados, controles em duplicidade, falta de informação ou informação sem credibilidade, estresse e falta de realização profissional dos recursos humanos.

Geralmente, os cartórios adotam ações pontuais visando reduzir o volume de trabalho de uma determinada rotina, no formato de mutirão. Essas medidas, contudo, são paliativas e de baixa efetividade.

A gestão dos cartórios (pelo Tribunal ou pelo diretor) não está baseada em relatórios de gestão ou índices de resultados. Não há contrato de manutenção preventiva dos equipamentos. Também não há um manual de operações (eletrônico ou físico) nem um plano diretor de informática, ou similares.

E, como já informado, o treinamento dos funcionários e a inovação dos métodos de trabalho dos cartórios estão baseados na prática e na experiência profissional, mais que em critérios racionais de organização. As rotinas são construídas por empirismo e transmitidas dos funcionários mais antigos aos mais novos. Os funcionários ingressantes são treinados por algum dos funcionários mais velhos e incorporam seus “cacoetes” organizacionais.

Além disso, as rotinas realizadas em cartório - que, como se viu, prolongam consideravelmente o tempo total dos processos (v. item 2, “b”) - poderiam ser mais simples. Em geral, o cumprimento de uma rotina de cartório implica uma dezena de pequenas operações, realizadas por mais de um funcionário com repetidos deslocamentos de documentos ou dos autos. Muitas dessas pequenas operações ou deslocamentos precisam ser registradas nos diferentes sistemas de registro dos cartórios (v. infra, 4, “c”). Tudo isso torna cada rotina de cartório bastante complexa e multiplica o dispêndio de tempo e recursos.

É preciso, a partir destes cenários, ter em conta que problemas atinentes a possibilidades de atos corruptivos podem “*take place before the case reaches the courts, mostly at the enforcement level if the police, for example, manipulate evidence in favor of one of the parties, or at the prosecution level if the prosecutor alters the facts of the case*”.²⁸ E por

²⁸ SHYLLON, Fernand. O. **Freedom, justice, and the due process of law**. Ibadan: Ibadan University Press, 1987. Alerta ainda o autor que: “*If the right to equality before the courts and tribunals is affected, automatically the right to an impartial and independent tribunal is also infringed upon. When the judge is corrupted to give privilege to one party at the expense of the other, the tribunal is thus neither impartial nor independent.... It is important to highlight that tribunals not only have to be impartial, but must also give the appearance of being impartial. Thus, as it happens in several countries, when a particularly tribunal gives the impression of being corrupt and there is a general perception that corruption is widespread and systemic in the judiciary, there is an infringement of the right to an impartial and independent tribunal*”, p.17.

isto a atenção e controle dos processos e procedimentos têm de ser eficiente e eficaz, permanentemente.

Por outro lado, há muitos casos em que as causas corruptivas de atos do sistema de justiça não estão fundadas em propinas diretamente prestadas a serventuários da justiça ou a juizes, promotores, etc., mas ocasionados por tráfico de influência ou abuso de autoridade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim e ao cabo, é no bojo do processo/procedimento que a jurisdição deve criar efetivo espaço democrático e participativo de comunicação intersubjetiva, voltada ao entendimento e à pacificação do conflito. Para tanto, todavia, deve estar munida e municiar a todos os envolvidos com razões de justificação e fundamentação das possibilidades de solução do caso concreto, o que se obtém através de todos os momentos da lide, avaliando-os em face do plexo axiológico que informa o sistema jurídico e a Sociedade Democrática de Direito que o constituiu, evitando de todas as formas quaisquer ameaças a tais garantias, notadamente as provocadas por atos que tentam corromper o sistema.

Fix-Zamudio lembra que *“avec ce droit constitutionnel d'action, les Constitutions d'Amerique consacrent, avec une certaine ampleur, le droit à la defense en justice, considéré comme un droit inhérent à la personne humaine et inviolable”*²⁹ dando conta, pois, que o tema dos direitos processuais constitucionais já vem sendo considerado como fundamental à condição de sujeito de direito contemporâneo.³⁰

Na jurisdição alienígena da mesma forma a orientação segue esta senda, na medida em que, a título de exemplificação, a experiência italiana dá conta de que a garantia constitucional por ela deferida em termos de direito à tutela jurisdicional não se limita a proteger o abstrato direito de ação, tal como o concebe o direito processual moderno. Todo e qualquer embaraço ao exercício dos direitos substanciais ou aos interesses legítimos, seja no plano formal seja no material, configura denegação da tutela jurídica devida pelo Estado aos indivíduos.³¹

O processo devido ou o justo processo, assim, tem de se mostrar idôneo a uma adequada atuação da garantia constitucional de justiça, de sorte que, nesse aspecto,

²⁹ FIX-ZAMÚDIO, Héctor. Les garanties constitutionnelles des parties dans le proces civil en Amérique Latine. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (Org.). **Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil**. Paris: Dalloz, 1973. p. 65.

³⁰ Tais informações podem-se encontrar também em MIRANDA, Jorge. **Constituições de Diversos Países**. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1979, vol. II, p. 379.

³¹ Conforme demonstra COMOGLIO, Luigi Paolo. **La Garanzia Costituzionale dell'azione ed il processo civile**. Padova: Cedam, 1990, p.39.

toda a forma de busca de vantagem por parte processual – de forma ilícita – afigura-se como patologia corruptiva não só do sistema de justiça, mas da ordem democrática.

Além destes fundamentos, o processo justo pela via do direito espelha e se vincula ao ideário político, social e jurídico predominante do Estado Democrático de Direito no Brasil, ao mesmo tempo em que, em face de sua característica de aderência, operam sobre os comportamentos estatais ou particulares, determinando controles de constitucionalidade e infra-constitucionalidade permanentes (concentrado ou difuso).

5. REFERÊNCIAS

ALLAN, Talbot S. **Equal justice and due process of law**. Oxford: Oxford University, 2011.

ANDOLINA, Ítalo & VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1999.

ANECHIARICO, Fernand and JACOBS, John. **The pursuit of absolute integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective**. Chicago and London: University of Chicago Press, 2005.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **La Garanzia Costituzionale dell'azione ed il processo civile**. Padova: Cedam, 1990.

FIX-ZAMÚDIO, Héctor. Les garanties constitutionnelles des parties dans le proces civil en Amérique Latine. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (Org.). **Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil**. Paris: Dalloz, 1973.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HUAPAYA TAPIA, Ramon A. El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 137-165, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43102>.

HUTHER, John and SHAH, Arthur. **Anti-corruption policies and programs: A Framework for Evaluation**. Working Paper. Washington: the World Bank, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. Da urgente necessidade de formatação de uma metodologia de mapeamento dos riscos da corrupção no Poder Judiciário. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 39, n. 128, p. 279-296, dez. 2012.

LIMA, Regina Campos. **A Sociedade Prisional e suas facções criminosas**. Londrina: Edições Humanidades, 2003. Disponível em: <<http://www.unifil.br/materiais/direito/materiais/erika/ASociedadePrisional.doc>>. Acesso em 15 abr. 2014.

MAHONEY, Paul. **Right to a fair trial in criminal matters under article 6 E.C.H.R.** In the National Judicial Conference organized by the Judicial Studies Institute in Dublin on 10-11 November 2001. Disponível em: <<http://www.jsijournal.ie/>>. Acesso em 22 abr. 2014.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais.** Brasília: Ministério da Justiça, 2007. Disponível em <www.mj.gov.br>. Acesso em 22 abr. 2014.

MIRANDA, Jorge. **Constituições de Diversos Países.** Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1979.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40251>.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ORTH, John V. **Due process of law a brief history.** Kansas: University Press of Kansas, 2003.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da; LOPES, José Reinaldo de Lima; SADECK, Maria Teresa (Coords.); MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais.** Brasília: Ministério da Justiça, 2007. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em 15 abr. 2014.

SHYLLON, Fernand. O. **Freedom, justice, and the due process of law.** Ibadan: Ibadan University Press, 1987.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal.** Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Princípios Gerais do Direito Processual Civil.** In Revista de Processo, vol.179. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 80, n. 665, p. 11-22, mar. 1991.

TRIBE, Laurence H. **Constitutional Choices.** Massachusetts: Harvard Univeristy Press, 1985.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.





Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de impeachment do Presidente da República

Legal requirements for the establishment of the process of impeachment of the President of the Republic

PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
pedroadv@uol.com.br

Recebido/Received: 11.06.2015 / June 11th, 2015

Aprovado/Approved: 30.06.2015 / June 30th, 2015

Resumo

O artigo tem por objetivo realizar reflexões a respeito dos fundamentos teóricos que embasam o regime de sancionamento por crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República, levando em consideração as peculiaridades procedimentais que deverão ser observados no momento do julgamento político, bem como as garantias processuais que deverão ser asseguradas aos acusados.

Palavras-chave: impeachment; julgamento político; princípio republicano; controle judicial; devido processo legal.

Abstract

The article aims to present some reflections on the theoretical foundations that support the sanctioning regime for acts punishable by impeachment committed by the President of the Republic, taking into account the procedural peculiarities which should be observed at the time of political judgment as well as the procedural guarantees which should be provided to the accused.

Keywords: impeachment; political judgment; republican principle; judicial review; due process of law.

Como citar esse artigo/How to cite this article: SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de impeachment do Presidente da República. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 189-213, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44517>

* Professor de Direito Constitucional e de Fundamentos de Direito Público da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (São Paulo-SP, Brasil) e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da mesma instituição. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor de Direito Administrativo da Pós-Graduação *lato sensu* da PUC/SP. Sócio fundador do escritório Teixeira Ferreira e Serrano Advogados Associados.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** A elaboração teórica das funções do Estado; **3.** A função política do Estado; **4.** A relação entre o Direito e a política; **5.** O crime de responsabilidade: natureza jurídica; **6.** O crime de responsabilidade: elementos caracterizadores; **7.** Considerações finais; **8.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, conhecidos doutrinadores externaram suas convicções no tema da responsabilização político-administrativa do Presidente da República. Dentre eles, nos chamaram atenção os pareceres de Ives Gandra da Silva Martins e Adilson Abreu Dallari. Ambos versam sobre a viabilidade jurídica da abertura de processo visando à cassação do mandato do Presidente da República em exercício.

No presente artigo procuramos elucidar os requisitos jurídicos para a instauração do processo de *impeachment* do Presidente da República, o que demanda, no nosso entender, a observância de um regime constitucional de tipologia estrita.

O regime jurídico deste excepcional mecanismo de controle deve ser construído considerando-se, ainda, a elaboração teórica das funções do Estado e o conceito de função política assimilada por esta mesma construção informadora de toda a estrutura do Estado, dada pela Constituição.

Assim é que os requisitos jurídicos para a instauração do processo de *impeachment* do Presidente da República, e respectivo processo, ainda que vise cominar infração político-administrativa, devem ser extraídos do quanto disposto no nosso Direito positivo, especialmente considerando o arcabouço constitucional, o que não se reduz à intelecção literal e isolada dos artigos 85 e 86 da Constituição.

Para a análise desse tema, necessário se faz lançar mão de uma interpretação sistemática dos princípios republicano e democrático, bem como dos fundamentos (art. 1º) e objetivos (art. 3º) da República Federativa do Brasil, como se passa a expor.

2. A ELABORAÇÃO TEÓRICA DAS FUNÇÕES DO ESTADO E O CONCEITO DE FUNÇÃO POLÍTICA

Na elaboração das funções do Estado, afastamo-nos da modelagem da clássica teoria da “separação dos poderes” de modo a evitar a construção de uma concepção de soberania divisível, fracionada. Assim, “só por antonomásia é que se poderia denominar de separação de poderes a doutrina que pretende explicar e justificar a estruturação do ‘poder’ do Estado”¹.

¹ TAVARES, André Ramos. Repartição de funções estatais: fundamento, estrutura e finalidade. **Revista do Advogado**, São Paulo, vol. 23, n. 73, p. 21-26, nov/2003. p. 24.

O poder do Estado é indivisível e personifica o *poder político* do povo. Fundar uma análise da realidade, portanto, em separação de poder é um contrassenso: o que, por natureza, é uno, não se sujeita a divisibilidade. Nos termos propostos por Karl Loewenstein, a chamada separação é, na verdade, distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado, razão pela qual o vocábulo deve ser entendido de maneira meramente figurativa², ou então organizacional.

Por conseguinte, a ideia de “separação dos poderes do Estado”, como técnica de limitação do *poder político* deve dar lugar a uma abordagem feita a partir das funções do Estado. Apenas as funções do Estado – atividades específicas, coordenadas e teleológicas – é que se sujeitam a parcelamentos, conforme Georges Burdeau³.

Tratando-se de expressão com conteúdo polissêmico, há de se fazer um apinhado da construção semântica das *funções do Estado* ou ainda de sua confirmação. Assim conduz-se um esforço de composição de um conteúdo de significado comum, com alguma objetividade, ao qual se possa referir para a análise a que nós propomos.

Aristóteles apontou, no século IV a.C., dentro do contexto de funções do Estado, a existência das funções deliberativa, executiva e judicial⁴. Políbio, no século II a.C., propôs o chamado governo misto, o qual considerava ideal pela combinação entre as formas de governo clássicas⁵. Posteriormente, Cícero defendeu que a melhor alternativa às formas de governo monarquia, aristocracia e democracia seria aquela que resultasse da combinação das três. Isso garantiria a igualdade e a liberdade⁶.

Com efeito, Aristóteles foi o primeiro a apontar de tal modo organizado a existência das funções do Estado. Não se pode falar que haja nele, porém, alguma sugestão de que estas funções seriam mais bem desempenhadas quando atribuídas a órgãos diferentes. Em Políbio e Cícero, do mesmo modo, não se pode falar que às diferentes funções corresponderiam diferentes órgãos.

Apenas mais tarde, com John Locke, é que se pode falar na necessidade de entrega de diferentes funções a distintos órgãos do Estado. Sua obra *Two treatises on government* contém o elemento fundamental para o reconhecimento das diferentes funções estatais e sua atribuição a diferentes órgãos do Estado⁷.

Coube a Montesquieu, lastreado no chamado *pessimismo antropológico*, a formulação da doutrina da *separação dos poderes* com a nomenclatura, bicameralismo legislativo e independência judicial usualmente conhecidos. O cerne da sua doutrina

² LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1986. p. 55.

³ BURDEAU, Georges. Remarques sur la classification des fonctions étatiques. **Revue du droit public**. Paris, n. 60, p. 202-228, 1945.

⁴ ARISTÓTELES. **A política**. Brasília: UNB, 1997.

⁵ POLÍBIO. **História**. Brasília: UNB, 1985.

⁶ CÍCERO, Marco Tulio. **Da república**. São Paulo: Atena, 1956.

⁷ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Edusf, 2006.

consiste na entrega de díspares funções a órgãos distintos e especializados, o que serviria de mecanismo de contenção do poder.

A separação orgânico-funcional estabelecida por Montesquieu parte de uma concepção iluminista de lei e de uma ideia mecanicista da função judicial⁸. Se tradicionalmente a separação das funções do Estado envolvia apenas a legislativa e executiva, Montesquieu acrescentou a judicial. A relevância da elaboração teórica das funções do Estado levada a efeito está, ainda, na completude científica e na atribuição do caráter jurídico a tais funções.

Para Georg Jellinek⁹ o Estado detém dois fins: um jurídico e outro cultural. Pelo primeiro aspecto, estabelece e tutela o direito; pelo segundo, o Estado afirma a força e incrementa a cultura. Para a satisfação destes fins, o Estado se vale do estabelecimento de regras abstratas e atua concretamente para o alcance de objetivos individualizados. De acordo com o autor, nas funções do Estado, podem-se distinguir atividades livres – marcante na função legislativa – e vinculadas, ampla na jurisdicional.

A despeito do reconhecimento do fim cultural do Estado, há em Georg Jellinek apenas funções jurídicas, razão pela qual pondera Marcello Caetano que este “estava dominado pela ideia kantiana de que a razão de ser do Estado é a realização da Ordem jurídica, donde resultava o seu preconceito de só definir funções jurídicas”¹⁰.

Léon Duguit, na determinação das funções do Estado, vale-se da noção de *ato jurídico*, qual seja, a manifestação de vontade tendente à produção de modificações na ordem jurídica, seja atual, seja futura próxima¹¹. O ato jurídico, neste contexto, pode assumir a feição de ato-regra, ato-condição e ato subjetivo. O ato-regra é produzido com intento modificativo de regras abstratas constitutivas de direito objetivo. O ato-condição torna aplicável, a um indivíduo, regras abstratas determinadas que lhe eram inaplicáveis antes da prática do ato. O ato subjetivo gera obrigação especial, concreta, individual e momentânea, não imposta por nenhuma regra abstrata¹².

Em Hans Kelsen, o Estado identifica-se com a ordem jurídica, razão pela qual as funções do Estado são tipicamente jurídicas. As funções do Estado correspondem a graus ou modos de realização da ordem jurídica. A aplicação do direito é, concomitantemente, sua produção. Todo ato jurídico é, simultaneamente, aplicação de uma *norma* superior, e produção, regulada por esta *norma*, de uma outra que lhe seja inferior¹³.

⁸ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 122-123.

⁹ JELLINEK, Georg. **L'état moderne et son droit**. Paris: Pantheon-Assas, 2005.

¹⁰ CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. t. I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 154.

¹¹ DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. Vol. I, p. 219. apud CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. t. I. Coimbra: Almedina, 2009. p.151.

¹² DUGUIT, L. **Manuel de droit constitutionnel**. Paris: Pantheon-Assas, 2007. p. 26.

¹³ KELSEN, Hans. **General theory of Law and State**. Cambridge: Harvard University, 1999. p. 269.

A premissa fundamental para a compreensão da divisão de funções proposta por Hans Kelsen é, por conseguinte, a concepção da sua *Teoria pura do direito*. O estudo de validade e criação da ordem jurídica, correspondendo à estática e à dinâmica da ordem estatal, pressupõe Estado enquanto ordem normativa. Partindo da premissa de que as funções executiva e judicial são, em essência, a mesma coisa, qual seja, aplicação do direito, Hans Kelsen vislumbra apenas essas duas funções do Estado¹⁴.

Georges Burdeau, atento aos atos do Estado, admite serem duas as suas funções fundamentais. Uma governamental, caracterizada por ser incondicionada, criadora e autônoma, subdividindo-se em legislativa e governamental *stricto sensu*. Outra, administrativa, marcada por ser derivada, secundária e subordinada, a qual se divide em jurisdicional, regulamentar e administrativa *stricto sensu*¹⁵.

Para Karl Loewenstein existem três funções do Estado. *Policy determination*, relacionada à deliberação das decisões políticas fundamentais conformadoras da sociedade no presente e no futuro; *policy execution*, voltada à adoção de medidas necessárias à implementação das decisões fundamentais; e, por fim, *policy control*, vinculada ao controle político dos órgãos estatais¹⁶.

Traçando um quadro abrangente das diversas modalidades das atividades desenvolvidas pelo Estado, Marcello Caetano, não crendo poderem estas reduzir-se à criação e aplicação do direito, ressalta a preocupação com atividades do Estado cujo conteúdo escapa dos atos de criação e aplicação do direito. Estas outras atividades, para o autor nem sempre em si mesmas jurídicas, e quando muito exteriormente reguladas pela lei, correspondem à função política e à técnica, as quais estão em relação de complementaridade e interdependência com as funções jurídicas do Estado legislativa e executiva.

A por ele chamada de *Teoria integral das funções do Estado*, assim, implica em dizer que “se todas as funções do Estado podem considerar-se jurídicas no sentido de que podem constituir objeto do Direito, há atividades com conteúdo jurídico e outras sem conteúdo jurídico”¹⁷.

A função política liga-se à atividade dos órgãos do Estado cujo objeto direto e imediato é a conservação da sociedade política e a definição e prossecução do interesse geral mediante a livre escolha dos rumos ou das soluções consideradas preferíveis¹⁸.

¹⁴ KELSEN, Hans. **General theory of Law and State**. Cambridge: Harvard University, 1999.

¹⁵ BURDEAU, Georges. Remarques sur la classification des fonctions étatiques. **Revue du droit public**, Paris, n. 60, p. 202-228, 1945.

¹⁶ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1986. p. 312.

¹⁷ CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. t. I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 158.

¹⁸ CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. t. I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 172.

A função técnica relaciona-se à atividade dos agentes do Estado cujo objeto direto e imediato consiste na produção de bens ou na prestação de serviços destinados à satisfação de necessidades coletivas de caráter material ou cultural, de harmonia com preceitos práticos tendentes a obter a máxima eficiência dos meios empregados.

A função legislativa define-se como a atividade dos órgãos do Estado que encerra o estabelecimento, direto e imediato, de *normas* de caráter geral e impessoal inovadoras da ordem jurídica¹⁹.

A função executiva consiste na atividade dos órgãos que tenham por objeto, direto e imediato, a promoção e garantia do cumprimento das leis e aplicação de sanções²⁰. Esta função engloba as modalidades jurisdicional, caracterizada pela imparcialidade e passividade, e administrativa, marcada, ao contrário, pela parcialidade e iniciativa.

Marcello Caetano, como se vê, baseia sua *Teoria integral das funções do Estado* no aspecto material das funções. O conteúdo dos atos estatais e os resultados almejados são, assim, o alicerce da referida teoria, a qual aparta, em duas funções estatais diferentes, a definição de rumos do Estado e a positivação de regras.

Jorge Miranda apresenta uma divisão tricotômica das funções do Estado considerando, para tanto, a conjugação de critérios materiais, formais e orgânicos²¹. A inovação desta teoria, além da conjugação de critérios, está na detecção de zonas de fronteira e de funções complementares, acessórias ou atípicas.

Funções política, administrativa e jurisdicional decorrem, portanto, dos fins ou do objeto dos atos em razão dos quais se desenvolvem (critério material), em razão dos modos e formas de sua manifestação (critério formal) e das instituições através dos quais são praticados estes atos (critério orgânico).

A função política, pelo critério material, compreende a definição primária e global do interesse público, a interpretação dos fins do Estado e escolha dos meios adequados para atingi-los, além da sua direção. Pelo critério formal, abrange a liberdade ou discricionariedade máxima com subordinação às regras jurídicas, liberdade de escolha e ausência de sanções jurídicas específicas. Pelo critério orgânico, engloba os órgãos políticos e governativos em conexão direta com a forma e o sistema de governo.

A função política compreende a função legislativa, ou *legislatio*, e governativa, ou política *stricto sensu*, ou ainda *gubernatio*, consoante se traduza em atos normativos, direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente, e em atos de conteúdo não normativo.

¹⁹ CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. t. I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 166.

²⁰ CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. t. I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 168.

²¹ MIRANDA, J. Op. cit. p. 22.

A função administrativa, pelo critério material, realiza-se pela satisfação constante e cotidiana das necessidades coletivas, além da prestação de bens e serviços. Pelo critério formal, a iniciativa e, em regra, a parcialidade na prossecução do interesse público. Pelo critério orgânico, marca-se pela dependência funcional, com sujeição, no interior de cada sistema ou aparelho de órgãos e serviços, às ordens e instruções e ao recurso hierárquico.

A função jurisdicional, pelo critério material, abarca a declaração do direito em concreto e em abstrato. Pelo critério formal, marca-se pela passividade e imparcialidade. Pelo critério orgânico, pela independência e atribuição a órgãos específicos, os tribunais.

Conceituadas as funções, pontifica Jorge Miranda que “os atos próprios de cada função devem provir, em princípio, de órgãos correspondentes a essa função. Todavia encontram-se [...] algumas interpenetrações e inevitáveis zonas cinzentas”²². Todavia, tendo em vista o direito positivo português, o autor elenca hipóteses nas quais não se pode falar em exatidão desta correspondência. Cita, dentre outras, as chamadas *decisões aditivas* do Tribunal Constitucional português e a verificação de fatos e atos do Presidente da República²³.

Esses atos assimétricos, ainda que significativos, não afetam, segundo o autor, o núcleo especificador dos órgãos a que são cometidos²⁴. De fato, não são eles que individualizam as funções do Estado na sua generalidade, porém, ainda que não afetem, de forma absoluta, a tripartição de funções estatais, não se pode negar perturbações de ordens variadas.

Apresentada uma breve panorâmica da elaboração teórica das funções do Estado, estamos aptos a fixar o conceito de funções do Estado.

A função do Estado reflete, para Jorge Miranda, fim, tarefa ou incumbência, correspondente a certa necessidade coletiva ou a certa zona da vida social. Expressa, ainda, atividade com características próprias, modelo de comportamento²⁵.

No primeiro sentido, a função traduz o enlace entre a sociedade e o Estado e uma tentativa ou princípio de legitimação do exercício do poder. A função vincula-se, assim, ao Estado enquanto poder e como comunidade²⁶.

No segundo, expressa atos e atividades que o Estado, constantemente, desenvolve em harmonia com as regras que o condicionam e conformam. A função, assim,

²² MIRANDA, J. Op. cit. p. 34.

²³ Ibid. p. 35.

²⁴ Ibid. p. 36.

²⁵ Ibid. p. 8.

²⁶ Ibid. p. 8-9.

é uma manifestação específica do *poder político*, um modo tipicizado de exercício do poder²⁷.

Em ambas as acepções, “exibe-se um elemento finalístico: directamente, na função como tarefa; indirectamente, na função como actividade”²⁸. Com efeito, a tarefa é o fim historicizado que implica na adstrição de um comportamento que inexistente por si mesmo; a actividade, um meio para a consecução de fins qualificados.

A função no sentido de actividade relaciona-se a um complexo ordenado de atos, interdependentes, ou apenas aparentemente, uns em relação aos outros, destinados à persecução de um fim ou de vários fins conexos. É a actividade, desenvolvida pelo Estado, por meio de seus órgãos e agentes, na realização das incumbências que lhe são atinentes constitucional e legalmente. Não há, nessa perspectiva, actividade do Estado senão nos limites do direito. A actividade é específica ou diferenciada, duradoura e globalizada²⁹. Para o mesmo autor, “são os fins do Estado, permanentes ou conjunturais, que determinam o tipo e a feição das actividades dos seus órgãos e agentes, e são as normas jurídico-públicas que as qualificam como actividades do Estado”³⁰.

Marcello Caetano, do mesmo modo, adota o elemento finalístico para a qualificação da noção de funções do Estado. Para ele a função é uma “actividade específica, complementar de outras actividades também específicas cujo exercício coordenado é indispensável à produção de certo resultado”³¹.

As funções do Estado, assim, relacionam-se à compreensão da sua acção haja vista os fins de segurança, justiça e bem-estar³². Funções do Estado são, assim, actividades específicas, coordenadas e teleológicas. Tais funções sempre estão condicionadas pelo direito.

3. A FUNÇÃO POLÍTICA DO ESTADO

Para levar a cabo a análise proposta, é necessário debruçarmos-nos dentre as várias funções estatais, na sua função política.

²⁷ Ibid. p. 8-9.

²⁸ Ibid. p. 9.

²⁹ MIRANDA, J. Op. cit. p. 11.

³⁰ Ibid. p. 11.

³¹ CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. t. I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 148.

³² CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. t. I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 149.

Marcello Caetano sustenta que a função política é atividade não jurídica do Estado. Não conteria, em si mesma, criação e execução do direito, ainda que possa adotar, em determinadas hipóteses, formas jurídicas ou sujeitar-se ao direito³³.

Entretanto, dentro da apresentada elaboração teórica das funções do Estado, só se pode adotar um conceito de função política nos quadrantes do direito posto.

A função política é atividade fundamental dos órgãos superiores do Estado com vistas a assegurar, *verbi gratia*, a unidade e coesão nacionais, definir ideais coletivos, escolher objetivos concretos a realizar e os meios a serem empregados, além de manter o equilíbrio constitucional³⁴.

Há que se destacar que esta opção em temas fundamentais para a preservação do Estado e promoção do bem comum, por órgãos instituídos pela Constituição, ocorre dentro de uma margem de interpretação das disposições constitucionais.

Jorge Miranda destaca que o específico da função política está na incindibilidade total da forma e do sistema de governo. Ou seja, é a Constituição que, sintonizada com a forma e o sistema de governo por ela consagrado, cria e regula os órgãos incumbidos do exercício da função política³⁵.

A função política, destarte, é a atividade de definição primária e global do interesse público, a atividade de interpretação dos fins do Estado e escolha dos meios adequados para atingi-los. Inerente ao conceito está, ainda, o exercício por órgãos em conexão direta com a forma e o sistema de governo.

Assim é que Cristina M. M. Queiroz assinala ser a função política “muito mais do que a simples afirmação de uma actividade governamental *tout court*”³⁶. Não se apresenta, do mesmo modo, como momento destacado na atividade do governo, mas “diz respeito a todos os órgãos constitucionais chamados à concretização da vontade política constitucionalizada”³⁷.

Quanto ao exercício por opções em temas fundamentais, recorde-se Jorge Miranda, para o qual a função política possui por característica “a interpretação dos fins do Estado e escolha dos meios adequados para os atingir em cada conjuntura”³⁸.

Intrínseco ao exercício da função política está a liberdade de escolha, dentro do campo de interpretação da Constituição, relacionada aos rumos e condução dos meios

³³ CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. t. I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 171.

³⁴ CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. t. I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 172.

³⁵ MIRANDA, J. Op. cit. p. 28.

³⁶ QUEIROZ, Cristina Maria Machado. **Os actos políticos no Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 1990. p. 112.

³⁷ QUEIROZ, Cristina Maria Machado. **Os actos políticos no Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 1990. p. 112.

³⁸ MIRANDA, J. Funções do Estado. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, vol. 189, p. 85-99, 1992.

para a manutenção ou transformação das estruturas de uma sociedade global ou das relações fundamentais entre sociedades, como afeiçoa Michel Debrun³⁹.

Conclui-se, assim, que a função política do Estado relaciona-se, basicamente, ao exercício do poder de decisão política por órgãos em conexão direta com a forma e o sistema de governo, os quais são responsáveis pela concretização da vontade política constitucionalizada, concretização esta que ocorre dentro dos quadrantes do direito posto.

4. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA

No contexto da distinção clássica entre o direito e a política, salienta Larry D. Kramer⁴⁰ que à política, a soberania popular, o princípio majoritário e o domínio da vontade; ao direito, o primado da lei (*the rule of the law*), o domínio da razão. Nesse contexto, Georg Jellinek vincula a Constituição aos princípios jurídicos que definem os órgãos supremos do Estado, sua criação, suas relações mútuas, determinam o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado⁴¹.

Para o referido autor, a política está fora da Constituição⁴². Além do mais, deveria haver uma separação entre o direito e a política no estudo do Estado, inclusive na análise da Constituição⁴³.

A teoria jurídica do Estado de Georg Jellinek, segundo Pedro de Vega García, está ligada a três pressupostos: a positividade do direito, o monopólio estatal da produção jurídica e a personalidade jurídica do Estado⁴⁴.

Sustentam-se na distinção clássica entre o direito e a política as crenças da neutralidade científica, da completude do direito e a da interpretação judicial como um processo puramente mecânico de concretização das regras jurídicas, em valorações estritamente técnicas.

A relação entre o direito e a política encontra-se cunhada pela positivação do direito, assim entendida como passagem da validade tradicional ou transcendente para

³⁹ DEBRUN, Michel. **O fato político**. Rio de Janeiro: FGV, 1962. p. 37.

⁴⁰ "We in the twenty-first century tend to divide the world into two distinct domains: a domain of politics and a domain of law. In politics, the people rule. But not in law. Law is set aside for a trained elite of judges and lawyers whose professional task is to implement the formal decisions produced in and by politics" (KRAMER, Larry D. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University, 2004, p. 7).

⁴¹ JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960. p. 505.

⁴² ELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960. p. 361-363.

⁴³ JELLINEK, G. **Verfassungsänderung und Verfassungswandlung**: Eine staatsrechtlichpolitische Abhandlung. Goldbach: Keip Verlag, 1996. p. 5-6.

⁴⁴ GARCÍA, Pedro de Vega. El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. apud: BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, n. 61. 2004, p. 5-24, p. 6.

validade decisionista, como afeiçoa Dieter Grimm⁴⁵. Ainda que o que valha juridicamente seja decidido politicamente, a política, segundo o referido autor, subordina-se ao direito.

Não há conteúdo politicamente independente do direito. Porém, já que o direito não pode operar determinadas modificações a partir de si mesmo, faz-se necessário a existência de uma instância com legitimidade de decisão que se encarregue de restabelecer o nexo perdido entre exigências sociais e soluções jurídicas⁴⁶.

Pondera Luís Roberto Barroso que o “direito é, certamente, diferente da política. Mas não é possível ignorar que a linha divisória entre ambos, que existe inquestionavelmente, nem sempre é nítida, e certamente não é fixa”⁴⁷. Portanto, direito e política, ainda que pretensamente diversificados e separados por linhas de demarcação analítica, normativa ou funcional, estão osmoticamente atrelados⁴⁸.

Os laços entre o direito e a política são, com efeito, inevitáveis. Destaca o citado autor que o por ele chamado de “encontro não marcado entre o direito e a política” ocorre em razão da linguagem aberta dos textos jurídicos, das inevitáveis colisões de normas constitucionais e dos desacordos morais razoáveis (*moral reasonable disagreement*), relacionados à ausência de conciliação possível sobre determinadas matérias em sociedades pluralistas.

Rudolf Smend tinha por Constituição a ordenação jurídica do Estado, a dinâmica vital na qual se desenvolve a vida estatal, isto é, de seu processo de integração com vistas à permanente reestruturação da realidade total do Estado. A Constituição seria o modelo legal ou normativo de determinados aspectos deste processo⁴⁹.

Coloca-se nesse sentido a proposta de “Constituição dirigente”, de José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁰, que pela teoria material da Constituição, pondera que, como todas as Constituições conformam o político, racionalizando-o, há o estabelecimento de uma vinculação jurídica para os atos políticos.

Não se pode negar, por conseguinte, que a Constituição seja uma interface entre os universos jurídico e político. Em sendo o direito constitucional um direito político, devemos retomar a proposta de Karl Loewenstein, que entendia a teoria da

⁴⁵ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3.

⁴⁶ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 6.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O ambiente sistêmico da função judicial e o espaço político da magistratura. **Revista de Processo**, vol. 98, p. 43, abr.-jun, 2000.

⁴⁹ SMEND, Rudolf. **Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze**. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 274. Apud: BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, n. 61. 2004, p. 8.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001.

Constituição como uma explicação realista do papel que a Constituição detém na dinâmica política⁵¹.

Entretanto, não se está a patrocinar uma invasão indevida da política no direito e, em especial, na Constituição. Esta politização corresponde às respostas que o direito deve oferecer às demandas do sistema político a partir de sua própria recursividade⁵². O intuito é, ainda, frisar que não há função política do Estado senão nos quadrantes do direito posto.

5. O CRIME DE RESPONSABILIDADE: NATUREZA JURÍDICA

O exercício do *munus* público sujeita os agentes políticos à responsabilidade, eis que o princípio republicano informa toda a nossa estrutura do Estado⁵³, o qual impõe que os agentes públicos sejam responsáveis (*accountable*) pelos comportamentos que adotem no exercício da sua função pública.

A forma republicana de governo é, para José Joaquim Gomes Canotilho, “constitutiva de uma inarredável identidade constitucional”⁵⁴. Assim é que uma das principais características da forma republicana está na “ideia de ‘antiprivilégio’ no que respeita à definição dos princípios e critérios ordenadores do acesso à função pública e aos cargos públicos”. Na expressão do autor, a forma republicana de governo relaciona-se aos critérios de “electividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade, aos critérios de designação, hierarquia e vitaliciedade”⁵⁵.

Para José Afonso da Silva, a eleição periódica, por si só, não esgota a *realidade democrática*. Por essa razão é que, ao longo do exercício do mandato popular, os representantes devem responder pelos atos praticados no decorrer deste mesmo mandato⁵⁶.

⁵¹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1986. p. 217-222.

⁵² Como bem sintetiza Celso Fernandes Campilongo: “as grandes categorias do constitucionalismo moderno constroem as bases estruturais para a autonomia funcional do direito (...). Mas as Constituições, se de um lado fornecem as ferramentas para o fechamento operativo do direito, de outro também são o mecanismo da abertura cognitiva do direito para a política. No Estado de Direito, o sistema jurídico fornece respostas legais aos problemas da política. Isso não representa ignorância ou insensibilidade para a política. Ocorre que os problemas da política são traduzidos, deslocados e selecionados pelo sistema jurídico com critérios particulares e internos a esse sistema. Enquanto a política opera num quadro de complexidade elevada e indeterminada, o direito atua num contexto de complexidade já reduzida e determinada por limites estruturais mais rigorosos.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 24).

⁵³ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Princípio republicano e provimento dos cargos públicos. **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas**, São Paulo, n. 10, ano 14, p. 67-99, 1996.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 228.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 550.

Com efeito, o *crime de responsabilidade* é uma infração político-administrativa praticada por determinados agentes políticos, isto é, aqueles “titulares de cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado”⁵⁷.

Em regimes presidencialistas, o chefe de governo e de Estado, reunidos em um só agente⁵⁸, pode sofrer o impedimento de seu mandato pelo Legislativo, mas isso apenas após a comprovação de condutas caracterizadoras de ilícitos, anteriormente previstas normativamente, e após comprovação consistente por métodos processuais que garantam ampla defesa e contraditório.

Ainda que se possa chamar, na classificação de Karl Loewenstein, de *policy control*⁵⁹, referida competência assimétrica, pelo Legislativo, compreende o exercício de uma função política, que, como tal, deve abarcar a concretização da vontade política constitucionalizada, concretização esta que ocorre dentro dos quadrantes do Direito posto.

Os artigos 85 e 86 da Constituição tratam da responsabilidade do Presidente da República. O primeiro dispositivo prevê que são *crimes* os atos que atentem contra a Constituição. É indicado um rol exemplificativo de condutas típicas. Prevê-se, ainda, que tais crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento. Referida espécie normativa é a Lei n.º 1.079/1950, que foi recepcionada, parcialmente, pela Constituição⁶⁰.

O termo *impeachment* é utilizado para identificar o processo mediante o qual se promove a apuração e o julgamento do crime de responsabilidade. O instituto nasceu na Grã-Bretanha e foi adotado pelos Estados Unidos da América a partir de 1787. No Brasil, o mecanismo nasceu na Constituição de 1891. Todas as Constituições seguintes o acolheram. As primeiras leis ordinárias a regulamentar a matéria foram a Lei n.º 27/1892 e a Lei n.º 30/1892, ambas editadas no regime da Constituição de 1891⁶¹.

O *impeachment* é um mecanismo do Legislativo para controlar os membros do Executivo. Talvez por essa razão que a nossa doutrina, por muito tempo, sustentou que o processo por crime de responsabilidade teria natureza essencialmente política.

Paulo Brossard de Souza já alertava que “o *impeachment* tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 246.

⁵⁸ O Presidente da República, como chefe do Executivo, assume as funções de Chefe de Estado e de Governo (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 542-543).

⁵⁹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1986, p. 312.

⁶⁰ Nesse sentido: STF. MS n.º 21.564/DF, Rel. para o acórdão Min. Carlos Velloso, julgamento em 23.09.1992.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Crime de responsabilidade e processo de impeachment. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 3, maio/2011. p. 615

considerações de ordem política e julgado segundo critérios políticos – julgamento que não exclui, antes supõe, é óbvio, a adoção de critérios jurídicos”⁶².

Com efeito, o processamento e julgamento do crime de responsabilidade pelo Legislativo ocorrem dentro do exercício de uma competência atípica, estranha à função primária do Legislativo na divisão de funções estatais na República.

Ainda que atípica, a função exercida pelo Legislativo ocorre nos quadrantes do conceito de função política do Estado. Deve-se afastar, assim, a arbitrariedade e a discricionariedade na concretização dos conceitos indeterminados da definição legal típica dos crimes de responsabilidade.

Rememore-se, aqui, Celso Antônio Bandeira de Melo, para o qual apenas “no interior das fronteiras decorrentes da dicção legal é que pode vicejar a liberdade (...)”⁶³. Há, com efeito, hipóteses em que a Constituição e a lei regulam dada situação em termos tais que não resta para o intérprete margem alguma de liberdade. Isso ocorre quando a regra “prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos [...]”⁶⁴. Nesse caso, há vinculação. Ao contrário, há discricionariedade quando existe uma campo de “indeterminação normativa” no qual incide uma “certa esfera de liberdade”⁶⁵.

A interpretação constitucional contém particularidades que a singularizam no universo da interpretação jurídica em geral. As complicações da interpretação constitucional remontam, em suma, às peculiaridades do Direito constitucional, bem como da Constituição.

Neste contexto, a superioridade da Constituição e a natureza da sua linguagem, marcada pela textura aberta, vagueza dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados, são um contributo decisivo à particularização da interpretação constitucional. Esta problemática não passou despercebida por Eduardo García de Enterría⁶⁶, o qual, sensível à amplitude das fórmulas adotadas pela Constituição, salienta que a interpretação constitucional será sempre inserta em uma problemática que exclui qualquer parâmetro simplista⁶⁷.

Sob a ótica analítica da dogmática jurídica, o chamado *conceito jurídico indeterminado*⁶⁸, por exemplo, possui o que Paulo de Barros Carvalho chama de *heterogenei-*

⁶² PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment**: aspectos da responsabilidade política do presidente da república. 1965. p. 71.

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 951.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 951.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 952.

⁶⁶ ENTERRIA, Eduardo García de. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1988. p. 231.

⁶⁷ ENTERRIA, Eduardo García de. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1988. p. 223.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001. p. 246.

dade de conteúdo: “o direito posto, na sua continuidade normativa, oferece flagrante heterogeneidade de conteúdos, vista sua pretensão de regular as condutas intersubjetivas no contexto social”⁶⁹.

A importância da diferença entre os conceitos apontados reside na compreensão do papel que podem desempenhar como argumentos dogmáticos no discurso jurídico.

Com efeito, enquanto os “conceitos jurídicos autênticos” estão inseridos “na dogmática ajustada ao tratamento conceitual-sistemático da lei válida”, os “outros conceitos que ocorrem nas normas jurídicas”⁷⁰ estão incluídos no campo da interpretação pura, despidendo de regulamentação normativa que lhe conceitue. Esses últimos existem independentemente de outras normas que os definam e devem ser interpretados de forma que seu significado coadune-se com o sistema fático-jurídico em que estão inseridos, segundo, portanto, os valores que integram o Direito posto.

Assim é que a competência do Legislativo de interpretar a Constituição não lhe permite interpretar dispositivos de forma extensiva de modo a invadir competência destinada pela Constituição ao Executivo ou Judiciário ou, ainda, a pretexto de dar cumprimento às determinações constitucionais, interromper o livre processo democrático e republicano de cumprimento de uma função pública outorgada pelo povo.

Tal entender atenta contra a ideia de divisão de funções que é, conforme salientamos na parte introdutória, inerente ao Estado Democrático de Direito. Só os impérios absolutistas ou regimes autoritários admitem centralização de funções diversas num mesmo órgão, por conta de sua vontade autônoma e não pela heteronomia expressa da Constituição.

Em outras palavras, em um Estado Democrático de Direito não existem juízos imperiais, que se caracterizam pela formação autônoma da vontade do julgador. Para ser tido como tal, qualquer julgamento, por mais discricionário que seja, é pautado pelo que Kant⁷¹ e a moderna teoria constitucional chamam de *juízo heterônomo*, qual seja, a vontade constituída a partir dos fins e processos estipulados na ordem jurídica e não no juízo absolutamente subjetivo.

Por essa razão é que quando se usa a expressão *processo e julgamento políticos* para tal forma de juízo não se quer dizer julgamento segundo a vontade integralmente autônoma e livre, inclusive com eventual dispensa do devido processo legal. Nesse ponto, comungamos com o entendimento do ilustre Adilson Abreu Dallari, para o qual não podem ser desprezadas, na apuração do crime de responsabilidade, as garantias

⁶⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário:** linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2013. p. 181.

⁷⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário:** linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2013. p. 181.

⁷¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 239.

constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, consubstanciadas no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição.

Além do mais, o Presidente da República – o chefe de governo e de Estado de regime presidencialista – não se confunde com o Primeiro Ministro de um regime parlamentarista. Ele não pode, portanto, ser afastado da função por mero juízo de conveniência e oportunidade do Parlamento⁷², mas apenas pelo cometimento de infrações previstas normativamente e demonstradas com o devido processo legal.

Ou seja, a chamada perda da *public trust*, a ensejar *moção de censura* ou desconfiança do parlamentarismo, é inteiramente inaplicável ao nosso sistema presidencialista. No presidencialismo, o Presidente sujeita-se a um específico processo político-administrativo de responsabilização⁷³.

Nesses termos é que quando se afirma que o Legislativo, ao promover o processo e julgamento do crime de responsabilidade, constitui-se em “tribunal especial, para o julgamento político”⁷⁴, referido julgamento só pode ser qualificado como político desde que não se afaste dos quadrantes do ordenamento jurídico.

A característica maior do Estado de Direito está na submissão do político ao Direito. Isso significa que não há decisão política no âmbito do Estado de Direito que tenha tom ou caráter absolutista. Toda decisão, por mais discricionária e aparentemente livre e autônoma que seja, quando adotada pelo Estado, será sempre, de alguma forma, heterônoma, isto é, condicionada pela ordem jurídica.

Assim é que o *crime* de responsabilidade traz em si um regime jurídico, que visa estabelecer certas garantias ao Presidente da República. No regime presidencialista, o mandato não pode ser interrompido por mero voto de desconfiança do Legislativo. O Chefe do Executivo não é o representante do Parlamento, o que ocorre apenas no parlamentarismo. Não pode haver, portanto, a interrupção do mandato do Presidente porque se considera que ele agiu com incompetência ou inadequação no exercício das funções. A interrupção só pode ocorrer se houver crime de responsabilidade.

Ainda que o processo de *impeachment* ocorra no âmbito político-administrativo⁷⁵, e não no contexto de um processo criminal⁷⁶, deve-se oferecer as garantias próprias não só dos processos administrativos sancionadores, mas também de determinados elementos do processo judicial. Tanto assim é que a própria Lei n.º 1.079/1950, no seu art. 38, determina que no processo e julgamento do Presidente da República, serão subsidiários à lei, naquilo em que lhes forem aplicáveis, não só os regimentos internos

⁷² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 543.

⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 550.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 552.

⁷⁵ Nesse sentido: STF. IF 590 QO/CEF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17.09.1998.

⁷⁶ Nesse sentido: STF. Pet 1365 QO/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 03.12.1997.

da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, como também o Código de Processo Penal.

Não estamos a dizer, com isso, que o *crime* de responsabilidade confunde-se com o ilícito penal, mas que referido processo sancionador não pode se afastar, em absoluto, das garantias mínimas da chamada *teoria geral do processo*.

Nesse ponto, discordamos do posicionamento do ilustre Adilson Abreu Dallari, para o qual deve ser excluído do exame do regime jurídico do processo de cassação do mandato qualquer aplicação indevida de preceitos do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Discrepamos, ainda, do referido parecerista quando sugere que o processo de *impeachment*, em se tratando de processo administrativo, é dirigido à busca de verdade material, em especial no sentido de que, assim, determinados vícios do processo possam ser relevados, corrigidos ou convalidados.

Os sistemas de garantias próprio do Direito penal e do processo penal devem, no que couber, ser aplicados ao processo e julgamento do *crime* de responsabilidade, resguardando-se, inclusive, as garantias do regime republicano-representativo conferidas ao Presidente da República.

Nesses termos, o *crime de responsabilidade* é uma infração político-administrativa praticada por determinados agentes políticos, cujo processamento e julgamento decorre do exercício de uma função política do Legislativo, o que deve se dar nos quadrantes do Direito posto.

6. O CRIME DE RESPONSABILIDADE: ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Os requisitos jurídicos para a instauração do processo de *impeachment* do Presidente da República, bem como o processo respectivo, ainda que vise a cominar infração político-administrativa, deve ser extraído do quanto disposto no nosso Direito positivo, especialmente considerando o arcabouço constitucional, o que não se reduz à interpretação literal e isolada dos artigos 85 e 86 da Constituição, devendo envolver a compreensão sistemática dos princípios republicano e democrático, bem como os fundamentos (art. 1º) e objetivos (art. 3º) da República Federativa do Brasil.

O *crime* de responsabilidade submete-se, na expressão de Luís Roberto Barroso, a um “regime de tipologia constitucional estrita”⁷⁷, cabendo ao legislador ordinário tão-somente explicitar e minudenciar práticas que se subsumam aos tipos constitucionais.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 615.

Como antecipamos, o fato de o julgamento do crime de responsabilidade decorrer do exercício de uma função política do Estado não é alvará para que se atente contra os direitos fundamentais e o Estado de Direito. Por essa razão é que a aplicação de sanções no processo de crime de responsabilidade demanda o atendimento de requisitos para sua incidência válida.

Além disso, voltamos a frisar, os sistemas de garantias próprio do Direito penal e do processo penal devem, no que couber, ser aplicados ao processo e julgamento do crime de responsabilidade, em especial a regra da modalidade dolosa e, excepcionalmente, diante de expressa disposição legal, a culposa; o princípio *in dubio pro reo*; e, ainda, a interpretação restritiva. Assim é que, por exemplo, qualquer dúvida em faculdade polissêmica deve ser resolvida em favor do acusado.

A modalidade culposa incide apenas quando houver expressa previsão normativa⁷⁸, o que não há na Constituição. Exige-se, assim, que se comprove, para fins de responsabilização, que o agente tenha querido o resultado ou assumido o risco de produzi-lo. Excepcionalmente, se a lei expressamente assim dispuser, será possível a responsabilização baseada apenas na imprudência, negligência ou imperícia.

Não comungamos, portanto, do posicionamento do ilustre Adilson Abreu Dalari para o qual, no processo do crime de responsabilidade político-administrativa, qualquer dúvida interpretativa que remanesça deve ser dirimida no sentido que assegure maior eficácia ao princípio republicano, nos termos colocados.

Efetivamente, é preciso que seja cotejada a salvaguarda da Constituição, a observância do princípio republicano, a probidade na administração e os demais valores em cena. Entretanto, é preciso que se coteje que a Constituição conferiu ao Presidente da República todas as garantias do regime republicano-representativo, sem o qual estaria inviabilizado o exercício da relevante função pública de chefia do Estado e do governo, imunizando-o de oportunismos ilegítimos.

Por essa razão é que quando se fala em crime de responsabilidade deve-se discriminar, com exatidão, quais esferas do exercício dessa competência são vinculadas pela Constituição e quais esferas são compostas por aquilo que José Joaquim Gomes Canotilho chamou de *determinantes autônomas*.

As disposições constitucionais são "heteronomamente vinculantes das escolhas discricionariamente feitas pelo legislador"⁷⁹, não cabendo falar no exercício de qualquer função estatal que transborde a chamada *moldura kelseniana*.

Para Hans Kelsen, em todos os casos de indeterminação, oferecem-se várias possibilidades de aplicação da regra jurídica, de modo que ela pode ser conformada a corresponder a uma das suas várias significações. Assim é que o Direito a aplicar forma

⁷⁸ Essa é, inclusive, a redação do art. 18 do Código Penal.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 265.

uma moldura “dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”⁸⁰.

Assim, a interpretação levada a cabo pelo Legislativo deve compreender a fixação, por via cognoscitiva, do sentido do objeto a interpretar, sendo que o resultado deve ser sempre aquele que representa uma das possibilidades que dentro dessa moldura existe.

É preciso distinguir, assim, quais esferas são decorrentes do exercício de competência vinculada e quais são discricionárias, inclusive no que tange à instauração do processo referente ao crime de responsabilidade. A instauração, portanto, não é autônoma e livre. Ela só pode se dar quando presentes certas condições estabelecidas pela Constituição.

Assim, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos para a instauração do processo de *impeachment* do Presidente da República: (a) prática de conduta típica por parte durante o exercício do mandato e no exercício das funções e (b) culpabilidade estrita.

A conduta típica compreende uma ação ajustada a um modelo legal de conduta proibida capitulada no art. 85 da Constituição, o qual prevê que são crimes de responsabilidade aqueles que atentem contra (a) a existência da União; (b) o livre exercício do Legislativo, do Judiciário, do Ministério Público e dos “poderes” constitucionais das unidades da Federação; (c) o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; (d) a segurança interna do País; (e) a probidade na administração; (f) a lei orçamentária; e, por fim, (g) o cumprimento das leis e das decisões judiciais. A Lei n.º 1.079/1950 deve ser interpretada consideradas as determinações constitucionais, especialmente referido rol de condutas típicas.

Saliente-se, aqui, que discordamos do posicionamento do ilustre Adilson Abreu Dallari para o qual, dado o elevadíssimo grau de discricionariedade das ações e decisões políticas, não seria possível a exigência de um ajustamento milimétrico ao tipo. Bastaria, portanto, uma compatibilidade razoável com o tipo e um conjunto de circunstâncias que indiquem a ocorrência de comportamento delituoso, sem os rigores do Direito penal.

No nosso entender, a prática de conduta típica durante o mandato e no exercício das funções deve ser cabalmente demonstrada, inclusive – e nesse ponto também discordamos do parecerista – mediante a confirmação de um conjunto probatório requerido para as sanções penais.

Assim é que a primeira condição disposta pela Constituição é que haja um ato praticado pelo Presidente da República. Portanto, uma conduta ativa ou ao menos o

⁸⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 390.

que se possa chamar de omissão comissiva, uma omissão estimuladora, praticada na qualidade de Presidente da República. Não basta, portanto, a simples omissão. Nessa linha é o entendimento do exímio Lenio Luiz Streck, para o qual é preciso que se demonstre o dolo, a intenção de cometer o crime, não bastando, simplesmente, a omissão⁸¹.

Discordamos, portanto, dos ilustres Adilson Abreu Dallari e Ives Gandra da Silva Martins, os quais comungam do entendimento de que o *crime* de responsabilidade pode assumir as feições comissiva e omissiva.

É preciso frisar que qualquer ato estranho ao exercício das suas funções não é conduta passível da responsabilidade político-administrativa que ora examinamos. Isso não significa irresponsabilidade, mas que o mecanismo de responsabilização do *impeachment* incide em específicas hipóteses e dentro do âmbito constitucionalmente estabelecido.

Como se sabe, a responsabilidade do Presidente da República pode ocorrer, além do âmbito político-administrativo, na esfera penal e naquela a que se refere o art. 37, § 4º, da Constituição: improbidade administrativa, regulamentada pela Lei n.º 8.429/1992.

O § 4º do art. 86 da Constituição prevê que o Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

Como a sanção é a perda do mandato, a conduta deve ocorrer neste mesmo mandato. O cargo do Presidente é caracterizado pela periodicidade. Assim é que o ato deve ocorrer no mandato, sob pena de se desconhecer o caráter republicano das representações populares.

Discordamos, portanto, do ilustre Adilson Abreu Dallari que entende que a reeleição, ao implicar no exercício da função por oito anos, viabilizaria a responsabilização político-administrativa do Presidente da República por ato pretérito, praticado no primeiro mandato.

A temporariedade é uma das principais dimensões do princípio republicano. Ela traduz-se na realização de eleições periódicas. A Constituição prevê a legitimidade popular nos seus arts. 28, 29, incisos I e II, e 77, a qual conferirá o mandato de quatro anos, a iniciar-se, *in verbis*, “em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição”.

Em nada se confunde, portanto, o dogma republicano de periodicidade do mandato – que é de quatro anos – com a possibilidade, em tese, de reeleição para um *único período subsequente*. Ou seja, a possibilidade de reeleição não significa que ambos os mandatos serão considerados um mesmo período para fins de responsabilização político-administrativa.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. Não há nenhum elemento objetivo para Impeachment. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/proa/noticia/2015/02/lenio-streck-nao-ha-nenhum-elemento-objetivo-para-impeachment-4708988.html>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

Com efeito, o crime regime de responsabilidade deve ser compreendido à luz do princípio republicano, o qual é caracterizado, essencialmente, pela periodicidade. Não se pode interpretar a Constituição pela lei, o que leva a uma inversão da hierarquia normativa, ocorrendo o que podemos chamar de “legalização da Constituição” em detrimento da constitucionalização das leis.

Nesse equívoco metodológico quer nos parecer que Ives Gandra da Silva Martins incorreu ao aferir em condutas da então Presidente da República em período pretérito inclusive ao seu primeiro mandato, à época em que não era sequer Presidente da República.

Como se não bastasse o entender pela possibilidade de identificar suposta responsabilidade político-administrativa à época em que se era Presidente da República, o parecerista identifica uma inadequada continuidade entre mandatos, quando da reeleição, o que é contrário ao princípio republicano, marcado, essencialmente, pela periodicidade.

A supremacia da Constituição condiciona a validade e o sentido de todo o ordenamento jurídico⁸². O legislador interpreta a Constituição na elaboração da lei. Ou essa interpretação está correta e a lei é constitucional – e, portanto, reflete o que a Constituição determina – ou interpreta equivocadamente e a lei é inconstitucional e, consequentemente, nula. A lei, assim, não possui o condão de estabelecer ou fixar o sentido da Constituição. É a Constituição que condiciona o sentido da lei.

A culpabilidade revela-se, no *crime* de responsabilidade, como a intencional violação do dever. Deve-se aferir, assim, o dolo. A modalidade culposa incide apenas quando houver expressa previsão legal, o que não há na Constituição.

Exige-se, assim, que o Presidente da República tenha querido o resultado ou assumido o risco de produzi-lo. Apenas se a Constituição expressamente dispusesse, seria possível a responsabilização baseada apenas na imprudência, negligência ou imperícia. Assim é que a Lei n.º 1.079/1950 deve ser interpretada considerando a exigência de atuação dolosa, devendo-se declarar não recepcionados pela Constituição os dispositivos que tratam como *crime* de responsabilidade as condutas culposas.

Discordamos, portanto, dos ilustres Adilson Abreu Dallari e Ives Gandra da Silva Martins, os quais comungam do entendimento de que o *crime* de responsabilidade pode assumir as feições dolosa e culposa.

O cumprimento dos requisitos para a instauração do processo de *impeachment* do Presidente da República devem ser detidamente examinados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

⁸² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo Saraiva, 2010. p. 300.

O Judiciário pode, ainda, exercer o controle (*judicial review*) da tipicidade dos fatos objetos de imputação⁸³, desde que se comprove lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição). Comungamos, nesse tema, do posicionamento do ilustre Adilson Abreu Dallari, para o qual é assegurado o controle judicial quanto à observância das formalidades legais.

O processamento dos crimes de responsabilidade divide-se em duas partes: juízo de admissibilidade e processo e julgamento. Em ambos os casos, caberá a verificação do atendimento dos requisitos para sua incidência válida.

O art. 86 da Constituição prevê que a acusação será deduzida perante a Câmara dos Deputados, o que demanda a adequada descrição de uma ação ajustada a um modelo legal de conduta proibida, contrária ao direito e culpável.

Ausentes algum desses pressupostos, a Câmara dos Deputados poderá rejeitar liminarmente a denúncia. É realizado, portanto, um juízo de admissibilidade, isso considerando a consistência da acusação, bem como se as alegações e fundamentos são procedentes. Cabe-lhes, inclusive, rejeitá-la, de plano, acaso patentemente inepta ou despida de justa causa⁸⁴.

O art. 23, § 1º, da Lei n.º 1.079/1950 prevê que, se por meio de votação nominal, decidir-se pela procedência da denúncia, considerar-se-á decretada a acusação, isso por dois terços da Câmara dos Deputados.

Autorizada a instauração do processo, a matéria passará à competência do Senado Federal, quando a acusação será processada e julgada⁸⁵, conforme prevê o art. 52, inciso II, da Constituição. O Senado Federal poderá, igualmente, realizar a verificação do atendimento de requisitos para a sua incidência válida.

O art. 24 prevê que recebido no Senado Federal o decreto de acusação com o processo enviado pela Câmara dos Deputados e apresentado o libelo pela comissão acusadora, será remetida cópia do processo ao acusado, que será notificado para comparecer em dia prefixado perante o Senado Federal.

Oportunizada a ampla defesa ao imputado, o processo será julgado. O julgamento será absolutório ou condenatório⁸⁶, por dois terços dos votos de seus membros, limitando-se à decisão pela perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública (art. 52, parágrafo único, da Constituição).

Não cumpridos os requisitos para a incidência válida da infração político-administrativa, a Constituição será desobedecida.

⁸³ Nesse sentido: STF. MS n.º 21.564/DF, Rel. para o acórdão Min. Carlos Velloso, julgamento em 23.09.1992; MS 21.689, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16.12.1993.

⁸⁴ Nesse sentido: STF. MS n.º 30.672 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 15.09.2011.

⁸⁵ Nesse sentido: STF. MS n.º 21.564/DF, Rel. para o acórdão Min. Carlos Velloso, julgamento em 23.09.1992.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 551.

Frise-se, assim, que a conduta tida como delitiva não deve circunscrever-se à mera decisão subjetiva quanto ao cumprimento de certos valores ideológicos. Ao eleitor cabe o juízo ideológico do governo, não ao Legislativo. Há que se oferecer, ainda, prazo razoável de defesa e a devida dilação probatória.

Não é o fato de o ato ser praticado pelo Legislativo que, por si só, confere legitimidade constitucional ao ato, sob pena de a ele se conferir a função de imperador, que nenhuma autoridade do Estado Constitucional de Direito possui.

O devido processo legal não é uma mera pantomima formal. Assim é que os requisitos jurídicos para a instauração do processo de *impeachment* do Presidente da República, bem como o processo respectivo, ainda que vise cominar infração político-administrativa, deve seguir o rigoroso rito e a tipologia constitucional estrita.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desobediência à Constituição, que interrompe o processo democrático, extra-viando-se da dogmática jurídica, caracteriza-se como ilegítimo ato de exceção, ou seja, como golpe de Estado.

Frise-se, aqui, que as normas constitucionais são desobedecidas mesmo quando praticadas pela autoridade que tenha a competência de praticar o ato, mas pratica fora das normas do devido processo legal (*due process of law*).

O Legislativo, quando realiza impedimento do mandato do chefe de governo e de Estado⁸⁷ sem observância do devido processo legal e dos direitos do acusado, age com inegável abuso de poder, promovendo o que, no âmbito da ciência política, alcinha-se como “golpe de Estado”, ou seja, interrupção autoritária e, ao menos institucionalmente, violenta do ciclo democrático regular.

Em outras palavras, este tipo de situação de sobreposição à ordem constitucional vigente é descrita por vários nomes, quais sejam, “revolução”, fundação de um novo sistema jurídico, poder constituinte originário, dentre outros. Todos usados numa tentativa de descrever o que, a nosso ver e segundo as lições de Genaro Carrió⁸⁸, não é possível descrever nos limites de significação da linguagem jurídica, essencialmente uma linguagem que descreve relações de imputação, competências, e não relações de fato. Em política, a tarefa descritiva é mais fácil, basta usarmos um conceito: golpe de Estado.

É preciso cuidado para que, no Brasil, não se reproduzam os golpes de Estado e medidas de exceção que ocorreram, por exemplo, em Honduras e no Paraguai. O Brasil possui uma dimensão, complexidade e solidez democrática incompatíveis com medidas dessa natureza, as quais, em última análise, podem ter repercussões catastróficas para a vida do nosso povo.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 98 e 102.

⁸⁸ CARRIÓ, Genaro. R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

8. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.
- ARISTÓTELES. **A política**. Brasília: UNB, 1997.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O ambiente sistêmico da função judicial e o espaço político da magistratura. **Revista de Processo**, vol. 98, p. 43, abr.-jun, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. Crime de responsabilidade e processo de impeachment. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 3, p. 615, maio, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, n. 61, p. 5-24, 2004.
- BURDEAU, Georges. Remarques sur la classification des fonctions étatiques. **Revue du droit public**, n. 60, Paris p. 202-228, 1945.
- CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. t. I. Coimbra: Almedina, 2009.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARRIÓ, Genaro. R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2013.
- CÍCERO, Marco Tulio. **Da república**. São Paulo: Atena, 1956.
- DEBRUN, Michel. **O fato político**. Rio de Janeiro: FGV, 1962.
- DUGUIT, L. **Manuel de droit constitutionnel**. Paris: Pantheon-Assas, 2007.
- ENTERRIA, Eduardo García de. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1988.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JELLINEK, G. **Verfassungsänderung und Verfassungswandlung**: Eine staatsrechtlichepolitische Abhandlung. Goldbach: Keip Verlag, 1996.

JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960.

JELLINEK, Georg. **L'état moderne et son droit**. t. 2. Paris: Pantheon-Assas, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KELSEN, Hans. **General theory of Law and State**. Cambridge: Harvard University, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KRAMER, Larry D. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University, 2004.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Edusf, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 189, p. 85-99, 1992.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment**: aspectos da responsabilidade política do presidente da república. 1965.

POLÍBIO. **História**. Brasília: UNB, 1985.

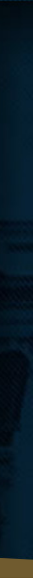
QUEIROZ, Cristina Maria Machado. **Os actos políticos no Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 1990.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Princípio republicano e provimento dos cargos públicos. **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas**, São Paulo, n. 10, ano 14, p. 67-99, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Não há nenhum elemento objetivo para Impeachment**. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/proa/noticia/2015/02/lenio-streck-nao-ha-nenhum-elemento-objetivo-para-impeachment-4708988.html>>. Acesso em 01 jun. 2015.

TAVARES, André Ramos. Repartição de funções estatais: fundamento, estrutura e finalidade. **Revista do Advogado**. São Paulo, vol. 23, n.º 73, p. 21-26, nov. 2003.





Instruções para autores

Instructions for authors

1. Submissão de artigos

As propostas de artigos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões, por meio de cadastro no Sistema Eletrônico de Revistas da UFPR e acesso mediante login e senha a ser realizado **neste link**. Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

2. Qualificação dos autores

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

3. Ineditismo e exclusividade

Os textos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

4. Idiomas

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

5. Apresentação do texto e elementos pré-textuais

5.1. Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

5.1. As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

5.2. No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

5.3. Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

5.4. No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

5.5. A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

5.5.1. Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

5.5.2. Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

5.5.3. Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

5.5.4. Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

5.5.4.1. Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

5.5.4.2. Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando

mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

5.5.4.3. Indicação de endereço de e-mail para contato.

5.5.4.4. Os três elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

5.5.4.5. Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-currículo, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-currículo do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

5.5.5. Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

5.5.6. Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

5.5.7. Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

5.5.8. Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

5.5.9. Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

5.5.10. Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

5.5.11. Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

5.5.12. Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

5.6. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

5.7. Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

6. Metodologia científica

6.1. As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

6.1.1. O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

6.1.2. Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

6.1.3. As referências deverão constar da seguinte forma:

6.1.3.1. Livros: SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de “p.”].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparência e a probidade. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas:** homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

6.1.3.3. Artigos em revistas: SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito,** cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil's administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação: SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito:** subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de "f". Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais:** por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

6.1.4. Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

6.1.4.1. Autor: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

6.1.4.2. Edição: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e "ed.". Exemplo: 2. ed.

6.1.4.3. Ano: grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

6.1.5. Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

6.1.5.1. Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

6.1.5.2. Ausência de editora: substituir por [s.n.].

6.1.5.3. Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

6.2. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.

6.2.1. Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

6.2.2. Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

6.2.3. Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

6.2.4. Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

7. Redação

7.1. Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

7.2. No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

7.3. As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

8. Artigos resultantes de pesquisas financiadas

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deveram indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

9. Declaração de direitos autorais

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

9.1. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

9.2. Autores mantém os direitos autorais e concedem à *Revista de Investigações Constitucionais* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a **Licença Creative Commons Attribution** que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

9.3. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver **O Efeito do Acesso Livre**).

10. Responsabilidade dos autores

10.1. Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

10.2. Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

10.3. No momento da submissão os autores deverão enviar, juntamente com a proposta de artigo, declaração de autoria assinada e digitalizada.

10.4. Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

10.5. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

11. Conflito de interesses

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

11.1. É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

11.2. Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avaliação de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

11.3. Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

11.4. Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

11.5. Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

11.6. Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não-qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por

parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

11.7. No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista *ad hoc*.

11.8. Se os autores não tiverem certos do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar a secretaria editorial da Revista.

11.9. Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

12. Outras informações

12.1. Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

12.2. Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

12.3. Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

12.3.1. Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

12.3.2. O arrazoado escrito deverá ser enviado para o e-mail: <revista@ninc.com.br>.

12.3.3. O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.