



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

VOL. 3 | N. 1 | JANEIRO/ABRIL 2016 | ISSN 2359-5639



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 3 | n. 1 | janeiro/abril 2016 | 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 David 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: A emergência dos novos direitos e garantias no constitucionalismo global

Editorial: The emergence of new rights and guarantees in the global constitutionalism

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45107>

Daniel Wunder Hachem4

Marriage equality in the United States: a look at *Obergefell* and beyond

Casamento igualitário nos Estados Unidos: uma abordagem do caso Obergerfell e mais além

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45108>

Toni Jaeger-Fine.....7

Between global consensus and local deviation: a critical approach on the universality of human rights, regional human rights systems and cultural diversity

Entre consenso global e divergência local: uma abordagem crítica sobre universalidade dos direitos humanos, sistemas regionais de proteção dos direitos humanos e diversidade cultural

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45109>

Flávia Saldanha Kroetz.....43

Los nuevos derechos y garantías

The new rights and guarantees

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45110>

Juan Carlos Cassagne59

Paridad de género en materia electoral en México

Gender parity in electoral issue in Mexico

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45111>

Luis Antonio Corona Nakamura109

Gestión eficiente y ética en la efectivización de los servicios públicos relativos a derechos sociales

Gestão eficiente e ética na efetivação dos serviços públicos relativos a direitos sociais

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45112>

Estela B. Sacristán.....125

Los derechos humanos en México: un reto impostergable

Human rights in Mexico: an undelayable challenge

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45113>

Rodrigo Salazar Muñoz.....145

El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño

The fundamental right of access to public information in Brazilian law

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45114>

Rafael Valim169

Políticas públicas e o direito fundamental à adequada administração penitenciária

Public policies and the fundamental right to appropriate penitentiary administration

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45115>

Luis Manuel Fonseca Pires183

Instruções para autores

Instructions for authors

.....203

Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45107>



Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons

A emergência dos novos direitos e garantias no constitucionalismo global

The emergence of new rights and guarantees in the global constitutionalism

A proteção de direitos fundamentais nas Constituições e de direitos humanos nos tratados internacionais manifesta-se, via de regra, como uma reação ao exercício abusivo do poder exercido no seio das sociedades. A inclusão de novos direitos e garantias em documentos normativos revela-se, pois, como uma conquista derivada de lutas de determinados grupos sociais contra a arbitrariedade, seja ela decorrente do poder político, do poder econômico, do poder simbólico, do poder de gênero, ou de outras formas nocivas do uso do poder pelo Estado ou pelos sujeitos privados.

No cenário atual do constitucionalismo global, a emergência de novos direitos e garantias – voltados a tutelar o ser humano contra novas (ou até mesmo velhas) formas de exercício exacerbado do poder – irrompe como pauta de fundamental importância. É essa a temática central deste número da **Revista de Investigações Constitucionais**, composta por estudos que examinam o direito ao casamento igualitário nos Estados Unidos, o direito à diversidade cultural no Direito Internacional dos Direitos Humanos, o panorama atual de proteção dos novos direitos e garantias, a paridade de gênero em matéria eleitoral no México, o direito à prestação eficiente de serviços públicos na

Como citar este editorial | How to cite this editorial: HACHEM, Daniel Wunder. Editorial: A emergência dos novos direitos e garantias no constitucionalismo global. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 4-6, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45107>

Argentina, a tutela constitucional dos direitos humanos no México, o direito de acesso à informação pública e o direito fundamental à adequada administração penitenciária no Brasil.

No presente número publicamos artigos em 3 idiomas distintos (inglês, espanhol e português), elaborados por professores pertencentes a 7 universidades de 5 países diversos (Estados Unidos, Reino Unido, Argentina, México e Brasil). Entre os artigos publicados, 75% são de Professores Doutores, 87,5% redigidos em língua estrangeira, 75% de autores vinculados a instituições estrangeiras e 100% de autores exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- Marriage equality in the United States: a look at Obergefell and beyond

Toni Jaeger-Fine

Assistant Dean for International and Non-J.D. Programs at Fordham Law School (New York City, United States of America)

- Between global consensus and local deviation: a critical approach on the universality of human rights, regional human rights systems and cultural diversity

Flávia Saldanha Kroetz

Master in International Human Rights Law from the University of Oxford (Oxford, United Kingdom)

- Los nuevos derechos y garantías

Juan Carlos Cassagne

Profesor Titular Consulto de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires – UBA (Buenos Aires, Argentina)

- Paridad de género en materia electoral en México

Luis Antonio Corona Nakamura

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

- Gestión eficiente y ética en la efectivización de los servicios públicos relativos a derechos sociales

Estela B. Sacristán

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

- Los derechos humanos en México: un reto impostergable

Rodrigo Salazar Muñoz

Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, Campus Ciudad de México (Ciudad de México, México)

- El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño

Rafael Valim

Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (São Paulo, Brasil)

- Políticas públicas e o direito fundamental à adequada administração penitenciária

Luis Manuel Fonseca Pires

Professor de Direito Administrativo na graduação e na pós-graduação lato sensu da Pontificia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, Brasil)

O forte movimento de luta por novos direitos e garantias na conjuntura atual do constitucionalismo global apresenta-se como terreno fértil para as pesquisas e investigações científicas no campo do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. É preciso, de um lado, refletir sobre o significado das novas manifestações de tutela jurídica dos direitos fundamentais nas Constituições e em que medida elas transformam as bases e instrumentos tradicionais do constitucionalismo; urge, de outro, pensar em mecanismos adequados a dar efetividade a esses novos direitos por meio de ferramentas idôneas à sua satisfação democrática e igualitária.

Curitiba, janeiro de 2016.

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

Coordenador Editorial da Revista de Investigações Constitucionais



Marriage equality in the United States: a look at *Obergefell* and beyond

Casamento igualitário nos Estados Unidos: uma abordagem do caso *Obergerfell* e mais além

TONI JAEGER-FINE*

Fordham Law School (United States of America)
tfine@law.fordham.edu

Recibido el/Received: 20.02.2015 / February 20th, 2015

Aprobado el/Approved: 30.03.2015 / March 30th, 2015

Resumo

O artigo tem o objetivo de analisar a questão do casamento igualitário nos Estados Unidos, dando especial enfoque para o caso *Obergefell v. Hodges*, no qual a Suprema Corte norte-americana decidiu, em junho de 2015, por maioria de 5 votos a 4, pela inconstitucionalidade da proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Além disso, analisa a jurisprudência da Suprema Corte sobre temas relacionados a essa discussão e o movimento democrático ocorrido nos Estados norte-americanos nos últimos anos sobre o casamento homossexual, demonstrando todo o caminho percorrido para que se chegasse à decisão tomada em *Obergerfell*. Por fim, destaca algumas possíveis repercussões que o caso pode gerar em outras questões atinentes ao casamento igualitário.

Palavras-chave: caso *Obergefell*; casamento igualitário; casamento homossexual; igualdade; Estados Unidos.

Abstract

The article aims to analyze the marriage equality in the United States, with a special focus at Obergefell v. Hodges case, in which the US Supreme Court held, in June 2015, in a 5-4 decision that is unconstitutional to forbid same-sex marriage. Furthermore, it analyzes the Supreme Court jurisprudence about some issues related to this discussion and the democratic movement in the states in favor of same-sex marriage in the years leading up to Obergefell. Lastly, it makes some modest observations about the case and the larger issue of gay marriage in the United States.

Keywords: *Obergefell*; marriage equality; same-sex marriage; equality; United States.

Como citar esse artigo/How to cite this article: JAEGER-FINE, Toni. Marriage equality in the United States: a look at *Obergefell* and beyond. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 7-41, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45108>.

* Assistant Dean for International and Non-J.D. Programs at Fordham Law School (New York City, United States of America). J.D. – Juris Doctor Degree, Duke University. Director of the International Judicial Research and Training Program, Director of Recent Developments in U.S. Law at Fordham Law School and Co-Director of the Summer Institute in New York City (Fordham Law School). She has also served as Director of Graduate and International Programs at Cardozo Law School and as Associate Director of the Global Law School Program at NYU School of Law. She is past chair of the Section on Post-Graduate Legal Education, the Section on International Legal Exchange, and the Section on Legal Education for Foreign Lawyers of the Association of American Law Schools.

CONTENTS

1. Introduction; **2.** Jurisprudential and Legal Background; **2.1.** Judicial Decisions Underlying the Decision in *Obergefell*; **2.1.1.** Early Substantive Due Process Cases; **2.1.2.** Miscegenation Laws Struck Down; **2.1.3.** Claim to Marriage Equality Found Not to Present Substantial Federal Question; **2.1.4.** Sodomy Laws Upheld; **2.1.5.** State Law Invalidated for Animus Toward Gay People; **2.1.6.** Same Sex Marriage Issue Reemerges in the States and Congress Responds with the Defense of Marriage Act; **2.1.7.** Vermont Requires Same-Sex Couples to Receive Same Benefits as Married Couples; **2.1.8.** Supreme Court Reverses Course and Finds that State Laws Criminalizing Sodomy Violates Due Process; **2.1.9.** More Marriage Cases Reach the States with Mixed Outcomes; **2.1.10.** Federal Defense of Marriage Act Invalidated by Supreme Court; **2.2.** The Democratic Movement Toward Same-Sex Marriage; **3.** The *Obergefell* Decision; **3.1.** The Constellation of the Justices; **3.2.** Facts in *Obergefell*; **3.3.** Procedural History; **3.4.** The Majority Opinion; **3.4.1.** History and Background of Marriage and the Struggle for Equality; **3.4.2.** Marriage as a Protected Right under the Due Process Clause; **3.4.2.1.** Notions of Individual Autonomy; **3.4.2.2.** The Importance and Uniqueness of Marriage; **3.4.2.3.** The Need to Protect Children and Families; **3.4.2.4.** Marriage as a Bedrock of Society; **3.4.3.** The Right to Marriage Under the Equal Protection Clause; **3.4.4.** Refutation of Arguments by Respondents; **3.4.4.1.** Petitioners should wait for the social movement in favor of gay marriage to take its course; **3.4.4.2.** Allowing gay marriage would harm the institution; **3.4.4.3.** Finding a constitutional right to gay marriage would conflict with the right to free exercise of religion; **3.4.5.** Full Faith and Credit Applies to Same-Sex Marriages; **3.5.** The Dissenting Opinions; **3.5.1.** The Majority's Flawed Due Process and Equal Protection Analysis; **3.5.2.** The Court's Role in our Democratic System; **3.5.3.** The Nature of the Institution of Marriage; **3.5.4.** The Proper Role of the States in our Federal System; **4.** Reflections on *Obergefell*; **4.1.** The Court's Missed Opportunity to Solidify its Equal Protection Jurisprudence; **4.2.** *Obergefell*'s Fundamentally Conservative Vision of Marriage; **4.3.** The Open Question of Religious Accommodation; **4.4.** Moderate Backlash; **4.5.** Is Polygamy Next? **4.6.** Is there a Right to Marriage or a Right to Marriage Equality? **5.** Conclusion; **6.** References.

1. INTRODUCTION

On June 26, 2015, as millions prepared to celebrate gay pride events in the United States and around the world, the Supreme Court of the United States announced its much-anticipated decision in *Obergefell v. Hodges*.¹ As is now well known, the Supreme Court, in a closely divided opinion, held that same-sex couples have a right to marry under the Fourteenth Amendment of the Constitution.² This decision prompted vituperative dissents from the four most conservative justices on the Court and both effusive praise and abject criticism from scholars and the public at-large.

This article discusses the *Obergefell* decision and more broadly the underlying issue of same-sex marriage in the United States. Part 2 explores the Court's jurisprudence

¹ 576 U.S. ____ (2015). Citations in this paper to *Obergefell* will be to the Slip Opinion (slip op.), available on the official webpage of the Supreme Court of the United States at http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf.

² As noted in Part 4.6., *infra*, it is not entirely clear whether the Court found a constitutional right to marriage or merely to marriage equality.

underlying the Supreme Court's decision in *Obergefell* and the democratic movement in the states in favor of same-sex marriage in the years leading up to *Obergefell*; Part 3 explains the majority decision and dissenting opinions in *Obergefell*; and Part 4 makes some modest observations about the case and the larger issue of gay marriage in the United States.

2. JURISPRUDENTIAL AND LEGAL BACKGROUND

In order to fully understand *Obergefell*, it is important to explore the historical background of some of the major themes underlying the legal analysis in the Court's decision. This includes (A) the Court's substantive due process jurisprudence and cases involving the right to marry and the rights of gay individuals (involving sexual intimacy, political power, and marriage); and (B) the recent democratic movement in favor of permitting same-sex marriage.

2.1. Judicial Decisions Underlying the Decision in *Obergefell*

As discussed in detail below,³ the Supreme Court's decision in *Obergefell* rested largely

on constitutional due process protections and the fundamental nature of the right to marry. As such, this decision drew heavily on a number of earlier Court precedents involving several interrelated issues – the right to liberty in matters relating to sexual intimacy, procreation, and decisions relating to family, as well as a series of cases on marriage and the rights of gay men and lesbians to engage in private consensual sexual activity and to exercise political rights.

The evolution of the law with regard to marriage, sexual liberty, gay rights, and related matters is best understood through a chronological recitation of the most important cases on these issues, as set forth below.

2.1.1. Early Substantive Due Process Cases

The Supreme Court's early substantive due process cases on matters relating to liberty interests under the Fourteenth Amendment provide an essential backdrop for the Court's more recent decisions on marriage and sexual intimacy. These include *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) (permitting the teaching of modern foreign languages to children during times of peace); *Pierce v. Soc'y of Sisters*⁴ (affirming a parent's right to direct the education of his or her child); *Griswold v. Connecticut*⁵ (acknowledging a right

³ See Part 3, *infra*.

⁴ 268 U.S. 510 (1925).

⁵ 381 U.S. 479 (1965).

to privacy in the marital bedroom in the context of the use of contraceptives); *Eisenstadt v. Baird*⁶ (recognizing that non-married people have a constitutional right to use contraceptives); *Roe v. Wade*⁷ (establishing a woman's right, with certain limitations, to obtain an abortion); *Carey v. Population Servs.*⁸ (permitting minors to obtain access to contraceptives); and *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁹ (affirming the essential holding of *Roe v. Wade*).

2.1.2. *Miscegenation Laws Struck Down*

In 1967, the Supreme Court decided the landmark case of *Loving v. Virginia*.¹⁰ Mildred and Richard Loving, an interracial married couple living in their native state of Virginia, were indicted for violating Virginia's ban on miscegenation. The Lovings challenged Virginia's Racial Integrity Act of 1924 as infringing their rights under the Fourteenth Amendment of the Constitution.¹¹ The Supreme Court agreed, holding that the law violated both the equal protection and due process guarantees of the Constitution.

2.1.3. *Claim to Marriage Equality Found Not to Present Substantial Federal Question*

Four years later in *Baker v. Nelson* a gay couple in Minnesota challenged the denial of a marriage license, claiming that the denial deprived them of their due process, equal protection, and privacy rights under the Fourteenth Amendment. Both the district court and the Minnesota Supreme Court upheld the limitation of marriage to heterosexual couples.¹² The case went to the Supreme Court of the United States under mandatory appeal, but the Court dismissed the appeal "for want of a substantial federal question."¹³ The Supreme Court explicitly overruled *Baker* in *Obergefell*.¹⁴

2.1.4. *Sodomy Laws Upheld*

In another disappointment for gay-rights advocates, the Supreme Court in the 1986 decision *Bowers v. Hardwick*¹⁵ upheld the constitutionality of a Georgia

⁶ 405 U.S. 438 (1972).

⁷ 410 U.S. 113 (1973).

⁸ 431 U.S. 678 (1977).

⁹ 505 U.S. 833, 851 (1992).

¹⁰ 388 U.S. 1 (1967).

¹¹ The Fourteenth Amendment to the U.S. Constitution, *inter alia*, prohibits the government from "depriv[ing] any person of life, liberty, or property" or "deny[ing] to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

¹² *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185 (Minn. 1971).

¹³ *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972).

¹⁴ *Obergefell*, slip op. at 23.

¹⁵ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

*statute criminalizing sodomy against claims that the law violated the petitioner's Fourteenth Amendment right to due process.*¹⁶

2.1.5. *State Law Invalidated for Animus Toward Gay People*

The tide seemed to turn modestly in favor of recognizing gay rights when, ten years later, the Supreme Court in *Romer v. Evans*¹⁷ struck down an amendment to the Colorado constitution that would have prohibited “all legislative, executive or judicial action at any level of state or local government designed to protect ... homosexual persons or gays and lesbians.”¹⁸ Noting that the amendment imposed a “broad and undifferentiated disability on a single named group,”¹⁹ the Court rejected the notion that the “bare ... desire to harm a politically unpopular group,” constituted a legitimate governmental interest that could justify the action.²⁰

2.1.6. *Same Sex Marriage Issue Reemerges in the States and Congress Responds with the Defense of Marriage Act*

Also in the 1990s, the issue of same-sex marriage re-emerged, this time in Hawaii. Three same-sex couples argued that the state’s prohibition of same-sex marriage violated the Hawaiian constitution. In the course of the somewhat protracted history of this case, the Supreme Court of Hawaii found that denying marriage licenses to same-sex couples constituted discrimination under the state constitution and that such action could be upheld only if the state could demonstrate that denying marriage licenses to gay couples “furtheres compelling state interests” and that the proscription was narrowly drawn to avoid unnecessary abridgments of constitutional rights.”²¹ During the pendency of the case, Hawaii’s constitution was amended to prohibit gay marriage, leading to a dismissal of the case in 1999.

The decision nevertheless set off a spate of statewide legislation and constitutional amendments across the country banning gay marriages. At the federal level, Congress passed and President Clinton signed the Defense of Marriage Act (DOMA) in 1996.²² DOMA provided that same-sex marriages properly celebrated at the state level would not be recognized by the federal government.²³

¹⁶ The Supreme Court later overruled *Bowers* in *Lawrence v. Texas*. See Part 2.1.8., *infra*.

¹⁷ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

¹⁸ *Id.* at 624.

¹⁹ *Id.* at 632.

²⁰ *Id.* at 634-35.

²¹ *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993), *reconsideration and clarification granted in part*, 74 Haw. 645, 852 P.2d 74 (1993).

²² Pub.L. 104–199, 110 Stat. 2419 (September 21, 1996).

²³ DOMA was later declared unconstitutional in *Windsor v. United States*. See Part II.A. 10., *infra*.

2.1.7. *Vermont Requires Same-Sex Couples to Receive Same Benefits as Married Couples*

Despite these setbacks in many states and at the federal level, the Vermont Supreme Court in 1999 ruled that the state was required to extend to same-sex couples all of the benefits and protections of marriage under state law.²⁴ The court ordered the Vermont legislature either to allow same-sex marriage or implement an alternative mechanism to provide similar benefits to gay couples.

2.1.8. *Supreme Court Reverses Course and Finds that State Laws Criminalizing Sodomy Violates Due Process*

A watershed decision came in 2003 with *Lawrence v. Texas*,²⁵ in which the Supreme Court of the United States overturned its decision in *Bowers v. Hardwick* and held that laws criminalizing sodomy denied people of their liberty interests and thus violated the due process clause of the Fourteenth Amendment.

2.1.9. *More Marriage Cases Reach the States with Mixed Outcomes*

Gay couples continued to bring cases to the state courts arguing for marriage equality, with varied but promising results. In 2003, the same year that *Lawrence v. Texas* was decided, the Massachusetts Supreme Judicial Court held that same-sex couples have the right to marry under the state constitution.²⁶ Just a few years later, same-sex petitioners in New York were less successful, as the New York Court of Appeals rejected similar claims.²⁷ Also in 2006, an intermediate result was announced by the Supreme Court of New Jersey, which ruled that the state constitution mandated that same-sex and opposite-sex couples were entitled to the same rights and benefits but that they did not necessarily need to be conferred through the institution of marriage.²⁸ The California courts, however, joined the Massachusetts Supreme Judicial Court in holding that a state statute and initiative limiting marriage to opposite-sex couples violated the state constitution.²⁹ The Supreme Court of Iowa followed in 2009, finding that refusal to issue marriage licenses to gay couples violated the equal protection clause of the state constitution.³⁰

²⁴ *Baker v. Vermont*, 744 A. 2d 864 (Vt. 1999).

²⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

²⁶ *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E. 2d 941 (Mass. 2003).

²⁷ *Hernandez v. Robles*, 7 N.Y. 338, 855 N.E. 2d 1 (2006).

²⁸ *Lewis v. Harris*, 188 N. J. 415, 908 A. 2d 196 (2006).

²⁹ *In re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757 (2008).

³⁰ *Varnum v. Brien*, 763 N.W. 2d 862 (Iowa 2009).

2.1.10. Federal Defense of Marriage Act Invalidated by Supreme Court

Another seminal moment for gay rights advocates was the Supreme Court's decision in *United States v. Windsor*,³¹ in which the Supreme Court declared unconstitutional provisions of DOMA that barred the federal government from recognizing same-sex marriages. In a companion case, the Court declined to rule whether there was a federal constitutional right for same-sex couples to marry, finding that the petitioners lacked standing to bring the appeal.³²

2.2. The Democratic Movement Toward Same-Sex Marriage

An important context to the Supreme Court's decision in *Obergefell* is the strong social movement in favor of same-sex marriage and acceptance of gay people more generally over the preceding decade or so. The impact of the robust public dialogue and social movement in favor of same-sex marriage was a source of disagreement between the Justices in the majority and the dissenters in *Obergefell*.³³ But all agree that the democratic movement was moving in the direction of marriage equality – and moving quickly in that direction. This is perhaps best evidenced by public opinion polls³⁴ and by legislation in eleven states and the District of Columbia legalizing same-sex marriage.³⁵

3. THE OBERGEFELL DECISION

The Supreme Court announced its much-awaited decision in *Obergefell* on June 26, 2015, by a narrow vote of 5-4. As is now widely known, the Supreme Court in *Obergefell* held that the due process clause of the Constitution, coupled with the equal protection clause, provides same-sex couples the right to marry. As the Court concluded:

[T]he right to marry is a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty. The Court now holds that same-sex couples may exercise the fundamental right to marry. No longer may this liberty be denied to them. Baker v. Nelson must be and now is overruled, and the State

³¹ *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675 (2013).

³² *Hollingsworth v. Perry*, 133 S.Ct. 2652 (2013).

³³ Compare *Obergefell*, slip op. at 23 – 25 with, e.g., Dissenting Opinion of Chief Justice Roberts at 9.

³⁴ See, e.g., <http://www.pewforum.org/2015/07/29/graphics-slideshow-changing-attitudes-on-gay-marriage> (showing, among other things, steady increase in support for gay marriage since 20014).

³⁵ These states are Delaware, Hawaii, Illinois, Maine, Maryland, Minnesota, New Hampshire, New York, Rhode Island, Vermont, and Washington. See *Obergefell*, Appendix B, slip op at 34. See *Obergefell*, dissenting opinion of Chief Justice Roberts, slip op. at 9.

*laws challenged by Petitioners in these cases are now held invalid to the extent they exclude same-sex couples from civil marriage on the same terms and conditions as opposite sex couples.*³⁶

The sections that follow explain (A) the constellation of the Justices in *Obergefell*, (B) the facts underlying *Obergefell*, (C) the procedural history of the case, (D) the majority opinion, and (E) the dissenting opinions.

3.1. The Constellation of the Justices

The opinion of the Court was delivered by Justice Kennedy and joined by Justices Ginsburg, Breyer, Sotomayor, and Kagan. Chief Justice Roberts and associate Justices Scalia, Thomas, and Alito issued dissenting opinions. For the most part, this alignment was not in the least bit surprising: Justices Ginsburg, Breyer, Sotomayor, and Kagan form the Court's progressive branch and were widely expected to find a constitutional right of same-sex couples to marry, while the Court's most conservative justices – Chief Justice Roberts and Scalia, Thomas, and Alito – were expected to find that there was no such right.

The only open question for most observers³⁷ was how Justice Kennedy, the Court's swing voter, would come down on the issue. On the one hand, Justice Kennedy is a fundamentally conservative Justice who typically favors states rights in cases involving federalism concerns. On the other hand, Justice Kennedy had proven himself even before *Obergefell* to be a staunch defender of the right to liberty in matters of intimacy and had authored the Court's previous cases extending rights to gay men and lesbian – *Romer v. Evans*,³⁸ *Lawrence v. Texas*,³⁹ and *Windsor v. United States*.⁴⁰ Ultimately, of course, Justice Kennedy found a constitutional right to same-sex marriage, enhancing even further his stature as a champion of gay rights.

³⁶ *Obergefell*, slip op. at 22-23.

³⁷ Some believed that some or even all of the Court's most conservative Justices, including Chief Justice Roberts, would vote in favor of a constitutional right to same-sex marriage. See, e.g., ZORN, Eric. A 9-0 Supreme Court ruling for gay marriage? 10-4. **Chicago Tribune** (May 1, 2015), available at: <<http://www.chicagotribune.com/news/opinion/zorn/ct-gay-marriage-supreme-court-same-sex-perspec-0503-jm-20150501-column.html>>; LANDAU, Joseph. Why Chief Justice John Roberts Might Support Gay Marriage. **The New York Times** (April 27, 2015), available at: <http://www.nytimes.com/2015/04/28/opinion/why-chief-justice-john-roberts-might-support-gay-marriage.html?_r=0>.

³⁸ 188 N. J. 415, 908 A. 2d 196 (2006).

³⁹ 539 U.S. 558 (2003).

⁴⁰ 133 S.Ct. 2675 (2013).

3.2. Facts in *Obergefell*

The decision in *Obergefell* was based on a number of consolidated cases that included the following petitioners:

Obergefell, who wanted to marry his longtime partner, Arthur, after Arthur fell ill with a debilitating, progressive illness. Same-sex marriage was not permitted in their home state of Ohio, so they traveled to Maryland in a medical transport plane. Because it was difficult for Arthur to move, they married on the plane as it remained on the tarmac in Baltimore. Arthur died three months later. Ohio law did not permit Obergefell to be listed as the surviving spouse on the death certificate.⁴¹

DeBoer and Rowse are two women with three children, two with special needs. Each child can have only one legal parent because their home state of Michigan permits only opposite-sex married couples or single individuals to adopt. Among other things, if one were to die, the surviving partner would have no legal rights over the child(ren) she had not been permitted to adopt. "This couple seeks relief from the continuing uncertainty their unmarried status creates in their lives."⁴²

DeKoe and Kostura, two men, married in New York one week before DeKoe was deployed for military service in Afghanistan. Their marriage was not recognized in Tennessee, where DeKoe works full-time for the Army Reserve. "Their lawful marriage is stripped from them whenever they reside in Tennessee, returning and disappearing as they travel across state lines."⁴³

These and other cases formed the factual background for the decision in *Obergefell*.

3.3. Procedural History

The consolidated cases in *Obergefell* came from the states of Kentucky, Michigan, Ohio, and Tennessee, all of which did not permit same-sex couples to marry. Petitioners claimed that the respondent states "violated the Fourteenth Amendment by denying them the right to marry or have their marriages, lawfully performed in another State, given full recognition."⁴⁴

The district courts all ruled in favors of petitioners.⁴⁵ Respondents appealed to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. The Court of Appeals consolidated the cases and reversed the district courts, finding no constitutional right to

⁴¹ *Obergefell*, slip op. at 4-5.

⁴² *Obergefell*, slip op. at 5.

⁴³ *Obergefell*, slip op. at 6.

⁴⁴ *Obergefell*, slip op. at 2.

⁴⁵ *Id.*

license same-sex marriages or recognize such marriages lawfully performed in other states.⁴⁶ Petitioners filed a petition for a writ of *certiorari*.

In granting the writ of *certiorari*,⁴⁷ the Supreme Court agreed to decide the following issues:

1. “[Whether the Fourteenth Amendment requires a State to license a marriage between two people of the same sex.”
2. “[W]hether the Fourteenth Amendment requires a State to recognize a same-sex marriage license performed in a State which does grant that right.”⁴⁸

3.4. The Majority Opinion

3.4.1. History and Background of Marriage and the Struggle for Equality

The majority opinion begins with the recognition of the importance of marriage as an institution:

*From their beginning to their most recent page, the annals of human history reveal the transcendent importance of marriage. The lifelong union of a man and a woman always has promised nobility and dignity to all persons, without regard to their station in life. Marriage is sacred to those who live by their religion and offers unique fulfillment to those who find meaning in the secular realm. Its dynamic allows two people to find a life that could not be found alone, for a marriage becomes greater than just the two persons. Rising from the most basic human needs, marriage is essential to our most profound hopes and aspirations.*⁴⁹

From this the Court concluded that “[n]o union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideal of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were.”⁵⁰

The Court discussed at some length the history and evolution of the institution of marriage, observing that “[t]he centrality of marriage to the human condition makes it unsurprising that the institution has existed for millennia and across civilizations.”⁵¹ Despite its longevity, the Court recognized that “[t]he history of marriage is one of both

⁴⁶ *DeBoer v. Snyder*, 772 F. 3d 388 (6th Cir. 2014)

⁴⁷ The writ of *certiorari* is the procedural device used by the Supreme Court to exercise its discretionary appellate jurisdiction. See 28 U.S.C.A. §§ 1254 and 1257.

⁴⁸ *Obergefell*, slip op. at 2-3.

⁴⁹ *Id.*, slip op. at 3.

⁵⁰ *Id.*, slip op. at 28.

⁵¹ *Id.*, slip op. at 3.

continuity and change.”⁵² The Court then chronicled some of the changes that have marked the history of the institution. Noting that marriage was once viewed as an arrangement made by a couple’s parents based on political, religious, and financial considerations,⁵³ marriage later came to be understood as a voluntary contract between a man and a woman.⁵⁴ And while women once remained non-legal persons upon marriage, they later gained legal, political, and property rights, both in and outside of marriage.⁵⁵ Such changes, the Court observed, have “worked deep transformations in the structure, affecting aspects of marriage long viewed by many as essential.”⁵⁶

These changes to our common understanding of marriage, the Court concluded, were typical of movements for greater freedoms that mark U.S. history:

*These new insights have strengthened, not weakened, the institution of marriage. Indeed, changed understandings of marriage are characteristic of a Nation where new dimensions of freedom became apparent to new generations, often through perspectives that begin in pleas or protests and then are considered in the political sphere and the judicial process.*⁵⁷

The Court also summarized the history of the movement for equality by the gay and lesbian community in the United States – a movement that had made remarkable progress in recent years. Until relatively recently, “same-sex intimacy had long been condemned as immoral by the state itself in most Western nations,” a belief that was codified in the criminal laws of many states.⁵⁸ Discrimination abounded well beyond the criminal law context; homosexuals in the U.S. were “prohibited from most government employment, barred from military service, excluded under immigration laws, targeted by police, and burdened in their rights to associate.”⁵⁹ Indeed, homosexuality was treated as an illness for most of the 20th century, and classified as a mental disorder in the Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (1952).⁶⁰

It was only late in the 20th Century that gay individuals began to lead more open and public lives and to establish families. “This development was followed by a quite

⁵² *Id.*, slip op. at 6.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.* at 6.

⁵⁶ *Id.* at 7.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.* at 7.

extensive discussion of the issue on both governmental and private sectors and by a shift in public attitudes toward greater tolerance.”⁶¹

3.4.2. *Marriage as a Protected Right under the Due Process Clause*

The Supreme Court began its legal analysis by reaffirming the judicial role in defining and protecting liberty interests under the due process clause of the Fourteenth Amendment, which provides that no State shall “deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law.”⁶² The liberty interests protected by the Fourteenth Amendment are nowhere defined but, the Court affirmed, “extend[] to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices that define personal identity and beliefs.”⁶³

And it remains an important judicial obligation to determine and protect those liberty interests: “The identification and protection of fundamental rights is an enduring part of the judicial duty to interpret the Constitution.”⁶⁴ This duty

*requires courts to exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect. That process is guided by many of the same considerations relevant to analysis of other constitutional provisos that set forth broad principles rather than specific requirements. History and tradition guide this inquiry but do not set its outer boundaries.*⁶⁵

The Court also invoked the notion of the Constitution as a living document, whose meaning evolves over time as we as a society mature:

*The nature of injustice is that we may not always see it in our own times. The generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning. When new insight reveals discord between the Constitution’s central protections and a received legal stricture, a claim to liberty must be addressed.*⁶⁶

⁶¹ *Id.* at 8.

⁶² Constitution of the United States, Amendment 14.

⁶³ *Obergefell*, slip op. at 10.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.* at 10-11, citations omitted.

⁶⁶ *Id.* at 11.

The Court, citing its decision in *Loving v. Virginia*,⁶⁷ noted its longstanding determination that “the right to marry is protected by the Constitution.”⁶⁸ In *Loving*, a unanimous Supreme Court held that marriage is “one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men.”⁶⁹ This principle, the Court stated, had been reaffirmed in numerous cases: “Over time and in [several] contexts, the Court has reiterated that the right to marry is fundamental under the Due Process Clause.”⁷⁰

The Court acknowledged that the right to marry had always been recognized in cases involving opposite-sex partners but found that this was simply a reflection of the times: “The Court, like many institutions, has made assumptions defined by the world and time of which it is a part.”⁷¹ The Court noted that in its precedents the Court “expressed constitutional principles of broader reach.”⁷² The Court continued by observing that “in assessing whether the force and rationale of its cases apply to same-sex couples, the Court must respect the basic reasons why the right to marry has been long protected.”⁷³

The Court’s analysis thus led it to the conclusion that same-sex couples have the constitutional right to marry, identifying four principles and traditions which “demonstrate that the reasons marriage is fundamental under the Constitution apply with equal force to same-sex couples.”⁷⁴ These four principles and traditions, each of which is discussed below, are the following:

- a. Notions of individual autonomy
- b. The importance and uniqueness of marriage
- c. The need to protect children and families
- d. Marriage as a bedrock of society

3.4.2.1. *Notions of Individual Autonomy*

The first principle on which the Court based its finding that the Constitution requires marriage equality was founded on notions of individual autonomy, drawn from the Court’s conclusion that “the right to personal choice regarding marriage is inherent in the concept of individual autonomy.”⁷⁵ “Like choices concerning contraception, family relationships, procreation, and childbearing, all of which are protected by the Consti-

⁶⁷ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); see Part 2.1.2., *supra*.

⁶⁸ Obergefell, slip op. at 11.

⁶⁹ *Loving*, 388 U.S. at 12, quoted in slip op. at 11, 12.

⁷⁰ Obergefell, slip op. at 11.

⁷¹ *Id.* at 11-12.

⁷² *Id.* at 12.

⁷³ *Id.* at 12.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

tution, decisions concerning marriage are among the most intimate that an individual can make.”⁷⁶

*Choices about marriage shape an individual's destiny. ... The nature of marriage is that, through its enduring bond, two persons together can find other freedoms, such as expression, intimacy, and spirituality.... There is dignity in the bond between two men or two women who seek to marry and in their autonomy to make such profound choices.*⁷⁷

3.4.2.2. *The Importance and Uniqueness of Marriage*

The second principle upon which the Court premised its finding that there is a fundamental right to marriage that extends to gay couples is the extraordinary importance and uniqueness of the institution of marriage. Marriage, the Court said, supports a “two-person union unlike any other in its importance to committed individuals.”⁷⁸ The Court recalled its language in *Griswold* about the significance of this institution:

*Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social project. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions.*⁷⁹

In expanding the right of marriage to the *Obergefell* petitioners, the Court also evoked its holding in *Lawrence* extending the right of intimate association to same-sex couples.⁸⁰

3.4.2.3. *The Need to Protect Children and Families*

Third, the Court held that marriage protects children and families and for that reason

should be extended to gay couples. In safeguarding children and families, marriage “thus draws meaning from related rights of childrearing, procreation, and education.”⁸¹ These protections involve both material benefits associated with marriage but also the integrity of the family unit.⁸² Justice Kennedy took note of the

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.* at 13.

⁷⁹ *Id.* at 13-14, quoting *Griswold* at 486.

⁸⁰ *Id.* at 14.

⁸¹ *Id.* at 14.

⁸² *Id.* at 15.

modern reality that many gay couples have children and that these families and their children would benefit from the stability that marriage offers:

[M]any same-sex couples provide loving and nurturing homes to their children, whether biological or adopted. And hundreds of thousands of children are presently being raised by such couples. Most States have allowed gays and lesbians to adopt, either as individuals or as couples, and many adopted and foster children have same-sex parents. This provides powerful confirmation from the law itself that gays and lesbians can create living, supportive families.

* * * *

Excluding same-sex couples from marriage thus conflicts with the central premise of the right to marry. Without the recognition, stability, and predictability marriage offers, their children suffer the stigma of knowing their families are somehow lesser. They also suffer the significant material costs of being raised by unmarried parents. Relegated through no fault of their own to a more difficult and uncertain family life. The marriage laws at issue here thus harm and humiliate the children of same-sex couples.⁸³

At the same time, the Court was careful to debunk the notion that the right to marry is

tied too closely to procreation – one of the principle arguments of the opponents of a constitutional right for same-sex couples to marry:

This is not to say the right to marry is less meaningful for those who do not or cannot have children. An ability, desire, or promise to procreate is not and has not been a prerequisite for a valid marriage in any State. In light of precedent protecting the right of a married couple not to procreate, it cannot be said that the Court or the States have conditioned the right to marry on the capacity or commitment to procreate. The constitutional marriage right has many aspects, of which childbearing is only one.⁸⁴

3.4.2.4. Marriage as a Bedrock of Society

Finally, the Court relied on the notion that “the Court’s cases and the Nation’s traditions make clear that marriage is a keystone of our social order.”⁸⁵ Indeed, the Court in earlier cases had described marriage as “the foundation of the family and of society, without which there would be neither civilization nor progress,”⁸⁶ and as “a great public

⁸³ *Id.* (citations omitted).

⁸⁴ *Id.* 15-16.

⁸⁵ *Id.* at 16.

⁸⁶ *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190, 211 (1888), quoted in *Obergefell*, slip op. at 16.

institution, giving character to our whole civil polity.”⁸⁷ “Marriage,” the Court said in *Obergefell*, today “remains a building block of our national community.”⁸⁸ When gay couples are excluded from marriage, they are “denied the constellation of benefits that the States have lined to marriage,”⁸⁹ and “consigns [such couples] to an instability many opposite-sex couples would deem intolerable in their own lives.”⁹⁰

The exclusion of gay couples from the institution of marriage is also demeaning to those couples.

*As the State itself makes marriage all the more precious by the significance it attaches to it, exclusion from that status has the effect of teaching that gays and lesbians are unequal in important respects. It demeans gays and lesbians for the State to lock them out of a central institution of the Nation's society.*⁹¹

Again evoking the notion of a living Constitution, the Court said as follows:

*The limitation of marriage to opposite-sex couples may long have seemed natural and just, but its inconsistency with the central meaning of the fundamental right to marry is now manifest. With that knowledge must come the recognition that laws excluding same-sex couples from the marriage right impose stigma and injury of the kind prohibited by our basic charter.*⁹²

The majority rejected the argument raised by respondents that precedent compelled the Court to consider liberty interests under the due process clause in a more circumscribed manner consistent with specific historical purposes. Respondents made the argument that petitioners were not seeking to enter the existing institution of marriage but to create a new, dramatically different, institution. The Court demurred noting that such an argument

is inconsistent with the approach this court has used in discussing other fundamental rights, including marriage and intimacy. Loving did not ask about a right to “inter-racial marriage”; Turner did not ask about a “right of inmates to marry”; and Zablocki did not ask about a “right of fathers with unpaid child support duties to marry.” Rather, each

⁸⁷ 125 U.S. at 213, *quoted in Obergefell* at slip op. at 16.

⁸⁸ *Obergefell*, slip op. at 16.

⁸⁹ *Id.* at 1.

⁹⁰ *Id.* at 17.

⁹¹ *Id.* at 17.

⁹² *Id.* at 17-18. “The right to marry is fundamental as a matter of history and tradition, but rights come not from ancient sources alone. They rise, too, from a better informed understanding of how constitutional imperatives define a liberty that remains urgent in our own era.” *Id.* at 18-19.

case inquired about the right to marry in its comprehensive sense, asking if there was a sufficient justification for excluding the relevant class from the right.

* * * *

That principle applies here. If rights were defined by who exercised them in the past, then received practices could serve as their own continued justification and new groups could not invoke rights once denied. This Court has rejected that approach, both with respect to the right to marry and the rights of gays and lesbians.⁹³

3.4.3. The Right to Marriage Under the Equal Protection Clause

Although the centerpiece of the Court's legal analysis was premised on a due process analysis, the Supreme Court found that equal protection considerations also supported its ruling that same-sex partners be permitted to marry: "The right of same-sex couples to marry that is part of the liberty promised by the Fourteenth Amendment is derived, too, from that Amendment's guarantee of the equal protection of the laws."⁹⁴ Noting that earlier marriage cases, including *Loving* and *Zablocki*, had recognized the "synergistic influence" of due process on equal protection,⁹⁵ the Court found that equal protection provided an additional ground for the right to marry in his case:

Rights implicit in liberty and rights secured by equal protection may rest on different precedents and are not always co-extensive, yet in some instance each may be instructive as to the meaning and reach of the other. In any particular case one Clause may be thought to capture the essence of the right in a more accurate and comprehensive way, even as the two Clauses may converge in the identification and definition of the right. This interrelation of the two principles furthers our understanding of what freedom is and must become.⁹⁶

As it did in its due process analysis, the Supreme Court again summoned a living approach to constitutional analysis: "[I]n interpreting the Equal Protection Clause, the Court has recognized that new insights and societal understandings can reveal unjustified inequality within our most fundamental institutions that once passed unnoticed and unchallenged."⁹⁷ In exposing the marriage laws under review to equal protection

⁹³ *Id.* at 18, citations omitted.

⁹⁴ *Id.* at 19.

⁹⁵ *Id.* at 20. See also *id.* at 22, noting that the Court in *Lawrence* "acknowledged the interlocking nature of these constitutional safeguards in the context of a legal treatment of gays and lesbians."

⁹⁶ *Id.* at 19.

⁹⁷ *Id.*

scrutiny, the Court concluded that refusing to allow same-sex marriage did not pass muster:

Here the marriage laws enforced by the respondents are in essence unequal: same-sex couples are denied all the benefits afforded to opposite-sex couples and are barred from exercising a fundamental right. Especially against a long history of disapproval of their relationships, this denial to same-sex couples of the right to marry works a grave and continuing harm. The imposition of this disability on gays and lesbians serves to disrespect and subordinate them. And the Equal Protection Clause, like the Due Process Clause, prohibits this unjustified infringement of the fundamental right to marry.⁹⁸

3.4.4. Refutation of Arguments by Respondents

The respondent states made the following arguments, each of which were rejected by the Court:

- a. Petitioners should wait for the social movement in favor of gay marriage to take its course;
- b. Allowing gay marriage would harm the institution; and
- c. Finding a constitutional right to gay marriage would conflict with the right to free exercise of religion.

Each of these arguments and the Court's responses is discussed below.

3.4.4.1. Petitioners should wait for the social movement in favor of gay marriage to take its course

Respondents argued that the Court should refrain from finding a constitutional right to same-sex marriage and instead let the social movement in favor of gay marriage run its course through normal democratic processes. This was one of the bases of the underlying court of appeals decisions.⁹⁹ The argument contended that there had been "insufficient democratic discourse" to justify a full and final resolution of the issue; the Supreme Court countered that the issue of a right to same-sex marriage has received more deliberation than opponents acknowledge, and thus that the issue is ripe for judicial resolution.¹⁰⁰

⁹⁸ *Id.* at 22.

⁹⁹ *Id.* at 23.

¹⁰⁰ *Id.* As the Court stated:

There have been referenda, legislative debates, and grassroots campaigns, as well as countless studies, papers, books, and other popular and scholarly writings. There has been extensive litigation in state and federal courts.... [Many] of the central institutions in American life – state and local governments, the military, large and small businesses, labor unions, religious organizations, law enforcement, civil groups, professional organizations and universities – have devoted substantial attention to the question. This has led to an enhanced

The Court did acknowledge that political change is often more productive than decisions involving judicial fiat, recognizing that “the Constitution contemplates that democracy is the appropriate process for change, so long as that process does not abridge fundamental rights.”¹⁰¹ The Court cited a recent case in which it noted that the “right of citizens to debate so that they can learn and decide and then, through the political process, act in concert to try to shape the course of their own times.”¹⁰² But in that case the Court also acknowledged that when the democratic process impinges individual rights, the courts have a legitimate and critical role. “Thus, when the rights of persons are violated, ‘the Constitution requires redress by the courts,’ notwithstanding the more general value of democratic decisionmaking.”¹⁰³ “This holds true,” the Court continued, “even when protecting individual rights affects issues of the utmost importance and sensitivity.”¹⁰⁴

The dynamic of our constitutional system is that individuals need not await legislative action before asserting a fundamental right.... An individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act. The idea of the Constitution “was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts.” West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette, 319 U.S. 624, 638 (1943). “It is of no moment whether advocates of same-sex marriage now enjoy or lack momentum in the democratic process.”¹⁰⁵

The Court further noted the harm that can emerge from a more restrained, cautious approach, as the Court took in *Bowers*, which was ultimately repudiated by the Court in *Lawrence v. Texas*:

A ruling against same-sex couples would have the same effect – and, like Bowers, would be unjustified under the Fourteenth Amendment. The petitioners’ stories make clear the urgency of the issue they present to the Court. ... [T]he Court has a duty to address these claims and answer these questions.... Were the Court to stay its hand to allow slower, case-by-case determination of the required availability of specific public benefits to

understanding of the issue – an understanding reflected in the arguments now presented for resolution as a matter of constitutional law.

Id. at 23-24.

¹⁰¹ *Id.* at 24.

¹⁰² *Id.*, quoting *Schuette v. BAMN*, 572 U.S. ____ (2014), slip op. 15-16.

¹⁰³ *Id.*, quoting *Schuette* at slip op. 17.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.* at 24-25.

*same-sex couples, it still would deny gays and lesbians many rights and responsibilities intertwined with marriage.*¹⁰⁶

3.4.4.2. *Allowing gay marriage would harm the institution*

A longstanding argument against allowing same-sex couples to marry is that doing so would undermine the sanctity of the institution. In particular, the argument was advanced that marriage exists to foster the “natural connection between natural procreation and marriage”¹⁰⁷ and thus is not suited to gay couples. The Court rejected this argument because it “rests on a counterintuitive view of opposite-sex couple’s decision-making process regarding marriage and parenthood,” with the desire to have children being only one of “many personal, romantic, and practical considerations.”¹⁰⁸

An additional argument has been made that allowing same-sex couples to marry would deter heterosexual couples from marrying because it would taint the institution. The Court also rejected this argument, finding that “it is unrealistic to conclude that an opposite-sex couple would choose not to marry simply because same-sex couples may do so.”¹⁰⁹

3.4.4.3. *Finding a constitutional right to gay marriage would conflict with the right to free exercise of religion*

Respondents and others argued that finding a constitutional right of same-sex couples to marry would conflict with the right to the free exercise of religion guaranteed by the First Amendment to the U.S. Constitution. The Court rejected this argument, insisting that “religions, and those who adhere to religious doctrines, may continue to advocate with utmost, sincere conviction that, by divine precepts, same-sex marriage should not be condoned.”¹¹⁰

3.4.5. *Full Faith and Credit Applies to Same-Sex Marriages*

The so-called full faith and credit clause of the Constitution provides as follows:

Full faith and credit shall be given in each state to the public acts, records, and judicial proceedings of every other state. And the Congress may by general laws prescribe the

¹⁰⁶ *Id.* at 25-26. As the Solicitor General said during oral argument, a cautious approach would be “a validation” of the constitutionality of marriage discrimination laws. See Transcript of Oral Argument, page 29, line 7, available at http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/14-556q1_15gm.pdf.

¹⁰⁷ *Obergefell*, slip op. at 26.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.* at 27.

*manner in which such acts, records, and proceedings shall be proved, and the effect thereof.*¹¹¹

Pursuant to the full faith and credit clause, states typically recognize marriages performed in other states. Thus, if Man (M) and Woman (W) marry in Las Vegas, Nevada, and return to their home in New York City, the State of New York will recognize the marriage even though the marriage requirements in each of those states are different.

Before *Obergefell*, the question was this: If Man (M) and Man (M) married in New York, a state that permitted same-sex marriage, and returned to Texas, a state that did not recognize gay marriages, would Texas need to recognize the marriage under the full faith and credit clause? Before *Obergefell*, some states in which same-sex marriages were not permitted refused to recognize gay marriages lawfully performed in other states by invoking a narrow public policy exception to the full faith and credit clause.¹¹²

The Supreme Court described the notion of “[b]eing married in one State but having that valid marriage denied in another is one of the ‘most perplexing and distressing complication[s]’ in the law of domestic relations,”¹¹³ finding that such a system would promote “instability and uncertainty.”¹¹⁴

The question of whether a state would need to recognize same-sex marriages performed elsewhere would have been far more significant had the Court not ruled, as it did in *Obergefell*, that there was a right to marriage equality. The Court recognized, as did the respondents, that “if States are required by the Constitution to issue marriage license to same-sex couples, the justifications for refusing to recognize those marriages performed elsewhere are undermined.”¹¹⁵ Accordingly, the Court held “that there is no lawful basis for a State to refuse to recognize a lawful same-sex marriage performed in another State on the ground of its same-sex character.”¹¹⁶

¹¹¹ Constitution of the United States. Article IV, section 1.

¹¹² See, e.g., *DeBoer v. Snyder*, 772 F.3d 388, 418-19 (2014).

¹¹³ *Obergefell*, slip op. at 27, quoting *Williams v. North Carolina*, 317 U.S. 287, 299 (1942) (internal quotation marks omitted).

¹¹⁴ *Obergefell*, slip op. at 28.

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Id.*

3.5. The Dissenting Opinions

The four most conservative Justices on the Court – Chief Justice Roberts and Justices Scalia, Thomas, and Alito – each filed his own dissenting opinion.¹¹⁷ And each of these dissents was fierce in its own right.¹¹⁸

The dissents focused on a number of interrelated themes, most prominent among them (1) the Court's flawed due process and equal protection analyses; (2) the proper role of the Court in our democratic system; (3) the nature of the institution of marriage; and (4) the proper role of the states in our federal system.

3.5.1. *The Majority's Flawed Due Process and Equal Protection Analysis*

The dissenters heavily criticized the majority for its legal analysis. As described above,¹¹⁹ the Court's decision was based largely on a due process analysis, an analysis that the Chief Justice criticized as having “no basis in principle or tradition.”¹²⁰

*Stripped of its shiny rhetorical gloss, the majority's argument is that the Due Process Clause gives same-sex couples a fundamental right to marry because it will be good for them and for society. If I were a legislator, I would certainly consider that view as a matter of social policy. But as a judge, I find the majority's position indefensible as a matter of constitutional law.*¹²¹

Comparing the majority opinion to long-discredited decisions of the Supreme Court, the Chief Justice accuses the majority of embracing an “aggressive application of substantive due process breaks sharply with decades of precedent and returns the Court to the unprincipled approach of *Lochner*.”¹²²

The dissenters also critiqued the majority's equal protection discussion. The principal dissent accuses the majority of “not seriously engag[ing]”¹²³ the equal protection claim and attacking the Court's treatment of the equal protection issue as

¹¹⁷ Chief Justice Robert's dissent was joined by Justices Scalia and Thomas; Justice Scalia's dissent was joined by Justice Thomas; Justice Thomas's dissent was joined by Justice Scalia; and Justice Alito's dissent was joined by Justices Scalia and Thomas.

¹¹⁸ The dissent of the Chief Justice has been described as “undoubtedly the fieriest opinion the chief justice has written on the court.” ROSEN, Jeffrey. John Roberts, the Umpire in Chief, Sunday Review. **The New York Times** (June 27, 2015), available at: <<http://www.nytimes.com/2015/06/28/opinion/john-roberts-the-umpire-in-chief.html>>.

¹¹⁹ See Part 3.4.2., *supra*.

¹²⁰ *Obergefell*, dissenting opinion of Roberts, C.J., slip op. at 10.

¹²¹ *Id.*

¹²² *Id.* at 15.

¹²³ *Id.* at 23.

“conclusory”¹²⁴ and “difficult to follow.”¹²⁵ The Chief Justice further assails the majority for ignoring the Court’s established framework for analyzing equal protection claims,¹²⁶ relying instead on the vague notion of a “synergy between”¹²⁷ the due process and equal protection clauses. The majority, he claims, “fails to provide even a single sentence explaining how the Equal Protection Clause supplies independent weight for its position, nor does it attempt to justify its gratuitous violation of the canon against unnecessarily resolving constitutional questions.”¹²⁸

As summarized by Justice Scalia in his separate dissent:

*[T]he opinion’s showy profundities are often profoundly incoherent. ...What possible “essence” does substantive due process “capture” in an “accurate and comprehensive way”? It stands for nothing whatever, except those freedoms and entitlements that this Court really likes. And the Equal Protection Clause, as employed today, identifies nothing except a difference in treatment that this Court really dislikes. ... The stuff contained in today’s opinion has to diminish this Court’s reputation for clear thinking and sober analysis.*¹²⁹

And Justice Thomas said this:

*The Court’s decision today is at odds not only with the Constitution, but with the principles upon which our Nation was built. Since well before 1787, liberty has been understood as freedom from government action, not entitlement to government benefits. The Framers created our Constitution to preserve that understanding of liberty. Yet the majority invokes our Constitution in the name of a “liberty” that the Framers would not have recognized, to the detriment of the liberty they sought to protect. Along the way, it rejects the idea—captured in our Declaration of Independence—that human dignity is innate and suggests instead that it comes from the Government. This distortion of our Constitution not only ignores the text, it inverts the relationship between the individual and the state in our Republic. I cannot agree with it.*¹³⁰

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Id.* at 24.

¹²⁹ *Obergefell*, dissenting opinion of Justice Scalia, slip op. at 9.

¹³⁰ *Obergefell*, dissenting opinion of Justice Thomas, slip op. at 2.

3.5.2. *The Court's Role in our Democratic System*

The dissenters made a potent charge that the Court usurped its proper role in the political process and did serious damage to its institutional integrity. Taking pains to note that his dissent was not based on opposition to same-sex marriage as a matter of social policy (stating that notions of “social policy and considerations of fairness” lent “undeniable appeal” to legislative decisions to allow marriage equality¹³¹), Chief Justice Roberts stressed that the decision was one for the democratic branches rather than the judicial branch:

[T]his Court is not a legislature. Whether same-sex marriage is a good idea should be of no concern to us. Under the Constitution, judges have power to say what the law is, not what it should be....

Although the policy arguments for extending marriage to same-sex couples may be compelling, the legal arguments for requiring such an extension are not. The fundamental right to marry does not include a right to make a State change its definition of marriage.¹³²

Reiterating that he holds no animus toward gays and lesbians, the Chief Justice emphasized that his position was informed by the proper position of the Court in our constitutional system:

Understand well what this dissent is about: It is not about whether, in my judgment, the institution of marriage should be changed to include same-sex couples. It is instead about whether, in our democratic republic, that decision should rest with the people acting through their elected representatives, or with five lawyers who happen to hold commissions authorizing them to resolve legal disputes according to law. The Constitution leaves no doubt about the answer.¹³³

And he continued:

In the face of all this, a much different view of the Court's role is possible. That view is more modest and restrained. It is more skeptical that the legal abilities of judges also reflect insight into moral and philosophical issues. It is more sensitive to the fact that judges are unelected and unaccountable, and that the legitimacy of their power depends on confining it to the exercise of legal judgment. It is more attuned to the lessons of history, and what it has meant for the country and Court when Justices have exceeded

¹³¹ *Obergefell*, dissenting opinion of Chief Justice Roberts, slip op.at 1.

¹³² *Id.* at 2.

¹³³ *Id.* at 3.

*their proper bounds. And it is less pretentious than to suppose that while people around the world have viewed an institution in a particular way for thousands of years, the present generation and the present Court are the ones chosen to burst the bonds of that history and tradition.*¹³⁴

The dissenters were particularly troubled by the lack of restraint of the majority:

*The majority today neglects that restrained conception of the judicial role. It seizes for itself a question the Constitution leaves to the people, at a time when the people are engaged in a vibrant debate on that question. And it answers that question based not on neutral principles of constitutional law, but on its own "understanding of what freedom is and must become."*¹³⁵

The dissent also criticized the Court's decision for thwarting the democratic process that was moving, and moving quickly, in support of permitting same-sex marriage and predicted that negative consequences for the acceptance of gay people and gay marriage would result:

*Supporters of same-sex marriage have achieved considerable success persuading their fellow citizens—through the democratic process—to adopt their view. That ends today. Five lawyers have closed the debate and enacted their own vision of marriage as a matter of constitutional law. Stealing this issue from the people will for many cast a cloud over same-sex marriage, making a dramatic social change that much more difficult to accept.*¹³⁶

And this:

*By deciding this question under the Constitution, the Court removes it from the realm of democratic decision. There will be consequences to shutting down the political process on an issue of such profound public significance. Closing debate tends to close minds. People denied a voice are less likely to accept the ruling of a court on an issue that does not seem to be the sort of thing courts usually decide.... Indeed, however heartened the proponents of same-sex marriage might be on this day, it is worth acknowledging what they have lost, and lost forever: the opportunity to win the true acceptance that comes from persuading their fellow citizens of the justice of their cause. And they lose this just when the winds of change were freshening at their backs.*¹³⁷

¹³⁴ *Id.* at 29.

¹³⁵ *Id.* at 3.

¹³⁶ *Id.* at 2.

¹³⁷ *Id.* at 26-27. Justice Thomas agreed, claiming that the majority "wip[es] out with a stroke of the keyboard the results of the political process in over 30 States." *Obergefell*, dissenting opinion of Justice Thomas, at 3.

The dissent also condemns the majority opinion for compromising the Court's legitimacy. Respect for the Court, Chief Justice Roberts said, "flows from the perception—and reality—that we exercise humility and restraint in deciding cases according to the Constitution and law. The role of the Court envisioned by the majority today, however, is anything but humble or restrained."¹³⁸

As Justice Scalia added:

This practice of constitutional revision by an unelected committee of nine, always accompanied (as it is today) by extravagant praise of liberty, robs the People of the most important liberty they asserted in the Declaration of Independence and won in the Revolution of 1776: the freedom to govern themselves.

* * * *

*[T]o allow the policy question of same-sex marriage to be considered and resolved by a select, patrician, highly unrepresentative panel of nine is to violate a principle even more fundamental than no taxation without representation: no social transformation without representation.*¹³⁹

Justice Alito also expressed concern about the institutional role of the Court and what the decision portends for future cases:

Today's decision will also have a fundamental effect on this Court and its ability to uphold the rule of law. If a bare majority of Justices can invent a new right and impose that right on the rest of the country, the only real limit on what future majorities will be able to do is their own sense of what those with political power and cultural influence are willing to tolerate. Even enthusiastic supporters of same-sex marriage should worry about the scope of the power that today's majority claims.

Today's decision shows that decades of attempts to restrain this Court's abuse of its authority have failed. A lesson that some will take from today's decision is that preaching about the proper method of interpreting the Constitution or the virtues of judicial

¹³⁸ *Obergefell*, dissenting opinion of Chief Justice Roberts, slip op. at 24.

¹³⁹ *Obergefell*, dissenting opinion of Justice Scalia, slip op. at 6. Justice Alito agreed: To prevent five unelected Justices from imposing their personal vision of liberty upon the American people, the Court has held that "liberty" under the Due Process Clause should be understood to protect only those rights that are "deeply rooted in this Nation's history and tradition." *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720–721, 117 S.Ct. 2258, 138 L.Ed.2d 772 (1997). And it is beyond dispute that the right to same-sex marriage is not among those rights.

* * * *

For today's majority, it does not matter that the right to same-sex marriage lacks deep roots or even that it is contrary to long-established tradition. The Justices in the majority claim the authority to confer constitutional protection upon that right simply because they believe that it is fundamental. *Obergefell*, dissenting opinion of Justice Alito, slip op. at 2–3.

*self-restraint and humility cannot compete with the temptation to achieve what is viewed as a noble end by any practicable means. I do not doubt that my colleagues in the majority sincerely see in the Constitution a vision of liberty that happens to coincide with their own. But this sincerity is cause for concern, not comfort. What it evidences is the deep and perhaps irremediable corruption of our legal culture's conception of constitutional interpretation.*¹⁴⁰

3.5.3. *The Nature of the Institution of Marriage*

One of the central differences between arguments made by petitioners and respondents in *Obergefell* – and between those on opposite sides of the marriage debate more generally – is whether same-sex marriage is simply an extension of the well-recognized institution or fundamentally changes long-held notions of marriage. This debate was recognized by the majority, which characterized same-sex marriage as an extension of traditional marriage.¹⁴¹

The dissenters, however, strenuously assert that same-sex marriage fundamentally alters the institution of marriage. Marriage, which has existed for millennia and across civilizations, has “referred to only one relationship: the union of a man and a woman.”¹⁴² This historical understanding of marriage, the Chief Justice, continued, “is no historical coincidence” but “arose in the nature of things to meet a vital need: ensuring that children are conceived by a mother and father committed to raising them in the stable conditions of a lifelong relationship.... This singular understanding of marriage has prevailed in the United States throughout our history.”¹⁴³

The premises supporting this concept of marriage are so fundamental that they rarely require articulation. The human race must procreate to survive. Procreation occurs through sexual relations between a man and a woman. When sexual relations result in the conception of a child, that child's prospects are generally better if the mother and father stay together rather than going their separate ways. Therefore, for the good of children and society, sexual relations that can lead to procreation should occur only between a man and a woman committed to a lasting bond.

Society has recognized that bond as marriage.¹⁴⁴

The Court itself in its cases has described marriage as the union of one man and one woman and, despite the rapid pace of societal change, most states had retained that traditional understanding of marriage. And, as Justice Alito stated:

¹⁴⁰ *Obergefell*, dissenting opinion of Justice Alito, slip op. at 8.

¹⁴¹ *Obergefell*, slip op. at 18.

¹⁴² *Obergefell*, dissenting opinion of Roberts, C.J., slip op. at 4.

¹⁴³ *Id.* at 5.

¹⁴⁴ *Id.* at 5.

For millennia, marriage was inextricably linked to the one thing that only an opposite-sex couple can do: procreate.

* * * *

It is far beyond the outer reaches of this Court's authority to say that a State may not adhere to the understanding of marriage that has long prevailed, not just in this country and others with similar cultural roots, but also in a great variety of countries and cultures all around the globe.¹⁴⁵

3.5.4. *The Proper Role of the States in our Federal System*

The dissenters attack the Court's opinion for making federal what in their view is properly an issue for the states. Marriage, the dissenters said, had historically been the province of the states, citing Justice Kennedy's opinion in *Windsor* from just two years prior: "[R]egulation of domestic relations is an area that has long been regarded as a virtually exclusive province of the States.... [T]he Federal Government, through our history, has deferred to state-law policy decisions with respect to domestic relations."¹⁴⁶ As Justice Alito stated in his dissent:

The system of federalism established by our Constitution provides a way for people with different beliefs to live together in a single nation. If the issue of same-sex marriage had been left to the people of the States, it is likely that some States would recognize same-sex marriage and others would not. It is also possible that some States would tie recognition to protection for conscience rights. The majority today makes that impossible.¹⁴⁷

Chief Justice Roberts' dissent ended with a strongly worded rebuke to the institutional integrity of the majority's decision:

If you are among the many Americans—of whatever sexual orientation—who favor expanding same-sex marriage, by all means celebrate today's decision. Celebrate the achievement of a desired goal. Celebrate the opportunity for a new expression of commitment to a partner. Celebrate the availability of new benefits. But do not celebrate the Constitution. It had nothing to do with it.¹⁴⁸

¹⁴⁵ *Obergefell*, dissenting opinion of Justice Alito, slip op. 4, 5.

¹⁴⁶ *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675, 2691 (2013), quoted in *Obergefell*, dissenting opinion of Justice Scalia, slip op. 4.

¹⁴⁷ *Obergefell*, dissenting opinion of Justice Alito, slip op. at 7.

¹⁴⁸ *Obergefell*, dissenting opinion of Chief Justice Roberts, slip op. at 29.

4. REFLECTIONS ON OBERGEFELL

So what does it all mean? In creating a right to same-sex marriage thought the nation, the Court's decision in *Obergefell* has set off a spate of discussion and anticipation about the future of gay rights and marriage in the United States. This part makes some modest reflections on the decision.

4.1. The Court's Missed Opportunity to Solidify its Equal Protection Jurisprudence

Many commentators have argued that the Court lost what could have been a valuable opportunity to clarify its equal protection jurisprudence and provide even greater protection to homosexuals.¹⁴⁹ As Professor Clare Huntington argued, an equal protection analysis would have provided gay men and lesbians with a greater panoply of protections.¹⁵⁰ This "squandered" opportunity of failing to declare sexual orientation a suspect or quasi-suspect classification for purposes of an equal protection analysis potentially limits the reach of *Obergefell*. An opinion based more directly on equal protection grounds "would secure an enduring precedent that would bind lower courts – and within the bounds of *stare decisis*, Justice Kennedy's successors – when future laws targeting gays and lesbians are challenged."¹⁵¹ A few of these potential ramifications are described below:

[T]he failure to declare sexual orientation a suspect classification creates future harm – in the form of continued legal uncertainty for gays and lesbians. Consider first current or future laws restricting the ability of gays and lesbians to legally adopt children. Because Obergefell was laser focused on the fundamental right to marry and not the nature of the classification, and because the Court noted, without casting doubt on its constitutionality, that some states do not permit gays and lesbians to adopt children, future courts can easily distinguish Obergefell. Consider, as a second example, the use of peremptory challenges to strike jurors. Where a peremptory challenge implicates a suspect or quasi-suspect classification, such as race or sex, the Equal Protection Clause prohibits the exercise of that challenge on that ground. Such a protection does not apply

¹⁴⁹ "Many commentators ... expressed significant frustration that the Court did not use *Obergefell* to clarify the Court's equal protection jurisprudence, particularly regarding the tiers of scrutiny." Elizabeth B. Cooper, The Power of Dignity, 84 Fordham L. Rev. 3, 5 n. 15 (2015). See also *id.* at 13 ("Many commentators have criticized the Obergefell Court for failing to address directly the claimant's equal protection arguments, with much of this criticism focusing on the Court's sidestepping the question of whether gay men and lesbians should be treated as a protected class").

¹⁵⁰ HUNTINGTON, Clare. *Obergefell's Conservatism: Reifying Familial Fronts*. **Fordham Law Review**, New York City, vol. 84, n. 1, p. 23-31, oct. 2015. p. 23.

¹⁵¹ NICOLAS, Peter. *Obergefell's Squandered Potential*. **California Law Review Circuit**, Berkeley, vol. 6, p. 137-144, nov. 2015. p. 138.

to non-suspect grounds. Thus, it is only if heightened scrutiny applies to sexual orientation that litigants may prevent opposing counsel from striking people from juries solely on the basis of their sexual orientation.¹⁵²

Other potential issues that may arise beyond adoption¹⁵³ and the use of peremptory strikes to exclude gay individuals from a jury include those relating to real property, child custody, spousal support, employment, housing, and public accommodations.¹⁵⁴

One noted commentator summarized criticism of the Court's decision as being "heavy on rhetoric and light on legal reasoning – a political masterstroke but a doctrinal dud."¹⁵⁵

4.2. *Obergefell's Fundamentally Conservative Vision of Marriage*

In some respects, of course, the *Obergefell* decision reflects a dramatic departure from the past and a progressive response to societal transformations. In other ways, however, the Court's decision has been viewed as fundamentally conservative, having been described as a "paean to a very traditional picture of marriage."¹⁵⁶ Indeed, as many marriage-equality proponents had warned, "the price of admission to marriage for same-sex couples was the further reinforcement of a very traditional understanding of marriage and its role in society."¹⁵⁷ As another scholar noted, the decision has the "lamentable consequence[]" of "unnecessarily disrespect[ing] people who in good faith have a different view of the social front of marriage. And it reifies marriage as a key element in the social front of family, further marginalizing nonmarital families"¹⁵⁸ and single individuals. The Court's emphasis on the notion of dignity in marriage celebrates the union over the notion of individual dignity that has characterized much of the Court's earlier rulings. This characterization has been said to "obscure[] the dignity

¹⁵² *Id.* at 142 (citations omitted).

¹⁵³ See also LEWIN, Tamar. Mississippi Ban on Adoptions by Same-Sex Couples Is Challenged. **The New York Times** (August 12, 2015), available at: <<http://www.nytimes.com/2015/08/13/us/mississippi-ban-on-adoptions-same-sex-couples-challenged.html>>.

¹⁵⁴ See, e.g., Cooper, *supra* note 149 at 18-19, 20-21; Huntington, *supra* note 150 at 23 n. 4.

¹⁵⁵ TRIBE, Laurence H. Equal Dignity: Speaking its Name. **Harvard Law Review**, New Haven, vol. 129, n. 1, p. 16-32. nov. 2015. p. 16. An even more caustic response, somewhat predictably, came from Justice Scalia, who said this:

If ... I ever joined an opinion for the Court that began: "The Constitution promises liberty to all within its reach, a liberty that includes certain specific rights that allow persons, within a lawful realm, to define and express their identity," I would hide my head in a bag. The Supreme Court of the United States has descended from the disciplined legal reasoning of John Marshall and Joseph Story to the mystical aphorisms of the fortune cookie. *Obergefell*, dissenting opinion of Justice Scalia, slip op. at 7-8 n. 22.

¹⁵⁶ LEIB, Ethan J. Hail Marriage and Farewell. **Fordham Law Review**, New York City, vol. 84, n. 1, p. 41-52, oct. 2015. p. 41.

¹⁵⁷ *Id.* (footnote omitted).

¹⁵⁸ Huntington, *supra* note 150 at 23 (footnote omitted).

of the individual, whether married or not.... It overlooks – and even implicitly undermines – the importance of individual autonomy and the importance of solitude in defining and refining individual autonomy.”¹⁵⁹

4.3. The Open Question of Religious Accommodation

The majority recognized that there is an inherent tension between the constitutional right to marriage equality recognized in *Obergefell* and the First Amendment’s protection of free exercise of religion.¹⁶⁰ As Justice Kennedy acknowledged, “[t]he First Amendment ensures that religious organizations and persons are given proper protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to their lives and faiths.”¹⁶¹ The majority decision, consistent with its general approach to deal with constitutional issues only when they arise in concrete cases,¹⁶² did not outline the specific ways in which the inevitable conflicts between the free exercise clause and the right to marry would be resolved.

The Chief Justice in his dissent anticipated some of the many thorny issues involving this conflict:

*Hard questions arise when people of faith exercise religion in ways that may be seen to conflict with the new right to same-sex marriage – when, for example, a religious college provides married student housing only to opposite-sex married couples, or a religious adoption agency declines to place children with same sex married couples.*¹⁶³

And he further projected that those hoping to preserve their right to free exercise of religion in such cases would not be received favorably when these cases reach the Court: “There is little doubt that these and similar questions will soon be before the Court. Unfortunately, people of faith can take no comfort in the treatment they receive from the majority today.”¹⁶⁴

These cases surely will arise in the coming years and it will remain to be seen how the Court will resolve the tension between these two important rights.

¹⁵⁹ POWELL, Catherine. Up from Marriage: Freedom, Solitude, and Individual Autonomy in the Shadow of Marriage Equality. *Fordham Law Review*, New York City, vol. 84, n. 1, p. 69-78, oct. 2015. p. 71-72.

¹⁶⁰ Congress shall make no law... prohibiting the free exercise [of religion].” Constitution of the United States, Amendment 1.

¹⁶¹ *Obergefell*, slip op. at 27.

¹⁶² See, e.g., *Reno v. Catholic Social Services, Inc.*, 509 U.S. 43, 57-68 (1993).

¹⁶³ *Obergefell*, dissenting opinion of Chief Justice Roberts, slip op. at 28.

¹⁶⁴ Id. See also *Obergefell*, dissenting opinion of Justice Thomas, slip op. at 14-16.

4.4. Moderate Backlash

Although the *Obergefell* decision has received “widespread acceptance,”¹⁶⁵ there has been a moderate backlash, as predicted by the dissenters, with at least one poll suggesting that support for gay marriage has fallen since the Court’s ruling.¹⁶⁶

Implementation of the *Obergefell* decision has been robust; in the vast majority of states impacted by the Court’s decision, there has been full compliance with *Obergefell*.¹⁶⁷

Nevertheless, some county clerks and others have refused to issue marriage licenses to same-sex couples or altogether.¹⁶⁸ In one particularly notorious case, a Kentucky clerk was jailed for her refusal to issue marriage licenses to gay couples.¹⁶⁹ All in all, there is no serious concern about full implementation of *Obergefell* at the state and local level.

4.5. Is Polygamy Next?

The Chief Justice in his dissent predicted that the Court’s affirmation of a constitutional right to same-sex marriage will be used to argue that there is also a constitutional right to polygamous marriages:

It is striking how much of the majority’s reasoning would apply with equal force to the claim of a fundamental right to plural marriage. If “[t]here is dignity in the bond between two men or two women who seek to marry and in their autonomy to make such profound choices,” ante, at 2599, why would there be any less dignity in the bond between three people who, in exercising their autonomy, seek to make the profound choice to marry? If a same-sex couple has the constitutional right to marry because their children would otherwise “suffer the stigma of knowing their families are somehow lesser,” ante, at 2600, why wouldn’t the same reasoning apply to a family of three or more persons raising children? If not having the opportunity to marry “serves to disrespect and subordinate” gay and lesbian couples, why wouldn’t the same “imposition of this disability,” ante, at 2604, serve to disrespect and subordinate people who find fulfillment in polyamorous

¹⁶⁵ GOLDBERG, Suzanne B. *Obergefell* at the Intersection of Civil Rights and Social Movements. **California Law Review Circuit**, Berkeley, vol. 6, p. 157-165, nov. 2015. p. 157.

¹⁶⁶ See <http://www.breitbart.com/big-government/2015/07/19/poll-support-for-gay-marriage-has-fallen-after-obergefell/>.

¹⁶⁷ LANDAU, Joseph. Roberts, Kennedy, and the Subtle Differences that Matter in *Obergefell*. **Fordham Law Review**, New York City, vol. 84, n. 1, p. 33-40, oct. 2015. p. 39 note 46.

¹⁶⁸ See *Illegal Defiance on Same-Sex Marriage*, The Opinion Page, *New York Times*, July 10, 2015, available at http://www.nytimes.com/2015/07/10/opinion/illegal-defiance-on-same-sex-marriage.html?_r=0.

¹⁶⁹ See BLINDER, Alan; PEREZ-PENA, Richard. Kim Davis, Released from Kentucky Jail, Won’t Say if She Will Keep Defying Court. **New York Times** (September 8, 2015), available at: <<http://www.nytimes.com/2015/09/09/us/kim-davis-same-sex-marriage.html>>.

relationships? See Bennett, Polyamory: The Next Sexual Revolution? Newsweek, July 28, 2009 (estimating 500,000 polyamorous families in the United States); Li, Married Lesbian "Throuple" Expecting First Child, N.Y. Post, Apr. 23, 2014; Otter, Three May Not Be a Crowd: The Case for a Constitutional Right to Plural Marriage, 64 Emory L.J. 1977 (2015).

I do not mean to equate marriage between same-sex couples with plural marriages in all respects. There may well be relevant differences that compel different legal analysis. But if there are, petitioners have not pointed to any. When asked about a plural marital union at oral argument, petitioners asserted that a State "doesn't have such an institution." Tr. of Oral Arg. on Question 2, p. 6. But that is exactly the point: the States at issue here do not have an institution of same-sex marriage, either.¹⁷⁰

The concern that polygamous couples would use *Obergefell* as supporting a right to plural marriage is not merely hypothetical but has already occurred.¹⁷¹ Although the Supreme Court in the nineteenth century ruled that polygamy could be a crime,^{172a} a number of commentators have argued that *Obergefell* provides new support for overturning that decision.¹⁷³ This is unlikely but the decision does give cause for reflection on the essential nature of our understanding of marriage.

4.6. Is there a Right to Marriage or a Right to Marriage Equality?

It has been argued that in establishing a constitutional right of same-sex couples to marry, the Supreme Court did not really find a constitutional right to *marriage* but instead a constitutional right to *marriage equality*. As Professor Ethan Leib suggested, it may be constitutionally permissible after *Obergefell* for a state to remove itself from the business of marriage:

Still, there is an important question that remains open after Obergefell. Although no one can doubt that same-sex couples now have a fundamental right to marry if and when the state offers marriage at all, one might wonder whether Justice Kennedy actually created not just a right to marry, but also a right to marriage itself. To wit, is it an outgrowth of the Court's opinion that there is a constitutional requirement that states

¹⁷⁰ *Obergefell*, dissenting opinion of Chief Justice Roberts, slip op. at 21.

¹⁷¹ See <http://www.krtv.com/story/30715777/montana-polygamist-family-lawsuit-hits-legal-roadblock>, involving the notorious polygamist Nathan Collier.

¹⁷² *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878)

¹⁷³ See, e.g., BAUDE, William. Is Polygamy Next? **The New York Times**, The Opinion Pages (July 21, 2015), available at: <<http://www.nytimes.com/2015/07/21/opinion/is-polygamy-next.html>>. Asking "[i]f there is no magic power in opposite sexes when it comes to marriage, is there any magic power in the number two?"

*provide marriage and issue licenses? May states look for ways to pull themselves away from endorsing marriage at all?*¹⁷⁴

Professor Leib takes the position that the Court in *Obergefell* “ultimately comes shy of establishing ... a fundamental right to marriage,”¹⁷⁵ and details arguments made by politicians and efforts in various states to reduce public involvement in conferring marital status.¹⁷⁶

5. CONCLUSION

The Court’s decision in *Obergefell* is a watershed moment for those who favor gay rights and the dignity of gay individuals and other minorities. It has been widely and warmly received by many and vilified by others. It leaves open numerous questions and, while it goes a long way in protecting the rights of gay people in the United States, it does not give them the full range of protections that the gay rights movement has sought.

The *Obergefell* case brings to mind another landmark in the Court’s jurisprudence: *Brown v. Board of Education*,¹⁷⁷ in which the Court overruled longstanding precedent and ruled that the segregation of schoolchildren on the basis of race violated the Equal Protection Clause of the Constitution. That decision, too, set off a firestorm of disapproval from those who favored the position of power that segregation had bestowed upon the white majority. Although *Brown* itself did not end *de facto* discrimination, or the diminished status of African Americans in the minds of many, it was a turning point in the civil rights movement. *Obergefell*, too, has made a bold and progressive statement about the role of homosexuals in our society by finding a constitutional right to one of its most cherished and venerable institutions. *Brown* had the advantage of being decided *per curiam* by a unanimous Court whereas *Obergefell* is the product of a closely and deeply divided Court. Still, *Obergefell* may have much the same impact as *Brown* as a watershed moment in greater acceptance of a historically marginalized group; its legacy promises great things; its full potential remains to be seen.

¹⁷⁴ Leib, *supra* note 156 at 41-42 (2015) (footnote omitted).

¹⁷⁵ *Id.* at 43 (2015) (footnote omitted).

¹⁷⁶ *Id.* at 45-51.

¹⁷⁷ 347 U.S. 483 (1954).

6. REFERENCES

GOLDBERG, Suzanne B. *Obergefell* at the Intersection of Civil Rights and Social Movements. **California Law Review Circuit**, Berkeley, vol. 6, p. 157-165, nov. 2015.

HUNTINGTON, Clare. *Obergefell's* Conservatism: Reifying Familial Fronts. **Fordham Law Review**, New York City, vol. 84, n. 1, p. 23-31, oct. 2015.

LANDAU, Joseph. Roberts, Kennedy, and the Subtle Differences that Matter in *Obergefell*. **Fordham Law Review**, New York City, vol. 84, n. 1, p. 33-40, oct. 2015.

LEIB, Ethan J. Hail Marriage and Farewell. **Fordham Law Review**, New York City, vol. 84, n. 1, p. 41-52, oct. 2015.

NICOLAS, Peter. *Obergefell's* Squandered Potential. **California Law Review Circuit**, Berkeley, vol. 6, p. 137-144, nov. 2015.

POWELL, Catherine. Up from Marriage: Freedom, Solitude, and Individual Autonomy in the Shadow of Marriage Equality. **Fordham Law Review**, New York City, vol. 84, n. 1, p. 69-78, oct. 2015.

TRIBE, Laurence H. Equal Dignity: Speaking its Name. **Harvard Law Review**, New Haven, vol. 129, n. 1, p. 16-32, nov. 2015.





Between global consensus and local deviation: a critical approach on the universality of human rights, regional human rights systems and cultural diversity

Entre consenso global e divergência local: uma abordagem crítica sobre universalidade dos direitos humanos, sistemas regionais de proteção dos direitos humanos e diversidade cultural

FLÁVIA SALDANHA KROETZ*

University of Oxford (United Kingdom)
flaviakroetz@gmail.com

Recebido/Received: 07.12.2015 / December 7th, 2015

Aprovado/Approved: 04.01.2016 / January 4th, 2016

Abstract

The global human rights regime, rooted in the Universal Declaration of Human Rights, nurtures a relatively uncontroversial consensus when it comes to the core principles and ideals of individual dignity and equality that stem from International Human Rights Law. Nonetheless, despite the longstanding and well-known debate concerning universalism versus cultural relativism, there still exists a thin and rather complex line between the universality of human rights on the one hand, and the respect for local practices and traditions on the other hand. This tension is further translated into the coexistence and

Resumo

O regime global de proteção dos direitos humanos, enraizado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, é dotado de um consenso relativamente incontroverso no que se refere aos princípios básicos e ideais de dignidade e igualdade provenientes do Direito Internacional dos Direitos Humanos. No entanto, apesar do famigerado debate sobre a dinâmica entre universalismo e relativismo cultural, ainda existe uma linha tênue e complexa entre a universalidade dos direitos humanos, de um lado, e o respeito às práticas e tradições locais, de outro. Referida tensão reflete-se, igualmente, na coexistência e possível sobreposição

Como citar esse artigo/How to cite this article: KROETZ, Flávia Saldanha. Between global consensus and local deviation: a critical approach on the universality of human rights, regional human rights systems, and cultural diversity. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 43-58, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45109>.

* The author holds a Master in International Human Rights Law from the University of Oxford (Oxford, United Kingdom), where she has researched questions related to identity, the construction of the discourse, and genocide in Rwanda and in the former Yugoslavia (2014). She was awarded the Morris Prize for Best Dissertation and Best Overall Score of her class. She has previously worked at the United Nations Office on Drugs and Crime, in Vienna; at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, in The Hague; and at the Constitutional Court of South Africa, in Johannesburg. She is also an independent researcher on International Criminal Law and has been invited to participate as a judge of several international moot court competitions, such as the ICC Moot Court Competition, the Philip C. Jessup International Law Moot Court, and the Inter-American Human Rights Moot Court Competition. She has contributed to a range of projects for international institutions dealing with mass atrocities and post-conflict societies, and has recently specialized in conducting investigations of international crimes. She has created and taught a short course on identity, political violence and genocide at UNICURITIBA (Centro Universitário Curitiba). She currently works as a legal officer at the Federal Court of 1st instance in Paraná (Justiça Federal do Paraná).

overlapping between the universal and the regional systems for the protection of human rights, notably because the latter reflects an attempt to strengthen the protection of basic rights while underlining regional characteristics and common values shared by certain States, as opposed to an overarching, central scheme accused of overlooking the features of each region. Against this background, this brief research explores and, ultimately, rejects the claim that regional human rights systems hinder the successful protection and promotion of human rights at the regional level and undermine the effectiveness of the United Nations system.

Keywords: human rights; universality; cultural diversity; regional systems; global system.

entre o sistema universal e os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, especialmente porque estes buscam reforçar a proteção de direitos básicos ao mesmo tempo em que enfatizam características regionais e valores comuns compartilhados por certos Estados, em oposição a um sistema único e abrangente acusado de desconsiderar as características de cada região. Nesse contexto, o presente trabalho explora e, em última análise, rejeita a tese de que os sistemas regionais dificultam a efetiva proteção e promoção dos direitos humanos no âmbito regional e enfraquecem a eficácia do sistema de proteção orientado pelas Nações Unidas.

Palavras-chave: direitos humanos; universalidade; diversidade cultural; sistemas regionais; sistema global.

CONTENTS

1. Introduction; 2. The universality of human rights and cultural diversity; 3. The establishment of regional human rights systems and the alleged threat to the universality of human rights; 4. Conclusion; 5. References.

1. INTRODUCTION

In order to be effective, international human rights standards must be domestically implemented and incorporated by States, hence the self-regulation characteristic of international human rights law at the domestic level.¹ Nonetheless, the implementation of local instruments on the ground to promote and protect human rights is subjected to the supervision of several human rights monitoring bodies, both at the global, regional and sub-regional level.

Over the past years, there has been a considerable growth of human rights treaties and regional initiatives aimed at monitoring the actions taken by States to protect and promote the rights enshrined in each treaty, bringing into question the extent to which regional frameworks would be best suitable for the implementation of human rights than global instruments. Regionalism, however, was at first regarded as a “break-away movement, calling the universality of human rights into question.”²

The relationship between universal human rights on the one hand, and the importance of local traditions and cultures on the other hand, is very controversial and still brings into question the legitimacy and consistency of a universal conception of humanity. The 2001 UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity emphasizes

¹ HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. Towards Minimum Standards for Regional Human Rights Instruments. In: COGAN, Jacob Katz et al (Org.) **Looking to the Future: Essays on international law in honor of W Michael Reisman**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 1.

² VASAK, Karel; ALSTON, Philip (Org.), **The International Dimensions of Human Rights**. Paris: Greenwood Press, 1982. p. 451.

the importance of cultural diversity, the defence of which being “an ethical imperative, inseparable from respect for human dignity. (...) No one may invoke cultural diversity to infringe upon human rights guaranteed by international law, nor to limit their scope.”³

Cultural diversity and the heterogeneity of peoples and values around the world were the core arguments that embedded the development of regional mechanisms. The multiplicity of monitoring treaty bodies that supervise the implementation of international human rights standards by national authorities entails the question whether this coexistence undermines the consistency and harmony of the global system. At the same time, whilst the universal and indivisible features of human rights were to be constantly emphasized and reinforced by the United Nations (UN) system, being in fact the main purpose of the adoption of different global instruments, it was questionable whether these global arrangements would be effective in the implementation of human rights on the ground.

This paper investigates the overlapping between the universal and the regional systems for the protection of human rights so as to understand and, ultimately, reject the claim that regional human rights systems may hinder the effective protection and promotion of human rights through the lenses of universality.

2. THE UNIVERSALITY OF HUMAN RIGHTS AND CULTURAL DIVERSITY

The Universal Declaration of Human Rights is considered to be the milestone in the internationalization of the human rights movement.⁴ Nonetheless, the mere assertion that human rights are inherent to every human being does not guarantee their immediate embracement by all communities. Not only there is a considerable gap between the places where universal assumptions are framed and the particular conditions in which they are to be implemented, but also a distance between the theoretical implementation of human rights standards by States and their practical regulation of the behaviour of private actors.

International human rights standards are embedded in conceptions of human dignity and justice, which differ according to cultural and social perceptions. In this sense, considering that “all societies have some form of moral system”,⁵ allegedly universal norms may confront traditional practices and local cultures, thus lacking universal legitimacy. The applicability of human rights treaties that challenge local practices

³ Article 4 of the 2001 UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity.

⁴ DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory and Practice**. 2. ed. Ithaca and London: Cornell University Press, 2003. p. 22.

⁵ HATCH, Elvin. **Culture and Morality**: the relativity of values in anthropology. New York: Columbia University Press, 1983. p. 8.

is often undermined by national or local authorities on the basis of the significance of traditions and beliefs for social cohesion and maintenance of the *status quo*. Indeed, cultural practices and traditional beliefs are repeatedly used as justification for discriminatory practices and human rights violations. Moreover, cultural and social norms function as a basis of power and control of those who lack the necessary conditions to fight for social change.⁶

The question whether the right to cultural difference challenges the universality of human rights was addressed by the Declaration and Program of Action of the 1993 Vienna World Conference on Human Rights, which emphasised in Article 5 that “it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural system, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms”. In practice, though, there exists a gap between such universal language of human rights and agreements concerning the philosophical foundation, extent and content of human rights.⁷

Anthropologists have long ago challenged the universality of human rights, arguing that rather than a product of her or his own personal choices, the individual is shaped according to the traditions and beliefs of the culture of which she or he is a member, hence the importance of recognition of and respect for cultural differences. Accordingly, because individuals realize their personality, behaviour, moral values and aspirations through their culture, respect for individual differences entails a respect for cultural differences.⁸

The assertion that local traditions influence human rights can be illustrated by the Islamic religious law and its influence over the public and private lives of individuals of Muslim countries. This is because principles of Shari’a label all fields of human action as either permissible or impermissible, and as recommended or reprehensible, thus addressing the conscience of the individual in all capacities: private, public and official. This universal system of law and ethics regulate every aspect of life. Depending on the interpretation and application of specific provisions of the Islamic law – which varies from one State to another – such provisions may or may not be consistent with human rights and internationally recognized standards.⁹

The relation between human rights and cultural practices is extremely controversial and entails the well-known universalism versus relativism debate regarding North-South or West-East disputes. Despite the universalist claim that the human rights

⁶ HIGGINS, Tracy E. Anti-Essentialism, Relativism, and Human Rights. **Harvard Women's Law Journal**, vol. 19, p.89-p.126, 1996. p. 114.

⁷ MUTUA, Makau Wa. The Ideology of Human Rights. **Virginia Journal of International Law**, vol. 36, p. 589-p. 658, 1996. p. 590.

⁸ American Anthropological Association. Statement on Human Rights. **American Anthropologist**, vol. 49, n. 4, part 1, p.539-543, Oct-Dec 1947. p. 539.

⁹ AN-NA'IM, Abdullahi A. Human Rights in the Muslim World: socio-political conditions and scriptural imperatives – a preliminary inquiry. **Harvard Human Rights Journal**, vol. 3, p.13-52, 1990. p.18.

regime is universal based on the concept of human dignity and equality, adepts of this theory do not ignore that “many basic rights (...) allow for historically and culturally influenced forms of implementation.”¹⁰

Whilst based upon universally agreed standards, the international human rights movement has been criticized as an attempt to the homogenization of different traditions according to Western values that are insensitive to the multiplicity of cultures. On the other hand, cultural relativists argue that human rights are constructed upon cultural contexts. Therefore, as moral values vary significantly from one culture to the other, it is rather impossible to reach a consensus on universally recognized ideals. Nevertheless, culture discourses may be used to justify oppressive traditions and legitimate dominant power structures, thus avoiding renegotiation of exclusionary inter-social arrangements.

Elvin Hatch states that relativists have been criticized “as conservative in their attitudes toward change and therefore as promoting the subservience of the under-developed nations” and tend to ignore the fact that “the exotic cultures to which they grant equal validity are poverty-stricken, powerless, and oppressed.”¹¹ Similarly, Tracy Higgins stresses that “the relativist cannot criticize Western imperialism and at the same time ignore non-Western states’ selective use of the defense of culture in the service of state power.”¹²

The idea of culture as an instrument for the maintenance of power relations is also reaffirmed by Abdullahi An-Na’im, who suggests a different interpretation of the Qur’an and Sunna in accordance with current social, economic, and political contexts, albeit recognizing the difficulties of implementing a reform that “challenges the vested interests of powerful forces in the Muslim world and may upset male-dominate traditional political and social institutions.”¹³

In addition, culture may be understood as a mechanism of legitimization of claims of power and authority rather than a stable or homogeneous set of beliefs and practices. These practices encompass contested values and are influenced by external factors, thus being subject to constant change. Cultural practices and discourses can either legitimize or challenge relations of power.¹⁴ According to Jack Donnelly, culture

¹⁰ STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals**. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2007. p. 517.

¹¹ HATCH, Elvin. **Culture and Morality: the relativity of values in anthropology**. New York: Columbia University Press, 1983. p. 128.

¹² HIGGINS, Tracy E. Anti-Essentialism, Relativism, and Human Rights. **Harvard Women's Law Journal**, vol. 19, p.89-p.126, 1996. p. 111-112.

¹³ AN-NA’IM, Abdullahi A. Human Rights in the Muslim World: socio-political conditions and scriptural imperatives – a preliminary inquiry. **Harvard Human Rights Journal**, vol. 3, p.13-52, 1990, p. 50.

¹⁴ MERRY, Sally E. **Human Rights and Gender Violence: translating international law into local justice**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2006. p. 1954.

is “constructed through selective appropriations from a diverse and contested past and present. Those appropriations are rarely neutral in process, intent, or consequences. Cultural relativism arguments thus regularly obscure often troubling realities of power and politics”.¹⁵

It follows that the effectiveness of human rights depends on dissemination and incorporation of these ideas into local contexts to challenge certain harmful or discriminatory practices that are embedded in a culture under the argument of ancient tradition. This paradox means that “rights need to be presented in local cultural terms in order to be persuasive, but they must challenge existing relations of power in order to be effective.”¹⁶

The adoption of one or the other conflicting idea – or mixing both of them – highly influences the implementation of human rights by national States. Not only that, international and regional supervisory bodies and courts interpret international treaties taking into account the thin line between the universality of certain standards and the need for recognition of local cultures.

It is important to notice, however, that the notions of universalism and cultural relativism do not need to be considered as antagonists. On the contrary, it is suggested that “rather than seeing universalism and cultural relativism as alternatives to which one must choose, once and for all, one should see the tension between the positions as part of the continuous process of negotiating ever-changing and interrelated global and local norms.”¹⁷ Despite acknowledging that cultural relativism is an undeniable fact, Jack Donnelly argues for a universalistic approach to internationally recognized human rights that focuses on the overlapping consensus on the Universal Declaration of Human Rights instead of on the fundamental differences between, for instance, Western and non-Western values and perceptions.¹⁸

Some scholars suggest a universalism based on cultural pluralism, according to which, notwithstanding the recognition of certain universal human rights, these standards must be interpreted differently by different cultures.¹⁹ Indeed, it is rather unrealistic to consider culture as a monolithic body of norms, as this approach “fails to respect relevant intra-cultural differences just as the assumption of the universality

¹⁵ DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory and Practice**. 2. ed. Ithaca and London: Cornell University Press, 2003, p. 102.

¹⁶ MERRY, Sally E. **Human Rights and Gender Violence**: translating international law into local justice. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2006. p. 1948.

¹⁷ COWAN, Jane K.; DEMBOUR, Marie-Bénédicte; WILSON, Richard. **Culture and rights**: anthropological perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 6.

¹⁸ DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory and Practice**. 2. ed. Ithaca and London: Cornell University Press, 2003, p. 89.

¹⁹ RELIS, T. Human Rights and Southern Realities. **Human Rights Quarterly**, vol. 33, n. 2, p.509-p.551, May 2011, p. 519.

on human rights standards fails to respect cross-cultural differences.”²⁰ Consequently, treaty interpretation and its application by supervisory bodies either within the global system or as part of regional systems, must embrace cultural diversity and tolerance whilst accompanying social drive and cultural dynamism.

Cultural practices, thus, ought to be recognized and reaffirmed as an inherent part of human rights. Cultural diversity needs to be respected “not because it is different, or because it is characteristic, but to the extent that it reflects the autonomous choices of the rights-holding individuals who participate in the practices in question.”²¹

3. THE ESTABLISHMENT OF REGIONAL HUMAN RIGHTS SYSTEMS AND THE ALLEGED THREAT TO THE UNIVERSALITY OF HUMAN RIGHTS

At the global level, the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights established a basic framework of International Human Rights Law. Accordingly, the global human rights regime, or the UN system, consists of charter-based and treaty-based organs. In essence, charter-based organs are those created by the UN Charter or established by UN organs whose authority stems from the UN Charter, such as the General Assembly, the Security Council, the Human Rights Council, the Commission on the Status of Women and the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights. On the other hand, treaty-based organs are those created by human rights treaties within the UN, such as the respective monitoring committees established by the International Covenant on Civil and Political Rights and by the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.²²

Following the principles and norms set forth by the global regime, States belonging to different geopolitical regions took a step further and decided to develop regional rules and institutions that would strengthen the protection of fundamental rights and, at the same time, emphasize regional characteristics and common values shared by such States so as to counterpart the universal scheme. Against this background, regional systems may be considered to be an extension of the global system, in such a way that the implementation of human rights by States is more efficient and contextualized when locally embraced. Bearing in mind the relevance of regional arrangements, it is argued that “regional and sub-regional mechanisms, with all the

²⁰ HIGGINS, Tracy E. Anti-Essentialism, Relativism, and Human Rights. *Harvard Women's Law Journal*, vol. 19, p.89-p.126, 1996, p. 112.

²¹ DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 2. ed. Ithaca and London: Cornell University Press, 2003, p. 84.

²² STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2007. p. 737.

potential for conflict they entail, are a vital part of this enterprise to make the human rights project more inclusive.”²³

In 1980, the Commission to Study the Organization of Peace identified four main arguments that significantly vindicated in favour of regional human rights arrangements. First, that States that belong to a certain region usually share cultural and historical perceptions and are geographically bonded. Second, that recommendations issued by regional bodies might be more easily accepted by States than those issued by the global system. Third, that regional systems will allow for decisions regarding human rights to be more effectively disseminated, and that publicity concerning human rights will be broader and more successful. And fourth, that global recommendations are more likely to be vague, general, and constructed on political grounds.²⁴

Regional human rights systems can be found in Europe, Africa, and America, taking into account the requirements suggested by Dinah Shelton for the recognition of a system. According to the scholar, a system must contain a catalogue of internationally guaranteed human rights and equivalent State obligations, permanent institutions, and compliance or enforcement procedures.²⁵ Under this perspective, it cannot be said that the Association of South East Asian Nations (ASEAN), the League of Arab States or other regional or sub-regional initiatives fit into the categorization of regional human rights systems, due to a range of compelling reasons.²⁶ It is important to notice that, despite not considered to be proper regional human rights systems, these attempts were accounted for in the discussion concerning prospect backlashes of shifting the monitoring of human rights to regional institutions.

These regional systems, albeit a result of different historical and political factors, still share common features and elements that reflect and reproduce universally recognized human rights and standards. In its preamble, the American Convention on Human Rights recognizes that “in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, the ideal of free men enjoying freedom from fear and want can be achieved only if conditions are created whereby everyone may enjoy his economic, social, and

²³ HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. Towards Minimum Standards for Regional Human Rights Instruments. In: COGAN, Jacob Katz *et al* (Org.) **Looking to the Future: Essays on international law in honor of W Michael Reisman**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 45.

²⁴ Regional Promotion and Protection of Human Rights: twenty-eighth report of the Commission to Study the Organization of Peace. In: STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals**. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2007, p.930.

²⁵ SHELTON, Dinah. **Regional Protection of Human Rights**. New York: Oxford University Press, 2008, p.15.

²⁶ See DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory and Practice**. 2. ed. Ithaca and London: Cornell University Press, 2003, p.144-145. See also HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. Towards Minimum Standards for Regional Human Rights Instruments. In: COGAN, Jacob Katz *et al* (Ed.) **Looking to the Future: Essays on international law in honor of W Michael Reisman**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p.27-34; STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals**. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2007.

cultural rights, as well as his civil and political rights"; and refers to a set of principles concerning the essential rights of men as set forth in the Universal Declaration of Human Rights. The African Charter on Human and People's Rights recognizes the importance of promoting international cooperation "having due regard to the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights." Finally, the preamble of the European Convention on Human Rights begins with the recognition of the Universal Declaration of Human Rights and states that "the governments of European countries which are likeminded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration."

Despite allegedly inspired and guided by the Universal Declaration of Human Rights, the expansion of regional systems might be considered a threat to universal standards for which the international community has long fought, especially if one considers that human rights are inherent in every human being and thus must be implemented and monitored by global mechanisms.

Initially, one may argue that regionalism shifts away the universality of human rights by decentralizing the enforcement and monitoring of such recognized rights from the UN system. It is also claimed that regional systems may pose lower criteria of protection of human rights and therefore weaken the effectiveness of the global system.²⁷ This issue was raised regarding the Arab Charter of Human Rights, the ASEAN Human Rights Body, and the possibility of the African Court of Human Rights being mandated with jurisdiction over international crimes.²⁸ In this regard, the debate on the creation of a criminal chamber in the African Court was guided both by mediate and immediate causes. The long-term reasons included the indictment of several African state officials before domestic courts of some European States, such as former leaders of Libya, Mauritania, Rwanda, Congo, Equatorial Guinea, Gabon, Burkina Faso and Angola; and cases brought before the International Court of Justice. Immediate grounds related to the indictment of President al Bashir of Sudan by the International Criminal Court and of ex-President Hissène Habré of Chad by Belgian domestic courts, to which the African Union opposed.²⁹ This initiative shows that "regional solutions will be found if necessary to pre-empt and prevent unwelcome international interference."³⁰

²⁷ ROBBINS, Melissa. Powerful States, Customary Law and the Erosion of Human Rights through Regional Enforcement. *California Western International Law Journal*, vol. 35, n. 2, p. 275-p. 302, Spring 2005. p. 275.

²⁸ HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. Towards Minimum Standards for Regional Human Rights Instruments. In: COGAN, Jacob Katz *et al* (Ed.) **Looking to the Future: Essays on international law in honor of W Michael Reisman**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 4.

²⁹ MURUNGU, Chacha Bhoke. Towards a Criminal Chamber in the African Court of Justice. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n. 5 p.1067-p.1088, November 2011, p. 1069-1070.

³⁰ HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. Towards Minimum Standards for Regional Human Rights Instruments. In: COGAN, Jacob Katz *et al* (Ed.) **Looking to the Future: Essays on international law in honor of W Michael**

Additionally, albeit the Terms of Reference of the ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights refer to international human rights standards and instruments,³¹ the Commission lacks any significant protective powers and do not constitute an independent institution capable of investigating the situation of human rights on-site. Similarly, the Arab Human Rights Committee also lacks any form of individual complaints procedures or investigative powers.³²

Even more alarming is the possibility that regional mechanisms be used by States to avoid global scrutiny under the argument that no further supervision is necessary once the State is submitted to regional monitoring, thus avoiding overlapping or double examination. This was further identified as a possible insulation of specific regions from outside influences.³³ As a consequence, regional systems “could become a shield against global scrutiny, rather than a platform for human rights protection.”³⁴ This concern also refers to national systems and local human rights courts, the proliferation of which led to the establishment of the Paris Principles³⁵ in order to set a range of criteria to assess and inform the work of local and national institutions, thus reducing the applicability of lower standards.

Furthermore, States may be subjected to different human rights monitoring bodies that may overlap each other. Because there is no hierarchy between the different supervisory bodies from different systems, regional and global arrangements could concurrently be in odds with each other, as a finding adopted by one body may be different from that issued by another body regarding the same complaint. It is true, however, that the Inter-American Court of Human Rights, the African Court on Human and People's Rights and the European Court of Human Rights will find a case inadmissible if it is already under the jurisdiction of another international court, or has been judged by other international court. Nonetheless, there is still the possibility of

Reisman. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p.5.

³¹ The Terms of Reference of the ASEAN Intergovernmental Commission of Human Rights was adopted on 20 July 2009 and, among its proposed purposes, Article 1.6 thereof includes the following objective: “To uphold international human rights standards as prescribed by the Universal Declaration of Human Rights, the Vienna Declaration and Programme of Action, and international human rights instruments to which ASEAN Member States are parties.”

³² HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. Towards Minimum Standards for Regional Human Rights Instruments. In: COGAN, Jacob Katz *et al* (Ed.) **Looking to the Future: Essays on international law in honor of W Michael Reisman**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 29-33.

³³ Regional Promotion and Protection of Human Rights: twenty-eighth report of the Commission to Study the Organization of Peace. In: STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals**. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2007. p. 930.

³⁴ HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. Towards Minimum Standards for Regional Human Rights Instruments. In: COGAN, Jacob Katz *et al* (Org.) **Looking to the Future: Essays on international law in honor of W Michael Reisman**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p.3.

³⁵ Principles Relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), GA Resolution 48/134 of 20 December 1993 <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx>>. Last access: 02 dec. 2015.

conflicting findings between regional and global mechanisms. Despite the fact that UN treaty bodies do not permit concurrent consideration of cases that are subject to other international bodies, there is no prohibition on such bodies to hear cases that have already been settled at the regional level.³⁶

The overlapping of recommendations and the coexistence of contradictory decisions may occur not only between regional and universal mechanisms, but also among instruments enshrined in different global treaties. This might be the case of the Universal Periodic Review, established by the Human Rights Council to function as an impartial and independent mechanism of assessing the situation of human rights of all UN Member States.³⁷ Notwithstanding the disadvantages of the Universal Periodic Review,³⁸ and despite the concern that it might undermine the treaty body system, this mechanism was designed to complement rather than substitute other treaty bodies and human rights monitoring instruments, notably “in encouraging States to meet their procedural obligations and as a form of interim follow-up to outstanding substantive issues raised by treaty bodies.”³⁹

Likewise, regarding the relation between universal and regional arrangements, the Commission to Study the Organization of Peace has further suggested that “the global instrument would contain the minimum normative standard, whereas the regional instrument might go further, add further rights (...) and take into account special differences within the region.”⁴⁰ This argument thus rejects the idea that regional human rights systems might pose a threat to universally recognized standards of protection.

Furthermore, as previously stated, regional systems entail common features that derive from the universalist conception of human rights. The relevant instruments that established the regional systems refer to the Universal Declaration of Human Rights and to principles originated from it, thus reinforcing the universality of human rights

³⁶ HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. Towards Minimum Standards for Regional Human Rights Instruments. In: COGAN, Jacob Katz *et al* (Org.) **Looking to the Future: Essays on international law in honor of W Michael Reisman**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 12.

³⁷ SWEENEY, Gareth; SAITO, Yuri. An NGO Assessment of the New Mechanisms of the UN Human Rights Council. **Human Rights Law Review**, vol. 9, n. 2, p.203-p.223, March 2009, p. 204.

³⁸ See GAER, Felice D. A Voice Not an Echo: Universal Periodic Review and the UN Treaty Body System. **Human Rights Law Review**, vol. 7, n. 1, p. 109-139, January 2007. p. 135. More information on the Universal Periodic Review and updates on recent developments, sessions and country reviews can be obtained at <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx>>.

³⁹ SWEENEY, Gareth; SAITO, Yuri. An NGO Assessment of the New Mechanisms of the UN Human Rights Council. **Human Rights Law Review**, vol. 9, n. 2, p.203-223, mar. 2009. p. 213-214.

⁴⁰ Regional Promotion and Protection of Human Rights: twenty-eighth report of the Commission to Study the Organization of Peace. In: STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals**. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2007. p. 930.

whilst strengthening standards therein contained.⁴¹ Dinah Shelton stresses that regional and global arrangements produce converging principles in fundamental human rights standards given “cross-referencing and mutual influence in jurisprudence”;⁴² thus reinforcing the idea that the various regimes complement and strengthen each other.

Regional arrangements are of special relevance if one considers the problems and critiques faced by the UN treaty body system concerning notably two aspects: resources and coherence,⁴³ which led to several proposals of reform by national and international organizations, stakeholders, and treaty body members. In 2006, the then United Nations High Commissioner for Human Rights, Louise Arbour, identified the main concerns that involved the UN treaty body system, such as the lack of engagement and political will of States; duplication resulting from overlapping of provisions and competencies; lack of effective national follow-up instruments; absence of coordination between different treaty bodies thus occasioning conflicting jurisprudence; and variable quality of State party reports.⁴⁴

Regional systems must be sufficiently empowered in order to improve the situation of human rights on the ground. These measures entail the existence of a strong monitoring body mandated with investigative powers and on-site visits; mechanisms capable of effectively dealing with emergency situations; special rapporteurs and working groups; inter-state communications and state-reporting; opening of investigations triggered by individual complaints; more expressive methods of diffusion of their reports and decisions; and so forth.⁴⁵

In addition, it is proposed that membership of inter-governmental organizations “should be conditioned upon observance of human rights and democracy criteria, in terms of the admission and possible expulsion of member states.”⁴⁶ Vasak and Alston go further to suggest that “regional protection must come within the framework

⁴¹ See the preamble of the American Convention on Human Rights, the African Charter on Human and People's Rights and the European Convention on Human Rights.

⁴² ROBBINS, Melissa. Powerful States, Customary Law and the Erosion of Human Rights through Regional Enforcement. *California Western International Law Journal*, vol. 35, n. 2, p. 275-p. 302, spring 2005. p. 110.

⁴³ O'FLAHERTY, Michael. Reform of the UN Human Rights Treaty Body System: Locating the Dublin Statement. *Human Rights Law Review*, vol. 10, n. 2, p. 319-335, 2010. p. 320.

⁴⁴ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. The Concept Paper on the High Commissioner's Proposal for a Unified Standing Treaty Body, 14 March 2006, HRI/MC/2006/2. p. 7-10.

⁴⁵ HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. Towards Minimum Standards for Regional Human Rights Instruments. In: COGAN, Jacob Katz *et al* (Org.) **Looking to the Future: Essays on international law in honor of W Michael Reisman**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 26.

⁴⁶ HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. Towards Minimum Standards for Regional Human Rights Instruments. In: COGAN, Jacob Katz *et al* (Org.) **Looking to the Future: Essays on international law in honor of W Michael Reisman**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 25.

of regional organization in accordance with the Charter of the United Nations and become one aspect of the policy of integration.”⁴⁷

Most importantly, the UN treaty bodies usually do not have access to sufficient information that allows for detailed and specific analysis of the situation of human rights in the State concerned, and that, consequently, “their recommendations may lack the precision, clarity and practical value required to enhance implementation.”⁴⁸ Such a precision, however, may be reached through regional bodies that grasp local and regional needs and translate them into programs of action and enforcement of internationally recognized rights.

4. CONCLUSION

Rather than undermining the role of global mechanisms, regional arrangements enhance the promotion and protection of human rights that derived from the UN system. In addition, considering Heinrich Scholler’s assertion that “the universality of human rights is expressed both in the historical, vertical direction and in their horizontal, geographical spread”,⁴⁹ it can be reasoned that regional systems improve both dimensions. Geographically, regional arrangements play an inclusive role by reaching a larger number of States and reinforcing the implementation of rights contained in regional instruments by States that would otherwise reject external interventions under the argument of Western values being imposed upon non-Western cultures. Historically, regional systems are an extension of the global system and complement developments in the field of human rights protection. A key example of such an interaction is the ground-breaking decision of the Inter-American Court of Human Rights regarding the incompatibility of amnesty provisions with International Human Rights Law,⁵⁰ which set the path for this precedent to serve as robust jurisprudence by other Courts.

It is important not to forget that human rights mechanisms are aimed at improving the situation of human rights on the ground. The manifold international approaches to human rights must be balanced with regional solutions that adapt global standards into local contexts, taking into account universally agreed standards and specific issues and concerns with which only a region-specific system is capable of dealing.

⁴⁷ VASAK, Karel; ALSTON, Philip (Org.), **The International Dimensions of Human Rights**. Paris: Greenwood Press, 1982, p. 455.

⁴⁸ O’FLAHERTY, Michael. Reform of the UN Human Rights Treaty Body System: Locating the Dublin Statement. **Human Rights Law Review**, vol. 10, n. 2, p. 319-335, 2010. p. 321.

⁴⁹ SCHOLLER, Heinrich. The Universality of Human Rights. **Current Concerns**, n. 2, p.1, february 2009. Available at: <http://www.voltairenet.org/IMG/pdf/CC_2009_02.pdf>. Last access: 6 dec. 2015.

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos Vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Available at: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Last access: 30 nov. 2015. p. 15.

Inis Claude's claim that "while global organization may be too large, in that it may ask states to be concerned with matters beyond the limited horizons of their interests, regional organization may be too small, in that it may represent a dangerous form of confinement for local rivalries"⁵¹ to date reflects the importance of both regional and global solutions and their complementary, rather than exclusionary, roles.

There is a thin line between the universality of human rights and the respect for local practices that, albeit intrinsic to certain traditions, seem to disrespect the very basis of the human rights discourse: individual dignity and equality. The tension between human rights and cultural practices exists because the former promotes autonomy and individual entitlements that may contradict the latter. Universally accepted rights must be locally translated in order to have an impact on the daily lives of ordinary people. Moreover, "the objective and purpose of human rights treaties requires the recognition and enforcement of positive obligations."⁵² At the same time, as the main purpose of the human rights ideal is "to give voice to and make visible the suffering and oppressed in order to empower them and ameliorate their situations";⁵³ these ideals must confront prevailing relations of power and "empower free people to build for themselves lives of dignity, value, and meaning"⁵⁴

International rules that are incompatible with local norms or traditions have proven to have little effect over the lives of the victims, as the mere incorporation of universally recognized standards into domestic legislation does not guarantee effective implementation of those rights. Upendra Baxi's concept of critical human rights realism suggests that human rights "should be used as a resource for the poor and oppressed in their fight for a better life."⁵⁵

As a result, it is important to move away from abstract and generalized debates that conceptualize culture as a homogenous, static and enclosed entity⁵⁶ and find a balance between the universal conceptions of human rights and the reality of their implementation in different national and cultural frameworks.⁵⁷

⁵¹ STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals**. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2007. p. 928.

⁵² KILLANDER, M. Interpreting Regional Human Rights Treaties. **Sur – International Journal of Human Rights**, São Paulo, vol. 7, n. 13, p.145-169, December 2010. p. 163.

⁵³ RELIS, T. Human Rights and Southern Realities. **Human Rights Quarterly**, vol. 33, n. 2, p.509-551, May 2011. p. 550.

⁵⁴ DONNELLY, Jack. **International Human Rights**. 4. ed. Boulder: Westview Press, 2013. p.47.

⁵⁵ RELIS, T. Human Rights and Southern Realities. **Human Rights Quarterly**, vol. 33, n. 2, p.509-551, May 2011. p. 524. See also: DENG, F.; AN-NA'IM, A.; GHAI, Y.; BAXI, U. **Human Rights, Southern Voices**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

⁵⁶ PREIS, Ann-Belinda S. Human Rights as Cultural Practice: An Anthropological Critique. **Human Rights Quarterly**, vol. 18, n. 2, p. 286-315, May 1996. p. 289.

⁵⁷ ADDO, Michael K. Practice of United Nations Treaty Bodies in the Reconciliation of Cultural Diversity with Universal Respect for Human Rights. **Human Rights Quarterly**, vol. 32, n. 3, p.601-664, August 2010. p. 627.

A holistic interpretation of international human rights treaties should aim at accomplishing effective results whilst fostering recognition of local values and practices. More than being compatible with international human rights ideals, cultural diversity itself constitutes an important human right that deserves respect and promotion. As accurately noticed by Will Kymlicka, "cultural identities should be tolerated and accommodated, at least to some degree, in a free and democratic society".⁵⁸ The task, however, is not easy, and will continue to face challenges. Human rights are meant to be the voice of the invisible, the forgotten, the oppressed. *A luta continua*.⁵⁹

5. REFERENCES

- ADDO, Michael K. Practice of United Nations Treaty Bodies in the Reconciliation of Cultural Diversity with Universal Respect for Human Rights. **Human Rights Quarterly**, vol. 32, n. 3, p.601-664, August 2010.
- American Anthropological Association. Statement on Human Rights. **American Anthropologist**, vol. 49, n. 4, part 1, p. 539-543, Oct-Dec 1947.
- AN-NA'IM, Abdullahi A. Human Rights in the Muslim World: socio-political conditions and scriptural imperatives – a preliminary inquiry. **Harvard Human Rights Journal**, vol. 3, p.13-52, 1990.
- COGAN, Jacob Katz *et al* (Org.) **Looking to the Future**: Essays on international law in honor of W Michael Reisman. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- COWAN, Jane K.; DEMBOUR, Marie-Bénédicte; WILSON, Richard. **Culture and rights: anthropological perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- DENG, F.; AN-NA'IM, A.; GHAI, Y.; BAXI, U. **Human Rights, Southern Voices**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- DONNELLY, Jack. **International Human Rights**. 4. ed. Boulder: Westview Press, 2013.
- DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory and Practice**. 2. ed. Ithaca and London: Cornell University Press, 2003.
- GAER, Felice D. A Voice Not an Echo: Universal Periodic Review and the UN Treaty Body System. **Human Rights Law Review**, vol. 7, n. 1, p. 109-139, January 2007.

⁵⁸ KYMLICKA, Will. **The Rights of Minority Cultures**. New York: Oxford University Press, 2009. p. 9.

⁵⁹ The expression *A luta continua*, or *Aluta continua* (roughly translated as "the struggle continues" and usually followed by the sentence *Victoria acerta* – "victory is certain") was originally adopted as the motto in the Mozambican revolution and war of liberation and soon began to represent transnational solidarities towards struggles against oppression in Southern African countries. The expression was also embraced during and after the struggle against the Apartheid regime in South Africa, and it is currently embodied by a neon art piece by Thomas Mulcaire located at the entrance lobby of the Constitutional Court of South Africa, in Johannesburg, so as to add to the story of transformation and democracy told by the Court's building, installations and art gallery.

HATCH, Elvin. **Culture and Morality: the relativity of values in anthropology**. New York: Columbia University Press, 1983.

HIGGINS, Tracy E. Anti-Essentialism, Relativism, and Human Rights. **Harvard Women's Law Journal**, vol. 19, p.89-126, 1996.

KILLANDER, M. Interpreting Regional Human Rights Treaties. **Sur – International Journal of Human Rights**, São Paulo, vol. 7, n. 13, p.145-169, December 2010.

KYMLICKA, Will. **The Rights of Minority Cultures**. New York: Oxford University Press, 2009.

MERRY, Sally E. **Human Rights and Gender Violence**: translating international law into local justice. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2006.

MURUNGU, Chacha Bhoke. Towards a Criminal Chamber in the African Court of Justice. **Journal of International Criminal Justice**, vol. 9, n. 5 p.1067-1088, November 2011.

MUTUA, Makau Wa. The Ideology of Human Rights. **Virginia Journal of International Law**, vol. 36, p. 589-658, 1996.

O'FLAHERTY, Michael. Reform of the UN Human Rights Treaty Body System: Locating the Dublin Statement. **Human Rights Law Review**, vol. 10, n. 2, p. 319-335, 2010.

PREIS, Ann-Belinda S. Human Rights as Cultural Practice: An Anthropological Critique. **Human Rights Quarterly**, vol. 18, n. 2, p. 286-315, May 1996.

RELIS, T. Human Rights and Southern Realities. **Human Rights Quarterly**, vol. 33, n. 2, p.509-551, May 2011.

ROBBINS, Melissa. Powerful States, Customary Law and the Erosion of Human Rights through Regional Enforcement. **California Western International Law Journal**, vol. 35, n. 2, p. 275-302, Spring 2005.

SHELTON, Dinah, **Regional Protection of Human Rights**. New York: Oxford University Press, 2008.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals**. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2007.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals**. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2007.

SWEENEY, Gareth; SAITO, Yuri. An NGO Assessment of the New Mechanisms of the UN Human Rights Council. **Human Rights Law Review**, vol. 9, n. 2, p.203-223, March 2009.

VASAK, Karel; ALSTON, Philip (Org.), **The International Dimensions of Human Rights**. Paris: Greenwood Press, 1982.



Los nuevos derechos y garantías

The new rights and guarantees

JUAN CARLOS CASSAGNE*

Universidad de Buenos Aires (Argentina)
jcc@cassagne.com.ar

Recebido/Received: 14.11.2015 / November 14th, 2015

Aprovado/Approved: 15.12.2015 / December 15th, 2015

Resumen

El fenómeno del nuevo constitucionalismo ha producido enormes impactos en el marco del Derecho Público por todo el mundo globalizado. Una de las principales transformaciones ocurrida en el Derecho Público después del nuevo constitucionalismo es la incorporación de nuevos derechos y garantías a las Constituciones contemporáneas. El objetivo del artículo es analizar la construcción y el contenido jurídico de algunos de estos nuevos derechos y garantías, como los derechos ambientales, los derechos de los consumidores y usuarios, los derechos colectivos, el derecho de reunión, el derecho a la salud, entre otros.

Palabras-clave: nuevo constitucionalismo; Derecho Público; nuevos derechos y garantías; globalización; derechos colectivos.

Abstract

The phenomenon of new constitutionalism has produced enormous impacts in the context of Public Law throughout the entire globalized world. One of the major changes that occurred in the Public Law after the new constitutionalism is the incorporation of new rights and guarantees to the contemporary constitutions. The purpose of this article is to analyze the construction and the legal content of some of these new rights and guarantees, such as environmental rights, the rights of consumers and users, collective rights, the right of assembly, the right to health, among others.

Keywords: new constitutionalism; Public Law; new rights and guarantees; globalization; collective rights.

Como citar esse artigo/How to cite this article: CASSAGNE, Juan Carlos. Los nuevos derechos y garantías. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 59-108, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45110>.

* Profesor Titular Consulto de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires – UBA (Buenos Aires, Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Fue Director del Instituto de Derecho Administrativo "Profesor Rafael Bielsa" y del Curso de Especialización en Derecho Administrativo (1974-1983), de la Universidad de Buenos Aires. Es profesor visitante de la Universidad de París X (Nanterre-Francia) y de la Universidad de Pau (Francia); de las Universidades españolas Autónoma de Madrid, Salamanca, San Pablo Ceu, La Coruña, Navarra, Valladolid, Escola Galega de Administración Pública; y de varias casas de estudios de Iberoamérica como la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Universidad de la República (Uruguay) y el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá, donde fue honrado con la designación de Profesor Honorario en 1984 por sus "méritos académicos relevantes" en el campo de derecho público. Desde el año 2005 es miembro del Comité Científico de la Universidad de Salamanca en la Argentina. Ha fundado y es Director de la Revista de Derecho Administrativo, publicación trimestral especializada que se edita desde el año 1989. Es Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires e integra el Consejo Académico del Programa Master en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Es Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Académico Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, ambas de Madrid. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (AIDC), con sede en París y de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado.

SUMARIO

1. La incorporación de nuevos derechos a la Constitución; **2.** La protección ambiental y el derecho a un ambiente sano; **2.1.** Las nuevas cláusulas constitucionales; **2.2.** El núcleo del derecho ambiental; **2.3.** El deber legal de preservación del ambiente. Prohibiciones; **2.4.** El daño ambiental y la obligación de recomponer; **2.5.** El amparo ambiental; **2.6.** Competencia en materia ambiental; **3.** El principio protectorio de la competencia; **4.** Los derechos de consumidores y usuarios; **4.1.** La falsa oposición entre el interés público y el interés particular o privado; **4.2.** La regla de la interpretación restrictiva de los privilegios y su extensión a las concesiones y licencias; **5.** La participación pública en el control de los servicios públicos; **5.1.** Tipologías de la participación pública en los entes reguladores; **5.1.1.** Derechos individuales y colectivos. La participación de las asociaciones defensoras de usuarios; **5.1.1.1.** Derechos individuales; **5.1.1.2.** Derechos colectivos; **5.1.2.** El régimen de audiencias públicas de los entes reguladores; **6.** El derecho de reunión; **7.** El derecho a la salud; **8.** Problemática de la legitimación en los procesos administrativos; **8.1.** Tendencias actuales en materia de legitimación; **8.2.** Los elementos que configuran la legitimación procesal activa (ordinaria y anómala o extraordinaria); **9.** Los derechos de incidencia colectiva y el amparo constitucional; **10.** La tutela de la legalidad y la acción popular; **11.** La globalización: su influencia sobre el principio de legalidad; **12.** Referencias.

1. LA INCORPORACIÓN DE NUEVOS DERECHOS A LA CONSTITUCIÓN

El bloque de constitucionalidad de la primera parte de la Constitución de 1853/1860 –denominado parte dogmática– ha sido ampliado a tenor de una serie de cláusulas incorporadas tras la reforma constitucional de 1994.

Esta ampliación de la parte dogmática del bloque de constitucionalidad se produjo no obstante que la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma, había prohibido, en forma expresa, que se introdujeran modificaciones a la primera parte de la Constitución. En una suerte de interpretación constitucional –no objetada mayormente por la doctrina– la Convención reformadora entendió que la ampliación de los derechos expresamente reconocidos no implicaba violar la interdicción señalada, probablemente por considerar que ampliar los derechos no entraña modificar lo que ya tenían *status constitucional*, que constituían “cláusulas de eternidad”¹ o pétreas, aparte de que ellos siempre podrían considerarse dentro de los derechos implícitos del art. 33 de la CN por lo que no cabe hablar de mutación constitucional. De ello se sigue la imposibilidad de interpretar, como sostiene alguna doctrina, que los nuevos derechos prevalecen sobre los derechos fundamentales reconocidos en la primera parte de la Constitución, tema que será objeto de nuestro análisis en este punto.

En la doctrina se habla de derechos de tercera generación para diferenciarlos de los de primera (los derechos fundamentales del art. 14 CN) y de los de segunda generación (los derechos incorporados a la Constitución en 1957 en el artículo 14 bis),

¹ HABERLE, Peter. **El Estado Consitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 258 – ss.

también denominados derechos sociales y económicos. En cambio, este nuevo grupo de derechos respondería más a una política constitucional que pone el acento en la solidaridad², mientras que los anteriores derechos protegen fundamentalmente los principios de libertad, igualdad y propiedad (art. 14 CN) y justicia social (art. 14 bis CN).

Esa afirmación es parcialmente cierta porque hay que tener en cuenta que los nuevos derechos hacen también a la realización más plena de la justicia social y que no se puede desconocer tampoco que buena parte de los derechos fundamentales prescriptos en el art. 14 de la CN poseen contenido económico e incluso social (v.gr. asociarse con fines útiles).

La reforma constitucional de 1994 introdujo, en los artículos 41 y 42 una serie de derechos calificados como derechos de incidencia colectiva (así los designa el art. 43 CN) o derechos de tercera generación, que tienen por objeto la protección del medio ambiente, la competencia, a usuarios de los servicios públicos y a los consumidores, en este último supuesto, en lo concerniente a la relación de consumo³.

De ese modo, el nuevo escenario constitucional ha ampliado no sólo el ámbito de protección de los derechos individuales sino que ha dado carta de nacionalidad a una nueva categoría de derechos *supra* individuales de titularidad indivisible (el derecho a un ambiente sano)⁴ y a otros derechos que representan titularidades individuales homogéneas (v.g. los de los usuarios que reclaman la ilegalidad de una tarifa)⁵. Al respecto, se han propugnado diferentes categorías de derechos protegidos⁶.

² DALLA VÍA, Alberto R. **Derecho constitucional económico**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999. p. 298.

³ Sobre la tutela de los consumidores (que comprende a los usuarios de servicios públicos) véase: MURATORIO, Jorge Ismael. La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994. In: _____. **Estudios sobre la reforma constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 97 – ss., especialmente ps. 116-118.

⁴ MERTEHIKIAN, Eduardo. La protección jurisdiccional del derecho de incidencia colectiva a gozar de un ambiente sano (Breves comentarios a los procesos colectivos a propósito del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, el 20 de junio de 2006). **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, vol. 30, n. 350, p. 239-ss.

⁵ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos. **La Ley**, 2008-E, 1021; CAFFERATA, Néstor A. Los derechos de incidencia colectiva. **La Ley**, 2006-A, 1196. Vid además: LORENZETTI, Ricardo L. Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad. **JA** 2002-II, p. 237-238; GOZALNI, Osvaldo A. Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal. **La Ley**, 2005-B, 1393; a su vez, sobre la necesidad de reglamentar el proceso colectivo: OTEIZA, Eduardo. La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ampare. In: _____. (Dir.). **Procesos colectivos**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006. p. 21 y ss.

⁶ FALCÓN, Enrique M. **Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006. p. 359 – ss. Señala que, en Brasil, el art. 81 de la LDC prescribe, para la defensa de los derechos de los consumidores y de las víctimas, tres situaciones jurídicas: a) derechos difusos, cuando se trata de derechos transindividuales, de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponda a personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho; b) derechos colectivos, también de naturaleza transindividual, de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponda a un grupo, categoría o clase de personas vinculadas por una relación jurídica base y c) derechos individuales homogéneos, entendiéndose por tales los provenientes de origen común. Al comentar dicha normativa, anota Falcón que “Si observamos las tres categorías, hallamos en la primera la categoría difusa de la indeterminación; en el segundo caso, nos hallamos frente a las acciones de clase o grupo

Los problemas que plantean los nuevos derechos, complejos y de distinta naturaleza, se ven agravados por la imprecisión o falta de definición de los textos constitucionales que han dado lugar a interpretaciones opuestas en punto a los mecanismos de protección constitucional⁷. A ello se añade la cuestionable interpretación que ha hecho la Corte Suprema en punto a asignarle prevalencia absoluta a los tratados internacionales de derechos humanos sobre la Constitución pues, por más que se hayan incorporado o reconocido constitucionalmente “no derogan artículo alguno de la primera parte”, siendo complementarios (entiéndase no opuestos) “a los derechos y garantías por ella reconocidos”⁸. La fuerza constitucional de dicho precepto no puede enervarse a tenor de criterios subjetivos y precisa ser aplicada sin discriminaciones, cualquiera fuera el reproche moral, social o político de la persona enjuiciada.

La instauración de estas nuevas categorías jurídicas, si bien responden a la realización de la dignidad de la persona humana, no pueden considerarse opuestas a los derechos individuales reconocidos en el art. 14 CN que también son fundamentales. Porque dos de los objetivos principales que prescribe el Preámbulo constitucional consisten en afianzar la justicia y asegurar la paz interior, lo que conduce a interpretar que el sistema, en comparación con otros preceptos y en su conjunto, debe procurar el equilibrio y armonía de los derechos antes que una lucha o confrontación que oponga lo público a lo privado, lo colectivo a lo individual. No creemos, por tanto, que el eje del derecho administrativo pase ahora por dejar de lado la defensa de las libertades y demás derechos de los ciudadanos frente a la autoridad ni tampoco la declinación de la clásica ecuación entre prerrogativas y garantías, sino que los nuevos derechos deben integrarse armónicamente en el sistema, buscando el justo equilibrio entre los distintos intereses que ellos representan.

La ecuación no pasa por oponer los derechos colectivos a los derechos individuales como se ha propiciado⁹ pues, en el fondo, se potenciaría una lucha entre ciertos grupos sociales organizados contra las empresas y/o ciudadanos individuales, cuando la función del Estado es la de afianzar la justicia sin discriminaciones ni supremacías de un sector sobre otro.

y, en el tercero, encontramos que se halla originado en causas de origen común, que pueden ser mediatas o inmediatas, pero a medida que se alejan en el tiempo...se hacen más remotas, menos homogéneos serán los derechos, limitándose a la acción de responsabilidad civil por los daños efectivamente causados” (*Op. Cit.*, ps. 360-361).

⁷ DALLA VÍA, Alberto R. Comentario al artículo 43 de la Constitución Nacional. In: _____ (Dir.) **Nuevos derechos y garantías**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 283-284.; una opinión restrictiva sobre el concepto de la legitimación del afectado sostiene BARRA, Rodolfo C. La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional. **Temas de Derecho Público**, Rap, Buenos Aires, 2008. p. 43 y ss.

⁸ Vid. GARCÍA BELSUNCE, Horacio A. Los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional. **Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**, Buenos Aires, 2006. p. 5 y ss.

⁹ Sintetizada en la fórmula “derechos vs. derechos”; véase: BALBÍN, Carlos. **Curso de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2007. ps. 95-98.

En otro sentido, se habla de una “mudanza paradigmática” en cuanto hay que tener en cuenta la separación de las clásicas funciones de la Administración –en lo que respecta a la restricción de los derechos individuales y al mantenimiento del orden público- con las acciones positivas que demandan un papel más activo de la Administración como prestadora de servicios ya sea en forma directa o a través de la gestión de particulares que colaboran en las distintas prestaciones públicas¹⁰. Este proceso suscita un conjunto variado de problemas que van desde el tipo de derecho aplicable a la relación jurídica hasta la determinación de la jurisdicción competente para entender en los conflictos que se susciten.

Un problema adicional está representado por la transformación de la justicia administrativa en un proceso objetivo con responsabilidades, a cargo de particulares, basadas en el riesgo o incluso en la actividad lícita, tal como se ha legislado en materia ambiental (art. 27 Ley 25.675)¹¹.

Otro problema no menor, que no ha sido previsto en la Constitución ni en las leyes, radica en los efectos *erga omnes* que algunos precedentes atribuyen a las sentencias en procesos colectivos en los que no ha habido intervención de terceros. En tal sentido, una parte de la doctrina ha postulado (para supuestos en que existan numeroso actores con pretensiones de objeto similar y coincidentes) la instrumentación de las *class actions* del derecho norteamericano¹², figura que, aparte de englobar necesariamente derechos que no son de incidencia colectiva (por ejemplo, una acción de resarcimiento de las víctimas de un siniestro donde múltiples actores pretenden la satisfacción de sus derechos patrimoniales) requiere la adopción de un proceso adaptado a la realidad vernácula para evitar eventuales abusos que podrían generarse. A su vez, corresponde diferenciar –como hace Falcón¹³– el *litis consorcio* de una eventual acción de clase en el sentido de que mientras en el primero se trata de un proceso cerrado, la segunda constituye un proceso abierto a un número indeterminado de actores que se unifican *ope legis* (aunque la iniciativa tenga origen voluntario) en virtud de un procedimiento estatal preestablecido.

En rigor, la metodología que se ha empleado es bastante defectuosa pues después de una extensa enunciación de principios y derechos de distinta gama (p.e. la

¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito público e direito privado: panorama actual da doutrina e estabelecimento de pontos de contacto. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, vol. 29, n. 348, p. 331-349, 2007. p. 345-346.

¹¹ Norma que, en cuanto impone un sacrificio especial sin indemnización, conculca el principio contenido en el art. 17 CN.

¹² SOLA, Juan Vicente. Los derechos de incidencia colectiva. *Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2007. p. 5 y ss.

¹³ FALCÓN, Enrique M. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006. p. 345-347, advierte acerca de la necesidad de “encontrar equilibrio y de ejercer mesura en el tratamiento de casos en los que la parte, representante de la clase, se atribuye por sí misma esa calidad al margen de los procedimientos clásicos de apoderamiento para actuar en juicio” (p. 359).

preservación del patrimonio cultural prevista en el art. 42 CN) termina circunscribiéndolos, fundamentalmente, a tres derechos determinados (el derecho al ambiente sano, a la defensa de la competencia y a los derechos de consumidores y usuarios) conforme al art. 43 de la CN.

La confusión que existe en esta materia viene dada por la circunstancia de que dicho precepto, al incluir esos derechos determinados en la acción judicial de amparo o declaratoria de inconstitucionalidad, extiende la misma protección constitucional, en forma genérica, a los derechos de incidencia colectiva en general (art. 43 de la CN).

Se trata, obviamente, de una técnica constitucional defectuosa ya que mezcla los derechos fundamentales sustantivos de tercera generación con los derechos de incidencia colectiva en general, cuya titularidad puede corresponder -por ejemplo- a un conjunto de propietarios afectados por una medida de policía administrativa.

No es que esté mal la solución que brinda el art. 43 CN sino la técnica empleada ya que hubiera bastado con prescribir que podrán interponer acción de amparo los titulares de derechos de incidencia colectiva en general, cuando se afecten con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta los principios, derechos y garantías reconocidas en la Constitución, particularmente en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia y a consumidores y usuarios.

2. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL Y EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO

La cuestión ambiental ha nacido envuelta en una de las grandes paradojas de nuestro tiempo en la que subyace la pretensión del hombre de transformar la naturaleza en aras de un determinado crecimiento económico-social. Es así que cuando los progresos operados en el campo de la ciencia y de las tecnologías aplicadas han alcanzado un nivel tan extraordinario de progreso (en relación con el estado de la ciencia a comienzos de siglo) resulta paradójico, que simultáneamente, se haya gestado y desarrollado el más grande proceso de degradación del ambiente.

No se trata de suponer que antes de ahora no hayan ocurrido degradaciones ambientales y, en este sentido, las ciudades antiguas no fueron un modelo en la materia, al no existir políticas tendientes a proteger los bienes y recursos naturales. Pero es evidente que la magnitud de los daños era entonces mucho menor ante la ausencia de industrias de gran escala contaminantes del ambiente.

El actual proceso de deterioro obedece a varios factores, que, al combinarse, han generado la situación que padecen, con mayor o menor magnitud, todos los países del mundo. Uno de ellos radica en el hecho de que si todo desarrollo industrial provoca siempre algún daño al ambiente la disyuntiva política (desarrollo económico vs. preservación ambiental) resulta difícil de resolver y generalmente se inclinó por la opción

desarrollista, afectando la calidad de vida de la futura población. En segundo lugar, hay que tener en cuenta la propia naturaleza de los bienes y recursos naturales (muchos de ellos no renovables) que sufren daño a raíz, principalmente, de las actividades industriales o de una masiva utilización, por parte de los particulares, de los instrumentos y productos que fabrican las empresas. El problema que aquí se plantea es la complejidad y el alto costo de las operaciones de recuperación o saneamiento, a lo que se une, todavía, el tiempo que a veces ello demanda (v. gr. limpieza y saneamiento de un curso de agua). Y, por último, otro de los factores significativos que han conducido al actual deterioro del ambiente es, indudablemente, la inexistencia de una política ambiental por parte de los Estados y, en algunos casos, la ausencia de medidas administrativas de aplicación y ejecución de las normas vigentes. Este vacío, que fue reemplazado por una anarquía sin precedentes, donde cada individuo se convirtió en un sujeto impune del daño a la naturaleza, es el que vino a cubrir el moderno derecho ambiental, disciplina especial del derecho cuyos principales ingredientes lo proporcionan diversas instituciones del derecho público (principalmente el derecho administrativo y el Derecho Penal) y el Derecho Civil (en materia de responsabilidad ambiental).

Para complicar aún más el análisis de este panorama irrumpió, en el centro del debate, la cuestión ideológica, ya que no faltaron sectores que atribuyeron (y aún hoy lo hacen) la responsabilidad por la degradación del ambiente al sistema capitalista. Sin embargo, el deterioro ambiental ha corrido parejo y en ciertos casos ha sido más intenso en aquellos países donde gobernó el socialismo (v. gr. el accidente de Chernobyl) lo cual demuestra que la agresión al ambiente no es el efecto de un sistema determinado sino de la imprevisión, impericia y falta de solidaridad. En suma, el Estado, como comunidad superior que es, no supo ver ni advertir la magnitud del problema que se estaba generando en el ambiente.

El proceso de deterioro descrito, después de alcanzar su punto culminante, ha comenzado a detenerse dando origen a un proceso de signo inverso que procura el saneamiento del ambiente, tanto con medidas positivas tendientes a restablecer la situación de los bienes y recursos dañados como a través de políticas preventivas que estimulan la realización de actividades de conservación de los recursos naturales. Hoy día, vinculando la protección del ambiente al crecimiento económico, se habla de un nuevo concepto: el desarrollo sostenible¹⁴.

Al convocarse a los juristas se abre paso, con algunas reservas en el inicio y una aceptación bastante generalizada después, a una nueva disciplina jurídica: El derecho ambiental. Su existencia puede ser discutida, a la luz de la conocida concepción de la autonomía científica, en tanto, si bien posee un objeto y un fin propios, carece de una

¹⁴ Sobre el tema, ver BOTASSI, Carlos Alfredo. **Derecho administrativo ambiental**. La Plata: Librería Editora Platense, 1997. p. 33-36.

metodología y sustantividad de principios verdaderamente diferenciados de los existentes en las distintas ramas del derecho de las que se nutre (constitucional, administrativo, penal y civil). Pero, es evidente que hasta el propio concepto de autonomía es acientífico y relativo, no pudiendo desconocerse que el derecho ambiental constituye una nueva realidad. En tal sentido, el derecho ambiental se configura como un derecho especial¹⁵ con una relativa autonomía en el campo de la interpretación, cuya especificidad requiere llevar a cabo una tarea de armonización entre los fines y objetivos ambientales con las técnicas y principios propios de cada disciplina jurídica.

Hay quienes creen que una de las características singulares que posee el derecho ambiental es su naturaleza multidisciplinaria¹⁶ (en lo que excede al Derecho). Esta opinión implica confundir la ciencia jurídica que se ocupa del ambiente con el fenómeno o problemática ambiental, que siempre demanda la estrecha colaboración entre técnicos y juristas para modelar el sistema normativo. Una consecuencia extrema que deriva de esa creencia ha llevado muchas veces a los técnicos a prescindir de los juristas en la elaboración de las recetas normativas, lo que entraña un grave peligro para la seguridad jurídica.

2.1. Las nuevas cláusulas constitucionales

Se ha dicho que la protección del medio ambiente tiene dos sentidos¹⁷. De una parte, la configuración de la política ambiental con sus contenidos sectoriales y diferentes técnicas; de otra, traduce un sentido más general y teleológico que hace que la finalidad tuitiva del ambiente se infiltre en todas las actividades públicas o privadas, lo cual plantea una serie de problemas interpretativos, como es el relativo a la jerarquía y dimensión de peso de otros valores y principios frente a los que informan la protección ambiental.

En Argentina, a partir de la reforma constitucional de 1994, el análisis de la problemática jurídica ambiental tiene su punto de partida en el artículo 41 de la CN, sin perjuicio de la legislación que complementa dicha norma básica, la cual prescribe:

¹⁵ Cfr. PIGRETTI, Eduardo. **Derecho ambiental**. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 52, afirma que "el nuevo derecho ambiental constituye una especialidad que se nutre de diversas ramas del conocimiento jurídico". A su vez, Bustamante Alsina sostiene que se trata de una nueva rama que forma parte del conjunto del derecho pero cuya unidad de problemática y características específicas permiten hablar de una identidad propia dentro de los sistemas jurídicos (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Responsabilidad civil por daño ambiental. **La Ley**, 1994-C, 1052).

¹⁶ JAQUENOD DE ZSOGON, Silvia. **El derecho ambiental y sus principios rectores**. Madrid: Dykinson, 1991. p. 350.

¹⁷ GARCIA DE ENTERRIA; GONZALEZ CAMPOS; MUÑOZ MACHADO (Org.). **Tratado de Derecho Comunitario**. Madrid: Civitas, 1986, p. 503.

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Al efectuar la disección constitucional lo primero que se advierte es la configuración de un derecho ambiental (derecho a un ambiente sano, equilibrado, etc.) a favor de todos los habitantes. Es obvio que este derecho, al igual que los consagrados en el art. 14 de la CN, se encuentra sometido a las leyes que reglamentan un ejercicio (salvo que tuviera operatividad per se) y si bien, conforme a una reiterada doctrina y a la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, no se conciben los derechos absolutos, la ley, al reglamentar los derechos constitucionales, no puede degradarlos ni alterar su esencia (art. 28 CN).

Con todo, no puede hablarse de una fórmula meramente declarativa, carente de efectos en el plano de la realidad jurídica, ya que su eficacia opera y se proyecta desde diversos ángulos al centro de la problemática jurídica en cuanto:

- a) Informa el ordenamiento jurídico al cual penetra como factor determinante en materia interpretativa respecto de la legislación, reglamentos y actos administrativos;
- b) su violación habilita la impugnación de aquellas leyes o actos de la Administración (de contenido general o individual) que cercenen el derecho al ambiente sano, equilibrado, etcétera;
- c) genera la responsabilidad estatal por las conductas lesivas del derecho ambiental que ocasionen daños a las personas;
- d) amplía el círculo de los legitimados para promover la acción de amparo, al incluir al Defensor del Pueblo y a las asociaciones de defensa ambiental registradas conforme a la ley (la cual determina los requisitos y las formas de su organización)¹⁸.

2.2. El núcleo del derecho ambiental

Del análisis del precepto constitucional se desprende que el núcleo del derecho ambiental se configura por dos circunstancias:

¹⁸ Art. 43, parte 2ª, Constitución Nacional.

a) El derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. Mientras la primera parte se asemeja a la fórmula existente en la Constitución de Portugal (art. 66.1) la última guarda similitud con el precepto contenido en el art. 45 de la Constitución Española de 1978;

b) que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Se trata de una cláusula excesivamente genérica ya que el criterio rector para regir la trascendencia de una actividad productiva en el futuro no puede ser otro que la configuración del daño ambiental el cual requiere de una doble valoración: Incidencia actual y proyección futura.

2.3. El deber legal de preservación del ambiente. Prohibiciones

La norma constitucional también prescribe el deber de preservar el medio ambiente a cargo de todos los habitantes. Si bien esta cláusula no permite determinar por sí misma los sujetos obligados - pues como todo deber, en sentido estricto, opera en dirección genérica -¹⁹ el precepto constituye la norma de habilitación de la competencia del Congreso para reglamentar dicho deber.

Correlativamente, el citado art. 41 de la CN impone a las autoridades una serie de deberes: 1) la utilización racional de los recursos naturales (al igual que la Constitución Española, art. 45); 2) la preservación del patrimonio natural, cultural y de la diversidad biológica; 3) la información²⁰, lo que contribuye a favorecer la participación ciudadana²¹ y 4) la educación ambiental.

El incumplimiento de estos deberes puede generar la responsabilidad del Estado y de los funcionarios (en la medida que haya daño) aun cuando las respectivas conductas no fueran directamente exigibles pues, de admitirse la exigibilidad, el particular tendría a su cargo la determinación del contenido del deber, convirtiéndose en legislador.

Al propio tiempo la norma constitucional establece la interdicción de ingresar “al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos”, cuyas respectivas definiciones corresponden a la legislación ambiental²².

¹⁹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. t. II. 10. ed. Madrid: S.L. Civitas Ediciones, 1991. p. 31-32.

²⁰ Para Ramón Martín Mateo el derecho a la información supone la previa adopción del principio de la transparencia y la paulatina eliminación de los secretos públicos (MARTÍN MATEO, Ramón. **Nuevos instrumentos para la tutela ambiental**. Madrid: Trivium, 1994. p. 163).

²¹ Ampliar en: BRAIBANT, Guy [et. al.]. **Le contrôle de la Administration et le protection des citoyens**. París: [s.n.], 1977.

²² Ley 24.051 (Adla, LII-A, 52).

2.4. El daño ambiental y la obligación de recomponer

En lo que concierne al daño ambiental es advertible que se trata de una fórmula dual²³, comprensiva no sólo de los perjuicios que alteran el patrimonio ambiental de la comunidad sino de aquellos daños que afectan los derechos de las personas. Vamos a ver, al abordar específicamente el tema de la legitimación procesal, cómo la protección de los intereses públicos se halla atribuida a sujetos que no ejercen la representación o defensa de intereses privados de carácter personal sino de los intereses de la comunidad, en su conjunto, en aquellas ocasiones en que los daños recaen sobre el patrimonio ambiental común.

El criterio para determinar cuándo se está en presencia de un daño ambiental es eminentemente técnico y no puede ser cubierto con interpretaciones subjetivas ni discrecionales²⁴.

Como se ha visto, el art. 41 de la Constitución Nacional reformada en 1994 introduce un precepto que, si bien consagra, prioritariamente, la obligación de recomponer el daño ambiental, reserva a la ley el contenido y las formas que configura dicha obligación, dirigida fundamentalmente a los particulares causantes del daño²⁵, sin desplazar la responsabilidad que pudiera caberle al Estado por aplicación de los principios generales que fundamentan la reparación patrimonial.

Hay que advertir, asimismo, que la cláusula constitucional asigna un rango de prioridad a la recomposición del ambiente por sobre la indemnización pecuniaria²⁶, la que no se encuentra referida de un modo expreso en el citado art. 41 de la CN.

En este sentido, el criterio de la ley que reglamente la obligación de recomponer no comprende, necesariamente, la restitución de las cosas al estado anterior (como lo prescribe el art. 1740, CCyCN), sino aquellas medidas razonablemente sustitutivas o equivalentes que tiendan a la recomposición, aunque al menos sea progresiva, del daño ambiental común (v. gr. plantación de árboles en nuevas autopistas) o en acciones antipolutorias que hagan que los daños anormales que sufren los habitantes se transformen en molestias consideradas normales, dentro de los límites de contaminación que determine la legislación.

Ahora bien, partiendo de la metodología esbozada al comienzo de este punto acerca del alcance del precepto constitucional, hay que distinguir entre la

²³ Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Responsabilidad civil... *Op. Cit.* p. 3.

²⁴ La jurisprudencia ha señalado que no todo daño a la naturaleza comporta un daño antijurídico y que resulta necesario compatibilizar o acomodar la protección del ambiente con otros bienes igualmente valiosos (v. gr. necesidades de comunicación) para la comunidad (en el caso "Louzan, Carlos c/Ministerio de Economía s/ acción de amparo", resuelto por la sala I de la Cámara Federal de San Martín, con fecha 26/7/93, publicado en ED 156-59).

²⁵ TAWIL, Guido Santiago. La cláusula ambiental en la Constitución Nacional. **ED diario**, 15 may. 1995. p. 8.

²⁶ GAMBIER, Beltrán; LAGO, Daniel. El medio ambiente y su reciente recepción constitucional. **Rev. ED - Temas de Derecho Constitucional**, Buenos Aires, 1995. p. 27.

responsabilidad por daños ambientales comunes o colectivos y la proveniente de los daños que afectan los derechos individuales de las personas, para poder después determinar el grado de legitimación para accionar que poseen los diferentes sujetos involucrados.

Mientras la responsabilidad por daño ambiental común --que genera prioritariamente la obligación de recomponer-- queda subordinada a la ley especial que se dicte en el futuro, la emergente de los perjuicios que recaen sobre el patrimonio de las personas individualmente afectadas se rige por las reglas de responsabilidad prescriptas en el Código Civil (salvo que se dictase una ley especial para regular la materia).

En este ámbito de la responsabilidad se ha reconocido la insuficiencia del precepto contenido en el art. 1973, CCyCN para resolver los problemas que derivan del impacto ambiental, al circunscribirse a los vecinos contiguos a los inmuebles causantes del daño²⁷, por cuya causa la tutela se encuentra regulada por las normas generales que reglamentan la responsabilidad civil²⁸.

En correspondencia con esa línea que, en lo sustancial, compartimos, la cuestión de la responsabilidad por los daños ambientales causados (de rebote o *par ricochet*) al patrimonio privado se rige por las reglas inherentes a la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield y art. 1757 del nuevo CCCN)²⁹, conforme al cual el dueño de la cosa sólo se libera probando la inexistencia o interrupción del nexo causal entre el daño y el riesgo. A nuestro juicio, quedan fuera del ámbito de la responsabilidad por daño ambiental aquellos perjuicios que ocasionan diversos elementos (humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, etc.) que la legislación o autoridad administrativa competente consideren normales, o bien, que no excedan la "normal tolerancia"³⁰.

2.5. El amparo ambiental

La acción de amparo, después de la reforma constitucional, ha quedado configurada como una alternativa³¹ para restablecer los derechos y garantías constitucionales violados con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, que sólo puede ser desplazada por otros remedios más rápidos y expeditos y no por el juicio ordinario, dado que este

²⁷ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Responsabilidad civil... *Op. Cit.* p. 3.

²⁸ STIGLITZ, G. A. Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente. **La Ley**, 1983-A, 783.

²⁹ Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Responsabilidad civil... *Op. Cit.* p. 3.

³⁰ Art. 1973 CCCN.

³¹ PALACIO, Lino Enrique. La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994. **Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires**, Buenos Aires, 1995. p. 11-12; un criterio más restringido han sostenido: SAGÜES, Néstor. Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional. **La Ley**, 1994-D, 1151; y BARRA, Rodolfo C. La acción de amparo en la Constitución reformada: La legitimación para accionar. **La Ley**, 1994-E, 1087.

último no es idóneo para alcanzar la celeridad que precisa este proceso y hacer que la tutela judicial sea realmente efectiva.

El nuevo art. 43 de la CN amplía, por una parte, la legitimación pasiva, al instituir el amparo constitucional contra actos y omisiones provenientes de los particulares y, por la otra, también la legitimación activa, al prescribir la figura del amparo colectivo acordando, en tales supuestos, capacidad para ser parte en los procesos a las asociaciones que persiguen fines de interés público (registradas conforme a la ley)³² y al Defensor del Pueblo.

Y si bien la cláusula constitucional permite interponer esta acción a toda persona (art. 43, parte 1º CN), el segundo apartado de dicho precepto exige como requisito, para el acceso al proceso de amparo individual, que se trate de un afectado, es decir, de una persona³³ que haya sufrido una lesión sobre sus intereses personales y directos, por lo que no cabe interpretar que la norma ha consagrado una suerte de acción popular ni que, salvo los supuestos de excepción contemplados (Defensor del Pueblo y Asociaciones de interés público) la cláusula permita la legitimación de los intereses difusos o colectivos en cabeza de los particulares³⁴.

A lo que tiende el amparo individual, aun tratándose de daños ambientales, no es precisamente a la tutela de los derechos colectivos sino de los derechos subjetivos de las personas y de sus intereses siempre que impliquen un grado de afectación personal y directa.

En una tendencia compatible con nuestra interpretación se ha entendido³⁵, siguiendo a un sector de la doctrina española³⁶, que la legitimación que acuerda el art. 43 de la Constitución Nacional a los afectados por daños ambientales se configura cuando se lesiona el llamado "ámbito o círculo vital" de las personas, el cual "viene determinado por una relación de proximidad física, esto es, por una vinculación derivada de la localización especial y no de la pertenencia a una jurisdicción política"³⁷.

La jurisprudencia existente antes de la reforma constitucional venía exigiendo que, para poner en marcha el control judicial a través de la acción de amparo, resultaba

³² Es la solución que propicia Ramón Martín Mateo para el Derecho español (MARTÍN MATEO, Ramón. **Nuevos instrumentos para la tutela ambiental**. Madrid: Trivium, 1994. p. 31).

³³ Véase: BARRA, Rodolfo C. La acción de amparo en la Constitución reformada... *Op. Cit.* especialmente p. 1043 y ss.

³⁴ La doctrina ha señalado, con acierto, que de la configuración de un deber genérico no resulta posible deducir la existencia "de un derecho subjetivo a favor de cualquier habitante". Cfr. GRECCO, Carlos M. Ensayo preliminar sobre los denominados intereses difusos o colectivos. **La Ley**, 1984-B, 877.

³⁵ GAMBIER, Beltrán; LAGO, Daniel. El medio ambiente y su reciente recepción constitucional. **Rev. ED - Temas de Derecho Constitucional**, Buenos Aires, 1995. p. 32.

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. t. II. Madrid: S.L. Civitas Ediciones, 1991. p. 52 y ss.; y BARRA, Rodolfo C. *Op. Cit.* p. 805.

³⁷ GAMBIER, Beltrán; LAGO, Daniel. El medio ambiente y su reciente recepción constitucional. **Rev. ED - Temas de Derecho Constitucional**, Buenos Aires, 1995. p. 32.

necesario que el obrar administrativo provocase la lesión de un interés individualizado a quien se encuentra personal y directamente perjudicado³⁸.

Con posterioridad a la reforma, la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en el caso "Schroder"³⁹, reconoció legitimación para promover el amparo, en su calidad de afectado, al titular de un interés personal, emergente de su calidad de vecino de una localidad de la Provincia de Buenos Aires, a fin de que se decretase la nulidad de un concurso público a que se había llamado para la selección de proyectos de plantas de tratamiento de residuos peligrosos. En tal sentido si bien el fallo no circunscribe el concepto de vecino a unos límites geográficos determinados, lo cierto es que, como los expresa el decisorio, esa calidad no había sido controvertida por la autoridad administrativa demandada, circunstancia, esta última, que permitió extender la protección constitucional a una pretensión anulatoria tendiente a paralizar un mero proceso de selección sin localización predeterminada.

Con independencia de las circunstancias del caso, relativas a las motivaciones que perseguía el actor como dirigente político, lo cierto es que no puede extraerse de dicho fallo la conclusión que admitió una amplia legitimación ni menos que incluya dentro del círculo de los afectados a los titulares de intereses simples o difusos.

El amparo ambiental constituye una vía procesal de excepción lo cual no implica que se exija –para su promoción– el agotamiento de las instancias administrativas⁴⁰ como ha sido propugnado en la doctrina⁴¹ y en la jurisprudencia⁴². Ello es así por cuanto frente a una ley o un acto que adolecen de arbitrariedad e ilegalidad manifiestas y la necesidad de restablecer rápidamente los derechos o garantías constitucionales conculcados pierde trascendencia el requisito de la idoneidad de la vía administrativa previo a la acción judicial⁴³, máxime cuando del texto art. 43 de la CN no se desprende dicha exigencia que, por lo demás, es siempre difícil de acreditar pese a que la Administración, prácticamente, no suele resolver favorablemente los recursos o reclamos administrativos.

³⁸ Cfr. sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo "Contencioso Administrativo Federal", "in re": Pardo, Cecilia c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo" de fecha 2 de abril de 1993; "González Gass, Gabriela y otros c. Estado nacional s/ amparo" de fecha 29 de setiembre de 1992, entre otros.

³⁹ SCHRODER, Juan C. Estado nacional (Sec. de Recursos Naturales y Ambiente Humano) s/ amparo. Sentencia del 8 de setiembre de 1994. **La Ley**, 1994-E, 449.

⁴⁰ GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**. Anotada y comentada. t. I. 4. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008. p. 611 y BUTELER, Alfonso. **El amparo contra actos administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012. p. 203-211. Apunta, con razón, que el requisito del agotamiento de las instancias administrativas no se requirió en el caso "Siri", que abrió el camino a este remedio excepcional.

⁴¹ SARMIENTO GARCÍA, Jorge H; URRUTIGOITY, Javier. Cuestiones sobre el amparo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Tratado General de Derecho Procesal Administrativo**. t. II. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 497-499.

⁴² Fallos 326:1614 (2003), *in re* "Algodonera San Nicolás", entre otros.

⁴³ Fallos 328:1708 (2005); 328:4846 (2005) y 330:4647 (2007).

2.6. Competencia en materia ambiental

El art. 41 de la Constitución estatuye que “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”⁴⁴.

Con anterioridad a la reforma constitucional la doctrina⁴⁵, había interpretado que en lo concerniente a la jurisdicción en materia ambiental las facultades ente la Nación y las Provincias eran concurrentes, en base a lo preceptuado en la cláusula de bienestar que contenía la CN (inc. 16, art. 67).

Pero, a partir de la reforma constitucional de 1994, el art. 41 consagra un nuevo principio⁴⁶, al asignar competencia específica y privativa al Congreso Nacional para regular los presupuestos mínimos de protección ambiental, dejando a las Provincias el dictado de la legislación complementaria.

Esta norma, teniendo en cuenta la supremacía constitucional que impone el art. 31 de la CN, atribuye una superior jerarquía a la legislación básica que dicte la Nación sobre la legislación complementaria que sancionen las Provincias, lo cual configura una típica reserva legal. Lo novedoso del precepto a la luz de nuestro sistema constitucional, es la atribución de una suerte de poder legislativo complementario a las Provincias para reglamentar la legislación básica nacional, cuyo marco normativo y principios no pueden ser alterados por las leyes provinciales.

De otra parte, la cláusula estatuye que la competencia de la Nación debe ejercerse sin alterar “las jurisdicciones locales”, es decir, sin que la legislación básica avance sobre las facultades de los órganos provinciales para fiscalizar y aplicar la legislación ambiental que dictan las Provincias.

3. EL PRINCIPIO PROTECTORIO DE LA COMPETENCIA

El análisis sobre este principio, llevado a cabo por la doctrina, resulta parcial, como consecuencia de que el enfoque se hace desde la óptica de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, a los que se considera en condiciones de debilidad económica frente a las empresas comerciales e industriales. Es obvio que el alcance de este principio es mucho mayor en cuanto comprende las relaciones entre las diferentes personas y empresas que participen en el circuito económico de la producción y distribución de bienes y servicios e, incluso, las relaciones con el Estado cuando éste conculca el principio de la competencia mediante leyes, reglamentos o actos administrativos.

⁴⁴ Art. 41, Constitución Nacional.

⁴⁵ MARIENHOFF, Miguel S. Expropiación y urbanismo. **La Ley**, 1981-C, 910 y ss.

⁴⁶ GAMBIER, Beltrán; LAGO, Daniel. El medio ambiente y su reciente recepción constitucional. **Rev. ED - Temas de Derecho Constitucional**, Buenos Aires, 1995. p. 28.

Lo que se protege con este principio es la libre competencia en el mercado lo que tiene mucho que ver con los intercambios de bienes y servicios que se llevan a cabo en el plano nacional e internacional. El mercado es el lugar en el que se produce naturalmente el juego de la oferta y la demanda que determina el precio de los bienes y servicios y, al determinar la rentabilidad de los productores y/o prestatarios, contribuye al crecimiento económico de cualquier país y a la sustentabilidad del Estado, cuyos principales contribuyentes se sitúan en el campo de la producción industrial, comercial, agropecuaria o minera.

Hay, pues, una razón de bien común para defender el principio de la libre competencia que es la base sobre la que se asienta la economía social de mercado, propia del Estado subsidiario.

Cuando la economía es auténticamente libre no debería haber, como práctica generalizada, confrontaciones permanentes entre el interés de los productores con el de los consumidores y cualquier sistema basado en el capitalismo buscaría el equilibrio y la armonía social, evitando los conflictos colectivos. Esto no es algo utópico sino lo que acontece en las democracias bien organizadas cuyos gobiernos no abdican de la misión de impedir las distorsiones, excesos y abusos que se producen marginalmente en el mercado, mediante la aplicación de instrumentos legales que sancionan conductas distorsivas de la competencia o los abusos de las posiciones dominantes⁴⁷.

La función del Estado varía cuando el mercado se encuentra regulado sea por tratarse de un monopolio estatal, de un mercado imperfecto con privilegios de exclusividad que, fundamentalmente, satisfacen necesidades básicas de la población (los servicios públicos), o bien, cuando las características singulares de la producción hacen necesaria la regulación por la excesiva o deficiente oferta que se genera, en forma permanente, en determinados mercados en los que el equilibrio resultante de la oferta y demanda es difícil de alcanzar por las características económicas de tiempo y lugar, el diferente rendimiento zonal y las fluctuaciones del comercio internacional (el caso más típico se encuentra en el mercado azucarero). La política regulatoria, para ser eficiente, debe inclinar las prestaciones hacia la competencia efectiva, incluso mediante su simulación o creación por parte del Estado cuando la competencia no existe⁴⁸.

Mientras los precios o tarifas en un mercado regulado los fija, en principio, el Estado, en el sistema de libre mercado no tienen cabida los controles de precios por cuanto ellos afectan las bases de la competencia y terminan dando señales artificiales a la economía que distorsionan los mercados, produciendo efectos nocivos para los consumidores y usuarios que resultan siempre los mayores perjudicados en los procesos

⁴⁷ En nuestro país se encuentra vigente la ley 25.156 que tipifica conductas lesivas del principio de libre competencia.

⁴⁸ NALLAR, Daniel M. **Regulación y control de los servicios públicos**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010. p. 435-437.

inflacionarios y recesivos a que conducen las medidas e instrumentos de aplicación cargados, por lo común, de arbitrariedad y procedimientos contrarios a los principios que informan el Estado de Derecho.

La Ley de Defensa de la Competencia⁴⁹ prohíbe el abuso de posición dominante, habiéndose entendido por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema que la exportación de una parte significativa de la producción de gas licuado a un precio sensiblemente menor al que se vendía en el mercado interno implicaba una conducta que encajaba en la figura de abuso de posición dominante, máxime cuando existía una cláusula que prohibía la reimportación del producto. Según el Alto Tribunal, la conducta enjuiciada tenía la finalidad de mantener deprimida la oferta nacional, asegurando el mantenimiento de un nivel determinado de precios en perjuicio de los consumidores locales⁵⁰.

4. LOS DERECHOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Del juego de los artículos 42 y 43 se desprende, con una técnica defectuosa, un conjunto de derechos que hacen a la protección de consumidores y usuarios. Ante todo, corresponde deslindar ambas categorías dado que si bien tienen aspectos protectorios comunes, los usuarios, en tanto integran el sector que recibe prestaciones que satisfacen sus necesidades básicas tienen una mayor protección de sus derechos e intereses.

Interesa precisar que los derechos de los consumidores se circunscriben a la relación de consumo, limitándose, por tanto, al vínculo jurídico entre el fabricante o proveedor y el consumidor⁵¹ y por esa razón, el art. 43 de la CN acuerda acción al “afectado” en la relación de consumo como titular de un derecho subjetivo divisible y determinado. En cambio, cuando se trata de derechos e intereses colectivos la protección judicial de los consumidores debe llevarse a cabo a través de una legitimación anómala o extraordinaria que la Constitución pone en cabeza del Defensor del Pueblo o de las asociaciones que propendan a la defensa del principio de no discriminación, el medio ambiente, la competencia y los derechos de los consumidores y usuarios (art. 43 CN).

El usuario es el titular de una relación de servicio público que se singulariza en el vínculo jurídico que lo une al prestador del servicio cuyo objeto son derechos y obligaciones recíprocas. La característica de esta relación, cuando el servicio público es gestionado por una empresa privada, a través de una concesión o de una figura similar

⁴⁹ Ley N° 26.156, arts. 1°, 4° y 5°.

⁵⁰ CSJN, “YPF SA”, Fallos, 325:1702, sentencia del 02/07/2002.

⁵¹ Ley 26.361, art. 3° que, en forma incorrecta, denomina relación de consumo al vínculo jurídico que se entabla en una relación de servicio público que, aunque contractual, se rige por otro régimen (v.gr. caracterizado por los poderes exorbitantes).

o análoga exhibe algunas peculiaridades. En rigor, hay dos planos de relaciones jurídicas, en ambos casos de naturaleza contractual. En el primero, la vinculación que une al concesionario con el concedente es de derecho público, administrativo en la especie. En el segundo plano, la relación se encuentra, primordialmente, regida por el derecho privado⁵² sin perjuicio de la aplicación directa, subsidiaria o análoga de las normas y principios del derecho administrativo (por ejemplo, si el particular cuestiona la procedencia o ejercicio de alguna prerrogativa de poder público). Cabe advertir que esta clase de relaciones se caracteriza por la constante interferencia del poder reglamentario sobre la relación jurídica entre el concesionario y los usuarios del servicio público. A su vez, el concepto de usuario no puede limitarse al usuario actual sino que el concepto protectorio debe comprender al usuario potencial o futuro en base a criterios de equidad intergeneracional⁵³.

Los usuarios gozan de todos los derechos que prescriben los arts. 42 y 43 de la CN a favor de los consumidores pero su *status* constitucional se amplía a raíz del reconocimiento de nuevos derechos como son el derecho a la calidad y eficiencia del servicio público, el de contar con un marco regulatorio adecuado y el de participación en los organismos de control a través de asociaciones que los representan (art. 42 CN). Si bien el precepto constitucional hace referencia al derecho de los usuarios y consumidores a constituir asociaciones que los representen, esta disposición constitucional es redundante por cuanto se trata del mismo derecho de asociación reconocido a favor de todos los habitantes de la república.

Corresponde puntualizar que los derechos comunes de los consumidores y usuarios no se limitan a los aspectos patrimoniales de la relación de consumo o de servicio público que los une con el proveedor o prestatario en cada caso sino que comprenden otros derechos que integran el círculo de intereses protegidos, a saber: a) la protección de la salud y de la seguridad; b) la información adecuada y veraz; c) la libertad de elección; y d) la equidad y dignidad en las condiciones de trato (art. 42 CN).

Del precepto contenido en el art. 42 de la CN se desprende el deber de las autoridades de proveer a la educación del consumidor sin determinar, empero, cuáles son las autoridades competentes ni el alcance de las acciones a cumplir que, si bien puede parecer que entraña algún beneficio para los consumidores, en un gobierno autoritario y populista, se convierte en un instrumento tendiente muchas veces a ejercer presiones

⁵² MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. t. II. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. p. 108; 168-173. Considera que las relaciones jurídicas entre el concesionario y los usuarios se rigen, cuando el servicio público es de utilización facultativa y la relación es contractual, por el derecho privado. En cambio, si la relación es reglamentaria (p.e. la enseñanza primaria a cargo del Estado), ella se rige por el derecho administrativo; vid también una opinión en el mismo sentido en nuestro CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de derecho administrativo**. t. II. 10. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 125.

⁵³ SACRISTÁN, Estela B. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales. Buenos Aires: Abaco, 2007. p. 570-572.

indebidas sobre los fabricantes, proveedores y prestadores, respectivamente, de bienes y servicios. Esas presiones sobre el mercado son susceptibles de afectar principios y derechos fundamentales como la libertad económica, la competitividad y por tales motivos, la doctrina ha señalado que la educación del consumidor debería propender a: 1) preservar su salud, mediante la difusión acerca de aquellos productos cuya venta se halla prohibida por ser nocivos a la población; 2) controlar la veracidad de la publicidad que realicen los fabricantes, proveedores o prestadores sobre los productos o servicios ofrecidos al mercado a fin de prevenir los eventuales riesgos para la salud; 3) fomentar usos alimentarios que favorezcan la adecuada nutrición y salud de las personas⁵⁴; 4) llevar a cabo programas educacionales –en los diferentes niveles de enseñanza– que, a través de los medios de comunicación de la prensa gráfica, de la radio y la televisión, contribuyan a que los consumidores desarrollen la libertad de elegir, sin favorecer a determinados fabricantes, comerciantes o prestadores⁵⁵.

4.1. La falsa oposición entre el interés público y el interés particular o privado

En la doctrina se vienen alzando voces que predicán, a propósito de la relación de los usuarios con los prestadores de servicios públicos, una suerte de supremacía absoluta del interés público sobre el interés particular o privado. La sesgada visión que se describe pretende demostrar que los intereses individuales y colectivos de los usuarios que, en su conjunto, representarían el interés social público se hallan en oposición a los intereses de los concesionarios o licenciatarios, e incluso, extraer de este supuesto dogma reglas y técnicas de confrontación, algo que ni siquiera el jurista mayor del régimen nazi (cuya ideología del decisionismo está basada en la confrontación), se hubiera imaginado que iba a proyectarse en este siglo al impulso de colectivismo populista desenfrenado.

A la pregunta de qué es el interés público suele responderse afirmando que es la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes⁵⁶ como si fuera una cuestión de suma y resta que pueda desligarse del bien común que constituye el verdadero interés público, es decir, el interés de todos⁵⁷ (usuarios actuales y futuros) y no el interés de un grupo por más mayoritario que sea. Supongamos, por ejemplo, que una determinada mayoría de usuarios o una asociación que se arroga la representación

⁵⁴ Criterio recogido por el art. 60 de la ley 24.240, reformado por la ley 26.361.

⁵⁵ Cfr. GELLI, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina... *Op. Cit.* p. 592-593.

⁵⁶ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t. 2. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000. p. VI-30.

⁵⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 385; BILDART CAMPOS, Germán J. **Derecho político** 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1972. p. 295; y nuestro CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de derecho administrativo**. t. I. 10. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 12.

de un universo de usuarios o incluso, del Defensor del Pueblo, se opusieran a un aumento (razonable y, por ende, proporcionado) de la tarifa que resulta necesario para hacer inversiones de saneamiento en el servicio de agua potable⁵⁸. De aplicar aquel concepto el supuesto interés público de los usuarios debería prevalecer y las obras – que beneficiarían especialmente a las generaciones futuras- no podrían llevarse a cabo.

En cualquier caso, lo que debe prevalecer es el bien común, en el que encuentran cabida todos los intereses individuales y colectivos y los eventuales conflictos que se produzcan con los usuarios han de resolverse, ya sea por las autoridades administrativas o los jueces, dentro de la justicia e incluso con equidad⁵⁹.

Al respecto, la doctrina social de la Iglesia en forma invariable, ha sostenido la primacía del bien común como un principio que, lejos de ser opuesto al interés de los particulares, no lo concibe como “la simple suma de los intereses particulares, sino que implica su valorización y armonización, hecha según una jerarquía de valores y, en última instancia, según una exacta comprensión de la dignidad y los derechos de la persona”⁶⁰.

4.2. La regla de la interpretación restrictiva de los privilegios y su extensión a las concesiones y licencias

Tras el proceso de privatizaciones y la posterior reforma constitucional de 1994, surgió el interés de un sector de la doctrina administrativista para revivir las antiguas reglas y principios que regían en el país sobre las concesiones de servicios públicos, antes de que estos fueran estatizados. De ese modo, se exhumaron concepciones que respondían a un pasado bastante remoto (algo así como un retroceso de más de cincuenta años) que, desde luego, no eran compatibles con las transformaciones operadas en los sistemas de economía libre vigentes en el mundo occidental.

Uno de los dogmas preferidos que se escogió fue el referido a la interpretación restrictiva de los privilegios de las concesiones de servicios públicos, tema que había sido objeto del abordaje de la doctrina y jurisprudencia, particularmente, en la década del treinta.

De esa regla interpretativa se pasó a una generalización basada en el superado método deductivo, no obstante su conocido fracaso en el campo de los principios generales del derecho (al punto que provocaron el descrédito entre los juristas que

⁵⁸ El ejemplo del texto no es teórico sino real pues ello ocurrió con el cargo denominado SUMA en la concesión de Aguas Argentinas que pese a ser de poca magnitud motivó la intervención del Defensor del Pueblo logrando paralizar las obras de saneamiento.

⁵⁹ USLENGHI, Alejandro. Procedimientos en la ley de defensa del consumidor. In: POZO GOWLAND, Héctor; HALPERIN, David Andrés; AGUILAR VALDEZ, Oscar; JUAN LIMA, Fernando; CANOSA, Armando (Dirs.). **Procedimiento Administrativo**. t. IV. Buenos Aires: La Ley, 2012. p. 265.

⁶⁰ Cfr. C.A. 47b. de Juan Pablo II.

los llevó a abrazar la dogmática positivista). Para extender la regla de la interpretación restrictiva a todas las concesiones y licencias de servicios públicos se sostuvo que por constituir dichos servicios una excepción a la regla de la libre competencia prevista en la Constitución, los derechos emergentes de las concesiones y licencias debían interpretarse en forma restrictiva⁶¹.

Ante todo, esa deducción no tuvo en cuenta que la regla referida a la interpretación restrictiva no se aplicaba a las concesiones en general sino particularmente a los privilegios no rigiendo para las prerrogativas de poder público que son típicas y comunes a todas las concesiones y licencias (por ejemplo, el corte unilateral del servicio en caso de falta de pago de la tarifa o precio).

En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte sostuvo, a lo sumo, que “las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público deben interpretarse con un criterio restrictivo”⁶². Pero una cosa es concebir que el privilegio es de interpretación restrictiva en cuanto a su alcance y extensión y que no hay privilegios implícitos⁶³ y otra diferente es pretender que dicha regla interpretativa se aplica a todo el ámbito jurídico de una concesión de servicio público (por ejemplo, a la tarifa) llegando a vincular la interpretación restrictiva de los privilegios con un axioma jurisprudencial que nadie ha explicado de donde se ha extraído ni en qué se fundamenta cuando se afirma, en forma tajante, que “el derecho de los usuarios a la tarifa más baja ...debería prevalecer sobre el derecho de la concesionaria a obtener mayores ganancias”⁶⁴. En rigor, el principio que rige en materia de tarifas es el de que las mismas deben ser justas y razonables y no se advierte por qué razón si el régimen permite aumentarlas temporalmente, con un sistema de *price cap* para favorecer determinadas inversiones, el derecho del concesionario a una mayor ganancia, siempre que encuadre dentro de la justicia y razonabilidad, deba ceder en favor del derecho del usuario a una tarifa más baja. Desde luego que, en esta materia, la prudencia y el equilibrio del sistema que aplique el regulador serán la clave de la gestión exitosa del servicio, en condiciones “de calidad y eficiencia” (art. 42 CN).

Veamos, a continuación, qué se entiende por privilegio, cuáles son sus notas sobresalientes y sus distintas variantes, así como los requisitos constitucionales para su otorgamiento.

De acuerdo con Marienhoff, los privilegios consisten en ventajas excepcionales atribuidas a una persona, que suelen otorgarse en una concesión o licencia, tales como

⁶¹ GORDILLO, Agustín. Tratado... t. 2. *Op. Cit.* p. VII-17.

⁶² Fallos 105:26 (1906).

⁶³ MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. t. III-B. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983. p. 626.

⁶⁴ GORDILLO, Agustín. Tratado... t. 2. *Op. Cit.* p. VII-27, haciendo suya la doctrina de la Sala IV de la CNACAF, en la sentencia del caso “Telintar”, La Ley, diario de fecha 14/02/1995.

exención de impuestos, monopolio, y exclusividad⁶⁵. Dada su naturaleza, su otorgamiento debe serlo por ley del Congreso y deben ser temporales (art. 75 inc. 18 CN). A su vez, el monopolio se distingue de la exclusividad en el sentido que el primero consiste en la supresión de la concurrencia para reservar la respectiva actividad a una sola persona pública o privada, mientras que la exclusividad implica la obligación de la Administración de no otorgar nuevas concesiones por el mismo servicio o actividad⁶⁶.

La cuestión se complica cuando se argumenta que todo monopolio y/o privilegio de exclusividad constituye un servicio público al que se le extendería la mencionada regla restrictiva de interpretación de los privilegios, sin importar qué tipo de actividad material constituye servicio público. Una generalización semejante no tiene en cuenta que una gran parte de las actividades de interés público o de servicio público impropio (v.gr. la actividad aeronáutica, el servicio de taxis) actúan en concurrencia y sin privilegios de exclusividad⁶⁷. Por supuesto que hay otras actividades reguladas en semejantes condiciones pero las citadas, por su magnitud económica y trascendencia para los usuarios del servicio, bastan para demostrar el error en que incurren quienes pretenden deformar la realidad para tratar de que ésta se amolde a las ideas subjetivas y dogmáticas que no compaginan bien con datos que brinda la experiencia real.

En cualquier caso, repárese en la circunstancia que la interpretación restrictiva de los privilegios en las concesiones o licencias, sólo es susceptible de llevarse a cabo en supuestos de duda razonable y no cuando la solución contractual o legislativa resulta clara y precisa.

5. LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN EL CONTROL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La segunda mitad del siglo XX ha visto aparecer una institución ciertamente compleja que pretende lograr, tanto en el ámbito político como administrativo⁶⁸, la

⁶⁵ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado... t. III-B. Op. Cit. p. 624.

⁶⁶ Este punto lo aclara muy bien MARIENHOFF, Miguel S. Tratado... t. III-B Op. Cit. p. 627-628, con el ejemplo del privilegio de exclusividad zonal en una concesión o licencia para generar y/o distribuir energía eléctrica que no impide que otras empresas generen energía para su propio consumo.

⁶⁷ El caso de la concesión minera es paradigmático porque si bien las actividades de exploración y extracción se prestan con exclusividad, el producido de la misma se vende al mercado libremente y en concurrencia con otros concesionarios mineros.

⁶⁸ Ver, por todos, MUÑOZ MACHADO, Santiago. Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración. **Revista de Administración Pública**, Madrid, vol. 28, n. 84, p. 519-536, sep./dec. 1977.; BERMEJO VERA, José. La participación de los administrados en los órganos de la Administración Pública. In: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Coord.). **La protección jurídica del ciudadano**. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. t. I. Madrid: Civitas, 1993. p. 639 y ss.; LAVILLA RUBIRA, Juan J. **La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América**. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense, 1991. p. 98 y ss.

mayor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, mediante el reconocimiento, en los ordenamientos constitucionales, del derecho subjetivo de participación pública⁶⁹.

Si bien nuestra Constitución Nacional, antes y después de la reforma de 1994, no proclama ese derecho, han surgido interpretaciones⁷⁰ que la fundan en su art. 42 y en lo prescripto en una serie de tratados internacionales⁷¹ incorporados al texto constitucional con el alcance previsto en el art. 75, inc. 22 CN.

Fuera de la circunstancia, por demás obvia, que permite advertir que ese derecho en los pactos internacionales ha sido descripto bajo la forma de un enunciado genérico, cuyo carácter operativo depende de las prescripciones que se establezcan en cada ordenamiento estatal, la cuestión no puede resolverse sólo a partir de los ordenamientos supranacionales citados, en la medida en que la primera regla de hermenéutica constitucional dispone expresamente que esos pactos *“no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben considerarse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”* (art. 75, inc. 22 CN).

Esta regla reconduce la interpretación al punto de partida del sistema constitucional argentino que —como es sabido— adopta la forma representativa de gobierno (art. 1º CN), lo que implica excluir, en principio, es decir, salvo los supuestos previstos en la Constitución (v.gr., iniciativa privada —art. 39— y consulta popular vinculante —art. 40, primer párrafo, entre otros—)⁷², al sistema directo de participación pública en las decisiones estatales (legislativas o administrativas).

De otro modo, carecería de sentido el precepto constitucional que consagra una terminante y expresa interdicción al prescribir que *“el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución”* (art. 22 CN).

Ello no es óbice para que las leyes instrumenten sistemas de participación de las asociaciones y ciudadanos, en la medida en que se respete la médula del sistema representativo de gobierno y siempre que ello no implique cercenar las potestades del

⁶⁹ Art. 23, ap. 1, Constitución española.

⁷⁰ GORDILLO, Agustín A. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. II. 2. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. cap. XI; REJTMAN FARAH, Mario. El procedimiento de audiencias públicas. In: POZO GOWLAND, Héctor; HALPERIN, David Andrés; AGUILAR VALDEZ, Oscar; JUAN LIMA, Fernando; CANOSA, Armando (Dirs.). *Procedimiento Administrativo...* t. IV. *Op. Cit.* p. 383.

⁷¹ Cfr. arts. 23.1, Pacto de San José de Costa Rica; 21.1, Declaración Universal de Derechos Humanos; 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y XIX y XX, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

⁷² MATA, Ismael. Administración servicial y procedimiento administrativo (El rediseño de la organización a través del procedimiento. In: POZO GOWLAND, Héctor; HALPERIN, David Andrés; AGUILAR VALDEZ, Oscar; JUAN LIMA, Fernando; CANOSA, Armando (Dirs.). *Procedimiento Administrativo...* t. 1. *Op. Cit.* p. 440, agrega la participación de la familia y de la sociedad en las leyes de educación (art. 75 inc. 19 CN) y la participación que prevén los tratados internacionales.

presidente como Jefe de Gobierno que ejerce la jefatura de la Administración, a título propio, o bien, a través del Jefe de Gabinete (arts. 99 y 100 CN). Así acontece con la institución de la “audiencia pública” que, proveniente del Derecho estadounidense, introducen en nuestro sistema jurídico los marcos regulatorios de los servicios públicos de gas y electricidad ⁷³, así como el reciente Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires ⁷⁴.

A su vez, en ninguna parte del art. 42 CN, se menciona, ni siquiera en forma implícita, el derecho de participación pública de los ciudadanos. Antes bien, la referida norma constitucional circunscribe el alcance de la participación en dos sentidos: en el plano subjetivo, en cuanto acota el derecho a las asociaciones que representan los intereses de los usuarios de los servicios públicos, y en forma objetiva, al precisar que tal participación se encauza en los organismos de control de los servicios públicos (o de otros órganos de control de los intereses de los consumidores).

En cualquier caso, ya se trate de la reglamentación constitucional del derecho de participación pública de las asociaciones de usuarios en los órganos de control de los servicios públicos (art. 42), como de las distintas tipologías que prevén la participación de los ciudadanos individualmente considerados, el papel de la ley, como basamento del respectivo derecho, posee una relevancia indiscutible.

En el primer caso, habida cuenta de las distintas posibilidades que tiene el legislador para reglar lo atinente a un precepto constitucional que se caracteriza por una textura abierta a distintas variantes o tipologías de participación; como más adelante se verá.

El otro supuesto se vincula, en general, con el derecho de participación pública (que incluye la determinación normativa de los procedimientos) que, en principio, corresponde a los poderes implícitos e inherentes del Congreso (art. 75, inc. 32), no obstante que nada impediría que el Poder Ejecutivo o los propios entes reguladores, en ejercicio de sus competencias propias, reglamenten los diferentes procedimientos de participación pública, los cuales, en la medida en que no alteren la médula representativa del sistema constitucional de gobierno, resultarían válidos (incluso podría sostenerse que se trata de mecanismos de autolimitación de sus potestades).

En esa línea, existen leyes que han establecido el procedimiento de audiencia pública⁷⁵, así como decretos del Poder Ejecutivo⁷⁶ y distintas reglamentaciones provenientes de los órganos superiores de los entes reguladores que han hecho lo propio⁷⁷.

⁷³ Leyes 24.076 y 24.065.

⁷⁴ Cfr. art. 63, Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires.

⁷⁵ Cfr. arts. 11, 32, 46, 73 y 74, ley 24.065, y 6º, 16, 18, 29, 46, 47, 67 y 68, ley 24.076.

⁷⁶ Cfr. arts. 7º y 30, dec. 1185/1990, y sus modificaciones.

⁷⁷ Res. 39/1994 ENRE (BO, del 9/5/1994), que aprobó el Reglamento de Audiencias Públicas del ENRE. Se debe tener en cuenta que para el ENRE existe un procedimiento específico de audiencias públicas que resulta

Las ideas que se han esbozado como fundamento de la participación pública en la organización y función de la Administración son muy variadas, aunque no necesariamente opuestas entre sí. Ello depende del énfasis ideológico o alcance de la concepción democrática pero también de un análisis que apunta más a la ciencia administrativa que a la política.

Mientras para algunos la participación pública acrecienta y fortalece la democracia⁷⁸, otros consideramos que se trata más bien de una fórmula que, mediante la colaboración y participación ciudadana,⁷⁹ puede contribuir a mejorar y dar transparencia⁸⁰ a las decisiones de los entes reguladores en los diferentes procedimientos de control de los servicios públicos.

Entre las ventajas que se le reconocen al modelo participativo se cuentan las relativas a la mayor flexibilización de los aparatos técnicos de la función pública, imbuídos por acentuadas dosis de autoritarismo que se frenan con la participación de los administrados en los procedimientos que culminan con la adopción de decisiones que afectan intereses colectivos o comunitarios.

Sin embargo, los inconvenientes que plantea su implantación conducen a preguntarnos si esas ventajas justifican el desmesurado desarrollo de dicho modelo que, a impulsos de la moda jurídica, viene alentando el Derecho Positivo.

A la natural confusión entre los intereses individuales y los de un sector determinado con aquellos que poseen mayor generalidad o se vinculan con el interés comunitario, la insuficiencia de los mecanismos de representación para reflejar la opinión democrática de los usuarios de un determinado sector, la captura de los entes reguladores por grupos de activistas movidos por intereses de neto corte político e incluso, por los sectores empresarios, se le añaden otras desventajas no menos significativas como las concernientes al aumento de los costos económicos que conllevan los mecanismos participativos y, sobre todo, la dilución de la responsabilidad que asumen los órganos encargados de tomar las decisiones y su contracara, que es la inexistencia de responsabilidades personales (patrimoniales o económicas) de los participantes cuando actúan en representación de intereses colectivos o difusos⁸¹.

aplicable en materia de imposición de sanciones, que se encuentra regulado en el Reglamento para la Aplicación de Sanciones, aprobado por res. 23/1994 ENRE. Asimismo, véase la res. 57/1996 (BO, del 3/9/1996) que contiene el Reglamento General de Audiencias Públicas y Documentos de Consulta para las Comunicaciones.

⁷⁸ BERMEJO VERA, José. La participación de los administrados en los órganos de la Administración Pública... *Op. Cit.* p. 639.

⁷⁹ FONROUGE, Máximo J. Las audiencias públicas. **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, vol. 9, n. 24-26, p. 183-193, 1997. p. 183.

⁸⁰ Ver: GORDILLO, Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo... t. II. *Op. Cit.* p. X-10.

⁸¹ Una síntesis de las ventajas y desventajas ha hecho BERMEJO VERA, José. La participación de los administrados en los órganos de la Administración Pública... *Op. Cit.* p. 641-642, que reproducimos parcialmente en el texto. En un trabajo de Estela B. Sacristán se citan opiniones contrarias acerca del procedimiento de las sesiones abiertas en el Derecho estadounidense que conducen a abrigar serias dudas sobre su conveniencia

5.1. Tipologías de la participación pública en los entes reguladores

Sin pretender realizar el examen pormenorizado de las diversas formas que puede asumir la participación de los usuarios y sus organizaciones en las funciones ejecutivas o normativas que lleva a cabo la Administración, las que — como anota Bermejo Vera — han sido expuestas de un modo magistral por García de Enterría⁸², no pueden dejar de señalarse las variadas tipologías existentes en lo que constituye una suerte de teoría general de la participación pública, cuya “euforia” o “proliferación”⁸³ contribuyen a lo que gráficamente Nieto ha denominado “organización del desgobierno”⁸⁴.

De todas ellas, habida cuenta la exclusión de las formas directas de participación en las funciones de gobierno y administración que impone el sistema representativo constitucional y su consecuente interdicción (art. 22 CN), las que atañen principalmente a nuestro tema (aunque la clasificación no es taxativa) se circunscriben a las siguientes:

- Funcional u organizativa
- Consultiva o vinculante (decisoria)
- En cuanto al ámbito territorial la participación puede ser calificada como federal o local (provincial o municipal), sin perjuicio de las fórmulas mixtas de coparticipación
- Individual o colectiva
- Prescripta como procedimiento de realización obligatoria o discrecional y en los diferentes niveles del procedimiento de decisión
- Establecida en función a la representación de intereses o como alternativa institucional⁸⁵

y eficacia. En tal sentido, se ha dicho (DIKSON, Paul; CLANCY, Paul. **The Congress Dictionary**: The ways and meanings of Capital Hill. New York: John Wiley & Sons, 1993. p. 344) que “en el marco de una sesión abierta al público los miembros de una agencia se sentirían reticentes a exponer sus puntos de vista en la creencia de que estarán exponiendo ante el público su ignorancia o incertidumbre respecto del tema debatido, los lineamientos políticos o el Derecho”. Por su parte PIERCE, Richard J. **Administrative Law Teatrise** t. I. New York: Wolters Kluwe Law & Business, 2009. nota 117) observa que los miembros de las agencias “tratan de disfrazar su incertidumbre con esquivas discusiones que impiden el intercambio franco, efectivo e informado de opiniones, esencial en punto a la toma de decisión por parte de un cuerpo colegiado” (cfr. SACRISTÁN, Estela B. **Las sesiones abiertas [open meetings] en el Derecho Administrativo norteamericano como forma de publicidad de los actos estatales**. Buenos Aires, 1998. Tesina (Especialización en Derecho Administrativo Económico), Pontificia Universidad Católica Argentina. p. 33).

⁸² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La participación de los administrados en las funciones administrativas. In: ALONSO OLEA, Manuel (Dir.). **Homenaje a Segismundo Royo Villanova**, Madrid: Moneda y Crédito, 1977.

⁸³ BERMEJO VERA, José. La participación de los administrados en los órganos de la Administración Pública... *Op. Cit.* p. 645.

⁸⁴ NIETO, Alejandro. **La organización del desgobierno**. Barcelona: Ariel, 1994.

⁸⁵ El contenido de estas formas de participación se expone en el estudio de BERMEJO VERA La participación de los administrados en los órganos de la Administración Pública... *Op. Cit.* p. 642 y ss.

Veamos, seguidamente, la proyección de algunas de esas formas en dos aspectos que plantea el Derecho Administrativo argentino a raíz del proceso de privatizaciones llevado a cabo, que ha producido una de las más extraordinarias transformaciones en la estructura del Estado.

5.1.1. *Derechos individuales y colectivos. La participación de las asociaciones defensoras de usuarios*

La categoría de los usuarios, comúnmente denominados “clientes” por las empresas concesionarias (impulsadas por la necesidad de crear vínculos más personales y efectivos), ha adquirido, gracias a la reforma de 1994, carta de ciudadanía constitucional. En tal sentido, el art. 42, CN, consagra dos órdenes de derechos.

5.1.1.1. *Derechos individuales*

La referida norma constitucional estatuye que, en la relación de consumo, los usuarios tienen derecho “a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno” (art. 42, 1ª parte CN).

Se trata del reconocimiento constitucional de Derechos Humanos, cuya protección judicial prescribe el art. 43 CN, al instituir la acción de amparo, en la que el sujeto legitimado para proveerla es el “afectado”, es decir, la persona física o jurídica que ha sufrido la lesión o el daño a sus intereses personales y directos.

Sin perjuicio de ello, las personas afectadas disponen de toda la amplia gama de recursos administrativos y acciones judiciales para obtener la tutela efectiva de sus derechos lesionados por actos de los poderes públicos, en la relación de consumo que los vincula, en cada caso, con los concesionarios o licenciatarios.

5.1.1.2. *Derechos colectivos*

La última parte del art. 42 CN, prescribe que la legislación establecerá procedimientos eficaces para prever la “necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control”.

Del debate habido en el seno de la Convención Constituyente de 1994 se desprende claramente la existencia de un consenso para establecer en la Constitución una fórmula abierta que librase a la reglamentación legal el alcance de este derecho. Ése fue, precisamente, el sentido que tuvo la conciliación entre las diferentes posiciones sostenidas por los constituyentes, que motivó que la mayoría retirase la exigencia de que esa participación fuera consultiva, con el objeto de unificar los criterios existentes, necesarios para la aprobación de la norma constitucional.

De otra parte, quienes apoyaron el proyecto no pretendieron (según surge también de los debates) que la participación de los usuarios fuera establecida como una representación que integrase el directorio de los respectivos entes reguladores, ni tampoco nada hay en el precepto constitucional que establezca, en forma preceptiva, una forma organizativa de participación, como lo sostiene equivocadamente a nuestro juicio, un sector de la doctrina nacional⁸⁶.

En consecuencia, la ley que reglamenta el art. 42 CN, permite que la regulación opte por cualquiera de las tipologías de participación de las asociaciones de usuarios que surgen tanto de la doctrina como de la legislación comparada (y, desde luego, podría establecer nuevas formas no conocidas), con una doble limitación que emerge del sistema constitucional, pues mientras el art. 42 CN, acota la participación a las asociaciones de usuarios (lo que excluye las formas políticas o asociaciones vinculadas a los partidos políticos), cualquier participación que consagre la ley no puede alterar, como se ha visto, la médula del sistema representativo de gobierno ni la prohibición contenida en el art. 22 CN.

De lo contrario, puede incurrirse en el debilitamiento del papel de los reguladores, aparte de la dilución de la responsabilidad de los miembros del Directorio y de una gravitación excesiva de los intereses sectoriales directamente afectados sobre los intereses más generales o comunitarios, que muchas veces se encuentran representados por el usuario potencial o futuro, al que no es justo cargarle el peso económico de decisiones cuyo costo deben soportar las actuales generaciones de usuarios. A este respecto, hay que tener presente la necesidad de articular esa participación de las asociaciones de usuarios de modo de no afectar el derecho humano primordial que proclama el art. 42 CN, que surge del principio que impone a las autoridades el deber de proveer a la protección del derecho *"a la calidad y eficiencia de los servicios públicos"*.

Esta norma, no suficientemente destacada hasta ahora por la doctrina que se ha ocupado del tema, hace a la modernización y mejora tecnológica de las prestaciones de los concesionarios, a la regulación tarifaria con el menor costo posible vinculado con determinados "estándares" de calidad técnica y a una razonable rentabilidad, dado que los prestatarios actúan impulsados por el legítimo objetivo de maximizar sus ganancias en la medida compatible con los fines de los servicios que prestan como colaboradores del Estado.

⁸⁶ GORDILLO, Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo... t. II. p. VI-31-32.

5.1.2. El régimen de audiencias públicas de los entes reguladores

Si bien no existe a nivel constitucional norma alguna que lo recepcione, el procedimiento de audiencia pública⁸⁷ fue instaurado en nuestro país en el ámbito de los entes reguladores del gas⁸⁸, electricidad⁸⁹ y telecomunicaciones⁹⁰.

Se trata de un procedimiento administrativo *strictu sensu* y los principios que lo rigen pueden resumirse en la publicidad, transparencia⁹¹ y participación. A su vez, estos principios se proyectan al régimen que requiere de la oralidad y la inmediación, del informalismo, la contradicción, la imparcialidad y un adecuado reconocimiento de la legitimación de los participantes (concesionarios o licenciatarios, usuarios, contratistas, funcionarios públicos, etc.).

Las audiencias públicas pueden ser previas a un acto de alcance particular (y, en algunos casos, de naturaleza cuasijurisdiccional)⁹², o bien integrar el procedimiento para dictar o modificar normas reglamentarias⁹³.

En la doctrina administrativa se ha postulado la obligatoriedad de observar este procedimiento en todos aquellos casos en que fuera necesario conferir oportunidad de defensa a los afectados por el acto o proyecto que se trate⁹⁴.

Por otra parte, la jurisprudencia⁹⁵ ha considerado que con la nueva redacción del art. 42 CN, el art. 30, dec. 1185/1990 —en tanto confería a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones *la facultad* de celebrar una audiencia pública sobre aspectos de grave repercusión social— debía ser interpretado como *obligatorio* para la Administración,

⁸⁷ Se ha sostenido que la expresión “audiencia pública” es equívoca en lo que hace a su significado ya que en unos casos designa las formalidades a través de las cuales las partes de un procedimiento acceden a la actuación de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18, CN), mientras que en otros se refiere a ciertas formalidades de participación de los interesados en el proceso de ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los órganos investidos en ésta. Solamente en este último caso cabría considerarla estrictamente como técnica participativa (HUTCHINSON, Tomás. Algunas consideraciones sobre las audiencias públicas [una forma de participación ciudadana]. *Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad*, Buenos Aires, 8 y 9 de junio de 1995. p. 333 y ss.).

⁸⁸ Arts. 6º, 16, 18, 29, 46, 47, 67 y 68, ley 24.076.

⁸⁹ Arts. 11, 32, 46, 73 y 74, ley 24.065.

⁹⁰ SC res. 57/1996, BO, 3/9/1996.

⁹¹ Ver: LASSERRE, Bruno; LENOIR, Noëlle; STIRN, Bernard. *La transparence administrative*. París: Presses Universitaires de France, 1987.

⁹² Arts. 11, 32, 73 y 74, ley 24.065, y 6º, 16, 18, 29, 67 y 68, ley 24.076.

⁹³ Arts. 46 y 48, ley 24.065, y 46 y 47, ley 24.076. COMADIRA, Julio R. Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados (con especial referencia al Enargas, ENRE, CNT y ETOSS). In: _____. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p. 249.

⁹⁴ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo... t. II. *Op. Cit.* p. X-12. Sin embargo, en el Derecho estadounidense, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sentado la doctrina según la cual el derecho de participación activa de los ciudadanos no deriva de la Constitución (por ejemplo, en “City of Madison, Joint School District v. Wisconsin Employment Relations Commission”, 429 v.s., 167, esp. p. 178 [1976] citado por SACRISTÁN, Estela. Las sesiones abiertas... *Op. Cit.* p. 19).

⁹⁵ C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala, IV, *in re* “Youssefian, Martín v. Secretaría de Comunicaciones”, del 23/6/1998.

ya que “la realización de una audiencia pública no sólo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, un mecanismo para la formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino —en lo que hace al sub examine— resultaría una vía con la que podrían contar los usuarios para ejercer su derecho de participación en los términos previstos en el invocado art. 42 CN, antes de una decisión trascendente”.

Sin perjuicio de valorar la importancia que representa para los derechos de los usuarios el art. 42 CN, consideramos que no es posible extender la obligatoriedad de la celebración de audiencias públicas a los supuestos en donde la norma de carácter legal o reglamentaria no lo disponga con carácter expreso.

De adoptarse la tesis contraria se produciría una inseguridad jurídica respecto de las decisiones que adopte el ente regulador en materia de servicios públicos ya que podrían invalidarse todas las resoluciones que fueron tomadas soslayando este procedimiento.

Ahora bien, si la Administración omite llevar a cabo una audiencia pública cuando ésta ha sido expresamente exigida por el ordenamiento, el acto o reglamento que se emita bajo esas circunstancias será nulo de nulidad absoluta, por violación al elemento forma del acto administrativo, que requiere cumplimiento de los procedimientos esenciales previstos para su emisión⁹⁶.

Idéntica solución corresponderá en el supuesto de que el acto que se dicte con posterioridad a la celebración de la audiencia carezca de una motivación adecuada, no valore la prueba producida o no trate expresamente todos los hechos llevados a su conocimiento⁹⁷.

6. EL DERECHO DE REUNIÓN

Consustancial a la democracia, el derecho de reunión se conecta con otros derechos constitucionales (v.gr. de petición, de asociarse con fines útiles, de expresar las ideas, de transitar, etc.) de los cuales constituye una derivación necesaria aunque, en rigor, se vincula estrechamente con el principio de soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno⁹⁸.

⁹⁶ Cfr. art. 7º, inc. d), y 14, inc. b), LNPA. En este punto se debe tener en cuenta que la forma del acto se integra no sólo con las formas de integración de la voluntad, sino también con las referidas al procedimiento de formación de dicha voluntad y con las formas de publicidad.

⁹⁷ Cfr. art. 41 de la SC, res. 57/1996.

⁹⁸ Fallos 207:251 (1947).

Si bien la doctrina lo consideró como un derecho constitucional no enumerado o implícito⁹⁹ que surgía del art. 33 de la CN, a partir de la reforma de la Constitución de 1994, que atribuye jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, corresponde incluirlo entre los nuevos derechos.

En efecto, el respectivo precepto de la CADH reconoce el derecho de reunión bajo la única condición que se ejerza en forma pacífica y sin armas y, al propio tiempo, prescribe que sólo puede estar sujeto a las condiciones previstas por la ley “que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o el orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”¹⁰⁰.

No cabe sostener, pues, el reconocimiento de un derecho constitucional indiscriminado e irrestricto a la protesta sino del derecho a reunirse en forma privada o pública. Va de suyo que, para realizar reuniones privadas, no se exige autorización por parte de las autoridades. En cambio, la realización de reuniones públicas requieren de una autorización previa de la autoridad policial que debe efectuarse con ocho días de anticipación¹⁰¹.

El principio que rige en la materia es el de no afectación de los derechos de terceros (art. 19 CN) y aunque el sistema de la Constitución resulta favorable, en principio, al ejercicio de las libertades, éstas no deben realizarse en oposición a las libertades de los demás ciudadanos. Se impone pues, la teoría de la armonización de los derechos que venimos preconizando desde los primeros ensayos, habida cuenta que, en principio, los derechos constitucionales no son absolutos (excepto el derecho a la vida y sus derivados) y se hallan sujetos a reglamentaciones razonables.

Con todo, el ejercicio del derecho de reunión no debe confundirse con los medios violentos de acción directa (cortes de ruta, piquetes, etc.) que afectan el transporte o el simple desplazamiento de los ciudadanos, los cuales configuran delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación, reprimidos por el Código Penal¹⁰².

7. EL DERECHO A LA SALUD

Derivado del derecho a la vida y del principio de la dignidad de la persona humana, el derecho a la salud se abrió paso como emanación de la justicia distributiva, como parte de la concepción más moderna (aunque tiene más de un siglo de vigencia)

⁹⁹ BIDART CAMPOS, Germán J. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**. t. 1, Buenos Aires: Ediar, 2001. p. 304.

¹⁰⁰ CADH, art. 15.

¹⁰¹ Ley N°20.120.

¹⁰² Arts. 190 a 196 del Código Penal.

de la justicia social. Un primer reconocimiento implícito se reflejó en el art. 14 bis de la Constitución (reformada en 1957) al consagrar la obligatoriedad del seguro social como exigencia constitucional.

Más tarde, y a raíz de la recepción del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York (1966) en nuestro ordenamiento constitucional tras la reforma de la Constitución en 1994, el derecho a la salud adquirió supremacía constitucional sobre las leyes y los diversos actos que emanan de la Administración Pública.

Dicho Pacto reconoce el derecho de toda persona a disfrutar “del más alto nivel posible de salud física y mental”, hallándose obligados, los Estados parte de la Convención, a adoptar una serie de medidas (v.gr. prevención y tratamiento de toda clase de enfermedades y creación de condiciones que garanticen asistencia y servicios médicos) tendientes a asegurar “la plena efectividad de este derecho”¹⁰³. El precepto del Pacto se traduce en el deber que impone en cabeza de los Estados de garantizar la efectividad de las políticas estatales, incluso mediante acciones positivas.

En un caso resuelto por la Corte Suprema se planteó, como objeto de una acción de amparo, la pretensión, de la madre de un menor que padecía una grave enfermedad, de requerir determinadas dosis de un medicamento que la obra social se negaba a suministrarle.

La decisión de la Corte, pese a declarar que la responsabilidad del Estado era subsidiaria de la de la obra social, consideró que la misma era primaria y principal, tanto en la coordinación de las políticas sanitarias como en la supervisión y fiscalización de las prestaciones de las obras sociales. En definitiva, sostuvo que el Estado, a través del Ministerio de Seguridad y Acción Social, se hallaba obligado a suministrar el remedio, dada la urgencia del caso, cuando las obras sociales no cumplían la prestación tendiente a preservar la salud de una persona¹⁰⁴.

No se nos escapan las dificultades que entraña la maximización del derecho a la salud de cara a las disponibilidades financieras de los Estados y de las obras sociales. En cualquier caso, el art. 2, primer párrafo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prescribe el principio de “realización progresiva” de todos los derechos reconocidos en dicho tratado internacionales, destinando “el máximo de los recursos de que disponga” para alcanzar su plena efectividad, mediante medidas legislativas y administrativas susceptibles del control judicial de razonabilidad, el que deberá ponderar la existencia o no de opciones posibles para cumplir con las prestaciones de salud¹⁰⁵.

¹⁰³ Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁰⁴ *In re* “Campodónico de Beviacqua”, Fallos 323:3229 (2000).

¹⁰⁵ Véase: CORVALÁN, Juan Gustavo. Amparo y salud pública en la Ciudad de Buenos Aires. In: GHAZZANOU, Ramsis (Coord.). **Constitución, Derecho Administrativo y Proceso**: vigencia, reforma e innovación – XVII

En ese sentido, el derecho de huelga irrestricto y absoluto en los hospitales públicos se encuentra en pugna con el derecho a la salud ya que impide al Estado cumplir con las prestaciones que hacen a la vida y dignidad de las personas, y en una situación similar se encuentran los hospitales y clínicas privadas. Aún cuando, técnicamente, no constituyan servicios públicos de naturaleza económica sino servicios sociales, se impone igualmente el principio de continuidad que caracteriza a los primeros. En tales casos, el ejercicio del derecho de huelga se encuentra subordinado al bien común y las políticas estatales de todos los países lo someten a una fuerte regulación la cual, al hallarse en juego la salud de la población, suele prescribir que los servicios mínimos equivalgan a los máximos posibles, conforme a las circunstancias de cada establecimiento y las necesidades que satisface; sin dejar de agotar los medios para coordinar¹⁰⁶ y armonizar los distintos intereses en juego.

8. PROBLEMÁTICA DE LA LEGITIMACIÓN EN LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS

La gran conquista del derecho administrativo del siglo XX, en el plano procesal, ha sido la de haber montado un sistema (a cargo de jueces o tribunales administrativos independientes) de control de los actos de la Administración Pública y otros órganos del Estado que realizan actividades de naturaleza administrativa o normativa.

Sin la organización efectiva de ese control la teoría de la separación de poderes hubiera quedado relegada a una mera división de funciones y la libertad de las personas, junto con los demás derechos fundamentales, no habrían pasado del rango de las declaraciones de derechos no operativas.

En tal sentido, existe una última conexión entre legitimación y política –en el concepto pleno de esta última– habida cuenta que el sistema procesal, que consagra las reglas de acceso a la justicia, constituye una suerte de receptáculo que alberga las más variadas motivaciones e ideas respecto de las relaciones entre el Estado y las personas privadas, en medio de una dialéctica que plantea una tensión en gran parte irreductible.

Esa tensión, que subyace, no sólo se produce entre autoridad y libertad sino, fundamentalmente en el campo de lo subjetivo y de lo objetivo, como formas de protección de los derechos y de realización de la justicia material.

La solución de este intrincado problema no parece estar destinada a ilustrar sólo una discusión teórica y abstracta. Por el contrario, tiene que ver con las reales posibilidades de protección tanto de los derechos privados como del interés público porque

Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados de Carabobo. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2014. p. 610/611.

¹⁰⁶ CA, párrafo 25.

la legitimación constituye una de las principales válvulas de apertura del proceso contencioso administrativo.

Pero esa válvula puede convertirse en un arma de defensa para la protección de los derechos o bien, en un obstáculo para impedir el ejercicio de los derechos. Este es, precisamente, el gran dilema que plantea la legitimación¹⁰⁷ y, como en muchas otras cuestiones, la principal dificultad radica en mantener el equilibrio entre una postura abierta al acceso a la jurisdicción y los medios humanos y materiales con que cuenta cada sistema para realizar la justicia.

Porque ninguna duda puede caber en cuanto a que lo ideal sería que cualquier habitante se encuentre legitimado *ab initio* para promover un proceso contra el Estado, como asimismo que si no tiene derecho tutelable por los jueces, éstos se lo reconozcan o nieguen al momento de dictar la sentencia, sin bloquearle el acceso a la jurisdicción.

Sin embargo, como lo ha puesto de relieve Mairal¹⁰⁸, se trata de “racionar un producto escaso” dado que mientras la cantidad de tribunales es limitada, el número de ciudadanos y, sobretudo, de acciones deducibles, es infinitamente superior a las posibilidades de cualquier sistema para administrar ese recurso escaso.

A su vez, en nuestro sistema, por un imperativo constitucional, el poder judicial sólo está habilitado para resolver casos¹⁰⁹, lo cual requiere la presencia de una real controversia entre partes que afirmen y contesten sus pretensiones sobre derechos que consideran protegidos por el ordenamiento y la configuración de un agravio concreto que recaiga sobre el pretensor,¹¹⁰ siendo indiscutible que este principio se proyecta, tanto al derecho federal como al provincial o local.

Se ha dicho también que en esta cuestión incide la visión que preferimos tener del poder judicial según una postura que nos lleva a optar entre un sistema en el que los jueces deciden sólo a través de sentencias con efectos inter-partes y otro, donde el poder judicial actúa como órgano político, desplegando su actividad mediante sentencias con efectos *erga omnes* cuyos alcances no se limitan a las partes en la causa sino que se proyectan a terceros.

En realidad, no obstante coincidir en las consecuencias disvaliosas que provoca la falta de regulación de los procesos colectivos y de los efectos de las sentencias que suspenden o invalidan actos de alcance general, la incidencia que provoca

¹⁰⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo. ED, 120-979.

¹⁰⁸ MAIRAL, Héctor A. La legitimación en el proceso contencioso administrativo. In: **Control de la Administración Pública**. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2003. p. 112. quien reproduce una frase bastante gráfica que expuso un tribunal norteamericano “...cada expediente que está en un juzgado es análogo a una cama ocupada en el hospital: hay un número de camas que se pueden ocupar y no más y hay un número de expedientes que se pueden manejar y no más”.

¹⁰⁹ Art. 116 CN.

¹¹⁰ Fallos 302:1666.

la ampliación del acceso a la justicia, generando la sobrecarga de la labor judicial, resulta mayor que las consecuencias de aceptar el criterio que limita los efectos de las sentencias de invalidación de un acto general sólo a las partes de la controversia¹¹¹. Esto es así por cuanto aquellos que no fueron parte en el proceso deberán promover un juicio separado, con el consiguiente aumento de la litigiosidad, atiborrando los tribunales de causas idénticas o con similares pretensiones procesales.

Esto indica, a las claras, que la solución hay que buscarla por otro lado, fundamentalmente en la organización de los procesos colectivos, sin resentir el acceso a la justicia pero, al propio tiempo, sin caer en los inconvenientes constitucionales y prácticos que plantea la generalización de una suerte de acción popular, como está ocurriendo, en muchos casos, con los procesos de amparo.

8.1. Tendencias actuales en materia de legitimación

La necesidad de que todos los intereses de las personas tuvieran mecanismos adecuados de acceso a la justicia a raíz de la consolidación del principio de la tutela judicial efectiva, amplió el campo de la legitimación procesal aceptándose que otras situaciones jurídicas, aparte del derecho subjetivo y del interés legítimo, pudieran invocarse —por las personas afectadas— para ser parte en un proceso concreto. A modo de ejemplo, considérese que, en el nivel nacional, se ha establecido el derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo ni interés legítimo alguno¹¹².

En algunos casos esta ampliación puede brindar resultados saludables. Empero, su adopción ilimitada puede terminar quebrando —como ocurrió, en ocasiones, en algunos sistemas como el español y el argentino— los vínculos que atan los mecanismos de legitimación procesal a la configuración de determinadas situaciones subjetivas desplazando, de esa manera, el eje en el que descansaba el criterio central de la categorización clásica.

Así, el centro de la teoría del derecho subjetivo ha pasado de la protección de los poderes jurídicos sustanciales y aun reaccionales¹¹³ a la tutela de las situaciones de ventaja así como a la reparación de las lesiones provocadas por el Estado, en los derechos de las personas.

¹¹¹ En sentido contrario: MAIRAL, Héctor A. La legitimación en el proceso contencioso administrativo... *Op. Cit.* p. 116.

¹¹² Dto. 1172/03, Anexo VII, art. 6°.

¹¹³ La tesis de los derechos reaccionales, elaborada en España por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, representó, en su momento, el embate más serio que se planteó frente a la noción clásica al postular, en definitiva, la unidad de la concepción del derecho subjetivo, superando las antiguas fragmentaciones (derecho subjetivo, interés legítimo, interés personal y directo, derechos debilitados, etc.); véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 10. ed. Madrid: Thomsom Civitas, 2006. p. 44 y ss.

Desde otro ángulo, un sector de la doctrina nacional ha propiciado la eliminación de la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, sosteniendo que siempre que el administrado pueda invocar el quebrantamiento en su perjuicio de las reglas de la justicia distributiva se encontrará legitimado para recurrir en sede administrativa o promover una demanda judicial, sin que corresponda distinguir entre derecho subjetivo e interés legítimo¹¹⁴.

La distinción existe no tanto en el plano de la valoración de la "*cosa justa*" donde la pretensión procesal puede llegar incluso a ser equivalente (v.gr., anulación del acto o contrato) en ambas situaciones jurídicas, sino en la aptitud (legitimación) que amplía la posibilidad de ser parte de un proceso concreto¹¹⁵. La distinción puede hacerse, aun cuando ella puede ser explicada por concepciones diferentes¹¹⁶ si bien las tendencias actuales apuntan a eliminarla considerando que, en definitiva, toda situación que reporta utilidad, provecho o ventaja a favor de una persona constituye en el fondo, un verdadero derecho subjetivo¹¹⁷.

En suma, a los efectos de la legitimación para accionar judicialmente, lo que importa es la titularidad de un derecho o interés reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico¹¹⁸, lo cual no implica instituir una legitimación objetiva basada exclusivamente en la mera legalidad ni menos aún, una acción popular a favor de cualquier ciudadano que invoque la sola ilegalidad sin demostrar la afectación o lesión de un derecho propio del mismo o de un determinado círculo o sector de intereses protegidos expresamente por el ordenamiento. La legitimación, más que una aptitud o capacidad, constituye la situación en que se encuentra el demandante en relación al objeto de la pretensión¹¹⁹ y el tipo de proceso.

Las dificultades que presentaba, en el plano de la realidad, la utilización promiscua de diferentes concepciones para calificar el derecho subjetivo y el interés legítimo,

¹¹⁴ Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos. **Principios de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 1980. p. 273 y ss. Aun cuando no compartimos los fundamentos de la crítica del autor a la concepción bipartita no puede dejar de reconocerse que ella responde también a la realización de lo "justo objetivo", en cuanto, lejos de restringirlo, amplía el campo de la legitimación procesal. En nuestro concepto, la legitimación provendrá tanto del quebrantamiento por la Administración de las reglas de la justicia distributiva como de la justicia conmutativa.

¹¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Derecho Procesal Administrativo**. t. II. Madrid: Civitas, 1966. p. 267 y ss.

¹¹⁶ Para una reseña bastante completa de las diversas teorías véase: URRUTIGOITY, Javier. El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa. In: AAVV. **Estudios de Derecho Público**. Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 219 y ss. Este autor, al igual que Barra -entre otros- es partidario de unificar ambas categorías en una sola.

¹¹⁷ Véase: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Las partes en el proceso administrativo. In: **Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas**. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997. p. 24-25; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Problemas del Derecho Público al comienzo del siglo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 65 y ss.

¹¹⁸ Como se prescribe en el Código Contencioso-Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (art. 13, CPA).

¹¹⁹ MARTINI, Juan Pablo. El alcance de los conceptos de 'interés', 'derechos de incidencia colectiva' y 'legitimación'. **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, vol. 19, n. 61, p. 699-739, jul./set. 2007. p. 731.

así como las otras situaciones jurídicas subjetivas u objetivas, generaron la necesidad de superar las categorías tradicionales simplificando la técnica de legitimación procesal¹²⁰.

De esa manera, el concepto de legitimación no se transforma en el eje de una carrera de obstáculos para acceder a la justicia sino que juega como un elemento que contribuye a la realización del principio de *tutela judicial efectiva*, ampliando el círculo de la legitimación activa y pasiva al titular de cualquier clase de interés que le proporcione alguna ventaja o beneficio¹²¹ o la compensación o reparación de un perjuicio.

Así, una persona será portadora del derecho que le abre el acceso a un proceso concreto para la satisfacción de una pretensión sustantiva o adjetiva, ya fuere el derecho puramente subjetivo u objetivo-subjetivo, a condición de que concurren los requisitos de ilegitimidad y perjuicio o lesión.

8.2. Los elementos que configuran la legitimación procesal activa (ordinaria y anómala o extraordinaria)

El punto de equilibrio de la legitimación procesal se encuentra en las condiciones que permiten configurar la existencia de la situación que alega una persona para ser parte en un proceso concreto pues, como es obvio, en la medida en que esas condiciones no resulten exigibles para acceder a la justicia, o simplemente no existan como presupuestos de la legitimación, el sistema se transforma en una suerte de justicia objetiva, generalizándose la acción procesal (que es básicamente subjetiva) como una acción pública, que cualquier ciudadano puede interponer invocando la defensa de la legalidad.

El análisis de los textos constitucionales revela que ésa no ha sido la finalidad del constituyente ni existe cláusula alguna que establezca, en forma preceptiva, la acción popular. Tampoco la recoge el art. 43 CN, el cual, al reglar el proceso de amparo, acuerda legitimación procesal al afectado, sin perjuicio de la legitimación extraordinaria que se le reconoce al Defensor del Pueblo y a las organizaciones de usuarios y consumidores.

¹²⁰ GRECCO, Carlos Manuel. **Impugnación de disposiciones reglamentarias**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988. p. 63 y ss., subrayó, en su momento, la conveniencia técnica de eliminar “un dualismo que sólo confusión aporta”, sosteniendo que debía hablarse de “interés tutelado”, postura seguida en el Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (art. 12).

¹²¹ Cfr. JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia. ED, Suplemento de Derecho Administrativo del 29/4/04. Cfr., asimismo, JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia. **La Ley**, 2003-B, 1333/1355; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. Legitimación en el proceso contencioso administrativo. **RAP Ciencias de la Administración**, Buenos Aires, n. 267, p. 9-22, 2000; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Derecho Procesal Administrativo**. Obra en homenaje a Jesús González Pérez. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 461-511.

El andamiaje de la legitimación activa se arma a partir del reconocimiento de un derecho propio, inmediato y concreto del litigante¹²², tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema¹²³. Es decir que, salvo los supuestos de legitimación anómala¹²⁴ (que más adelante analizamos) el derecho que invoque el litigante activo no puede ser ajeno, mediato ni abstracto sino perteneciente a su círculo de intereses, a su zona vital, como alguna vez ha resuelto la jurisprudencia¹²⁵.

Este primer requisito se completa con un segundo, representado por la exigencia de que se alegue, sobre la base de fundamentos de hecho y de derecho, con suficiente fuerza de convicción, la configuración de una lesión o perjuicio en cabeza del titular o titulares del derecho o del grupo de personas, en su caso.

El tercer elemento de la legitimación activa está constituido por la ilegalidad, o mejor dicho, ilegitimidad de la conducta estatal o pública que se cuestiona en el proceso¹²⁶.

En definitiva, para justificar la legitimación activa ordinaria se requiere la presencia de un derecho propio, inmediato y concreto atado a un “cordón umbilical” representado por una unión o vínculo entre ilegalidad (o ilegitimidad) y perjuicio¹²⁷.

De otra parte, a raíz de la última reforma constitucional (arts. 43 y 120 CN), se admiten una serie de sujetos legitimados que pertenecen a la figura que, en el Derecho Procesal civil, se conoce con el nombre de “legitimación anómala o extraordinaria”¹²⁸ en el sentido de que el ordenamiento reconoce la aptitud de determinados sujetos para ser parte en los procesos judiciales en los que invoquen la defensa de intereses ajenos, como son las organizaciones de usuarios y consumidores¹²⁹ (aunque también

¹²² Véase GARCÍA PULLÉS, Fernando R. *Tratado de lo contencioso administrativo*. t. II. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 556-557 y jurisprudencia allí citada.

¹²³ “Zaratiegui, Horacio y otros c/ Estado Nacional s/ nulidad de acto legislativo”, *Fallos*, 311:2580 (1988), cons. 3°; “Lorenzo, Constantino c/ Nación Argentina”, *Fallos*, 307:2384 (1985), cons. 4°.

¹²⁴ Supuestos reconocidos en el art. 43 de la CN.

¹²⁵ Véase CNACAF, Sala III, “Schoeder J. c/ EN” del 08/9/94, LL 1994-E, 449.

¹²⁶ La sistematización de estos requisitos la hemos hecho a la luz del excelente artículo de SACRISTÁN, Estela B. Notas sobre legitimación procesal en la jurisprudencia norteamericana y argentina. In: BAZÁN, Víctor (Coord.). **Defensa de la Constitución**. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos. Buenos Aires: Ediar, 2003. p. 381 y ss.

¹²⁷ CNACF, sala V in re “Consumidores Libres Coop. Ltda. c/ Estado Nacional” del 20/10/95, en LL 1995-E, 469 con nuestra nota, CASSAGNE, Juan Carlos. De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo. **La Ley**, 1995-E, 469/471.

¹²⁸ PALACIO, Lino E. **Derecho Procesal Civil**. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986. p. 407.

¹²⁹ El art. 43 CN, establece que podrán interponer acción de amparo, contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, “las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”

puedan representar un interés propio y común), el Defensor del Pueblo¹³⁰ y el Ministerio Público¹³¹.

En tales casos, para justificar la legitimación anómala es necesario acreditar la configuración del interés ajeno por el que se actúa (con todos sus requisitos como el carácter inmediato y concreto del interés, así como el concreto perjuicio o la específica lesión)¹³² y no la mera ilegalidad o ilegitimidad del obrar administrativo, salvo que el ordenamiento así lo prescriba en aquellos supuestos en que se configure una acción pública, como acontece en el derecho español en materia urbanística y de protección del patrimonio histórico y entre nosotros, en la legislación protectora del medio ambiente¹³³.

Pero fuera de tales supuestos y de otros que la Constitución o las leyes consideren que sean dignos de esta clase de protección, los legitimados anómalos no están facultados para promover acciones públicas y deben acreditar la legitimación que invocan para ser parte en un proceso concreto, en una causa o controversia, como lo requiere el art. 116 CN, cuando determina la competencia de la justicia federal.

De lo contrario, se introduce un elemento de bloqueo en el sistema de separación de poderes¹³⁴, susceptible de entorpecer o impedir la acción de los órganos ejecutivo y legislativo dentro del cauce del equilibrio constitucional, con la consiguiente “judicialización” de la política que los gobiernos realizan, especialmente en el campo de los servicios públicos.

¹³⁰ El art. 86, CN, dice que el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal, al tiempo que el art. 43 CN establece que dicho organismo podrá interponer acción de amparo contra “cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general (...)”.

¹³¹ Así, conf. la ley 24.946, art. 25, inc. I), corresponde al Ministerio Público “velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación”, por lo que podría actuar invocando la defensa de dichos derechos.

¹³² En punto a la legitimación del Defensor del Pueblo pueden consultarse: ROCHA PEREYRA, Gerónimo. **La interpretación judicial sobre la legitimación del Defensor del Pueblo**. Buenos Aires: EDA, 2004. p. 404-425, esp. p. 418-420.

¹³³ Ley 25.675, art. 30 *in fine*.

¹³⁴ Véase BARRA, Rodolfo C. La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional. In: **Temas de Derecho Público**. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2008. p. 543-635. En las mismas aguas se ubica la doctrina norteamericana emanada de un actual juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos: SCALIA, Antonin. The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers. **Suffolk Law Review**, Boston, vol. 17. p. 881-899, 1983.

9. LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA Y EL AMPARO CONSTITUCIONAL

La Constitución reformada de 1994 consagra, como una novedad de nuestro ordenamiento jurídico, la ampliación del amparo judicial para los llamados derechos de incidencia colectiva (art. 43 CN). Esta ampliación de la figura del amparo se inscribe en una corriente mundial que se caracteriza por su fuerza expansiva global constituyendo el mecanismo que ha tenido el “mayor protagonismo” en la tutela de los derechos fundamentales¹³⁵.

La fórmula constitucional abarca tanto a los titulares de derechos subjetivos (v.gr., la persona que sufre un daño ambiental concreto y determinado) como a los derechos subjetivos no patrimoniales¹³⁶ o bien, a los derechos de incidencia colectiva, variando el reconocimiento de la legitimación en cada caso.

Cuando se trata de la violación de un derecho subjetivo (incluso del llamado interés legítimo), la calidad para promover el proceso corresponde al “afectado” (art. 43, 2ª parte CN) que es la persona que sufre, concretamente, la lesión o amenaza de perjuicio la cual, a su vez, precisa acreditar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto lesivo (art. 43, 1ª parte CN).

En cambio, y en ello radica la principal innovación constitucional, la protección de los derechos de incidencia colectiva se opera a través de una ampliación de la base de legitimación a favor de personas que no se encuentran personalmente afectadas por el acto lesivo como el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la defensa de esa clase de derechos (de incidencia colectiva) lo que no implica consagrar una acción estrictamente objetiva, ya que, en todos los supuestos, se tendrá que acreditar tanto la arbitrariedad o ilegalidad manifiestas como la lesión o amenaza de lesión a esos derechos concretos de las personas, en el marco de un caso o controversia a fin de evitar que se pueda incurrir, en determinados casos, en situaciones afines al sistema corporativista, opuesto al modelo del Estado de Derecho republicano, representativo y democrático, diseñado por la Constitución¹³⁷.

10. LA TUTELA DE LA LEGALIDAD Y LA ACCIÓN POPULAR

La tutela de la legalidad ha pasado por distintas fases en la evolución de los mecanismos procesales de protección en el derecho comparado. El sistema más clásico arranca en el derecho francés con el recurso por exceso de poder que exigía, como

¹³⁵ CORVALÁN, Juan Gustavo. Amparo y salud pública... *Op. Cit.* p. 605.

¹³⁶ Véase: GAMBIER, Beltrán; LAGO, Daniel; El medio ambiente y su reciente recepción constitucional. In: CASAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Estudios sobre la reforma constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 1-19.

¹³⁷ Como señala TAWIL, Guido S., **Administración y Justicia**. Alcance del control judicial de la actividad administrativa. t. II. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 81.

un requisito de seriedad para su apertura, la configuración de un interés personal y directo, lo que condujo a discusiones interminables acerca del carácter objetivo o subjetivo de este tipo de proceso contencioso-administrativo. Entre los antecedentes que pueden mencionarse, no sin olvidar el ridículo proceso sin partes que promovió el nazismo, cabe mencionar el proceso de impugnación judicial de reglamentos del derecho español e incluso nuestro inorgánico régimen previsto en el art. 24 de la LNPA hasta los procesos de amparo en Latinoamérica que son los que encarnaron con mayor eficacia y amplitud la defensa de la legalidad y el cuestionamiento de la arbitrariedad, sobre todo de la Administración Pública.

Como consecuencia de las nuevas ideas acerca de la trasposición de una democracia representativa a una de tipo participativo o semi-directa¹³⁸, se confió la tutela genérica de la legalidad a ciertos órganos independientes ya sea que pertenezcan al Estado *lato sensu* (vg. Defensor del Pueblo) o bien, que sean ajenos al mismo cuando, por ejemplo, tengan por objeto la defensa de intereses públicos generales o sectoriales (v.g. organismos no gubernamentales).

En el sistema representativo que instauró la Constitución de 1853 la tutela de la legalidad, en el ámbito administrativo, correspondía, en principio, al Estado a través de diversos órganos (v.g. Procurador del Tesoro, cuando promovía denuncias o acciones de lesividad o al Ministerio Público, en materia penal)¹³⁹.

Aun cuando la vigencia de ese esquema constitucional, la reforma de 1994 y el ordenamiento legislativo han ampliado la tutela de la legalidad en dos sentidos: a) con el reconocimiento de la legitimación del Defensor del Pueblo para promover acciones de amparo conforme al art. 43 CN y b) a través de la recepción en nuestro ordenamiento de la figura de la acción popular en materia de cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo, que consagra el art. 30 *in fine* de la ley 25.675¹⁴⁰.

La diferencia entre la acción popular o acción pública (como se denomina en España a la existente en materia urbanística) y los procesos colectivos es que la figura del legitimado prácticamente no existe (al no haber una especial relación entre el sujeto procesal y el objeto del proceso) pues la acción la puede deducir cualquier persona¹⁴¹

¹³⁸ Lo cual si bien resulta contrario al sistema representativo puro de nuestra forma de gobierno, nada menos que en el artículo primero de la Constitución, no se puede desconocer que la reforma constitucional de 1994 introduce muchas instituciones y principios que reconocen el derecho de participación.

¹³⁹ En el ordenamiento constitucional y legal de la Ciudad de Buenos Aires la defensa de la legalidad se asigna al Ministerio Público, véase: UGOLINI, Daniela. El Ministerio Público en la Ciudad de Buenos Aires. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Tratado de Derecho Procesal Administrativo**. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2007. p. 291 y ss.

¹⁴⁰ MORELLO, Augusto Mario; SBDAR, Claudia B. **Acción popular y procesos colectivos**. Buenos Aires: Lajouane, 2007. p. 129 y ss.

¹⁴¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. El control jurídico de los reglamentos de la Administración Pública. **Gaceta Jurídica**, Lima, 2014, p. 13 y ss. En el Perú, el control de los reglamentos ilegales puede canalizarse a través de la acción popular.

en el mero interés de la ley. A nuestro juicio, la acción de cese de actividades nocivas al medio ambiente configura un claro supuesto de acción popular.

Este tipo de acciones se inscriben en un escenario favorable a la socialización de los mecanismos de derecho procesal y, consecuentemente, de la defensa de derechos colectivos¹⁴², si bien puede resultar, en ciertos casos, una herramienta para tutelar situaciones jurídicas dignas de esta clase de protección, puede conducir, no obstante las buenas intenciones de quienes lo predicán, a una litigiosidad mayúscula, que obture la marcha de los procesos judiciales ordinarios y aún extraordinarios, ya que los jueces no podrán dar abasto a las demandas tendientes a satisfacer las pretensiones generalizadas de los ciudadanos. Pero lo más preocupante sea, quizás, el hecho de que la utilización de esta clase de acciones supone una mínima cultura jurídica del pueblo y sobre todo, que los niveles de corrupción sean bajos para evitar que estas acciones sean utilizadas por abogados sin escrúpulos que, mediante demandas sin fundamento, logren que se rechace o acepten pretensiones que transformen la ilegalidad en legalidad, mediante la extensión de la cosa juzgada *erga omnes*.

Precisamente, el peligro podría generar una extensión desmesurada del instrumento procesal de la acción popular radica en que los legitimados pasivos también se han ampliado como consecuencia de la atracción que ejerce, ya sea por la ley o la jurisprudencia, el fuero contencioso administrativo federal o provincial con respecto a las causas en que son parte empresas privadas prestadoras de servicios públicos, lo cual, en el escenario actual, podría generar todo tipo de abusos y batallas judiciales interminables. Esto no es óbice a que, bien reglamentadas y circunscriptas, puedan servir, como cualquier proceso colectivo, al interés general y a la realización de los derechos fundamentales de la persona humana. Desde luego, que las atendibles finalidades sociales que persiguen tanto las acciones populares como los procesos colectivos en general, no debieran funcionar como instrumentos de aniquilación de los derechos individuales (o derechos de primera generación) ni de la seguridad jurídica basada en los postulados del Estado de Derecho, en el que la justicia debe ser la principal garante del equilibrio y armonía social.

Como se ha dicho con acierto, “las anheladas reformas de nuestros sistemas de justicia –que obviamente comprende al crucial tema de la legitimación- dependen, en grado prevalente, de la adecuada preparación y aprovechamiento de los recursos humanos y la consecuente promoción de los cambios culturales necesarios para instalar las transformaciones”¹⁴³.

¹⁴² Vid: MORELLO, Augusto Mario. Legitimaciones plenas y semiplenas en el renovado proceso civil. Su importancia. In: MORELLO, Augusto Mario (Coord.). **La legitimación**. Obra en homenaje al Profesor Lino Enrique Palacio. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 67.

¹⁴³ BERIZONCE, Roberto O. La legitimación, los códigos uniformes y la enseñanza del derecho procesal. In: MORELLO, Augusto Mario (Coord.). **La legitimación**. Obra en homenaje al Profesor Lino Enrique Palacio. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 522-523.

11. LA GLOBALIZACIÓN: SU INFLUENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La generalización del comercio entre los países así como los cambios tecnológicos que se producen – en estos tiempos – con una aceleración extraordinaria influyen sobre los sistemas jurídicos nacionales, los cuales conllevan la necesidad a adaptarse a las reglas propias del mercado internacional.

Este proceso, iniciado primero en el seno del derecho mercantil de raíz romano- germánica, ha forzado los cauces del derecho privado y amenaza con socavar los fundamentos en que se asienta el derecho público de Europa continental, sobre cuyas bases se han configurado los derechos de los Estados Latinoamericanos. Algo similar ha ocurrido en el campo de la protección de los derechos humanos, con la peculiaridad del carácter vinculante que tienen determinados principios y derechos consagrados en diversos tratados internacionales a raíz de la jerarquía constitucional que les reconoce la Constitución (art. 75 inc. 22 CN).

El quiebre del clásico principio de la legalidad, concebido sobre los principios de soberanía y estatalidad de la ley, fue consecuencia de la caída del positivismo legalista en Europa tras la segunda guerra mundial, provocada por la insuficiencia de los esquemas formales para resolver los requerimientos de la comunidad, en un mundo jurídico integrado con normas legales provenientes de fuentes distintas a las leyes en sentido formal y material.

A su turno, la fragmentación del principio de legalidad se incrementó merced al desarrollo del derecho comunitario europeo, que modificó el sistema de las fuentes normativas. La evolución de variados sistemas internacionales también contribuyó a dicha fragmentación al crear reglas, sin base democrática, con la finalidad de ordenar y/o fomentar el equilibrio de las finanzas de los países y el intercambio comercial (vgr. Banco Mundial, FMI, OMC etc.) a las que se sumaron otros organismos creados por convenciones internacionales, cuyas decisiones, en algunos casos, tienen carácter preceptivo, mientras que en otros, carecen de obligatoriedad y efectos vinculantes.

En este escenario complejo se encuentra hoy el derecho público iberoamericano que, en menor medida que el europeo, resulta influenciado por la fuerza de un derecho internacional que pretende imponer un monismo a ultranza, aunque el primer país del mundo (Estados Unidos de Norteamérica) no lo acepta, excepto en determinadas instituciones.

El problema que se plantea, a la luz del principio de legalidad, estriba en la unidad que caracteriza cualquier proceso de globalización de los intercambios internacionales. Porque esa unidad sólo puede concebirse en determinados sectores, sin que pueda predicarse respecto de las instituciones configuradas en torno a una concepción diversa del derecho aplicable. Así, el derecho continental europeo, que se apoya en un

sistema de reglas escritas que persigue la realización del interés general o bien común, en el que el derecho interno, pese a las vicisitudes y cambios, sigue manteniendo una base democrática en su proceso de formación, se diferencia del derecho que rige en los países anglo-sajones, en los que el papel del juez y de los precedentes constituyen el eje del sistema jurídico¹⁴⁴. Con todo, no se puede desconocer que la construcción del derecho comunitario europeo refleja una tendencia hacia la unidad de los sistemas nacionales, los cuales, no obstante, mantienen su diversidad y peculiaridades, sin arribar aun a la fusión total de los distintos ordenamientos jurídicos.

En el caso de los países de Iberoamérica, cuyos derechos administrativos han seguido las aguas de los derechos continentales europeos (configurados entre otros aspectos, sobre el reconocimiento de potestades o prerrogativas de poder público), la idea de un derecho administrativo global se torna aún más problemática. La globalización del derecho administrativo en Iberoamérica se presenta como un proceso parcial, muchas veces de carácter regional (Mercosur y Pacto Andino) que sólo puede concebirse y tener sentido si se apoya en los principios que nutren al Estado de Derecho.

Esta última afirmación no implica, desde luego, que no pueda sostenerse la existencia de un derecho administrativo internacional (como antes se decía) limitado a determinadas instituciones internacionales o (como se dice ahora) de un espacio administrativo global¹⁴⁵ en el que rigen normas aplicables a un determinado sector de la economía internacional.

Resulta indudable que la globalización, aún cuando limitada y sectorial puede originar una fuente de legalidad de carácter transnacional susceptible de incidir en distintos aspectos de las relaciones entre los particulares, las instituciones internacionales y los Estados adheridos a esas nuevas formas de producción normativa. Tal es la situación que generan los llamados acuerdos de integración comercial y económica.

En otros casos, la influencia de la globalización se proyecta a través de directivas que, si bien carecen de eficacia obligatoria, son adoptadas por las Administraciones Públicas que las incorporan en sus regulaciones o en sus contratos (*soft law*)¹⁴⁶.

No creemos, sin embargo, que esas directivas o lineamientos impliquen, en la actualidad, la configuración de un derecho común similar a la *Lex Pública Mercatoria* porque al no ser obligatorias y, por tanto, vinculantes, su recepción en el marco de cada país queda librada al arbitrio de los diferentes Estados.

¹⁴⁴ Vid: POCHARD, Marcel. Sobre la influencia del derecho continental europeo en los derechos latinoamericanos. **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, n. 62, p. 997-ss, 2007.

¹⁴⁵ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El surgimiento del derecho administrativo global. **Res Pública Argentina**, Buenos Aires, n. 3, p. 25-74, oct./dic. 2007.

¹⁴⁶ AGUILAR VALDEZ, Oscar. **Sobre las fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas**. En prensa. Texto correspondiente a la disertación del autor en las Jornadas de Derecho Administrativo, organizadas por el Departamento de Posgrado especialización en Derecho Administrativo y Económico de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, agosto 2008.

En suma, el fenómeno de la globalización que, en principio, debiera ser neutro¹⁴⁷, no permite establecer, por el momento, un derecho administrativo global, dotado de principios y reglas comunes, que se apliquen a todas las instituciones estatales. Es cierto que actualmente hay una mayor influencia de las institucionales internacionales, sean o no públicas, sobre los Estados y los particulares, que la que ejercen los Estados sobre dichas organizaciones internacionales.

Pero la falta de sistematización de los diferentes sistemas internacionales vigentes dificultan la unidad que precisan los ordenamientos jurídicos basados, preponderantemente, en un derecho escrito y codificado, como son los ordenamientos de los países iberoamericanos que adoptaron, en sus derechos administrativos, instituciones y principios de origen romano-germánico.

Lo cierto es que, a raíz de la globalización se ha producido un paralelo crecimiento del proceso de fragmentación de la legalidad basada en la soberanía del Parlamento, y consecuentemente, en la estatización del derecho, lo cual plantea el gran problema de compatibilizar el derecho trasnacional con el derecho interno, así como la necesidad de establecer procedimientos y órganos que solucionen los conflictos en supuestos de colisión de los respectivos ordenamientos. Sin embargo, a tenor de lo prescripto en el art. 75 inc. 22 CN el principio de convencionalidad o derecho de los tratados integra el bloque de constitucionalidad pero cede frente a los derechos y garantías fundamentales de la primera parte de la Constitución Nacional y deben armonizar, además, con los principios de derecho público que prescribe nuestra Carta Magna (art. 27).

A su vez, los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones *supra* estatales están limitados en su validez constitucional, a que se celebren en condiciones de igualdad y reciprocidad y respeten el orden democrático y los derechos humanos (art. 75 inc. 23 CN).

En definitiva, el desafío que enfrentan nuestros países en un mundo cada vez más globalizado no es otro que la compatibilización entre la unidad y la diversidad, manteniendo el fondo común de los principios que integran el Estado de Derecho y el orden democrático¹⁴⁸, en un escenario en el que la legalidad, con sus nuevas fuentes de producción normativa y de costumbres, tendrá que seguir jugando un papel decisivo como garantía de los derechos de los ciudadanos y personas jurídicas.

¹⁴⁷ SÁNCHEZ, Alberto M. Influencia del derecho de la integración en el proceso de internacionalización del derecho administrativo argentino. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, vol. 29, n. 348, p. 55-62, 2006/2007. Afirma que "...la globalización es un fenómeno neutro que, de suyo no es ni positivo ni negativo: será negativo en la medida que contribuya a la implementación de lo que denomina el pensamiento único, de las hegemonías, del unilateralismo; pero va a ser muy positivo si lo convertimos en una herramienta fundamental para fortalecer la hermandad universal del género humano, para acentuar el regionalismo, para fomentar el multiculturalismo" (p. 56).

¹⁴⁸ Cfr. QUADROS, Fausto de. A europeização do Contencioso Administrativo. In: **Separata de Estudos em Homenaje al Doctor Marcello Caetano**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 403.

12. REFERENCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito público e direito privado: panorama actual da doutrina e estabelecimento de pontos de contacto. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, vol. 29, n. 348, p. 331-349, 2007.

BALBÍN, Carlos. **Curso de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2007.

BARRA, Rodolfo C. La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional. In: **Temas de Derecho Público**. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2008.

BARRA, Rodolfo C. La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Derecho Procesal Administrativo**. Obra en homenaje a Jesús González Pérez homenaje. t. I. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BARRA, Rodolfo Carlos. **Principios de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 1980.

BERIZONCE, Roberto O. La legitimación, los códigos uniformes y la enseñanza del derecho procesal. In: MORELLO, Augusto Mario (Coord.). **La legitimación**. Obra en homenaje al Profesor Lino Enrique Palacio. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

BERMEJO VERA, José. La participación de los administrados en los órganos de la Administración Pública. In: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Coord.). **La protección jurídica del ciudadano**. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. t. I. Madrid: Civitas, 1993.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Derecho político** 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1972.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**. t. 1, Buenos Aires: Ediar, 2001.

BOTASSI, Carlos Alfredo. **Derecho administrativo ambiental**. La Plata: Librería Editora Platense, 1997.

BRAIBANT, Guy [et. al.]. **Le contrôle de la Administration et le protection des citoyens**. París: [s.n.], 1977.

BUTELER, Alfonso. **El amparo contra actos administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de derecho administrativo**. t. I. 10. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de derecho administrativo**. t. II. 10. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.

COMADIRA, Julio R. Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados (con especial referencia al Enargas, ENRE, CNT y ETOSS). In: _____. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Amparo y salud pública en la Ciudad de Buenos Aires. In: GHAZZA-NOUI, Ramsis (Coord.). **Constitución, Derecho Administrativo y Proceso**: vigencia, reforma e

innovación – XVII Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados de Carabobo. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2014.

DALLA VÍA, Alberto R. Comentario al artículo 43 de la Constitución Nacional. In: _____ (Dir.) **Nuevos derechos y garantías**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.

DALLA VÍA, Alberto R. **Derecho constitucional económico**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.

DIKSON, Paul; CLANCY, Paul. **The Congress Dictionary**: The ways and meanings of Capital Hill. New York: John Wiley & Sons, 1993.

FALCÓN, Enrique M. **Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.

FONROUGE, Máximo J. Las audiencias públicas. **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, vol. 9, n. 24-26, p. 183-193, 1997.

GAMBIER, Beltrán; LAGO, Daniel. El medio ambiente y su reciente recepción constitucional. **Rev. ED - Temas de Derecho Constitucional**, Buenos Aires, 1995.

GAMBIER, Beltrán; LAGO, Daniel; El medio ambiente y su reciente recepción constitucional. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Estudios sobre la reforma constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

GARCÍA BELSUNCE, Horacio A. Los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional. **Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**, Buenos Aires, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La participación de los administrados en las funciones administrativas. In: ALONSO OLEA, Manuel (Dir.). **Homenaje a Segismundo Royo Villanova**, Madrid: Moreda y Crédito, 1977.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. t. II. 10. ed. Madrid: S.L. Civitas Ediciones, 1991.

GARCIA DE ENTERRIA; GONZALEZ CAMPOS; MUÑOZ MACHADO (Org.). **Tratado de Derecho Comunitario**. Madrid: Civitas, 1986.

GARCÍA PULLÉS, Fernando R. **Tratado de lo contencioso administrativo**. t. II. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**. Anotada y comentada. t. I. 4. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1973.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Derecho Procesal Administrativo**. t. II. Madrid: Civitas, 1966.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Las partes en el proceso administrativo. In: **Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas**. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997. p.

24-25; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Problemas del Derecho Público al comienzo del siglo**. Madrid: Civitas, 2001.

GORDILLO, Agustín A. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. II. 2. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t. 2. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

GRECCO, Carlos Manuel. **Impugnación de disposiciones reglamentarias**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988.

HABERLE, Peter. **El Estado Consitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2007.

HUTCHINSON, Tomás. Algunas consideraciones sobre las audiencias públicas [una forma de participación ciudadana]. **Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad**, Buenos Aires, 8 y 9 de junio de 1995.

JAQUENOD DE ZSOGON, Silvia. **El derecho ambiental y sus principios rectores**. Madrid: Dykinson, 1991.

JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Derecho Procesal Administrativo**. Obra en homenaje a Jesús González Pérez. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. Legitimación en el proceso contencioso administrativo. **RAP Ciencias de la Administración**, Buenos Aires, n. 267, p. 9-22, 2000.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El surgimiento del derecho administrativo global. **Res Pública Argentina**, Buenos Aires, n. 3, p. 25-74, oct./dic. 2007.

LASSERRE, Bruno; LENOIR, Noëlle; STIRN, Bernard. **La transparence administrative**. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.

LAVILLA RUBIRA, Juan J. **La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América**. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense, 1991.

MAIRAL, Héctor A. La legitimación en el proceso contencioso administrativo. In: **Control de la Administración Pública**. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2003.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. t. II. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. t. III-B. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983.

MARTIN MATEO, Ramón. **Nuevos instrumentos para la tutela ambiental**. Madrid: Trivium, 1994. p. 31.

MARTINI, Juan Pablo. El alcance de los conceptos de 'interés', 'derechos de incidencia colectiva' y 'legitimación'. **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, vol. 19, n. 61, p. 699-739, jul./set. 2007.

MATA, Ismael. Administración servicial y procedimiento administrativo (El rediseño de la organización a través del procedimiento. In: POZO GOWLAND, Héctor; HALPERIN, David Andrés; AGUILAR VALDEZ, Oscar; JUAN LIMA, Fernando; CANOSA, Armando (Dirs.). **Procedimiento Administrativo**. t. IV. Buenos Aires: La Ley, 2012.

MERTEHIKIAN, Eduardo. La protección jurisdiccional del derecho de incidencia colectiva a gozar de un ambiente sano (Breves comentarios a los procesos colectivos a propósito del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios", el 20 de junio de 2006). **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, vol. 30, n. 350, p. 239-ss.

MORELLO, Augusto Mario. Legitimaciones plenas y semiplenas en el renovado proceso civil. Su importancia. In: MORELLO, Augusto Mario (Coord.). **La legitimación**. Obra en homenaje al Profesor Lino Enrique Palacio. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

MORELLO, Augusto Mario; SBDAR, Claudia B. **Acción popular y procesos colectivos**. Buenos Aires: Lajouane, 2007.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración. **Revista de Administración Pública**, Madrid, vol. 28, n. 84, p. 519-536, sep./dec. 1977.

MURATORIO, Jorge Ismael. La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994. In: _____. **Estudios sobre la reforma constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

NALLAR, Daniel M. **Regulación y control de los servicios públicos**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

NIETO, Alejandro. **La organización del desgobierno**. Barcelona: Ariel, 1994.

OTEIZA, Eduardo. La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ampare. In: _____. (Dir.). **Procesos colectivos**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

PALACIO, Lino E. **Derecho Procesal Civil**. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986.

PALACIO, Lino Enrique. La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994. **Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires**, Buenos Aires, 1995.

PIERCE, Richard J. **Administrative Law Teatrise** t. I. New York: Wolters Kluwe Law & Business, 2009.

PIGRETTI, Eduardo. **Derecho ambiental**. Buenos Aires: Depalma, 1993.

POCHARD, Marcel. Sobre la influencia del derecho continental europeo en los derechos latinoamericanos. **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, n. 62, p. 997-ss, 2007.

QUADROS, Fausto de. A europeização do Contencioso Administrativo. In: **Separata de Estudos em Homenaje al Doctor Marcello Caetano**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ROCHA PEREYRA, Gerónimo. **La interpretación judicial sobre la legitimación del Defensor del Pueblo**. Buenos Aires: EDA, 2004.

SACRISTÁN, Estela B. **Las sesiones abiertas [open meetings] en el Derecho Administrativo norteamericano como forma de publicidad de los actos estatales**. Buenos Aires, 1998. Tesina (Especialización en Derecho Administrativo Económico), Pontificia Universidad Católica Argentina.

SACRISTÁN, Estela B. Notas sobre legitimación procesal en la jurisprudencia norteamericana y argentina. In: BAZÁN, Víctor (Coord.). **Defensa de la Constitución**. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos. Buenos Aires: Ediar, 2003.

SACRISTÁN, Estela B. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales. Buenos Aires: Abaco, 2007.

SÁNCHEZ, Alberto M. Influencia del derecho de la integración en el proceso de internacionalización del derecho administrativo argentino. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, vol. 29, n. 348, p. 55-62, 2006/2007.

SARMIENTO GARCÍA, Jorge H; URRUTIGOITY, Javier. Cuestiones sobre el amparo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Tratado General de Derecho Procesal Administrativo**. t. II. Buenos Aires: La Ley, 2011.

SCALIA, Antonin. The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers. **Suffolk Law Review**, Boston, vol. 17. p. 881-899, 1983.

SOLA, Juan Vicente. Los derechos de incidencia colectiva. **Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**, Buenos Aires, 2007.

TAWIL, Guido S., **Administración y Justicia**. Alcance del control judicial de la actividad administrativa. t. II. Buenos Aires: Depalma, 1993.

UGOLINI, Daniela. El Ministerio Público en la Ciudad de Buenos Aires. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Tratado de Derecho Procesal Administrativo**. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2007.

URRUTIGOITY, Javier. El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa. In: AAVV. **Estudios de Derecho Público**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

USLENGHI, Alejandro. Procedimientos en la ley de defensa del consumidor. In: POZO GOWLAND, Héctor; HALPERIN, David Andrés; AGUILAR VALDEZ, Oscar; JUAN LIMA, Fernando; CANOSA, Armando (Dir.). **Procedimiento Administrativo**. t. IV. Buenos Aires: La Ley, 2012.



Paridad de género en materia electoral en México

Gender parity in electoral issue in Mexico

LUIS ANTONIO CORONA NAKAMURA*

Universidad de Guadalajara (México)
lacn2004@yahoo.com.mx

Recebido/Received: 20.10.2015 / October 20th, 2015

Aprovado/Approved: 28.12.2015 / December 28th, 2015

Resumen

El objetivo principal del trabajo es analizar el tema de la paridad de género en las campañas y en el Derecho electoral mexicano. Para esto, se empieza con el estudio de la base histórica del derecho al voto de las mujeres. Después, son analizadas algunas cuestiones de género y las nociones de equidad e igualdad, demostrando la íntima relación entre estos aspectos. Se analiza como la cuota de género se desarrolló en el Derecho electoral mexicano y las consecuencias que esto ha traído en la búsqueda por paridad. Por último, se hace un estudio de casos relacionados con este tema.

Palabras-chave: paridad de género; Derecho Electoral; representación política; cuota de género; México.

Abstract

The main objective of this study is to analyze the issue of gender parity in campaigns and in the Mexican electoral law. For this, it starts with the study of the historical basis of the right to vote for women. After analyzing some gender issues and the notions of fairness and equality, the work presents the intimate relationship among these aspects. It also analyzes the development of the gender quota in the Mexican electoral law and what consequences this has brought in the pursuance of parity. Finally, it presents a case study related to this issue.

Keywords: gender parity; electoral law; political representation; gender quota; Mexico.

Como citar esse artigo/How to cite this article: CORONA NAKAMURA, Luiz Antonio. Paridad de género en materia electoral en México. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 109-123, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45111>.

* 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 I), 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.

SUMARIO

1. Introducción; 2. Antecedentes del voto de la mujer; 3. Género; 4. Equidad de Género; 5. Perspectiva de Género; 6. Igualdad; 7. Cuota de Género; 8. Paridad de Género; 9. Paridad Vertical; 10. Estudio de casos; 11. Conclusiones; 12. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Para hablar de la democracia es necesario hablar del derecho electoral; el cual es está dividido en sentido estricto que en este caso sería el derecho de cada ciudadano de votar (sufragio activo) y de ser votado (sufragio pasivo); y en sentido amplio el cual son las reglas, normas y las leyes que regulan el proceso electoral, la validez de los resultados electorales y los medios de impugnación. Para que todo esto exista es necesaria la participación del pueblo y es aquí donde la democracia juega un papel muy importante ya que la democracia como forma de gobierno es la participación del pueblo en los procesos electorales por medio del sufragio; y como estilo de vida la democracia es tener libertad, respeto de los derechos de cada uno de los miembros que componen nuestra sociedad.

Por lo tanto, volviendo al derecho electoral este es un instrumento de garantía para la democracia, ya que permite asegurar certeza en el otorgamiento de la representación popular. Además, desempeña una función legitimadora, ya que la democracia se afianza gracias al correcto funcionamiento de los procesos electorales.

Pero, ¿Qué significa la palabra democracia? “palabra griega *demokratia* se compone de *demos*, que quiere decir “pueblo”, y de *kratos*, que quiere decir “poder”. Por tanto, traducida al castellano, significa “poder del pueblo”.¹

Nos remitiremos al principio constitutivo de la democracia: la soberanía popular; Jean Jacques Rousseau sostuvo que quien tiene derecho a ejercer la soberanía siempre es el pueblo,² y la constitución establece que la soberanía nacional reside esencialmente y originalmente en el pueblo.³ Es decir el máximo poder de elegir a sus gobernantes la tiene solo el pueblo y nadie puede pasar sobre encima de él.

Respecto al tema de la paridad de género se encuentra la democracia paritaria; esta lo que busca es que se eliminen las injusticias entre hombres y mujeres en cuestión de los cargos políticos, por medio de la cuota de participación política de manera proporcional. “De manera que la democracia paritaria busca garantizar la participación

¹ SARTORI, Giovanni. **La democracia en 30 lecciones**. Ciudad de México: Editorial Taurus, 2009. p.9.

² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **El contrato social**. Valladolid: MAXTOR, 2008.

³ El artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece: “Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”

equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones, teniendo como marco la promoción de la igualdad de oportunidades”⁴

La expresión democracia paritaria es reciente; pero tuvo un mayor aporte en la Conferencia de Atenas en 1992, donde se definió la paridad como la total integración, en pie de igualdad de las mujeres, en la sociedad.

“La igualdad formal y real entre las mujeres y hombres es un derecho fundamental del ser humano” (Declaración de Atenas; 1992)⁵

Entonces volviendo a la mención anterior; para que haya democracia y paridad debe existir el derecho de votar y el de ser votado que se encuentra en el artículo 35 constitucional fracción I y II⁶ y en el artículo 23 del pacto de San José párrafo primero inciso b⁷. “El derecho de voto es el derecho político fundamental porque garantiza todos los demás derechos.”⁸

Y entonces ¿Qué es el sufragio?

Hay dos tipos de sufragio, el activo: “Se puede definir el derecho de sufragio activo como el derecho individual de voto de cada uno de los ciudadanos que tienen capacidad para participar en una elección, o más exactamente, en cualquiera de las votaciones públicas que se celebren”⁹

Es decir todas las personas mayores de edad tienen el derecho a emitir su voto para elegir a sus gobernantes a excepción de algunos casos como ejemplo serían los que están en cárceles o reformatorios al igual los que estén en la fuerza pública mientras estén en servicio.

Y el sufragio pasivo: “Se podría definir el derecho de sufragio pasivo como el derecho individual a ser elegible para los cargos públicos. Sin embargo, puesto que para ser elegido primero hay que ser proclamado candidato”¹⁰

⁴ COBO, R. **Democracia paritaria y radicalización de la igualdad**. Seminario Balance y perspectivas de los estudios de las mujeres y del género. Instituto de la Mujer: Madrid, 2003.

⁵ http://www.urv.cat/media/upload/arxius/igualtat/JeanMonnet/2013/Lectura_recomendada_Declaracion_Atenas_1992.pdf

⁶ El artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece: “Artículo 35. Son derechos del ciudadano: I. Votar en las elecciones populares; II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular [...]”

⁷ El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece: “Artículo 23. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: 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 voluntad de los electores.”

⁸ Tribunal Supremo de Estados Unidos, Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356, del 10 de mayo de 1886, http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0118_0356_ZO.html.

⁹ ARAGÓN, Manuel. **Derecho Electoral**: sufragio activo y pasivo. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2007. p. 180

¹⁰ ARAGÓN, Manuel. **Derecho Electoral**: sufragio activo y pasivo. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2007. p. 185

Por lo tanto el sufragio pasivo es el derecho que tenemos de ser votados en los diferentes cargos de elección popular, pero para hacer cumplir este derecho es necesario contar con los requisitos establecidos en la ley para poder ser proclamado como candidato.

Si bien la democracia tiene dentro de sus principios fundamentales el derecho al voto de todos los ciudadanos: “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición [...]”¹¹

Robert A. Dahl sostiene que el proceso democrático debe permitir que todos los miembros adultos de un estado tengan una igual y efectiva oportunidad de contribuir a la agenda política y votar sobre ella, de manera que cada voto cuente por igual.¹²

Lo establecido entonces no se cumple con el principio fundamental del derecho al voto ya que hay personas que están reclusas en cárceles y por lo tanto se les ha privado de este derecho; esto es discriminación y no hay igualdad en derechos.

Hace 62 años han pasado desde que en México reconoció el derecho del voto y de ser votadas a la mujer; ya mucho tiempo y apenas el año pasado en la reforma constitucional se alcanzó la paridad de 50% y 50 % en candidaturas a legisladores federales y locales. Es un paso muy importante debido a las grandes luchas a las que las mujeres se enfrentaron hasta lograr su derecho al voto y ser votadas.

2. ANTECEDENTES DEL VOTO DE LA MUJER

México cambió su forma de gobernar cuando se reconoció el derecho de las mujeres a votar y de ser electas, años de lucha, movimientos de equidad e igualdad de género dieron fruto el 17 de octubre de 1953 cuando aparece en el diario oficial de la federación el decreto donde se establece el derecho de las mujeres de elegir a sus gobernantes y de ser electas.

En mayo de 1923 se convoca el primer congreso nacional feminista donde asistieron 100 delegadas que demandaban la igual civil en el ámbito político ya que buscaban que las mujeres pudieran ser elegidas en los cargos administrativos, de igual manera demandaban el decreto de la igualdad política.

Como resultado de dicho congreso en San Luis Potosí el gobernador Aurelio Manrique expidió un decreto donde las mujeres de ese estado podían participar en las elecciones municipales tanto para votar como para ser votadas.

Yucatán reconoció el voto tanto municipal como estatal en 1923.

¹¹ Artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948.

¹² DAHL, Robert. **A preface to democratic theory**. Chicago: University of Chicago Press, 1956; y DAHL, Robert. **On democracy**. New Haven: Yale University Press, 1998.

En diciembre de ese mismo año en el estado de Yucatán resulto por primera vez electa una mujer mexicana electa para diputada al congreso por el V distrito; pero debido a la cantidad de amenazas de muerte renunció al cargo.

En 1924 en san Luis potosí les dieron oportunidad a las mujeres de participar en las elecciones municipales y en 1925 votaron en las elecciones estatales. Duro poco porque al año siguiente se perdió ese derecho.

Cuando fue presidente Lázaro Cárdenas en 1937 envió una iniciativa que mandó a la cámara de senadores donde pedía que se reformara el artículo 34 de la constitución y así las mujeres pudieran obtener su ciudadanía. Un año después la reforma se aprobó.¹³

Después de una larga lucha el día 12 de febrero de 1947 se publicó una reforma en el Diario Oficial de la Federación (DOF) que “En las elecciones municipales participarán las mujeres, en igualdad de condiciones que los varones, con el derecho de votar y ser votadas”. En 1953 se hizo una reforma constitucional en donde se hizo legal los derechos de las mujeres cuando se logró el derecho de votar y de poder ser candidatas en los procesos electorales; y como antes mencione fue el 17 de octubre de 1953 cuando se publicó en el diario oficial de la federación la reforma al artículo 34 constitucional:

Artículo 34: son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos: haber cumplido 18 años, siendo casados, o 21 si no lo son, y tener un modo honesto de vivir.¹⁴

Fue así como en las elecciones de julio 1955 las mujeres pudieron ejercer su derecho al voto pero fue a partir de los años 60 cuando las mujeres se centraron más a este derecho y de aquí se deslinda la palabra género.

3. GÉNERO

Conjunto de características sociales, culturales, políticas, psicológicas, jurídicas y económicas, asignadas según el momento histórico, a las personas en forma diferenciada de acuerdo al sexo. El género se construye a partir de la diferencia anatómica del orden sexual, no es sinónimo de mujer; hace referencia a lo socialmente construido. Refiere diferencias y desigualdades entre mujeres y hombres, por razones sociales y culturales que se manifiestan por los roles sociales (reproductivo, productivo y de gestión comunitaria),

¹³ <http://www2.esmas.com/salud/dia-a-dia/724482/mujer-mexicana-y-voto-hechos-historicos-trascendencia/>

¹⁴ Artículo 34. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 2015

*así como las responsabilidades, el conocimiento o la prioridad en el uso, control, aprovechamiento y beneficio de los recursos.*¹⁵

Es decir el género no solo se refiere al sexo de la persona si no a los intereses de cada una de ellas, es decir a sus actividades, sus comportamientos entre muchas cosas más y que por lo tanto estas diferentes actividades pueden influir en desigualdades entre hombres y mujeres.

4. EQUIDAD DE GÉNERO

La equidad de género es dar a cada uno lo que le corresponda pero teniendo en cuenta las características particulares de cada uno; por lo tanto la equidad de género va ligada a varios conceptos entre ellos, la igualdad, la justicia y la dignidad.

Respecto a la política tuvieron que pasar años de discriminación hacia las mujeres donde se les impedía poder participar en los procesos electorales, después poco a poco; las mujeres gracias a su lucha lograron el poder participar en la toma de decisiones de los asuntos políticos del país.

Hoy en día podemos visualizar en diferentes países como la equidad de género permite que las mujeres ya tengan una participación en los asuntos políticos; por ejemplo la Senadora, Arely Gómez como Titular de la Procuraduría General de la República Federal de México. Además, según Roselia Bustillo Marín:

*Un ejemplo de equidad son las acciones que se sitúan entre las exigencias de la igualdad formal y la aplicación material de la ley. En otras palabras, mientras la igualdad es una meta a alcanzar, la equidad se presenta como los mecanismos prácticos para su consecución.*¹⁶

5. PERSPECTIVA DE GÉNERO

La perspectiva de género es un mecanismo que analítica los fenómenos que causan la desigualdad y la falta de equidad entre hombres y mujeres, por otro lado permite crear políticas que beneficios a favor de las mujeres.

Según una definición de la profesora Juana Camargo, la perspectiva de género

establece una teoría social que trata de explicar las características, relaciones y comportamientos sociales de hombres y mujeres en sociedad, su origen y su evolución,

¹⁵ http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/008_comisioneslx/001_ordinarias/015_equidad_y_genero/001_equidad_y_genero

¹⁶ BUSTILLO, Marín Roselia. **Líneas Jurisprudenciales:** equidad de género y justicia electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). Disponible en: <http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Equidad_genero_justicia_electoral.pdf>.

*destacando la existencia real del género femenino y masculino, sin dominio de uno sobre el otro, sin jerarquías y sin desigualdades.*¹⁷

Es decir la perspectiva de género es la metodología que permite identificar las desigualdades de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, desarrolla estrategias para modificar las condiciones de la mujer respecto a sus necesidades de igual manera promueve la participación de los hombres en el trabajo doméstico entre otras cosas.

Para Daniel Cazés,

*La perspectiva de género permite enfocar, analizar y comprender las características que definen a hombres y mujeres de manera específica, así como sus semejanzas y diferencias. Desde esa perspectiva se analizan las posibilidades vitales de una y otros, el sentido de sus vidas, sus expectativas y oportunidades, las complejas y diversas relaciones sociales que se dan entre ambos géneros [...].*¹⁸

Aquí también entra lo que son las acciones afirmativas lo cual

*son medidas especiales de carácter temporal, correctivo, compensatorio y de promoción, encaminadas a acelerar la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres, aplicables en tanto subsista la discriminación, desigualdad de trato y oportunidades de las mujeres respecto a los hombres.*¹⁹

6. IGUALDAD

*Principio que, conscientes de la desigualdad existente entre mujeres y hombres, permite el acceso con justicia e igualdad de condiciones al uso, control, aprovechamiento y beneficio de los bienes, servicios, oportunidades y recompensas de la sociedad; lo anterior con el fin de lograr la participación de las mujeres en la toma de decisiones en todos los ámbitos de la vida social, económica, política, cultural y familiar.*²⁰

El varón y la mujer son iguales ante la ley [...].²¹

¹⁷ CAMARGO, Juana. **Género e Investigación Social**. Curso de Formación en Género. Módulo 2. Instituto de la Mujer de la Universidad de Panamá/UNICEF - Ciudad de Panamá: Editora Sibauste, 1999. p. 29

¹⁸ CAZÉS, Daniel. **La perspectiva de género**: Guía para diseñar, poner en marcha, dar seguimiento y evaluar proyectos de investigación y acciones públicas y civiles. Ciudad de México: Consejo Nacional de Población, 1998.

¹⁹ http://www.inmujeres.df.gob.mx/wb/inmujeres/que_es_eso_de_genero

²⁰ http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/008_comisioneslx/001_ordinarias/015_equidad_y_genero/001_equidad_y_genero

²¹ Artículo 4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 2015

Es un derecho autónomo e independiente que tiene como finalidad la no vulneración de derechos y libertades en el ejercicio de las actividades de una sociedad. Reconoce como iguales a las diferencias, pues mira al "otro" como un igual, que siendo distinto a mí, tiene los mismos derechos y responsabilidades.²²

Nos referimos a la igual de género cuando tanto hombres como mujeres tienen las mismas oportunidades hablando en diferentes aspectos de la vida. El concepto no se trata de poner al hombre y a la mujer como iguales si no que ambas puedan ser capaces de obtener las mismas posibilidades.

Se distinguen dos formas del principio de igualdad:

1.- Igualdad formal o ante la ley: es aquella que reconoce jurídicamente a hombres y mujeres con los mismos derechos, las mismas condiciones y oportunidades en todos los campos de la vida y esferas de la sociedad. Busca erradicar todas las formas de discriminación recogida en las leyes.

2.- Igualdad material o real: consiste en la aplicación efectiva de medidas necesarias para que sea efectivo el acceso al mismo trato y oportunidades, para el reconocimiento y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

7. CUOTAS DE GÉNERO

En la década de los 70 implementaron las cuotas de género. Se inspiran en las cuotas implementadas en E.U. para incluir a la población negra al desarrollo económico.

En México nacieron legalmente en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) en 1996, y han registrado dos reformas en 2002 y en 2008.

Las cuotas establecen un número o proporción de cargos, lugares, ascensos o vacancias que deben ser obligatoriamente ocupados por el grupo discriminado. Es una forma adecuada cuando existe subrepresentación o dificultades para el acceso y la promoción de determinados sectores de la sociedad a ciertos espacios, sobre todo cuando estas dificultades se muestran resistentes a mecanismos no compulsivos o a incentivos para que se produzca un cambio, y cuando la resistencia al cambio se ubica principalmente en quienes toman las decisiones.²³

²² PACHECO, Gilda *et alli*... **Los derechos humanos de las mujeres**: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción. San José (Costa Rica): IIDH/CEJIL, 2004.

²³ SOTO, Clyde. Acciones positivas, formas de enfrentar la asimetría social. In: BAREIRO, Line; TORRES, Isabel (Ed.). **Igualdad para una democracia incluyente**. San José (Costa Rica): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009. p. 69-84.

Las cuotas en la política se pueden definir como una medida afirmativa que establece un porcentaje o número fijo para la nominación o representación de un grupo específico, con más frecuencia en forma de un porcentaje mínimo, que puede ser 20, 30 o 40.²⁴

Las cuotas de género son un sistema de acción afirmativa donde el objetivo es abrir espacios a las mujeres para que ocupen posiciones políticas. Indica el porcentaje de mujeres que deben integrar un organismo público o de quienes aspiran o se postulan a cargos de elección popular.

Las cuotas de género también son llamadas como cuotas de participación de las mujeres, y tiene como objetivo garantizar la participación de las mujeres en cargos de elección de los partidos políticos. Es decir es un sistema obligatorio donde se tienen que incorporar a las mujeres en las listas de candidaturas.

- En México la cuota de género se estableció en el Código Federal Electoral en el año 1990; aquí se implementó que al momento de elegir a los candidatos para postularse se considerara en un 30% de candidatas mujeres.
- El Código de Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) lanzo una reforma electoral en el año 2002 en el cual se determinó que las cuotas eran de una proporción de 30% y 70% de candidaturas para hombres y mujeres.
- En 2008 se detectaron un mayor porcentaje de candidaturas de 40% y 60%. Esta cuota se aplicó en el 2009 en las elecciones de diputados federales.

En la demanda SUP-JDC-461/2009, que una candidata interpuso ante el (TEPJF), este sentencio que los partidos políticos debían integrar las listas con base en los criterios de género de los artículos 219 y 220 del COFIPE. Aun así, en la misma elección de 2009 se produjo el fenómeno de las Juanitas.²⁵

- Y la última reforma que establece la paridad en 50% y 50% en paridad absoluta.

8. PARIDAD DE GÉNERO

Los partidos políticos promoverán y garantizarán en los términos del presente ordenamiento, la igualdad de oportunidades y procurarán la paridad de género en la vida política del país, a través de postulaciones a cargos de elección popular en el Congreso de la Unión, tanto de mayoría relativa como de representación proporcional.²⁶

Es una estrategia que tiene como propósito garantizar la participación de forma equilibrada entre mujeres y hombres en los cargos de representación popular. La

²⁴ DAHLERUP, Drude. **Women, Quotas and Politics**. Routledge: New York City/London, 2006. p. 19.

²⁵ ALANIS, Maria del Carmen. Igualdad de género: pendientes de la reforma electoral 2007-2008. **Folios**, Guadalajara, n. 27, p. 58-64, jun./ago. 2012.

²⁶ Artículo 218. CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES. 2008

paridad en género en sí es una oportunidad para generar más espacios políticos para las mujeres para así poder participar en la toma de decisiones en todos los ámbitos de la sociedad.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) se pronunció a favor de la paridad de género horizontal y vertical en materia electoral, todos los partidos sin excepción, tiene la obligación de registrar el 50% de sus candidaturas a mujeres, para contender en los cargos de elección popular, diputaciones federales y locales, senadurías, regidurías; incluyéndose las presidencias municipales y las sindicaturas, cargos por omisión de los partidos políticos se había retardado su aplicación.²⁷

La ley electoral obligo por vez primera a los partidos políticos para que cumplan con la paridad de género a favor de la mujer en la integración de las planillas para candidatas.

La consejera electoral Beatriz Rangel dio un comunicado después de haber pasado las elecciones donde hizo mención que solo el 4% de los municipios de Jalisco lo gobernaran mujeres. Entre los municipios que tendrán a una mujer como alcaldesa están, Tlaquepaque, Pihuano, Atemajac de Brizuela y talpa de allende.

La primera mujer que administre la zona metropolitana en la ciudad de Guadalajara Jalisco es María Elena Limón de Movimiento Ciudadano.

9. LA PARIDAD VERTICAL

En la reciente reforma política electoral, se hicieron cambios en el artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) donde se incorporó la obligación de los partidos políticos de garantizar la paridad entre los géneros y se aprobaron la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE) y la Ley General de Partidos Políticos (LGPP)

La paridad vertical es la composición de las planillas de los ayuntamientos. Por lo tanto de las personas que conformen estas planillas deberán establecer la paridad de manera proporcional.

Artículo 10: Los Ayuntamientos de cada Municipio del Estado se integran por un Presidente Municipal, un Síndico y el número de regidores de mayoría relativa y de representación proporcional que se determinan en la ley estatal en materia electoral, quienes serán electos popular y directamente mediante planillas; y permanecen en sus cargos tres años y se renuevan en su totalidad al final de cada período.²⁸

²⁷ <http://eldiariodechihuahua.mx/notas.php?seccion=Opinion&f=2015/07/05&id=6a2707fd67b105bf8126270c023c768f>

²⁸ Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco. 2015

Municipios del estado de Jalisco y como están integrados los ayuntamientos.

Integración del Ayuntamiento de los Municipios de Jalisco 2012 - 2015			
Estado	Integrantes	Mujeres	Hombres
ACATIC	11	4 = 36%	7 = 64%
ACATLÁN	11	2 = 18%	9 = 82%
AHUALULCO	11	5 = 45%	6 = 55%
AMACUECA	11	5 = 45%	6 = 55%
AMATITÁN	11	3 = 27%	8 = 73%
AMECA	14	5 = 36%	9 = 64%
ARANDAS	14	4 = 29%	10 = 71%
ATEMAJAC	11	4 = 36%	7 = 64%
ATENGO	11	4 = 36%	7 = 64%
ATENGUILLO	11	4 = 36%	7 = 64%
ATOTONILCO EL ALTO	14	5 = 36%	9 = 64%
ATOYAC	11	4 = 36%	7 = 64%
AUTLÁN DE NAVARRO	14	4 = 29%	10 = 71%
AYOTLAN	11	2 = 18%	9 = 82%
AYUTLA	11	4 = 36%	7 = 64%
BOLAÑOS	11	5 = 45%	6 = 55%
CABO CORRIENTES	11	5 = 45%	6 = 55%
CAÑADAS DE OBREGÓN	11	6 = 55%	5 = 45%
CASIMIRO CASTILLO	11	3 = 27%	8 = 73%
CIHUATLAN	11	5 = 45%	6 = 55%
COLULA	11	3 = 27%	8 = 73%

Otro de los avances sobre la paridad de género es lo que establece el artículo 3º de la Ley General de Partidos Políticos el cual nos hace una mención donde los partidos políticos deben garantizar la paridad de género en las candidaturas.²⁹

10. ESTUDIO DE CASOS

El *SUP-JDC-1154/2010* es un juicio ciudadano en el que se impugnó la designación de representantes del Partido de la Revolución Democrata (PRD), ante los veintiocho consejos distritales del Instituto Electoral del Estado de Guerrero.

²⁹ Ley general de partidos políticos (LGPP). Artículo 3 [...]

4. Cada partido político determinará y hará públicos los criterios para garantizar la paridad de género en las candidaturas a legisladores federales y locales. Éstos deberán ser objetivos y asegurar condiciones de igualdad entre géneros.

5. En ningún caso se admitirán criterios que tengan como resultado que alguno de los géneros le sean asignados exclusivamente aquellos distritos en los que el partido haya obtenido los porcentajes de votación más bajos en el proceso electoral anterior

La actora se quejó porque no se contempló la paridad de género, debido a que se le designó representante suplente en lugar de propietaria, además de que de un total de cincuenta y seis representantes designados, sólo siete eran mujeres. Se pedía que a los representantes de partido se les equiparara a los órganos de dirección de los partidos.

El TEPJF señaló que los representantes de partido ante órganos electorales no se pueden equiparar a los órganos de dirección partidista, ya que las atribuciones y facultades son de distinta naturaleza. Igualmente, señaló que el principio de paridad de género únicamente está contemplado en la ley para la elección de los órganos de dirección y para los candidatos que el partido postule a un cargo de elección popular, y no se señala que el principio se deba aplicar en la designación de los representantes partidistas ante los órganos electorales.

Se argumentó que no se le discrimina a la actora por razón de género, porque en las designaciones de representantes debe existir un vínculo de confianza entre ellos y el partido, pues son ellos a quienes se les deposita confianza para defender los intereses del instituto político ante las autoridades electorales.³⁰

El juicio ciudadano *SUP-JDC-205/2012*, lo promovió un ciudadano aspirante al cargo de consejero electoral distrital por el Distrito Electoral Federal veinticinco, con cabecera en la Delegación Iztapalapa, del Distrito Federal. El actor impugnó la resolución del Consejo General del Instituto Federal Electoral (IFE), en la que se confirmó el acuerdo de designación de los consejeros electorales para los procesos electorales federales 2011-2012 y 2014-2015.

El actor señaló que la integración del Consejo Distrital veinticinco, no era paritaria pues existía una sobrerrepresentación del género femenino como consejeras propietarias en un ochenta y tres punto tres por ciento.

El demandante consideró que si cada Consejo se integra con seis consejeros debían integrarse por tres mujeres y tres varones propietarios, y de igual forma con los suplentes, para cumplir con la paridad señalada por la ley, en el sentido de que la paridad debía aplicar para la conformación de cada consejo distrito al ser órganos desconcentrados, y no como el IFE señalaba, en que el cumplimiento de la paridad debía hacerse de manera equilibrada en el conjunto total de los consejos distritales de cada entidad federativa, o en el Distrito Federal.

La Sala Superior indicó que efectivamente existía una discriminación por razón de género, ya que la designación de los seis consejeros fue ilegal y no paritaria, pues se integró con 5 consejeras y 1 consejero. El tribunal aclaró que existían posiciones distintas respecto al concepto de paridad de género, el cual definió como una herramienta

³⁰ Tomado de BUSTILLO, Marín Roselia. **Líneas Jurisprudenciales:** equidad de género y justicia electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). Disponible en: <http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Equidad_genero_justicia_electoral.pdf>.

para asegurar de facto la participación igualitaria de mujeres y hombres y que forma parte de una estrategia para garantizar la igualdad sustantiva a través del establecimiento de las mismas condiciones, trato y oportunidades para el reconocimiento y goce de los derechos humanos.

Aunque la paridad de género sea un criterio orientador y que no tiene fundamento constitucional o legal, tampoco debe entenderse como un ideal o principio de buena intención, cuya interpretación quede al arbitrio y discreción del órgano que deba aplicarlo en la designación de consejeros distritales.³¹

11. CONCLUSIÓN

Adoptar la paridad de género en todos los estados ha resultado difícil; al parecer al crear esta nueva reforma constitucional se logró un gran objetivo, por lo que está reconociendo una demanda que se venía persiguiendo durante décadas.

Fue un camino muy largo que las mujeres recorrieron con el objetivo de que se le respetaran sus derechos; y en esta lucha intervinieron muchas asociaciones internacionales, el cual siempre salvaguardaron y trataron de proteger el derecho a la igualdad y no discriminación a las mujeres en la participación política del país.

Ahora existen legislaciones que obligan a los partidos políticos cumplir la paridad de género.

Uno de los datos más importantes en esta reforma fue el cambio de la cuota la cual se incrementó al 50% en mujeres y hombres; al igual la reforma propone que tanto los propietarios y suplentes sean del mismo género; lo mismo que para los candidatos que tienen algún partido político y para los candidatos independientes.

Ahora bien después de todo el largo recorrido y conforme pase el tiempo, las mujeres ocuparan más adelante mejores puestos en los partidos políticos porque si se lo proponen lo podrán conseguir, así como consiguieron llegar hasta el punto donde están ahora.

En estos tiempos hablar de derecho electoral de ha convertido en algo muy frecuente, los gobernados ahora se interesan más por estos asuntos político ya que conforme van surgiendo las reformas los ciudadanos tienen más oportunidades de participar en los procesos electores de su país ya no solo con su voto si no también el derecho que tenemos de ejercer nuestro derecho a ser electos ya sea con partidos políticos o con una candidatura independiente.

Ya no es permisible dejar fuera a las mujeres en los asuntos politos puesto que ya existe leyes que protegen este derecho; y como mencione anteriormente conforme

³¹ Tomado de BUSTILLO, Marín Roselia. **Líneas Jurisprudenciales:** equidad de género y justicia electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). Disponible en: <http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Equidad_genero_justicia_electoral.pdf>.

a la reciente reforma al artículo 41 constitucional ahora es obligatorio que las mujeres participen en asuntos políticos y por lo tanto en la toma de decisiones en nuestro país.

Aquí presenté como fue evolucionando las reformas sobre paridad de género desde que por primera vez apareció en el Código Federal Electoral en 1990 donde solo se consideraba a las mujeres en las candidaturas con un 30% y como después aparece la reforma en el COFIPE sobre el 30 y el 70% después el 40 y el 60% y la actual legislación la Ley e Instituciones y Procedimientos Electorales el 50 y 50%.

Abarque distintos conceptos que se me hacen muy importantes hasta llegar al tema de paridad como es la equidad; dar a cada uno lo que le corresponde es decir tener un trato justo ya sean hombres y mujeres pero a cada uno conforme a sus necesidades. La equidad viene siendo ese medio en el cual se pueda buscar justicia para que hombres y mujeres tengan el mismo acceso a los recursos.

Ahora la igualdad de género es otro punto importante; la mujer como he venido haciendo mención ha logrado superar muchos límites el cual se le habían impuesto a lo largo de los años pero nos hemos dado cuenta que la mujer tanto como el hombre ahora es premiada por su trabajo por sus méritos ya no solo el hombre es reconocido sino que también las mujeres ya forman un grupo muy importante ante la sociedad.

12. REFERENCIAS

ALANIS, Maria del Carmen. Igualdad de género: pendientes de la reforma electoral 2007-2008. **Folios**, Guadalajara, n. 27, p. 58-64, jun./ago. 2012.

ALCOCER VILLANUEVA, Jorge. **Cuota de Género**: una sentencia histórica. Tabasco: Instituto Electoral y de Participación Ciudadana de Tabasco, 2013.

ARAGÓN, Manuel. **Derecho Electoral**: sufragio activo y pasivo. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2007.

BUSTILLO, Marín Roselia. **Líneas Jurisprudenciales**: equidad de género y justicia electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). Disponible en: <http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Equidad_genero_justicia_electoral.pdf>.

CAMARGO, Juana. **Género e Investigación Social**. Curso de Formación en Género. Módulo 2. Instituto de la Mujer de la Universidad de Panamá/UNICEF - Ciudad de Panamá: Editora Sibauste, 1999.

CAZÉS, Daniel. **La perspectiva de género**: Guía para diseñar, poner en marcha, dar seguimiento y evaluar proyectos de investigación y acciones públicas y civiles. Ciudad de México: Consejo Nacional de Población, 1998.

COBO, R. **Democracia paritaria y radicalización de la igualdad**. Seminario Balance y perspectivas de los estudios de las mujeres y del género. Instituto de la Mujer: Madrid, 2003.

DAHLERUP, Drude. **Women, Quotas and Politics**. Routledge: New York City/London, 2006.

PACHECO, Gilda *et alli*... **Los derechos humanos de las mujeres**: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción. San José (Costa Rica): IIDH/CEJIL, 2004.

DAHL, Robert. **A preface to democratic theory**. Chicago: University of Chicago Press, 1956.

DAHL, Robert. **On democracy**. New Haven: Yale University Press, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **El contrato social**. Valladolid: MAXTOR, 2008.

SARTORI, Giovanni. **La democracia en 30 lecciones**. Ciudad de México: Editorial Taurus, 2009.

SOTO, Clyde. Acciones positivas, formas de enfrentar la asimetría social. In: BAREIRO, Line; TORRES, Isabel (Ed.). **Igualdad para una democracia incluyente**. San José (Costa Rica): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.





Gestión eficiente y ética en la efectivización de los servicios públicos relativos a derechos sociales*

Gestão eficiente e ética na efetivação dos serviços públicos relativos a direitos sociais

ESTELA B. SACRISTÁN**

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

Recebido/Received: 30.09.2015 / September 30th, 2015

Aprovado/Approved: 04.11.2015 / November 4th, 2015

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar la necesidad de concretizar de una manera eficiente y ética los servicios públicos relacionados a derechos sociales. Para esto, el artículo presenta la diferencia entre los conceptos de eficiencia y eficacia, demostrando la relación de estos temas con el principio de equidad, que debe guiar la prestación de servicios públicos. Después de hacer una comparación entre el Derecho argentino y el norteamericano sobre este tema, se señala la necesidad de reequilibrar el sistema regulatorio-contractual de los servicios públicos, con la adopción de medidas regulatorias que contemplen situaciones que ameriten soluciones de equidad, tan necesarias en un moderno Estado Social de Derecho.

Palabras-clave: eficiencia; eficacia; equidad; servicios públicos; derechos sociales.

Abstract

The aim of this paper is to analyze the need to provide in an efficient and ethical way the public utilities related to social rights. For this, the difference between the concepts of efficiency and effectiveness is demonstrated, showing the relationship among these issues and the principle of equity, that guides all the provision of public utilities system. After making a comparison between the Argentine and American law on this topic, the work affirms the need to rebalance the regulatory-contractual system of public utilities, with the adoption of regulatory actions that contemplate situations that deserve equality solutions, so necessary in a modern Welfare State.

Keywords: efficiency; effectiveness; equity; public utilities; social rights.

Como citar esse artigo/How to cite this article: SACRISTÁN, Estela. Gestión eficiente y ética en la efectivización de los servicios públicos relativos a derechos sociales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 125-143, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45112>.

* Este trabajo se basa en la exposición sobre "Servicios públicos y tarifas: Eficacia, eficiencia y equidad", efectuada en Primer Congreso Internacional de Abogacía Estatal, Local y Federal 'El derecho administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho', Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Dr. Julio Conte Grand, Procurador General), 4/6/2013.

** 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.** Tres conceptos a diferencias; **3.** El Derecho Comparado norteamericano; **4.** El Derecho argentino; **4.1.** Eficacia; **4.2.** Eficacia; **4.3.** Eficacia y eficiencia; **4.4.** Equidad; **5.** La cuestión de la equidad ante la eficacia y a la eficiencia; **6.** Reflexiones finales; **7.** Referencias.

1. PLANTEO

Las nociones de eficacia y de eficiencia nos resultan familiares: eficacia es exitosa obtención del logro tenido en mira; eficiencia implicaría costos y beneficios, desventajas y ventajas, pérdidas y utilidades, inconveniencia y comodidad, en fin, economía en la obtención de ese logro. A su vez, como la vida suele ser acción, y acción es decisión, y decisión es elegir entre infinitas opciones, ambos términos constituyen, indudablemente, factores a tomar en cuenta cuando se decide. En efecto: cuando se adopta un curso de acción no sólo se tienen en mente las posibilidades de eficacia o éxito, sino también los costos y beneficios involucrados, es decir, el grado de eficiencia.

Si, en ese escenario, la decisión se relaciona con un servicio público – de aquellos calificados tales por ley, prestados por licenciatarias o concesionarias de tal clase de servicio – la escena adquiere mayor interés si de la concreción de ambos objetivos – eficacia y eficiencia – se trata. Si sumamos consideraciones éticas en ambos renglones, la riqueza de perspectiva será incluso mayor. Y si colocamos, como contexto, el denominado Estado Social de Derecho, las disquisiciones se multiplicarían: es finalidad de éste “procurar el desarrollo de la igualdad material, la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades”¹, lo cual llevaría a consideraciones sobre diversas clases de igualdad en el plano cronológico – en especial, el problema de la igualdad inicial – cuya inexistencia clama por soluciones de equidad, así como la eficacia y la eficiencia de las regulaciones que rodean ese *status* inicial y su posterior desenvolvimiento.

Ciertamente, la eficiencia o eficacia puede predicarse de la prestación de un servicio público. También podemos ponderar la eficiencia o, en su caso, la eficacia de un ente regulador de ese servicio público. Incluso podríamos ponderar la eficiencia o, en su caso, la eficacia de las regulaciones mismas, sean de índole económica o no económica. Y, con ánimo de no limitarnos a la frialdad del objetivo cumplido, o a la medición de los costos involucrados, podríamos incluso efectuar consideraciones del plano de la justicia, presente, intergeneracional involucrada en esas apreciaciones de eficacia y de eficiencia: los horizontes del marco de estudio parecerían infinitos.

¹ Carranza Latrubesse, Gustavo s/ *acción de amparo*, Fallos: 329: 1723 (2006), disidencia del Juez Zaffaroni. El concept de Estado Social de Derecho se ha empleado, por ejemplo, como argumento para que la Administración revocara, por sí, resoluciones ilegítimas: ver Secretaría de Comunicaciones, Resolución 188/2004, del 17/8/2004.

Específicamente, lo dicho posee su relevancia en el campo de los servicios públicos pues, los preste un particular o el Estado mismo, parecería claro que los mismos deberían concretarse o realizarse con éxito o eficacia, y al menor costo, es decir, con eficiencia, pero sin olvidar el renglón humano involucrado, que a veces requiere soluciones de equidad pues no todos se hallan en igualdad de condiciones e incluso de igualdad inicial de condiciones. Ello, tanto en épocas de normalidad, como de emergencia, que en Argentina rige desde enero del 2002 y seguirá rigiendo por decisión congresional². De igual modo, posee relevancia en punto a las regulaciones que recaen sobre ese servicio público.

Veamos cuál es la experiencia en la materia. A tal fin, repasaremos en forma muy sintética algunas cuestiones conceptuales (sección 2), sus manifestaciones en un ordenamiento foráneo, así como en el argentino (secciones 3 y 4), intentando el encuadre de una noción de regulación – en la especie, económica- que vele por la equidad (sección 5) a fin de formular las reflexiones finales pertinentes (sección 6).

2. TRES CONCEPTOS A DIFERENCIAR

Desde el punto de vista de la economía moderna³, el análisis de costo-beneficio puede ayudar a caracterizar la noción de *eficiencia*. Ese análisis, a su vez, puede servir como “esquema conceptual para la evaluación de proyectos públicos o privados”⁴. Originario del campo de los proyectos, esa clase de análisis se emplea para analizar decisiones, por lo que se habla de “costos y beneficios” de una decisión, emane ésta sector privado o del sector público, sea la misma de contenido económico-patrimonial, o de contenido no económico o no patrimonial.

Cuando la decisión económica mora en el ámbito público o emana de él como decisión de índole regulatoria, irradiando efectos generales, a modo de reglamentación, los costos pueden ser medidos por medio de estudios econométricos que relacionan las funciones de producción y costos, por evaluaciones de gastos para medir cuánto le cuesta a la firma cumplir con la medida, por enfoques de ingeniería que miden el costo marginal de la nueva tecnología requerida, por estudios de productividad en presencia y en ausencia de la medida, y por modelos de equilibrio general que analizan

² Al momento de escribir estas líneas, se ha enviado al Congreso argentino un proyecto para prorrogar la emergencia hasta fines del 2017. Ver: SERRA, Laura. El gobierno prorroga la emergencia económica para la próxima gestión, en **La Nación**, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1830347-el-gobierno-prorroga-la-emergencia-economica-para-la-proxima-gestion> (último acceso: 24/9/2015).

³ Puede verse PEARCE, David W. (Org.). **The MIT Dictionary of Modern Economics**. 4 ed. Cambridge: The MIT Press, 1999. p. 83.

⁴ PEARCE, David W. (Org.). *Idem. Ibidem*. Para este empleo del análisis que nos ocupa, en el ámbito nacional, por aplicación del art. III, inc. 5° de la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por Ley 24.759 (Adla LVII-A, p. 12 y ss.), en el ámbito de las contrataciones estatales, véase GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. I. 5 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. XVI-15/17.

cómo reacciona un mercado perfectamente competitivo ante la regulación⁵. Por otro lado, los beneficios son más difíciles de medir, razón por la cual se suelen recabar opiniones sobre cuánto se pagaría por los cambios regulatorios propuestos, o se infiere, del estudio de comportamientos, el monto realmente sufragado⁶ a lo largo del tiempo.

Que el análisis de costo-beneficio tome en cuenta los costos – estrictamente, todos los costos – y los beneficios implica, inevitablemente, relacionarlo con la noción de *eficiencia*⁷. Ello pues, cuando se tiene en cuenta la eficiencia de la decisión, se comparan medios y fines; se afirma, de manera intuitiva, que un medio es eficiente cuando sirve para alcanzar un fin determinado, al menor costo, con la menor cantidad posible de recursos – *input* – para obtener una determinada cantidad de producto o *output*⁸, con lo que la eficiencia de una operación económica reside en que, pudiéndose obtener un mismo producto con distintos procedimientos, se escoge aquel que importa el menor costo⁹ o gasto. Desde el punto de vista de la eficiencia, entonces, aquella decisión tomada previo análisis de costo-beneficio, que irroque el menor costo, será eficiente¹⁰. De allí que el análisis de costo-beneficio sea “esencial para evaluar la eficiencia de una regulación”¹¹. Cuando esa regulación es de contenido económico, se medirán, al menos, sus costos económicos, sin perjuicio de otros, como ser, los costos sociales. Considérense, a modo de ejemplo, los beneficios y costos de crear un nuevo recurso tributario, y sus efectos sobre la recaudación, en el corto y en el largo plazo, y en el plano de la sociedad en general.

Todo ello, por cierto, es muy distinto de lo que se llama análisis de la *eficacia*¹² de una decisión, decisión regulatoria económica en la especie. Una decisión – y una

⁵ GUASCH, J. Luis; HAHN, Robert W. The Costs and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries. **The World Bank Research Observer**. Washington D.C., v. 14, n° 1, p. 137-158, feb./1999. p. 139/140.

⁶ GUASCH, J. Luis; HAHN, Robert W. *Idem*. p. 140.

⁷ Así lo expusimos en “SACRISTÁN, Estela. Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis de costo-beneficio). In: SCHEIBLER, Guillermo (Coord.). **El Derecho administrativo de la emergencia**. t. IV. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005. Ampliar, con provecho, en la excelente tesina, publicada, de MASSIMINO, Leonardo F. Un aporte desde la ley nacional de procedimientos administrativos para el dictado de actos de alcance general eficientes (en especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas). **Derecho Administrativo Austral**, Buenos Aires, v. 1, p. 193-335, [2008?].

⁸ SAVANTI, Víctor (Org.). **La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos – Teoría y Experiencia Argentina Reciente**. Buenos Aires: Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, 1999. p. 48 y p. 66, nota 1; BEKER, Víctor A.; MOCHÓN, Francisco. *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1994. p. 64; SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. **Economics**. 15 ed. New York: Mc Graw Hill, 1995. p. 31.

⁹ VALSECCHI, Francisco. **¿Qué es la Economía?** 20 ed. Buenos Aires: Macchi, 1996. p. 20.

¹⁰ Para las distintas clases de eficiencia, cf. SACRISTÁN, Estela. Eficiencia y Tarifas. **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, n° 36/38, p.173-202, ene./dic. 2001.

¹¹ BUSTAMANTE, Jorge E. **Desregulación – Entre el Derecho y la economía**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. p. 17.

¹² Sobre las diferencias entre ambos términos véase CASSAGNE, Juan Carlos. Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 154, p. 441-462, 2001. p. 442.

regulación la trae implicada – es eficaz cuando sirve al propósito para el cual estaba enderezada; se trata de la verificación del resultado tenido en cuenta al decidir¹³. A modo de ejemplo, la política a veces aparece como pura eficacia: no en vano se ha afirmado, por ejemplo, que “la política es el arte de lo posible”¹⁴. La necesidad parece generar pura eficacia: todo, todo se lleva adelante para sobrellevar la necesidad haciéndose caso omiso, llegado el caso, de lo que diga el Derecho, y todo puede hallar justificación en la necesidad, para arribarse, por ejemplo, a la llamada “razón de estado” sobre la que enseñara Maquiavelo¹⁵. Los tratados internacionales suelen incluir una cláusula de necesidad armónica con el principio de eficacia¹⁶. Ya en el plano normativo, Kelsen consideraba que una norma es eficaz si es verdaderamente acatada por la población relevante en general. De su parte, el ejercicio de la competencia, por parte del órgano, posee un fuerte componente de eficiencia, y las normas vigentes lo reflejan¹⁷, pero también posee un componente de eficacia pues su ejercicio es obligatorio¹⁸. Asimismo, la doctrina tradicional italiana se explaya sobre los actos de alcance general, emanados del poder ejecutivo, los cuales tienen “eficacia” de ley formal¹⁹.

La evaluación del éxito de una medida – eficacia – ninguna relación guarda, en principio, con la ponderación de la eficiencia de la misma²⁰. Se trata, entonces, de dos conceptos diversos, uno enderezado a la verificación de un resultado, y el otro, dirigido a evaluar costos involucrados en la obtención del resultado.

¹³ Ello fue explicado en SACRISTÁN, Estela. *Eficiencia...* *Op. cit.* p. 173 y ss.

¹⁴ “Die Politik ist die Lehre vom Möglichen”, expresión formulada por Otto von Bismarck en una entrevista el 11/8/1867 ante Friedrich Meyer von Waldeck, del diario *St. Petersburgische Zeitung*, reproducida en HEINRICH POSCHINGER, Ritter von. **Fürst Bismarck: neue Tischgespräche und Interviews**. v. 1. Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1895. p. 248.

¹⁵ Sobre el desarrollo histórico de la noción de necesidad, y su vinculación con la eficacia, puede verse DESIERO, Diane A. **Necessity and National Emergency Clauses**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012. p. 81 y ss.

¹⁶ DESIERO, Diane A., *Necessity...* *Op. cit.* p. 119.

¹⁷ Ver Dto. 333/1985, art. 4.3.3.: 4.3.3.: “Las actuaciones que acompañen el proyecto podrán contener una síntesis realizada sobre la base de los siguientes lineamientos: (...) c) Objetivos, finalidades o propósitos que se persiguen a través de la iniciativa.

d) Resultado que se espera obtener con la aplicación de la norma que se propone.

e) Costo que insumiría la medida propiciada (...).

¹⁸ Art. 3, LPA.

¹⁹ ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho administrativo**. t. I Trad. Buenaventura Pellié Prats. Barcelona: Bosch, 1970. p. 31 e índice en p. 363.

²⁰ Para un ejemplo de exigencia de eficacia de la contratación –art. II, inc. 2., Ley 24.759- véase la resolución 12/02 (B.O. 2/5/02) para el Sistema Nacional de Medios Públicos (Sociedad del Estado), por cuyo art. 1° se resuelve “establecer con carácter previo a efectuar toda contratación de bienes y servicios, la obligación de las gerencias respectivas, de emitir un dictamen sobre la equidad y la eficacia de tales contrataciones con relación a los fines perseguidos por esta Sociedad del Estado.”

Por último, las nociones de eficacia y de eficiencia conocen un bajo continuo de raíz humana: la *equidad*, que es, por decirlo en términos simples, un correctivo de la justicia²¹, o la justicia del caso en concreto²².

La equidad deviene un componente clave al apreciar una regulación. Ello se explicaría, suscintamente, así: (i) el Derecho puede ser concebido un coordinador o regulador de conductas: incluso como un coordinador de conductas, con justicia, o como coordinador de conductas orientadas al bien común²³; (ii) para asegurar un Derecho orientado al bien común, una regulación estatal debería ser eficaz – se logra el objetivo; eficiente – siempre parecería más eficiente una regulación que la mera costumbre pues “la formación de costumbre es un método tosco para generar soluciones autoritativas a los problemas de coordinación”²⁴, pero, además, esa regulación estatal debería ser equitativa, es decir, debería velar por evitar las sobregeneralizaciones injustas; (iii) si el Derecho, en palabras de Cotta, se da en el plano de la realización co-existencial del hombre²⁵, las regulaciones estatales tendrían que operar teniendo en cuenta esa realización coexistencial, que lleva, naturalmente, a efectuar, en el plano regulatorio, consideraciones que incluyan el componente de equidad o de corrección de la ciega sobregeneralización.

Veamos ahora lo relativo a estas nociones en dos ordenamientos – uno extranjero, el otro argentino – en el campo del Derecho público, para efectuar algunas acotaciones sobre su faz operativa y sus relaciones con los requerimientos de equidad, en especial en el campo de las regulaciones.

²¹ Conf. SMITH, Patricia (Org.). *The Nature and Process of Law – An Introduction to Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 759.

²² Es ineludible la lectura de ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. 19 ed. Ciudad del México: Porrúa, 2000. p. 71: “(...) 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”. Asimismo, para el tema específico de estos párrafos, me permito remitir a SACRISTÁN, Estela. *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ábaco, 2007. p. 148-181 y citas allí efectuadas.

²³ Sobre el Derecho como –sin perjuicio de ulteriores caracterizaciones– conjunto de reglas e instituciones dirigidas a razonablemente resolver cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad en pos del bien común de esa comunidad, ver FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1980. p. 276; ZAMBRANO, Pilar. El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de John Finnis. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. Ciudad de México, n° 4, p. 323-366, 2010. p. 346.

²⁴ FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*... *Op. cit.* p. 245.

²⁵ Ampliar en ZAMBRANO, Pilar. El Derecho como razón... *Op. cit.* p. 330: “La respuesta de Finnis, como la de Aquino y antes Aristóteles, asume un concepto teleológico de acción, donde el bien se constituye en fin necesario de todo obrar. El obrar se activa siempre en pos de un fin, y el fin que activa el ‘querer obrar’ es el bien conocido: cada vez que obramos buscamos o apeteceamos realizar algo que se nos representa como bueno”.

3. EL DERECHO COMPARADO NORTEAMERICANO

En los Estados Unidos, el análisis costo-beneficio – es decir, el análisis de la eficiencia- frente a las medidas que puede adoptar la Administración, es un deber jurídico²⁶ generalizado en el ámbito administrativo.

Entre otras, las medidas que exigen ese análisis son estas: Executive Order No. 12.291²⁷, por la cual todas las regulaciones deben aprobar una prueba de C/B; Executive Order No. 12.498²⁸, que requiere que las *agencies* envíen un plan anual regulatorio y que les exige que adhieran a los principios de C/B; Executive Order No. 12.866²⁹, por la cual expresamente se exige que las *agencies* incluyan la mensura cualitativa de los C/B.

Ahora, en la órbita del Poder Ejecutivo también se vela por la eficacia de sus decisiones en tiempos de emergencia. Así, consideremos estas antiguas órdenes ejecutivas del gobierno de Kennedy: O.E. 10990, permitiéndole al gobierno asumir todos los medios de transporte y el control de autopistas y puertos de ultramar; O.E. 10995, permitiéndole al gobierno tomar y dominar medios de comunicación; O.E. 10997, permitiéndole al gobierno tomar las generadoras eléctricas, productoras de gas y petróleo, refinerías, establecimientos mineros; O.E. 10998, permitiéndole ocupar plantas de alimentos y granjas; O.E. 11000, permitiéndole al gobierno movilizar a los civiles en brigadas bajo supervisión oficial; O.E. 11001, permitiéndole a gobierno asumir funciones en salud, educación y bienestar; O.E. 11002, estableciendo que el correo general operará un registro nacional de todas las personas; O.E. 11003, permitiéndole al gobierno tomar aeropuertos, aeronaves e incluso aeronaves comerciales; O.E. 11005, permitiéndole, al gobierno, tomar ferrocarriles, vías fluviales y depósitos fiscales; O.E. 11051 fijando las competencias de la Oficina de Planeamiento de Emergencia y autorizándola a hacer cumplir las órdenes ejecutivas en peocas de escalada de la tensión internacional o de crisis económica o financiera. Asimismo, de Lyndon Johnson, O.E. 11310, autorizando al Ministerio de Justicia a llevar adelante planes establecidos por el Poder Ejecutivo para instituir apoyo industrial, establecer vinculaciones entre el Legislativo y el Judicial, controlar a todos los extranjeros, operar las instituciones penales y correccionales, y aconsejar y asistir al Presidente. Es claro que todas ellas se vinculan a poderes de emergencia de guerra. No se vinculan a poderes de emergencia económica.

En cuanto al Poder Legislativo, existió un primer intento – en 1982 – de implantar el análisis de costo-beneficio – o análisis de eficiencia – por ley.

²⁶ Ampliar en HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. **A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis**. New York: AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002; y en TAWIL, Guido S. Racionalidad y formas en el derecho administrativo. *Revista La Ley*, Buenos Aires, diario del día 26/04/13, p 1-4.

²⁷ 3 Code of Federal Regulations 127 (1982).

²⁸ 3 Code of Federal Regulations 323 (1986).

²⁹ 3 Code of Federal Regulations 638, 639 (1994).

Si bien la iniciativa tuvo éxito en el Senado, fracasó en la Cámara de Diputados, por lo que el respectivo proyecto de ley no prosperó³⁰. Sin embargo, al nivel sectorial, se prevé el análisis de costo-beneficio en la legislación aplicable a decisiones de las *agencias*³¹ – es decir, los órganos y entes de la Administración, y en la relativa a la alimentación³², agua apta para el consumo³³, telecomunicaciones³⁴, entre otras. En cuanto a la eficacia, la medición de la efectividad de las leyes es medida por la GAO – Government Accounting Office, suerte de Auditoría General – que controla la eficacia de las leyes en materia de recursos tributarios, o leyes migratorias, entre otros supuestos.

La legislación también prevé la equidad en las regulaciones. Así, por ej., bajo el título 18 del Código Federal de Regulaciones (CFR), las regulaciones de la Federal Energy Regulatory Commission³⁵ estadounidense velan por dos importantes aspectos: (i) por que las tarifas de los transportistas de gas – actividad por demás regulada dado el monopolio natural involucrado y en interés del público usuario – sean “justas y equitativas” (*fair and equitable*)³⁶; y (ii) por que se “proteja a los clientes y participantes del mercado por medio de la supervisión de los cambiantes mercados de energía, incluyendo la mitigación del poder de mercado y el aseguramiento de resultados, de mercado, justos y equitativos (*fair and just*) para todos los participantes”

4. EL DERECHO ARGENTINO

Diversas normas positivas indican la preocupación del legislador argentino por los componentes de eficacia, eficiencia y equidad en las regulaciones. Veamos:

4.1. Eficiencia:

En el ámbito de ciertas contrataciones del Estado, en nuestro país, la introducción oficial del análisis de costo-beneficio en tanto herramienta que permite la determinación de la eficiencia de una medida se operó con la ley 24.759, de aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ley sancionada en 1996. Ello, en pos de la eficacia en la lucha contra la corrupción. Debe destacarse, a todo evento, que esa

³⁰ HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. A New Executive Order... *Op. cit.* p. 15.

³¹ Unfunded Mandates Reform Act, de 1995, por la cual la *agency* debe elegir la “alternativa menos costosa, más efectiva desde el punto de vista de los costos, o menos gravosa”, salvo que el responsable de aquella pueda fundar la no adopción de esa alternativa.

³² Food Quality Protection Act, de 1996.

³³ Safe Drinking Water Act Amendment, de 1996.

³⁴ Biennial Review Provision of the Telecommunications Act, de 1996.

³⁵ La FERC es una comisión reguladora independiente que recibe competencias de una serie de leyes: Natural Gas Act, de 1938; Natural Gas Policy Act de 1978; Outer Continental Shelf Lands Act, Natural Gas Wellhead Decontrol Act de 1989; y la Energy Policy Act de 1992.

³⁶ 18 CFR 284.123 - Rates and charges.

consagración se realiza de forma elíptica pues la norma no alude expresamente a medir la eficiencia de las decisiones sino a velar por la eficiencia, en pos de cierta eficacia en esa lucha. Veamos:

4.1.1. Derecho supranacional:

El Artículo III, inc. 5° de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996 –sobre la cual se ha explayado Gordillo detalladamente³⁷– establece que:

*(...)[L]os Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas (...) destinadas a crear, mantener y fortalecer: (...) 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la (...) eficiencia de tales sistemas.*³⁸

Tal disposición legal aparece como de índole preventiva, y es establecida teniendo en cuenta los fines consagrados en el Artículo II de la Convención, tales los de:

1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción (...).

Tres derivaciones pueden inferirse de estas dos transcripciones.

En primer lugar, la norma – en tanto instrumento para la obtención de decisiones eficientes – es aplicable no sólo a las contrataciones de funcionarios públicos, sino también a la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado. Por ende, trae implícito el análisis costo-beneficio pues las medidas o decisiones – en el caso, contrataciones – pueden ser consideradas eficientes en tanto sean adoptadas al menor costo y los costos se ponderan con relación a los beneficios. En otras palabras, como vimos en la sección 2 – al referirnos al análisis costo –beneficio, a la eficiencia y a la eficacia-, la decisión adoptada con previo análisis de costos y beneficios será eficiente³⁹; por ende, el objetivo de eficiencia establecido en la ley puede ser interpretado en el sentido de conllevar tal clase de análisis. También conlleva un análisis de eficiencia, de cara a la lucha contra la corrupción que se persigue mediante esa Convención.

³⁷ GORDILLO, Agustín. Tratado... *Op. cit.* p. XVI-15/17.

³⁸ Además del art. III, inc. 5° de la Convención aprobada por ley 24.759, del que da cuenta GORDILLO, *Tratado...*, cit., loc. cit. en nota anterior, véanse la ley 23.696, art. 69 sobre privatización de servicios y 23.697, arts. 43, 44, 56, 84; dto. 1023/01, arts. 3° inc. a) y 9°; dto. 992/01, art. 12 y cl. 1 del modelo de contrato para el sistema de administración de Unidad Ejecutora de Programa, en lo referido a decisiones eficientes.

³⁹ BUSTAMANTE, Jorge E. Desregulación... *Op. cit.* p. 17.

En segundo lugar, estos objetivos de eficiencia y eficacia alcanzan contrataciones de funcionarios públicos – v.gr., contrato de empleo público – así como adquisiciones de bienes (contratos de suministro) y servicios (una consultoría, servicios para proveer servicios a terceros).

Así las cosas, y en tercer lugar, si alcanzan a las contrataciones que efectúe la empresa estatal para prestar un servicio público. ¿alcanzarán también a los concesionarios y licenciarios de servicios públicos? A fin de brindar respuesta a este interrogante, es menester escudriñar la definición de “funcionario público” del art. 2.a) de la Convención del acápite. Veamos:

Por ‘funcionario público’ se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como ‘funcionario público’ en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por ‘funcionario público’ toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

La clase “toda otra persona... que presente un servicio público” requiere, para su operatividad, según la norma transcrita, de dos recaudos previos, uno objetivo, y otro subjetivo: “definición” y “aplicación”. Entendemos que una concesionaria o licenciataria de servicios público, en Argentina, no tipificaría en el segundo inciso pues, (i) si bien presta un servicio calificado por la ley formal del Estado Parte como servicio público con lo que se cumple la “definición” objetiva, (ii) subjetivamente no se halla comprendida ya que la norma convencional requiere que se trate de “toda otra persona que (...) preste un servicio público, según se (...) aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”⁴⁰. La esfera pertinente del ordenamiento jurídico de Argentina es el Derecho Administrativo, y según éste, las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos no son órganos o entes estatales ya que el Derecho Administrativo, en la hipótesis más amplia, comprende hasta las personas públicas

⁴⁰ “(ii) any other person who performs a public function, including for a public agency or public enterprise, or provides a public service, as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party; (...)”.

no estatales⁴¹. Las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos no son personas públicas no estatales, con lo que se hallan fuera de la mentada “esfera pertinente”. Tampoco son alcanzadas por el art. 1 de la Ley de Procedimientos Administrativos. De acuerdo con lo dicho, al no darse la sumatoria de requisitos (definición + aplicación), puede válidamente concluirse en la improcedencia de la inclusión de concesionarias y licenciatarias de servicios en el ámbito de aplicación de la Convención.

Ello, por cierto, no obsta a que el marco regulatorio específico del servicio público fije, como objetivos, además de la eficacia, la eficiencia⁴².

Retomando el texto de la Convención, y en virtud del inc. 12 del art. III, 12, corresponde a los Estados “[e]l estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público”. Así, si se llega hipotéticamente a interpretar que los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos argentinos están comprendidos en la Convención, tal aserto perdería sostén a poco que se advirtiera que no puede exigirse la sola eficiencia en sociedades comerciales que prestan servicios públicos pues se hallan sujetas a importantes recaudos de seguridad, y, por definición, la seguridad no se halla comprendida en el concepto de eficiencia. Por ende, aún cuando se los incluyera en el objetivo de eficiencia de la Convención, lo serían, mas en un marco de justa remuneración y de leal prestación del servicio: elementos ambos que han sido alterados en su esencia desde la sanción de la L. 25.561, que dispuso la pesificación y congelamiento de tarifas⁴³, con lo que se genera una nueva causal de inaplicabilidad de la Convención a esas prestadoras de servicios públicos.

4.1.2. Otra normativa:

Un concreto y claro ejemplo de adopción, por parte del legislador administrativo argentino, de la evaluación de la eficiencia de las medidas proviene del dto. 1154/97, sobre perjuicio fiscal, cuya reglamentación, por Res. 192/02, prevé un “piso” de economía a los fines del recupero de sumas que constituirían perjuicio fiscal: “el recupero de las sumas inferiores al equivalente del 50% de la asignación mensual básica de la remuneración correspondiente a los agentes Nivel “A” del Escalafón correspondiente al Sistema Nacional de la Profesión Administrativa, aprobado por Decreto N° 993/91, y sus modificatorios”.

En su momento, para licencias y concesiones de servicios públicos, el art. 15, inc. 7° de la L. 23696 contempló, en licenciatarios y concesionarios de servicios públicos

⁴¹ Puede verse: SACRISTÁN, Estela. Las personas no estatales como instrumento de gobierno. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – RAP**, Buenos Aires, v. 34, n° 408, p. 45-56, set./2012.

⁴² Puede ampliarse en: SACRISTÁN, Estela. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ábaco, 2007. esp. cap. VI.

⁴³ L. 25.561, art. 8 y conchs.

“(...) las condiciones (...) que aseguren la eficiente prestación del servicio y por el término que convenga para facilitar la operación. (...).

El art. 60, de dicha L. 23696, contemplaba las privatizaciones para “disminuir el gasto público, mejorar prestaciones o aumentar la eficiencia”. En todos los casos se exigirán una adecuada equivalencia entre la inversión efectivamente realizada y la rentabilidad”.

En materia contractual – y tengamos presente que las licencias y concesiones de servicios públicos son contratos, la eficiencia aparece replicada, también, en los arts. 1º, 3º y 9º del Dto. 1023/01 sobre contrataciones del sector público nacional, así como en su “reglamentación”, decreto 893/2012, especialmente en sus considerandos 1ro. (“fortalecer la competitividad de la economía o a mejorar la eficiencia de la Administración Nacional”) y 8 (“es prioridad introducir en dicha reglamentación tratamientos diferenciados para cada tipo de procedimiento de selección del contratista estatal, así como reglamentar nuevas modalidades de contratación y fijar reglas claras y precisas, a los fines de fortalecer y profundizar la eficiencia, la eficacia, la economía, la sencillez y la ética en la gestión de las contrataciones estatales”).

4.2. Eficacia:

Respecto de la eficacia, un concreto ejemplo de adopción, por parte del legislador administrativo, de la evaluación de la misma puede hallarse en el art. 47.d de la L. 23696 de reforma del Estado, donde se reguló un régimen de aprobaciones de contrataciones de emergencia, a efectos de que las mismas tuvieran eficacia, la cual se entiende evaluada de cara a la emergencia en dicha ley declarada.

4.3. Eficacia y eficiencia:

Tanto la eficacia como la eficiencia aparecen en la Ley de Puertos 24093, cuyo art. 22 prevé, entre las competencias de la autoridad portuaria, “d) Promover y hacer efectiva la modernización, eficacia y economicidad de cada uno de los puertos del Estado nacional”.

También aparecen ambas nociones como extremos a explicitar en la redacción de la síntesis que acompaña a los proyectos de decreto, art. 4.3.3. del Dto. 333/1985; de ello se colige que esos decretos estarán acompañados de una síntesis de sus aspectos de eficiencia y de eficacia, síntesis que resultará distinta de la motivación del decreto.

Similar temperamento se advierte en la L. 26338 de Ministerios, que prevé que “compete al Ministerio de Salud (...) 26. Entender en el desarrollo de estudios sobre epidemiología, economía de la salud y gestión de las acciones sanitarias de manera de mejorar la eficiencia, eficacia y calidad de las organizaciones públicas de salud”.

La ley 27161, de creación de la Empresa Argentina de Navegación Aérea, del 2015, declara servicio público esencial la navegación aérea en y desde Argentina, y alude a la seguridad, regularidad y eficiencia de la misma, y a la eficaz y eficiente gestión.

4.4. Equidad:

Pero la normativa también establece, en ocasiones, como objetivo, la equidad en forma conjunta con el objetivo de eficiencia, o mediante la mención de alguna sub-clase de equidad.

Con visión amplia, la L. 26831, de Mercado de Capitales fija, en su art. 39, la regla de que “[l]os sistemas de negociación de valores negociables bajo el régimen de oferta pública que se realicen en los mercados deben garantizar la plena vigencia de los principios de protección del inversor, equidad, eficiencia, transparencia, no fragmentación y reducción del riesgo sistémico”.

La Ley General del Medio Ambiente 25675 alude, en su art. 4, al principio de equidad intergeneracional. La L. 26741 de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, en su primer artículo, declara de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, “a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones”.

Similar invocación de la equidad social aparece en la ley del Banco Central de la República Argentina: la L. 26739 establece que:

Art. 2: Sustitúyese el art. 3º de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, aprobada por el art. 1º de la Ley 24.144 y sus modificaciones, por el siguiente: Art. 3º: El Banco tiene por finalidad promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social.

En el art. 76 de la Ley de Medios 26522 se establece que, en materia de pauta oficial, “[p]ara la inversión publicitaria oficial el Estado deberá contemplar criterios de equidad y razonabilidad en la distribución de la misma, atendiendo los objetivos comunicacionales del mensaje en cuestión”.

La L. 26221 de marco regulatorio de AySA prevé que, en su art. 4, que dicho marco regulatorio tiene, por objetivo, “g) [a]segurar que las tarifas y precios que se apliquen a los servicios sean razonables y contemplen criterios de equidad distributiva entre los usuarios, sin perjuicio de los subsidios que se establezcan para aquellos que económicamente no puedan acceder a pagar los servicios regulados”.

De tal modo, y a juego con los postulados del Estado Social de Derecho, se advierte una preocupación, del emisor de normas de alcance general, por la situación de los particulares, sea considerados individualmente o socialmente, y por la situación de entes en particular, considerados no sólo en sí mismos sino en relación con otros. De tal modo, parecen tenerse en cuenta las condiciones “comparativas” individuales, sociales o institucionales.

Tales consideraciones poseen la virtualidad de traer, al ruedo, consideraciones éticas pues sólo se puede ser equitativo allí donde sea posible serlo.

Aristóteles⁴⁴ nos enseña que:

“[L]a elección, no puede recaer sobre lo imposible (...). Deliberamos, entonces, sobre las cosas que dependen de nosotros y que podemos hacer. Y si tropezamos con lo imposible, desistimos, como cuando no podemos conseguir los recursos que necesitamos; pero si es posible, actuamos.”

Así las cosas, la decisión de alcance general, además de velar por la eficacia y la eficiencia, podrá tomar, en consideración, también, desde la atalaya de la ética, la equidad, más en la medida de lo que resulte “posible”.

5. LA CUESTIÓN DE LA EQUITAD ANTE LA EFICACIA Y A LA EFICIENCIA

El análisis costo-beneficio, que permite evaluar la eficiencia de las regulaciones, inicialmente aplicado a la evaluación de proyectos de inversión pública o privada, pasó a ser empleado también en el campo de las decisiones, en el estudio de cómo se arriba a decisiones.

La teoría de la decisión, en sentido amplio, estudia cómo arribar a decisiones “racionales”⁴⁵, e incluye, básicamente, tres formas⁴⁶, las cuales son las siguientes: a) la teoría de la decisión en sentido estricto o *decision theory*, que estudia decisiones racionales – es decir, aquellas que aseguran el máximo de beneficio al menor costo – en la medida en que cada una de ellas es tomada en un medio vacío de poder y competencia, y que sólo apunta a la búsqueda del máximo de utilidad o satisfacción, esto es, a soluciones económicamente eficientes; b) la teoría de los juegos o *game theory*, que hace lo mismo pero tomando en cuenta elementos de poder o dominación y de competencia; y c) la

⁴⁴ ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. 19 ed. Ciudad del México: Porrúa, 2000. p. 29/33.

⁴⁵ Conf. HÖFFE, Ottfried. *Estudios sobre teoría del Derecho y la Justicia*. Trad. SEÑA, J. 2a ed., Ciudad del México: Fontamara, 1997. p. 155.

⁴⁶ HÖFFE, Ottfried. *Estudios...* *Op. cit.* p. 157-166. Puede ampliarse, asimismo, en: DELFIN, Alejandra. *Teoría de la decisión*. In: SACRISTÁN, Estela B. (Org.). *Manual de jurisprudencia y doctrina*. Buenos Aires: La Ley, 2013. p. 545-568.

teoría de la decisión social o colectiva o *social decision theory*, que surge de la Economía del Bienestar, y que, enraizando en las anteriores, apunta a obtener decisiones colectivas en una situación de ausencia de dominación: se parte de intereses parciales para arribar a un interés total.

En materia de regulaciones económicas, en el marco de la normalidad, y también en el marco de la emergencia, se toman decisiones, y el decisor – ciertamente – apuntará a tomar una decisión racional. Bajo la teoría de la decisión en sentido estricto o *decision theory*, y desde el punto de vista de la información o punto de vista informacional, las decisiones – se tomen en un contexto de normalidad o de emergencia- pueden adoptarse en situación de a) certeza; b) bajo riesgo; o bien c) bajo incertidumbre o bajo ignorancia⁴⁷, según se conozcan con certeza o no los resultados de las alternativas. En tal proceso decisional, no se considera la “base” de información empleada, o su evaluación subjetiva – obsolescencia de los datos, científicidad de los mismos, autoridad de los autores, sino que lo que se toma en cuenta es la “certeza” sobre los resultados de las alternativas⁴⁸. Tampoco se consideran los valores – como podría ser la justicia de la medida –o fines plurales, sino los fines singulares – requiriéndose una sola ordenación de valores, pues sólo se trata de arribar a una decisión “racional”.

Se advertirá que, si eficacia es asegurarse de obtener el resultado, y eficiencia será obtenerlo al menor costo o de la forma más económica, y si la teoría de la decisión hace caso omiso de consideraciones morales o de valores compartidos – como podría ser el valor justicia, o la equidad, no importarán los aspectos virtuosos o no de la obtención de la eficacia o, en su caso, de la eficiencia: ella quedará relegada o desplazada por la pura moral utilitarista que mide costos y beneficios o utilidad en pos del juicio de eficiencia, es decir, de economicidad en la obtención de un resultado.

A su vez, como no se considerarán fines plurales sino singulares, las consideraciones de equidad – entendida como justicia del caso en concreto, con su intrínseco componente social o de alteridad o componente co-existencial, como se vió – parecerían hallarse destinadas a ser desplazadas e ignoradas en la aplicación. Mas no es ello lo que un sistema de Derecho puede prohiar si de regular o facilitar la vida en común se trata.

En este contexto, vale la pena tener presente que ciertas regulaciones – ciertos marcos regulatorios – previeron la obtención de resultados eficaces, eficientes y con consideración de la equidad. Ello, por cierto, en un marco de normalidad regulatorio-contratual, escenario que perdurara – como ya se expresara- hasta la sanción de la ley de emergencia 25.561, por cuyos arts. 8 y conchs. se pesificaran y congelaran las tarifas de concesiones y licencias de servicios públicos. De tal modo, podría argüirse que,

⁴⁷ HÖFFE, Ottfried. Estudios... *Op. cit.* p. 159/161.

⁴⁸ HÖFFE, Ottfried. *Idem. Ibidem.*

en épocas de emergencia – y la Argentina lo está, desde el 2002 – las consideraciones de equidad (entendida como justicia del caso en concreto) podría quedar velada, y con ella, la igualdad – como postulado del Estado Social de Derecho – se soslayaría pues es precisamente la equidad la que puede velar por que se salven las diferencias que provocan desigualdades.

Puede mencionarse, a modo de ejemplo, la ley de marco regulatorio eléctrico, que establece, como objetivos a lograr por el prestador del servicio público de distribución de electricidad, tanto: (i) la eficacia – es decir, que la energía eléctrica fuera existosamente transportada o distribuida – por medio de la obligación, del concesionario, de satisfacer la demanda de servicios de electricidad bajo las condiciones contractualmente acordadas⁴⁹; (ii) la eficiencia – que distribuyera energía eléctrica, al menor costo⁵⁰; y (iii) considerando aquellas situaciones que, por razones de equidad, meritaban un tratamiento en el que se suavizaran los efectos sobregenerales de la normativa⁵¹, como ser mediante reducciones de tarifas para usuarios electrodependientes. Cobra, en este contexto, relevancia, la idea de Derecho como “plan”⁵², en el cual se puede planear

⁴⁹ Puede verse L. 24065, del año 1992, art. 21: “Los distribuidores deberán satisfacer toda demanda de servicios de electricidad que les sea requerida en los términos de su contrato de concesión.

Los distribuidores serán responsables de atender todo incremento de demanda en su zona de concesión a usuarios finales, por lo que deberán asegurar su aprovisionamiento, celebrando los contratos de compraventa en bloque, que consideren convenientes. No podrán invocar el abastecimiento insuficiente de energía eléctrica como eximente de responsabilidad por el incumplimiento de las normas de calidad de servicio que se establezcan en su contrato de concesión.

A los efectos de dar cumplimiento a la obligación precedentemente establecida, el Ministerio de Infraestructura y Vivienda dictará la reglamentación que determine las condiciones en las que los distribuidores podrán contratar un porcentaje de su demanda en el mercado a término, debiendo cumplir los plazos de contratación y el volumen de energía asociada y demás condiciones que fije la reglamentación mencionada, para que los precios de los contratos formen parte del cálculo del precio de referencia que se menciona en el artículo 40, inciso c), de la presente ley y sus modificaciones.

Será responsabilidad del distribuidor, sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, la transmisión de toda la demanda de energía eléctrica a través de sus redes y las ampliaciones de instalaciones derivadas de todo incremento de demanda en su zona de concesión, en los términos del contrato de concesión.”

⁵⁰ Ver arts. 40, 41 y 42, L. 24065 en punto al eficiente desempeño del prestador; puede ampliarse, para el supuesto de distribución eléctrica, en nuestro Régimen de las tarifas... cit., ps. 379/384.

⁵¹ Ver Dto. 1398/92, art. 42, inc. a) (“El régimen tarifario y el cuadro tarifario que se establezcan en los contratos de concesión de distribución y comercialización de energía eléctrica, que se otorguen como resultado de la privatización de tal actividad en los términos del art. 95 de la L. 24065, podrá ser aplicable por un período inicial de diez (10) años, a los efectos de otorgar un marco de referencia adecuado a la prestación del servicio público. Inciso a) Sólo podrán mantenerse vigentes las reducciones de tarifas en favor de usuarios del sector pasivo, cuyo ingreso no exceda el haber que a tales efectos determine el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, de entidades de bien público sin fines de lucro debidamente registradas como tales y/o de sectores industriales electrointensivos, si se prevé una partida presupuestaria específica destinada a cubrir al concesionario la diferencia de ingresos que tal subsidio representa. En tales casos, el citado Ente deberá gestionar la habilitación de las respectivas partidas presupuestarias con cargo al área de gobierno a la que corresponda velar por el sector social subsidiado y deberá controlar la correcta aplicación del régimen tarifario diferencial por parte del distribuidor.”); Dto. 2443/92 (que establece el régimen special temporario para usuarios electrointensivos); Dto. 584/94 (acuerdo entre el Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires, Edeonor y Edesur, B.O. 27/4/1994, publicado sin anexos). (el destacado no es del original)

⁵² La tesis es desarrollada por SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 195 y ss.

cumplir, con los menores costos, destinando una porción de los ahorros en eficiencia a la satisfacción de requerimientos de equidad.

Todo ello, por cierto, únicamente en un contexto de normalidad, y no cuando las fórmulas aplicables han quedado derogadas o alteradas⁵³ pues, reiterando el concepto de Aristóteles, lo posible opera como límite a la consideración equitativa⁵⁴.

6. REFLEXIONES FINALES:

Desde el punto de vista de la economía moderna, el análisis de costo-beneficio puede ayudar a caracterizar la noción de eficiencia. La evaluación del éxito de una medida – eficacia – ninguna relación guarda, en principio, con la ponderación de la eficiencia de la misma. Las nociones de eficacia y de eficiencia conocen un bajo continuo de raíz humana que opera como tercer componente: la equidad, que es, por decirlo en términos simples, un correctivo de la justicia – aquella justicia que fluye de sobre generalizaciones en las que haya incurrido el legislador- para contemplar situaciones particulares, no comprendidas en las medidas generales. (sección 2)

La legislación estadounidense ha previsto regulaciones con consideración de esos tres componentes (sección 3), y lo mismo, con importantes matices, se advierte en las regulaciones argentinas (sección 4). Se demostró la interrelación entre los tres renglones – eficacia, eficiencia, equidad – en los marcos regulatorios de nuestro país, en un marco de normalidad regulatorio-contractual, en un supuesto de concesión de servicio público de distribución eléctrica (sección 5).

Como enseñaba el querido maestro Julio Comadira, la transformación del Estado debe “asegurar la justicia debida a quienes no pudieran sin culpa asumir las nuevas reglas de juego”⁵⁵. En el actual contexto, puede colegirse que la superación de medidas de emergencia – toda regulación de emergencia es, genéticamente, transitoria – podrá propiciar el restablecimiento de un equilibrio regulatorio-contractual. Y ese equilibrio hará imperar aquellas regulaciones enderezadas a obtener eficacia y eficiencia por parte de los actores, y esa misma base posibilitará, en su caso, la adopción de medidas regulatorias que contemplen situaciones que ameriten soluciones de equidad, tan necesarias en un moderno Estado Social de Derecho. Después de todo, esa es la integralidad que permite logros con economía y con justicia.

7. REFERENCIAS

⁵³ Así concluimos en: SACRISTÁN, Estela. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ábaco, 2007. p. 592.

⁵⁴ Ver n. 47.

⁵⁵ COMADIRA, Julio R. Introducción. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 267-268, p. 7-25, sept. 2003/ abril 2004. p. 24.

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho administrativo**. t. I Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

ARISTÓTELES. **Ética Nicomaquea**. 19 ed. Ciudad del México: Porrúa, 2000.

BEKER, Víctor A.; MOCHÓN, Francisco. **Economía**. Madrid: McGraw Hill, 1994.

BUSTAMANTE, Jorge E. **Desregulación – Entre el Derecho y la economía**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

CASSAGNE, Juan Carlos. Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 154, p. 441-462, 2001.

COMADIRA, Julio R. Introducción. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 267-268, p. 7-25, sept. 2003/abril 2004.

DELFIN, Alejandra. Teoría de la decisión. In: SACRISTÁN, Estela B. (Org.). **Manual de jurisprudencia y doctrina**. Buenos Aires: La Ley, 2013.

DESIERO, Diane A. **Necessity and National Emergency Clauses**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. Oxford: Clarendon Press, 1980.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5a ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GUASCH, J. Luis; HAHN, Robert W. The Costs and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries. **The World Bank Research Observer**. Washington D.C, v. 14, n° 1, p. 137-158, feb./1999.

HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. **A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis**. New York: AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002.

HEINRICH POSCHINGER, Ritter von. **Fürst Bismarck: neue Tischgespräche und Interviews**. v. 1. Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1895.

HÖFFE, Ottfried. **Estudios sobre teoría del Derecho y la Justicia**. Trad. SEÑA, J. 2a ed., Ciudad del México: Fontamara, 1997.

MASSIMINO, Leonardo F. Un aporte desde la ley nacional de procedimientos administrativos para el dictado de actos de alcance general eficientes (en especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas). **Derecho Administrativo Austral**, Buenos Aires, v. 1, p. 193-335, [2008?]

PEARCE, David W. (Org.). **The MIT Dictionary of Modern Economics**. 4 ed. Cambridge: The MIT Press, 1999.

SACRISTÁN, Estela. Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis de costo-beneficio). In: SCHEIBLER, Guillermo (Coord.). **El Derecho administrativo de la emergencia**. t. IV. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005.

SACRISTÁN, Estela. Eficiencia y Tarifas. *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, n° 36/38, p. 173-202, ene./dic. 2001.

SACRISTÁN, Estela. Las personas no estatales como instrumento de gobierno. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – RAP**, Buenos Aires, v. 34, n° 408, p. 45-56, set. 2012.

SACRISTÁN, Estela. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ábaco, 2007.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. **Economics**. 15 ed. New York: Mc Graw Hill, 1995.

SAVANTI, Victor (Org.). **La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos – Teoría y Experiencia Argentina Reciente**. Buenos Aires: Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, 1999.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SMITH, Patricia (Org.). **The Nature and Process of Law – An Introduction to Legal Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1993.

TAWIL, Guido S. Racionalidad y formas en el derecho administrativo. **Revista La Ley**, Buenos Aires, diario del día 26/04/13, p 1-4.

VALSECCHI, Francisco. **¿Qué es la Economía?** 20 ed. Buenos Aires: Macchi, 1996.

ZAMBRANO, Pilar. El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de John Finnis. **Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, Ciudad de México, n° 4, p. 323-366, 2010.





Los derechos humanos en México: un reto impostergable*

Human rights in Mexico: an undelayable challenge

RODRIGO SALAZAR MUÑOZ**

Universidad La Salle (México)
rodrigo.rrodros@gmail.com

Recebido/Received: 05.11.2015 / November 05th, 2015

Aprovado/Approved: 19.12.2015 / December 19th, 2015

Resumen

El documento contiene un análisis crítico sobre la realidad contemporánea de México, en la tutela de derechos humanos. Se sostiene que existe una crisis de derechos humanos en el país, al margen del régimen jurídico vigente. Para demostrar la hipótesis, se exponen las bondades del ordenamiento mexicano, explicando los principales aspectos de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y analizando los distintos mecanismos de tutela que operan (o que deberían operar) en el país. La crítica central se realiza contrastando el régimen jurídico con la realidad que le subyace. Finalmente, se afirma que el reto en la tutela de los derechos humanos va más allá de lo jurídico, para ubicarse en el plano de lo político y lo sociológico, pues se sostiene que la crisis no se resolverá modificando el régimen jurídico vigente, sino aplicándolo.

Palabras-clave: derechos humanos; derechos fundamentales; México; control constitucional; sistema interamericano de derechos humanos.

Abstract

This essay contains a critical analysis of Mexican reality regarding the protection of human rights. The main thesis holds the existence of a human rights crisis in spite of the protection offered by the valid legal framework. In order to demonstrate the hypothesis, first it will be exposed the virtues of the Mexican legal framework, explaining the main aspects of the latest human rights constitutional amendment and analyzing the different mechanisms of protection that operate (or should operate) in the country. Afterwards, the main critique will be done contrasting that legal framework with its actual operation. Finally, I will suggest that the way to protect human rights goes beyond the legal area, reaching the fields of Politics and Sociology, because the solution to surpass this crisis is not in the change of the legal order, but in its application.

Keywords: human rights; fundamental rights; Mexico; judicial review; inter-american human rights system.

Como citar esse artigo/How to cite this article: SALAZAR MUÑOZ, Rodrigo. Los derechos humanos en México: un reto impostergable. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 145-168, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45113>.

* Artículo soporte para la conferencia dictada en la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos – ULASALLE, en San José, Costa Rica, el 8 de octubre de 2015.

** Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, Campus Ciudad de México (Ciudad de México, México), donde también ha sido Jefe de la Carrera de Derecho. Candidato a Doctor en Derecho, Maestro en Ciencias Jurídicas, Maestro en Derecho Administrativo y Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana, donde también es Catedrático. Catedrático de la Universidad ORT México. Especialista en Comercio Exterior por la Universidad Complutense de Madrid. Miembro de la Barra Mexicana Colegio de Abogados y del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

SUMARIO

1. Nota introductoria; **2.** La reforma constitucional en materia de derechos humanos; **3.** Los mecanismos de defensa de los derechos humanos; **3.1.** Mecanismos de tutela relacionados con el control constitucional; **3.1.1.** Control concentrado; **3.1.2.** Control por determinación constitucional específica; **3.1.3.** Control constitucional difuso; **3.1.4.** Control por interpretación conforme al principio pro persona; **3.2.** Mecanismos de tutela relacionados con el Sistema Interamericano de tutela de Derechos Humanos; **3.2.1.** Informes y recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; **3.2.2.** Consultas y fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; **3.2.3.** Control difuso de convencionalidad realizado en sede interna; **3.3.** Mecanismos a cargo de organismos públicos de protección de derechos humanos; **3.3.1.** Recomendaciones realizadas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; **3.3.2.** Recomendaciones realizadas por las comisiones locales de tutela de derechos humanos; **4.** La realidad, detrás del régimen jurídico; **4.1.** Algunas cifras: año 2014; **4.2.** Las observaciones preliminares de la visita in loco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; **4.3.** La postura del gobierno ante las observaciones preliminares de la Comisión; **4.4.** La visita a México, realizada por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos; **5.** A manera de conclusión: el reto impostergable de los derechos humanos en México; **6.** Referencias.

1. NOTA INTRODUCTORIA

“Para un país que no se encuentra en medio de un conflicto, las cifras calculadas son, simplemente, impactantes: 151,233 personas asesinadas entre diciembre de 2006 y agosto de 2015, incluyendo miles de migrantes en tránsito. Desde 2007, hay al menos 26,000 personas cuyo paradero se desconoce, muchas posiblemente como resultado de desapariciones forzadas. Miles de mujeres y niñas son abusadas sexualmente o se convierten en víctimas de feminicidio. Y prácticamente nadie ha sido condenado por dichos crímenes.”¹

Zeid Ra’ad Hussein

El presente estudio se presenta en un momento crítico para México. Como mexicano, resulta sumamente complicado hablar de los retos de los derechos humanos, en un momento en el que nuestro país ha sido protagonista de un sinnúmero de casos de violaciones a la dignidad humana, llamando la atención de la opinión pública nacional e internacional.

Asuntos como la desaparición de los 43 normalistas de Ayotzinapa, la masacre de civiles en Tlatlaya por parte del ejército, la persecución y asesinatos a periodistas, o

¹ Declaración del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Zeid Ra’ad Al Hussein, con motivo de su visita a México en octubre de 2015. Visible en: http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=767:declaracion-del-alto-comisionado-de-la-onu-para-los-derechos-humanos-zeid-ra-ad-al-hussein-con-motivo-de-su-visita-a-mexico&Itemid=265 recuperada el 15 de octubre de 2015.

las matanzas grupales realizadas por los narcotraficantes, son tan sólo algunos casos que ejemplifican la realidad mexicana: la crisis de los derechos humanos.

A lo largo de este artículo, expondremos algunas peculiaridades de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, y su impacto en el ordenamiento jurídico mexicano. También mostraremos la gran gama de mecanismos e instituciones de tutela de derechos humanos que existen –en el ámbito jurídico- y que “operan” o deberían operar en México.

Sería absurdo para un análisis de éste tipo, limitarnos a abordar el régimen jurídico, sin contrastarlo con la realidad. Por tal motivo, también expondremos algunas estadísticas oficiales y algunos casos paradigmáticos de violaciones a los derechos humanos en México, para mostrar su verdadera situación y los retos que enfrenta en esa materia.

2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

México había quedado rezagado del avance que habían tenido tanto los países europeos, como los latinoamericanos que pertenecen al Sistema Interamericano, en la tutela de los derechos humanos. Ello atendió, entre otras causas, a los diversos criterios jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación, dictados entre los años 1988 y 2010², que sirvieron de base para construir un sistema jurídico legalista, regido por un control constitucional concentrado, en el que todos los operadores jurídicos tenían la ineludible obligación de aplicar la Ley, aunque ésta violentara claramente derechos humanos. La invalidación de la Ley violatoria de derechos humanos se sujetaba a la posterior revisión de su constitucionalidad, por parte de los órganos del Poder Judicial de la Federación, para aquellas personas que podían costear el juicio de amparo.

En el año 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado Mexicano a tutelar y garantizar los derechos humanos de las personas, y a que todos los órganos jurisdiccionales del país ejecuten el control difuso de convencionalidad *ex officio*³, entre otras tantas condenas realizadas en el Caso Radilla.

La sentencia del Caso Radilla fue analizada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente de la consulta varios 912/2010. El fallo a la consulta marca una serie de cambios paradigmáticos en el sistema jurídico mexicano,

² Como la Jurisprudencia 74/1999, expedida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro establece “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”. Tesis P/J., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 5.

³ Cfr. “Sentencia de la ColDH de 23 de noviembre de 2009, en el caso Radilla Pacheco VS Estados Unidos Mexicanos”, en COSSÍO DÍAZ, José R; MEJÍA GARZA, Raúl; ROJAS ZAMUDIO, Laura P. **El caso radilla estudios y documentos**. Ciudad de México: Porrúa, 2012. p. 354.

pues pone fin a los criterios jurisprudenciales relacionados con el control constitucional concentrado, al resolver que en México no sólo debe aplicarse el control difuso de convencionalidad *ex officio*, sino que éste debía ser congruente con el sistema de control constitucional mexicano; reinstaurando con ello, la vigencia y aplicación del control constitucional difuso (a la usanza norteamericana⁴), junto con el control concentrado y con los controles realizados por determinación constitucional específica y por interpretación conforme al principio pro persona.

Lo anterior marca la consolidación del modelo mixto de control constitucional que rige en México, del que participan todas las autoridades, sin importar el nivel de gobierno al que pertenezcan o el tipo de funciones que realicen. El nuevo modelo pretende garantizar que en todo acto de autoridad prevalezca la tutela por los derechos humanos y el respeto por el ordenamiento fundamental⁵.

El cambio de modelo se debe, entre otras cosas, a la reforma constitucional del año 2011 en materia de derechos humanos. Gracias a la reforma, se modificó el Capítulo Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cambiando la base conceptual que prevalecía sobre las garantías individuales, que eran otorgadas por el Estado, para dar paso a la base de los derechos humanos, que son preexistentes al derecho positivo e inherentes a la persona⁶.

De la misma manera, a consecuencia de la reforma, todas las normas que reconocen derechos humanos deben interpretarse a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales de la materia, otorgando el mayor beneficio del interesado, mediante la interpretación conforme al principio *pro personae*⁷.

Además, la reforma trajo como consecuencia la obligación de todas las autoridades del Estado mexicano (en todos sus niveles de gobierno, poderes, etc.) de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, en toda actuación, al ordenar que:

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*⁸

⁴ El actual artículo 133 constitucional es una copia del 126 de la Constitución de 1857. Ambos son una transcripción del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América, disposición en la que se establece la obligación de todos los jueces locales a preferir la Constitución Federal sobre las normas locales que la contravengan. Cfr. Art. 133. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

⁵ Cfr. "Resolución del expediente varios 912/2010". En: Cossío Díaz, José R., *et. al.*, *op. cit.*, pp. 876-880.

⁶ Cfr. Art. 1o. *Ídem*.

⁷ El principio *pro personae* supone que cuando existen distintas interpretaciones posibles respecto de una situación jurídica concreta, se deberá elegir aquella que ofrezca una protección más amplia para el titular de los derechos humanos. Cfr. *Ídem*.

⁸ *Ídem*.

Recientemente, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó el artículo primero constitucional en la contradicción de tesis 293/2011. Al efecto, consideró que los derechos humanos reconocidos en fuente constitucional o internacional tienen la misma eficacia normativa.

En la sesión en la que se resolvió la contradicción de tesis antes mencionada, la Ministro Sánchez Cordero afirmó que comparte “[...] *la existencia –llamémosle– de un bloque de derechos o pluralismo constitucional o masa de derechos humanos en los que se integran en el mismo rango la Norma Suprema y los provenientes de fuente internacional [...]*”⁹.

En la contradicción de tesis, el Pleno interpretó el alcance del artículo primero constitucional en la Jurisprudencia cuyo rubro establece:

*DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL “PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.”*¹⁰

- En dicho criterio, el Pleno resolvió que:
- Los derechos fundamentales constituyen el parámetro de regularidad normativa de toda interpretación constitucional, con independencia del ordenamiento en el que se encuentren reconocidos.

⁹ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 3 de septiembre de 2013”, México, pp. 5 y 6, 1º de agosto de 2014, https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/03092013PO.pdf recuperado el 15 de junio de 2014.

¹⁰ Cfr. “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL “PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1º. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.” *Semanario Judicial de la Federación*, 10ª Época, Pleno, viernes 25 de abril de 2014, tesis P./J. 20/2014.

- La Constitución y los tratados internacionales no se relacionan en términos jerárquicos.
- En México no existe el bloque de constitucionalidad, pues la Constitución Federal se impone como norma suprema del sistema jurídico. Por ello, las otras normas, incluyendo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, deben ajustarse al ordenamiento constitucional.
- En toda interpretación relacionada con derechos humanos deben prevalecer y se deben respetar los límites que la Constitución establece para su ejercicio, frente a la mayor amplitud o protección que pueda ofrecer algún tratado internacional de la materia.

3. LOS MECANISMOS DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Tradicionalmente, la doctrina mexicana ha agrupado los mecanismos de defensa de los derechos humanos en mecanismos de protección jurisdiccional y de protección no jurisdiccional. La primera “[...] *está a cargo del Poder Judicial, en la clásica división de poderes: los jueces ‘se han considerado como los guardianes naturales de los derechos del hombre’*”¹¹; mientras que la segunda refiere a la protección realizada por:

*[...] los organismos de protección de derechos humanos, con fundamento en el apartado B del artículo 102 constitucional. A través de quejas, sin formalismos jurídicos, en contra de actos y omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación. No pueden conocer de asuntos en materia electoral ni jurisdiccional. Sus decisiones no son vinculantes. La presentación de quejas no afecta al ejercicio de otros derechos y medios de defensa que puedan corresponder a los afectados conforme a las leyes. Tiene a su cargo la promoción de los derechos humanos.*¹²

Sostenemos que la anterior clasificación resulta insuficiente para la nueva gama de mecanismos de tutela de los derechos humanos en México, pues deja fuera a otros medios de defensa, como el aplicado al realizar la interpretación conforme al principio pro persona o al ejercer el control difuso, por mencionar algunos.

Por lo anterior es que nos vemos en la necesidad de alejarnos de la clasificación tradicional y de proponer una nueva categorización de los mecanismos de tutela de derechos humanos que operan en México, atendiendo a tres criterios: los relacionados con el control constitucional, los relacionados con el Sistema Interamericano de tutela

¹¹ CASTAÑEDA, Mireya. **La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México**. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011. p. 21.

¹² CASTAÑEDA, Mireya. **La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México**. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011. p.24.

de derechos humanos y los relacionados con los organismos estatales de tutela de derechos humanos.

3.1. Mecanismos de tutela relacionados con el control constitucional

El control constitucional no sólo sirve para garantizar el principio de supremacía constitucional, sino que también funge como un mecanismo de tutela de los derechos humanos reconocidos en la norma suprema. Ello atiende a que en la Constitución no sólo se recogen normas programáticas u orgánicas, sino que también se contienen otras normas que reconocen e institucionalizan derechos humanos.

El modelo mexicano de control constitucional ha variado a lo largo de la historia del México independiente. Dicho cambio ha dependido, como ya se mencionó, de los criterios jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación.

En la resolución a la consulta varios 912/2010, el Pleno reconoció de manera expresa que la Constitución mexicana está protegida por cuatro tipos de control constitucional¹³: control concentrado o directo, control por determinación constitucional específica, control difuso y control por interpretación conforme al principio pro persona. De los cuatro tipos se desprenden algunos subtipos, mismos que expondremos a continuación:

3.1.1. Control concentrado

El control concentrado o directo es realizado por los tribunales de amparo del Poder Judicial de la Federación, mediante los siguientes mecanismos: controversias constitucionales¹⁴, acciones de inconstitucionalidad¹⁵, amparo indirecto (del que puede emanar una declaratoria general de inconstitucionalidad¹⁶) y amparo directo. Con excepción de los juicios de amparo, las resoluciones de los mecanismos de control

¹³ Cfr. "Resolución del Expediente Varios 912/2010". En: Cossío Díaz, José R., et. al., *óp. cit.* pp. 876-880.

¹⁴ "De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre: a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal; b) La Federación y un municipio; c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal [...] la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos" Art. 105, F. I, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁵ "De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos." Art. 105, F. II, *Ídem*.

¹⁶ "Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria." Art. 107, F. II, *Ídem*.

restantes tienen efectos erga omnes, siempre que sean aprobados por ocho de los once ministros que integran el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El juicio de amparo es el mecanismo de tutela de los derechos humanos más importante de México. Gracias al amparo, cualquier persona que aduzca tener un interés jurídico o legítimo puede acudir ante los órganos del Poder Judicial de la Federación para combatir los actos de autoridad que violenten derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de la materia; y, en caso de ser procedente, otorga la protección de la justicia de la unión, declarando la irregularidad del acto, provocando su invalidez, restituyendo a la persona afectada en el goce del derecho humano que le fue violentado, y garantizando la no repetición del acto¹⁷.

Al control concentrado también se le denomina directo, debido a que la Constitución mexicana otorga una competencia específica de control constitucional a los órganos del Poder Judicial de la Federación, y a que se ejerce en procesos cuya Litis principal versa sobre la constitucionalidad de normas secundarias, sean generales o individualizadas.

Finalmente, precisaremos que los mecanismos de control constitucional concentrado tienen por objeto la invalidación (con efectos erga omnes o con inter partes, dependiendo del mecanismo de control de que se trate) de las normas que violenten los derechos humanos reconocidos en la Constitución.

3.1.2. *Control por determinación constitucional específica*

El control por determinación constitucional específica es realizado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. No forma parte del control concentrado o directo, ya que se ejecuta en procesos cuya Litis principal no versa sobre la constitucionalidad de una norma, aunado a que dicho tribunal no tiene competencia para invalidar normas inconstitucionales.

Se denomina control por determinación constitucional específica, debido a que la Constitución mexicana faculta expresamente al Tribunal Electoral para ejercer el control constitucional, mediante la inaplicación de la norma que violente derechos humanos, en un caso concreto¹⁸.

¹⁷ Cfr. Art. 107, F.I. Ídem. Véase SALAZAR MUÑOZ, Rodrigo. Algunas Consideraciones sobre la Declaratoria General de Inconstitucionalidad. *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad la Salle*, Ciudad de México, vol. 11, n. 22, p. 97-116, ene. 2014.

¹⁸ "Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación." Art. 99, párrafo 6º, Ídem.

3.1.3. Control constitucional difuso

El artículo 133 constitucional regula lo concerniente a la ejecución del control constitucional difuso en México. La disposición otorga competencia a los jueces locales para que ajusten sus fallos a lo dispuesto por la Constitución, dejando fuera del ámbito de aplicación a los otros órganos jurisdiccionales del Estado mexicano.

En relación al control difuso, en la resolución al expediente varios 912/2010, el Pleno amplió el ámbito de aplicación del control constitucional difuso a todos los órganos del Estado mexicano que ejerzan funciones materialmente jurisdiccionales, cuando no realicen función de control concentrado ni por determinación constitucional específica.

En el ámbito federal, el control difuso es realizado por los Juzgados de Distrito, Tribunales Unitarios de Proceso Federal del Poder Judicial de la Federación, en los procesos cuya Litis principal no verse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de actos o de normas; es decir, en procesos ordinarios. También se ejecuta por órganos jurisdiccionales administrativos que no forman parte del Poder Judicial Federal, como es el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (hoy denominado Tribunal de Justicia Administrativa), y por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.

Por lo que hace al ámbito local, el control difuso se realiza por los jueces locales, tribunales administrativos locales y juzgados o tribunales electorales locales.

Se denomina difuso porque la competencia de control constitucional se reparte entre el universo de órganos jurisdiccionales del Estado mexicano que no realizan funciones de control concentrado o por determinación constitucional específica. En México, el control se realiza con base en la interpretación conforme al principio pro persona, en tres pasos¹⁹.

El primer paso consiste en realizar una interpretación conforme en sentido amplio, en la que los órganos jurisdiccionales interpreten el ordenamiento jurídico a la luz de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo a la persona con la protección más amplia.

El segundo paso parte de la constitucionalidad de la ley aplicable, siempre que existan distintas interpretaciones jurídicamente válidas. En cuyo caso, se realiza la interpretación conforme al principio pro persona en sentido estricto, que consiste en preferir la interpretación que provoque la mayor protección de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

El tercer paso consiste en la inaplicación de la norma secundaria, siempre que exista imposibilidad de llevar a cabo los dos pasos anteriores, al ser incompatible con los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los tratados internacionales.

¹⁹ Cfr. "Resolución del Expediente Varios 912/2010". En Cossío Díaz, José R. *et. al.*, *óp. cit.* pp. 876-880.

3.1.4. Control por interpretación conforme al principio *pro persona*

El control por interpretación más favorable es ejecutado por el resto de las autoridades del país, entre las que se encuentran las administrativas, en cumplimiento al principio *pro persona* reconocido en el artículo 1º constitucional²⁰.

Respecto del referido control, el Pleno se opuso en el fallo al expediente varios 912/2010 a que las autoridades administrativas inapliquen las normas inconstitucionales. Pese a ello, el Pleno sí les reconoció facultades para realizar la interpretación conforme al principio *pro persona* de las normas que aplican, en sentido amplio y en sentido estricto.

Consideramos que lo anterior violenta derechos humanos, ya que las autoridades quedan imposibilitadas para dejar de observar la Ley que violenta o vulnera de manera clara y evidente tales derechos.

3.2. Mecanismos de tutela relacionados con el Sistema Interamericano de tutela de Derechos Humanos

En el año 1969, los miembros de la Organización de Estados Americanos redactaron, en San José de Costa Rica, uno de los documentos más importantes que se han expedido en materia de tutela de derechos humanos del Continente Americano: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978²¹.

La Convención, que es obligatoria para todos los Estados que la han ratificado (México desde el año 1981²²) contiene un catálogo de derechos humanos y una serie de mecanismos encaminados a tutelarlos. Su texto crea a dos órganos de tutela de derechos humanos, de suma importancia para la región²³: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A continuación describiremos los mecanismos de tutela de derechos humanos que se relacionan con el Sistema Interamericano:

²⁰ En la reforma de Derechos Humanos de 2011, se incluyó la figura de la interpretación conforme a la Constitución y a los tratados internacionales y al efecto establece que todas las normas que reconozcan derechos humanos (del rango jerárquico que sean) se deberán interpretar y aplicar mediante el principio *pro personae*, es decir, a la luz de los dos ordenamientos, con el mayor beneficio a la persona, Cfr. Art. 1, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²² http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm recuperado el 14 de septiembre de 2015.

²³ Art. 33. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.2.1. *Informes y recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*²⁴

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene la función de “[...] *promover la observancia y la defensa de los derechos humanos [...]*”²⁵. Para lograrlo, *tiene competencia para formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros, para que “[...] adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos]*”²⁶.

La Comisión Interamericana actúa con base en las peticiones, denuncias y quejas que le son presentadas por cualquier persona o entidad no gubernamental, que sea legítimamente reconocida en algún Estado miembro, analizando los hechos o acontecimientos que se estiman violatorios de los derechos humanos reconocidos en la Convención y en otros tratados internacionales de la materia.

Para que la petición sea admitida es necesario que previamente se hayan agotado todos los recursos internos que sirvan para salvaguardar los derechos humanos violentados, debiendo presentar la solicitud en un plazo de seis meses, contados a partir de la última resolución definitiva; siempre que el asunto no se encuentre sub judice ante otro organismo internacional.

La Comisión Interamericana está facultada para, una vez realizada la investigación correspondiente, emitir recomendaciones a un Estado miembro sobre las violaciones cometidas a los derechos humanos de las personas, otorgándole un plazo para adoptarlas. Una vez transcurrido el plazo para cumplir las recomendaciones, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado en cuestión ha tomado, o no, las medidas adecuadas de tutela de derechos humanos, y si publica o no un informe.

Resulta conveniente precisar que la Comisión Interamericana tiene competencia para someter casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que los informes, conclusiones y recomendaciones que emite poseen un notorio valor moral y jurídico.

3.2.2. *Consultas y fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

De acuerdo a su estatuto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza dos principales funciones: una jurisdiccional y una consultiva.²⁷

²⁴ Cfr. Capítulo VII. *Ídem*.

²⁵ Art. 41, *Ídem*.

²⁶ *Ídem*.

²⁷ Art. 2. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La competencia consultiva de la Corte Interamericana consiste en²⁸ resolver las solicitudes planteadas por los Estados miembros sobre la interpretación de la Convención y de otros tratados internacionales en materia de derechos humanos. La Corte también es competente para emitir opiniones relacionadas con la compatibilidad de las normas internas de los Estados miembro con los tratados internacionales.

Por lo que hace a su función jurisdiccional, la Corte Interamericana conoce de los asuntos planteados por la Comisión Interamericana, y por los estados parte, siempre que se agote el principio de definitividad, al interponer todos los medios de defensa que el Derecho interno otorgue a los afectados.

Respecto de la jurisdicción de la Corte Interamericana en los Estados miembro, la Convención refiere lo siguiente:

*Artículo 62: 1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión a esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.*²⁹

Así, cuando los Estados miembros la jurisdicción de la Corte Interamericana jurisdicción, ésta podrá conocer de cualquier caso relacionado con la interpretación y con la aplicación de la Convención. Cuando la Corte Interamericana resuelva asuntos en los que se violente algún derecho humano reconocido en la Convención, por parte de algún Estado, ordenará que se restituya al lesionado en el goce de su derecho y, de ser procedente, que se repare el daño causado, con el pago de una indemnización.

Resulta conveniente destacar que desde el año 1998, México reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención, de conformidad con su artículo 62.1, según se desprende de la siguiente transcripción:

*1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*³⁰

²⁸ Cfr. Art. 64. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁹ Ídem.

³⁰ Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. México. Visible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/16121998.pdf> recuperado el 19 de octubre de 2015.

En el reconocimiento, México realizó dos reservas la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana: respecto de cualquier caso relacionado con extranjeros³¹ y respecto de los casos cuyos hechos hayan acontecido con anterioridad a la fecha del reconocimiento de jurisdicción.

3.2.3. Control difuso de convencionalidad realizado en sede interna

Para Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

*El 'control difuso de convencionalidad' constituye un nuevo paradigma que deben ejercer todos los jueces mexicanos. Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales; y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano con jurisdicción del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que interpreta de manera "última" y "definitiva" el Pacto de san José.*³²

En México, el control difuso de convencionalidad se instituyó desde el año 2011, como consecuencia de la sentencia del Caso Radilla, en la que la Corte Interamericana resolvió, en su párrafo 339, lo siguiente:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un Tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en

³¹ Según lo dispone el artículo 33 constitucional, al que se refiere el decreto de reconocimiento de jurisdicción de la corte, que establece: "Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución. El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país" Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación Conforme y Control de Constitucionalidad, el Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Coords.). **La reforma de derechos humanos: un nuevo paradigma**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: Ciudad de México, 2011. p. 340.

*cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*³³

El párrafo 339 de la sentencia establece la pauta para que los jueces de los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos realicen el control de convencionalidad ex officio, pues los constriñe a analizar si las normas internas respetan lo dispuesto por la Convención Americana, y en caso de contradicción les ordena inaplicar la norma general violatoria del orden convencional.

El control difuso de convencionalidad no sólo se limita a inaplicar las normas que contravengan lo dispuesto por la Convención y por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino que también se realiza aplicando interpretación conforme, tanto en sentido amplio como en estricto, al igual que con el control difuso de constitucionalidad al que nos referimos anteriormente.

En el control difuso de convencionalidad realizado en México, el análisis o la interpretación del ordenamiento interno no sólo se realiza contrastándolo el texto de la Convención o con los demás tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por México. El control de convencionalidad también se realiza analizando las Jurisprudencias de la Corte Interamericana.

Desde el año 2013, todas las Jurisprudencia de la Corte Interamericana son vinculantes para el Estado mexicano, sin importar si México fue condenado en los fallos que dieron lugar a tales criterios. La Jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que refiere lo aquí mencionado lleva el rubro: *"JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA."*³⁴

Debemos destacar que con posterioridad a la anterior Jurisprudencia, el Pleno resolvió el expediente a la consulta varios 1396/2011, dando cuenta con dos nuevas

³³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación Conforme y Control de Constitucionalidad, el Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Coords.). **La reforma de derechos humanos: un nuevo paradigma**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: Ciudad de México, 2011. p. 354.

³⁴ De conformidad con lo resuelto en la Contradicción de Tesis 293/2011: *"JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos."* Semanario Judicial de la Federación, 10ª Época, Pleno, viernes 25 de abril de 2014, tesis P./J. 21/2014.

sentencias de la Corte Interamericana condenatorias al Estado mexicano, que versan sobre el control de convencionalidad realizado en México, respecto de la Jurisprudencia del tribunal interamericano:

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, la aplicación de dicha jurisprudencia debe hacerse en términos de colaboración y no contradicción con la jurisprudencia nacional, atendiendo en todo momento al principio pro persona.³⁵

Tomando como base lo expuesto en el presente apartado, en relación con el expediente varios 1396/2011 y a la contradicción de tesis 293/2011, podemos desprender tres reglas básicas de ejecución del control de convencionalidad en México, realizado por interpretación conforme o por la inaplicación de la norma:

Que el control de convencionalidad ejercido con base en los tratados internacionales en materia de derechos humanos se condiciona a la Constitución mexicana. Si ésta contiene límites a los derechos humanos, prevalecerá el ordenamiento constitucional frente a la mayor amplitud que pudiera aportar un tratado internacional de la materia.

- Que el control de convencionalidad realizado con base en la Jurisprudencia y en las sentencias de la Corte Interamericana también se condiciona a lo que disponga la Constitución mexicana. Si ésta contiene límites a los derechos humanos, prevalecerá su texto frente a la mayor amplitud que pueda aportar la Jurisprudencia o los fallos del tribunal interamericano.
- Que el control de convencionalidad realizado con base en la Jurisprudencia y las sentencias de la Corte Interamericana también se condiciona a lo resuelto por la Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, ya que prevalece la jurisprudencia nacional sobre la interamericana.

3.3. Mecanismos a cargo de organismos públicos de protección de derechos humanos

3.3.1. Recomendaciones realizadas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

La Constitución mexicana establece que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es el organismo constitucional autónomo competente para investigar hechos que constituyan violaciones graves a los derechos humanos, cuando así lo solicite el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador

³⁵ Sentencia del expediente de la consulta varios 1396/2011, publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 14 de agosto de 2015. Visible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5404091&fecha=14/08/2015 Recuperada el 19 de octubre de 2015.

de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, las legislaturas de las entidades federativas o los particulares³⁶.

Si después de realizadas las investigaciones correspondientes, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos considera que en un caso existió violación a los derechos humanos, emitirá una recomendación pública no vinculatoria³⁷.

La Ley que rige a la Comisión establece que todo servidor público que no acate las recomendaciones que emita, está obligado a fundar, motivar y hacer pública su negativa³⁸.

A diferencia de otros países, las pocas recomendaciones que ha llegado a emitir la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, no son cumplidas por las autoridades mexicanas, debido a que el ombudsman mexicano no posee el peso moral que sí tienen otros organismos nacionales, como la Defensoría de los Habitantes, en Costa Rica.

3.3.2. *Recomendaciones realizadas por las comisiones locales de tutela de derechos humanos*

La Constitución Federal establece la siguiente obligación a todas las entidades federativas:

*Las Constituciones de los Estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecerán y garantizarán la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos*³⁹.

Así, en México existen 32 comisiones de derechos humanos, en el ámbito local. Una de ellas, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal es competente para conocer sobre quejas y denuncias por presuntas violaciones a los derechos humanos, cuando fueren imputadas a cualquier autoridad o servidor público del Distrito Federal⁴⁰. Además, tiene facultad para formular propuestas conciliatorias entre el quejoso y las autoridades.

Al igual que la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la del Distrito Federal es competente para formular “[...] recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas”⁴¹.

³⁶ Cfr. Art. 102, Apartado B, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

³⁷ Cfr. Art. 6, F. III, *Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*.

³⁸ Cfr. Art. 46. *Idem*.

³⁹ Art. 102, Apartado B, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

⁴⁰ Cfr. Art. 3, *Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*.

⁴¹ Art. 17. *Idem*.

4. LA REALIDAD, DETRÁS DEL RÉGIMEN JURÍDICO

El régimen jurídico mexicano, que contempla un gran y basto abanico de mecanismos de tutela y protección de derechos humanos, es imperfecto. Los decretos de reforma constitucional y de promulgación de normas de tutela de los derechos humanos no se cumplen, ni se respetan como deberían.

En México, la verdadera situación de los derechos humanos no corresponde con el discurso demagógico establecido en nuestro ordenamiento, que termina siendo un catálogo normativo con buenas intenciones y poca aplicación.

A continuación, expondremos algunos datos relacionados con la realidad de los derechos humanos en México, detrás del régimen jurídico:

4.1. Algunas cifras: año 2014

Sólo en el año 2014⁴², la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió 500 denuncias sobre violaciones a derechos humanos cometidas en México. Se trata del mayor número registrado en dicho año, entre los demás países del continente americano.

De la misma manera, en 2014, la Comisión Interamericana dictó seis medidas cautelares para evitar que las víctimas sufrieran daños irreparables en los casos: Ayotzinapa, Tlatlaya, desaparición de activistas, agresiones a defensores de derechos humanos, contra comunicadores y periodistas, y en el relativo a la desaparición de Daniel Ramos Alfaro, presuntamente realizada por el ejército⁴³.

Cabe destacar que, en los últimos años, el Estado mexicano ha sido juzgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en nueve ocasiones, por presuntas violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana⁴⁴.

Por su parte, en el año 2014 se promovieron 1,042,074 juicios de amparo⁴⁵. El juicio de amparo es el mecanismo icónico de tutela de derechos humanos que opera en México, desde hace más de 140 años. El amparo procede en contra de "[...] *normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos*

⁴² Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe anual 2014*. Visible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2014/indice.asp> recuperado el 17 de septiembre de 2015.

⁴³ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Medidas Cautelares 2014*. Visible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp> recuperado el 14 de octubre de 2015.

⁴⁴ De acuerdo a los datos publicados por la Secretaría de Relaciones Exteriores. Visible en: <http://sre.gob.mx/direccion-general-de-derechos-humanos/scidh> recuperado el 17 de septiembre de 2015.

⁴⁵ Cfr. Consejo de la Judicatura Federal. *Anexo Estadístico 2014*. Visible en: http://www.dgepj.cjf.gob.mx/ane-xos/2014/graficas/PAN_NAL_TOT_14.pdf recuperado el 17 de septiembre de 2015.

Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte"⁴⁶.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos recibió un total de 8,455 quejas por presuntas violaciones a los derechos humanos en el año 2014. Resaltamos que la Comisión es una institución que cuesta mucho al erario público y que aporta muy poco a la tutela de los derechos humanos en México. De las 8,455 quejas sólo emitió 55 recomendaciones no vinculante,⁴⁷ que no compensan los \$1,416,381,046 pesos (\$108,952,388 dólares estadounidenses⁴⁸) que le fueron entregados a dicho organismo en ése ejercicio fiscal, para su operación.

Además, en el año 2014 sucedieron algunos de los casos más representativos de violaciones a derechos humanos cometidos en México. Entre ellos se encuentra la masacre de 22 civiles a manos de militares en Tlatlaya⁴⁹, la persecución y asesinatos a periodistas, la desaparición de los 43 normalistas de Ayotzinapa, y las matanzas grupales realizadas por los narcotraficantes, por mencionar algunos.

El número 43, que corresponde con los normalistas de Ayotzinapa desaparecidos, se ve sumamente superado por las cifras oficiales de personas desaparecidas, que se contienen en el Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas, que al 31 de diciembre de 2014 registró un total de 24,812 personas extraviadas. La estadística del Registro se concentró en 6 entidades federativas:

*El número de personas desaparecidas o no localizadas al 31 de diciembre de 2014, se distribuyó por entidades federativas como sigue: el 21.7% (5,392) se le vio por última vez en Tamaulipas; el 8.8% (2,184), en Jalisco; el 7.8% (1,947), en Nuevo León; el 7.8% (1,945), en el Estado de México; el 6.2% (1,540), en Chihuahua, y el 6.2% (1,536), en Sinaloa. La suma acumulada de las personas que al 31 de diciembre de 2014 permanecían como desaparecidas o no localizadas en estas seis entidades federativas representó el 58.6% del total nacional.*⁵⁰

⁴⁶ Art. 1º, Ley de Amparo, México.

⁴⁷ Cfr. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *Informe de actividades 2014*. Visible en: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/anales/2014.pdf> recuperado el 17 de septiembre de 2015.

⁴⁸ De acuerdo al tipo de cambio del primero de enero de 2014, visible en: http://www.sat.gob.mx/informacion_fiscal/tablas_indicadores/Paginas/tipo_cambio.aspx recuperado el 17 de septiembre de 2015.

⁴⁹ Cfr. Animal Político. *¿Qué ocurrió en Tlatlaya minuto a minuto, según la CNDH?*. Visible en: <http://www.animalpolitico.com/2014/10/la-matanza-del-ejercito-en-tlatlaya-segun-la-cndh/>

⁵⁰ Cfr. Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas. *Informe Anual 2014*. Visible en: http://www.senado.gob.mx/comisiones/derechos_humanos/docs/Informe_Anual_2014_RNPED.pdf recuperado el 7 de octubre de 2014.

Además del problema de personas desaparecidas, podemos sumar el de la tortura. Al día de hoy existen 4,055 denuncias de tortura. De ellas, 1,207 se imputan a miembros del ejército mexicano⁵¹.

El panorama anteriormente esbozado apenas constituye una pequeña muestra del entorno de los derechos humanos en México, pero nos permite ubicar la presente cátedra en la realidad que subyace al régimen jurídico vigente: una crisis en la tutela y en el respeto por los derechos humanos.

4.2. Las observaciones preliminares de la visita in loco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵²

Del 28 de septiembre al 2 de octubre, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó una visita in loco⁵³, donde pudo constatar parte de la situación de derechos humanos que enfrenta México, haciendo especial énfasis en los casos de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, tortura y violencia contra periodistas, defensores y defensoras de derechos humanos.

La Comisión se reunió con autoridades de los tres poderes y de los distintos niveles de gobierno, y con representantes de las organizaciones de la sociedad civil, periodistas, académicos, víctimas, familiares de víctimas y testigos; visitando los Estados de Coahuila, Guerrero, Nuevo León, Tabasco y Veracruz, así como la Ciudad de México.

La visita no sólo se realizó para dar seguimiento al Caso Ayotzinapa, sino que también se efectuó para constatar otros tantos casos de violación de derechos humanos sucedidos en los últimos años en México, que han sido investigados por la Comisión en los últimos meses.

Al concluir la visita, los miembros de la Comisión Interamericana emitieron una serie de observaciones previas, en las que:

La Comisión Interamericana constató en terreno la grave crisis de derechos humanos que vive México, caracterizada por una situación extrema de inseguridad y violencia;

⁵¹ De acuerdo con los datos presentados por distintas organizaciones de la sociedad civil. *Carta al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Visible en: http://www.idheas.org.mx/wp-content/uploads/2015/10/150929-Carta_Zeid4.pdf recuperado el 6 de octubre de 2015.

⁵² Para conocer las observaciones preliminares de la visita in loco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos visitar el sitio de la Organización de Estados Americanos en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/112A.asp> recuperado el 7 de octubre de 2015.

⁵³ “La delegación estuvo conformada por la Presidenta de la CIDH, Rose-Marie Belle Antoine; el Primer Vicepresidente, James Cavallaro; el Comisionado Felipe González y las Comisionadas Tracy Robinson y Rosa María Ortiz. Asimismo, integraron la delegación el Secretario Ejecutivo, Emilio Álvarez Icaza Longoria; la Secretaria Ejecutiva Adjunta, Elizabeth Abi-Mershed; el Relator Especial para la Libertad de Expresión, Edison Lanza; las y los especialistas en derechos humanos de la Secretaría Ejecutiva, Débora Benchoam, Álvaro Botero, Sofía Galván, Fiorella Melzi, Efrén Olivares, Viviana Ordoñez y Tania Reneaum, los y las especialistas en prensa y comunicación, Federico Blanco, Andrea Ramírez Rentería y María Isabel Rivero; y la especialista en documentos, Gloria Hansen.”. *Idem*.

*graves violaciones, en especial desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y tortura; niveles críticos de impunidad y una atención inadecuada e insuficiente a las víctimas y familiares [...].*⁵⁴

Como consecuencia de lo anterior, la Comisión emitió 22 recomendaciones al Estado mexicano, entre las que se encuentran: el retiro gradual del ejército en la seguridad pública, la eliminación de la figura del arraigo, la adopción de una ley nacional sobre desaparición forzada y tortura, el establecimiento de mecanismos de búsqueda inmediata ante los desaparecidos, y asumir la responsabilidad histórica del Estado mexicano sobre las graves violaciones a los derechos humanos realizadas en el país.

4.3. La postura del gobierno ante las observaciones preliminares de la Comisión

La respuesta del gobierno federal se hizo pública en voz del Subsecretario de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, Roberto Campa Cifrián⁵⁵, quien mencionó que el asunto Ayotzinapa, no es un asunto generalizado, sino que es un caso absolutamente extraordinario:

*A todas luces, el caso Ayotzinapa es una situación extraordinaria; nos parece que no hay posibilidad de compararla con ninguna otra en el país y mucho menos de plantear que esta es la situación generalizada.*⁵⁶

Respecto del caso Ayotzinapa, compartimos lo manifestado por el Subsecretario Campa. Se trata de un caso extraordinario, pero no de un caso extraordinario aislado, sino de uno de tantos casos extraordinarios ocurridos en México, que en su conjunto computan las más de 26,000 personas desaparecidas que a la fecha existen.

El Subsecretario también sostuvo, respecto de las observaciones previas de la Comisión Interamericana, que al tratarse de un documento realizado en una visita de cinco días, no refleja la situación general del país. Lo que el funcionario público no consideró es que la visita, que en efecto duró cinco días, se desarrolló a consecuencia de las investigaciones que la propia Comisión ha efectuado durante meses.

En el mismo sentido que el portavoz del gobierno federal, se pronunció el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (el ombudsman mexicano),

⁵⁴ *Ídem.*

⁵⁵ Cfr. La Jornada. *Grave crisis de derechos en México: CIDH; el gobierno refuta conclusión.* Visible en: <http://www.jornada.unam.mx/2015/10/03/politica/005n1pol> recuperado el 7 de octubre de 2015.

⁵⁶ *Ídem.*

Luis Raúl González, al precisar que “[...] en México sí hay una crisis de derechos humanos, pero sólo en algunas regiones del país [...]”⁵⁷.

Otras figuras públicas que compartieron la postura del gobierno federal, en relación al informe de la Comisión Interamericana, fueron Manlio Fabio Beltrones, dirigente del Partido Revolucionario Institucional, quien sostuvo que “[...] no es posible que en cuatro días, cinco días, darse cuenta de una realidad. Creo que a la Comisión le han platicado una realidad, pero no ha visto la verdad [...]”⁵⁸, y el Presidente de la Cámara de Senadores, Roberto Gil Zuarth, quien afirmó que “México no es Iguala”⁵⁹.

4.4. La visita a México, realizada por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁶⁰

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, visitó México del 5 al 7 de octubre. Durante su visita, se reunió autoridades del Estado mexicano, incluyendo al Presidente de la República, a algunos Secretarios de Estado, al Presidente de la Suprema Corte, y a la Procuradora General de la República, entre otras.

En el marco de la visita del Alto Comisionado, distintas organizaciones de la sociedad civil redactaron una carta en la que hicieron de su conocimiento la postura del Estado mexicano frente a la situación del país en materia de derechos humanos, exhortándolo a que asumiera una posición proactiva frente al Estado mexicano, fortaleciendo las labores de su oficina en el país, haciendo pronunciamientos públicos frente a la realidad, brindando apoyo al Estado mexicano para establecer una comisión internacional contra la impunidad de violaciones graves a derechos humanos, entre otros exhortos.⁶¹

En el documento antes mencionado, las organizaciones de la sociedad civil también manifestaron al Alto Comisionado:

⁵⁷ Periódico Universal. *México sí tiene crisis de DH pero en algunas zonas: CNDH*. Visible en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/sociedad/2015/10/5/mexico-si-tiene-crisis-de-dh-pero-en-algunas-zonas-cndh> recuperado el 7 de octubre de 2015.

⁵⁸ Periódico Excelsior. *‘La CIDH no ha visto la verdad’: Manlio Fabio Beltrones*. Visible en: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/10/04/1049125> recuperado el 7 de octubre de 2015.

⁵⁹ Aristegui Noticias. *‘México no es Iguala’, dice Gil Zuarth a la CIDH*. Visible en: <http://aristeginoticias.com/0510/mexico/mexico-no-es-igual-a-dice-gil-zuarth-a-la-cidh/> recuperado el 7 de octubre de 2015.

⁶⁰ Cfr. *Declaración del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, con motivo de su visita a México*. Visible en: http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=767:declaracion-del-alto-comisionado-de-la-onu-para-los-derechos-humanos-zeid-ra-ad-al-hussein-con-motivo-de-su-visita-a-mexico&Itemid=265 recuperada el 15 de octubre de 2015.

⁶¹ Cfr. *Carta al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Visible en: http://www.idheas.org.mx/wp-content/uploads/2015/10/150929-Carta_Zeid4.pdf recuperado el 6 de octubre de 2015.

Asimismo, y con la esperanza que su visita a México sea todo un éxito, nos permitimos hacerle llegar información con relación a la alarmante situación que enfrentan las y los defensores de derechos humanos, así como las y los periodistas, la falta de independencia judicial en el proceso de designación de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), las violaciones a normas internacionales por el Código de Justicia Militar reformado, así como la violación al derecho a la consulta previa y la criminalización de la defensa del territorio de los pueblos indígenas frente a megaproyectos de inversión e infraestructura.⁶²

Al concluir su visita, el Alto Comisionado pudo constatar que al margen de los avances que ha tenido el ordenamiento jurídico en la tutela de tales derechos, relativos a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, del año 2011, a la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y a la Ley General de Víctimas, por mencionar algunos, existe una crisis en la defensa y en el respeto de tales derechos.

Aunado a lo anterior, en la misma declaración, el Alto Comisionado mencionó que:

Muchos de los problemas señalados por mi predecesora hace cuatro años siguen siendo temas de preocupación, y muchas de las personas con las que he hablado ilustraron una imagen muy desalentadora – y consistente – de una sociedad afligida por los altos niveles de inseguridad, de desapariciones y de asesinatos, el continuo acoso a personas defensoras de los derechos humanos y periodistas, la violencia contra las mujeres y los terribles abusos hacia migrantes y refugiados que transitan por el país en su camino a Estados Unidos.⁶³

Después de realizar distintos pronunciamientos sobre Ayotzinapa, Tlatlaya y respecto de las matanzas a periodistas, el Alto Comisionado realizó cuatro recomendaciones preliminares al Estado mexicano. Las recomendaciones consistieron en fortalecer las procuradurías en el país y la capacidad de la policía para ejercer sus funciones, adoptar un cronograma para que el ejército abandone las funciones de seguridad pública, e implementar las recomendaciones realizadas por el grupo de expertos independientes, en el caso Ayotzinapa.

Finalmente, resulta conveniente precisar que el Alto Comisionado apoyó las observaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su

⁶² *Ídem.*

⁶³ Cfr. Declaración del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, con motivo de su visita a México. Visible en: http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=767:declaracion-del-alto-comisionado-de-la-onu-para-los-derechos-humanos-zeid-ra-ad-al-hussein-con-motivo-de-su-visita-a-mexico&Itemid=265 recuperada el 15 de octubre de 2015.

visita in loco, al referir que “[...] sí respaldo por completo sus hallazgos, que coinciden en gran parte con las opiniones de mi Oficina y de varios expertos y órganos internacionales de derechos humanos de la ONU que recientemente han visitado o informado sobre la situación en México [...]”⁶⁴

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL RETO IMPOSTERGABLE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

El Estado mexicano se enfrenta a un reto impostergable: respetar, tutelar y garantizar los derechos humanos. Pero, ¿el reto será de carácter jurídico, político o social?

Sostenemos que el reto de los derechos humanos en México no consiste en reformar el régimen jurídico vigente. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce una gran variedad de mecanismos de tutela de derechos humanos, que competen a todas las autoridades y a todos los funcionarios públicos del país, que les obligan (al menos en el mandato normativo) a respetar los derechos inherentes al ser humano, en todo momento y en toda actuación estatal.

Entonces, ¿dónde radica el problema?, ¿por qué existe en México una crisis de derechos humanos, si posee un ordenamiento jurídico digno de encomio?

Transitar de los decretos a la realidad es un trabajo que no culmina con la expedición de una reforma constitucional, ni con la creación de organismos especializados, ni mucho menos con la expedición de simples criterios jurisprudenciales. Todo ello es un simple discurso demagógico o letra muerta, si no es aplicado.

Pareciera que el problema es de carácter político. Autoridades corruptas, incompetentes e inefaces, incapaces de tomarse en serio a los derechos humanos y al ordenamiento jurídico, han provocado (en gran parte) la falta de implementación de las reformas jurídicas y la ejecución de los mecanismos de tutela.

La negación o la relativización de la crisis de derechos humanos en México, por parte del Estado, como si no existiera o como si se tratara de una conspiración de los organismos internacionales, sólo demuestra el poco respeto que tiene el gobierno mexicano frente a sus ciudadanos y frente a las instancias internacionales en la materia.

Pero el problema no radica sólo en el gobierno. La sociedad mexicana también necesita transitar de un conformismo a un activismo, para que deje de resignarse con lo que le proporciona el gobierno, que luche contra la injusticia y que reclame de todos el respeto de sus derechos naturales.

Aquí radica el reto impostergable de los derechos humanos: en un gobierno responsable que se tome en serio los mandatos que la Constitución y los tratados de la materia le imponen, que utilice la fuerza para respetar tales derechos humanos (y no

⁶⁴ *Ídem*.

para violentarlos), que se acompañe de una sociedad mexicana proactiva, con la que fije un solo objetivo en el que verdaderamente se tutelen los derechos inherentes al ser humano, en México.

6. REFERENCIAS

CASTAÑEDA, Mireya. **La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México.** Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.

COSSÍO DÍAZ, José R; MEJÍA GARZA, Raúl; ROJAS ZAMUDIO, Laura P. **El caso radilla estudios y documentos.** Ciudad de México: Porrúa, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación Conforme y Control de Constitucionalidad, el Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Coords.). **La reforma de derechos humanos: un nuevo paradigma.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: Ciudad de México, 2011.

SALAZAR MUÑOZ, Rodrigo. Algunas Consideraciones sobre la Declaratoria General de Inconstitucionalidad. **Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad la Salle**, Ciudad de México, vol. 11, n. 22, p. 97-116, ene. 2014.



El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño

The fundamental right of access to public information in Brazilian law

RAFAEL VALIM*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
valim@marinhoevalim.com.br

Recebido/Received: 25.10.2015 / October 25th, 2015

Aprovado/Approved: 13.12.2015 / December 13th, 2015

Resumen

El trabajo estudia la naturaleza y el contenido jurídico del derecho fundamental de acceso a la información pública en Brasil, demostrando su base constitucional y convencional, con especial atención a la Ley nº 12.557/2011, que regula este derecho fundamental en el sistema jurídico brasileño.

Palabras-clave: acceso a la información pública; derecho fundamental; publicidad; transparencia; Administración Pública.

Abstract

The paper examines the legal nature and content of the fundamental right of access to public information in Brazil, demonstrating its constitutional and conventional basis, with special attention to Law nº 12.557/2011, which regulates this fundamental right in the Brazilian legal system.

Keywords: access to public information; fundamental right; publicity; transparency; Public Administration.

Como citar esse artigo/How to cite this article: VALIM, Rafael. El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 169-181, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45114>.

* Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo – PUC/SP (São Paulo, Brasil). Doctor en Derecho Administrativo por la PUC/SP. Presidente del Instituto Brasileño de Estudios Jurídicos de la Infraestructura – IBEJI. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo - FIDA. Coordinador ejecutivo de la Red Académica Iberoamericana de Contratación Pública. Abogado.

SUMARIO

1. Introducción; 2. El derecho fundamental de acceso a la información pública; 3. Conclusión; 4. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

En los tiempos actuales, es intuitiva la idea, tan bien expresada por Norberto Bobbio, de que el gobierno democrático es “el gobierno de lo público en público”¹, o sea, la concepción de que las funciones estatales deben ser ejercidas, en regla, a la vista de todos, con absoluta transparencia, mientras que a las personas les debe ser asegurada la inviolabilidad de la vida privada.² He aquí la lógica que preside un Estado Democrático de Derecho.

En el marco de un Estado totalitario hay una completa inversión de esta lógica. El Estado se oculta y, al mismo tiempo, es señor de la vida de los súbditos, avasallándoles la intimidad y convirtiéndolos, como dice la abominable expresión nazi, en “hombres de vidrio”³. La dominación nazi lleva hasta las últimas consecuencias el principio panóptico de Bentham, magistralmente examinado por Foucault⁴, por medio del cual se disocia el ver del ser visto. Cuanto más escondido está el Estado, viendo todo, mas subyugados estarán los súbditos, conscientes de que son vistos y de que son incapaces de ver a aquel que los vigila⁵.

Aunque, en términos aproximativos, exista este radical contraste entre el Estado Democrático de Derecho y el Estado Totalitario, no se puede de allí extraer el triunfo definitivo de la transparencia en el seno del Estado Democrático de Derecho. En el léxico de Bobbio, el poder invisible resiste al avance del poder visible, reinventa formas para ocultarse, para ver sin ser visto, de modo que la victoria de este sobre aquel jamás es definitiva⁶.

Lamentablemente, la realidad brasileña confirma, exhaustivamente, lo que aquí se está afirmando. *A pesar del empeño de la Constitución Federal en la afirmación del derecho fundamental de acceso a la información pública y del avance que representó la*

¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 84.

² LEAL, Rogério Gesta. Há um direito à privacidade e intimidade absolutos na ordem jurídica e política democráticas contemporâneas, notadamente em face de informações de interesse público indisponível?. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 65-96, abr./jun. 2012. p. 68.

³ RODOTÀ, Stefano. Democracia y protección de datos. **Cuadernos de Derecho Público**, Madrid, n. 19-20, p. 15-26, mai./dic. 2003. p. 15.

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 40ª ed. Petrópolis, RJ: 2012. p. 186-214.

⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 245.

⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, gobierno y sociedad**: por una teoría general de la política. México: FCE, 1989. p. 37.

promulgación de la ley nº 12.527/2011⁷, persiste en el Estado brasileño, oficial u oficiosamente, la cultura del sigilo.

Es en contra de este estado de cosas que se propone, en las líneas siguientes, una *dogmática* del derecho fundamental de acceso a la información adecuada a la vocación democrática de la Carta de 1988.⁸

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Es en la multifacética *libertad de expresión* que encontramos la génesis histórica del derecho de acceso a la información pública.

Entre los derechos que conforman la libertad de expresión, se reconoce el derecho a la *información*, que se traduce en el derecho de *buscar, recibir y difundir informaciones*. Así establece, por ejemplo, el aclamado artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todo ser humano tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye la libertad de, sin interferencias, emitir opiniones y de *buscar, recibir y transmitir informaciones* e ideas por cualquier medio e independientemente de fronteras”.

En el mismo sentido, enuncia el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”⁹

En el interior del aludido *derecho a la información*, sin embargo, se ha ido delineando un derecho con contornos aún más específicos, a saber, el *derecho de acceso a la información pública*.¹⁰ En este sentido, es ilustrativa la sentencia emitida por la Corte

⁷ VALIM, Rafael; SERRANO, Pedro. Lei de acesso à informação: um balanço inicial. **Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo, nº 62, set. 2012.

⁸ Sobre la relación entre Constitución, derechos fundamentales y acceso a la información pública, ver: 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.

⁹ Sobre los impactos de los tratados de derechos humanos en el Derecho Administrativo, ver: 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>; GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010; ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

¹⁰ 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>. p. 138.

Interamericana de Derechos Humanos el 16 de septiembre de 2006, en ocasión de la resolución del conocido caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile”:

77. En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.

Se verifica, por lo tanto, *un proceso histórico que conduce a la autonomía del derecho de acceso a la información pública*, lo cual, de hecho, está fielmente retratado en la Constitución de 1988.

En efecto, en la Constitución Federal están consagrados, de manera inconfundible, la libertad de pensamiento y de expresión (art. 5º, incisos IV y IX, y art. 220)¹¹, el derecho a la información (art. 5º, inciso XIV, y art. 220)¹², y el derecho de acceso a la información pública (art. 5º, XXXIII, art. 37, § 3º, inc. II, y art. 216, § 2º)^{13,14}. Los dos primeros se destinan a garantizar el libre flujo de noticias, críticas, ideas e informaciones, quedando vedada toda y cualquier pretensión de censura, y el último se destina a asegurar el acceso a las informaciones constantes en los registros del Estado.

Nótese que tales derechos ostentan no solamente *contenidos* distintos, sino también *estructuras* distintas. Valiéndonos de la fecunda clasificación de las normas constitucionales engendrada por el eminente Profesor Celso Antônio Bandeira de

¹¹ Art. 5º. (...) IV - es libre la manifestación del pensamiento, siendo vedado el anonimato; (...) IX - es libre la expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, independientemente de censura o licencia;

¹² Art. 5º. (...) XIV - Es asegurado a todos el acceso a la información y resguardado el sigilo de la fuente, cuando necesario al ejercicio profesional; Art. 220. La manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la información, bajo cualquier forma, proceso o vehículo no sufrirán ninguna restricción, observado lo dispuesto en esta Constitución.

¹³ Art. 5º. (...) XXXIII - todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán prestadas dentro del plazo de la ley, bajo pena de responsabilidad, exceptuadas aquellas cuyo sigilo sea imprescindible a la seguridad de la sociedad y del Estado; Art. 37, § 3º (...) II - el acceso de los usuarios a registros administrativos y a informaciones sobre actos de gobierno, observado lo dispuesto en el art. 5º, X e XXXIII; Art. 216 (...) § 2º - Cabe a la administración pública, en los términos de la ley, la gestión de la documentación gubernamental y las providencias para permitir su consulta a todos aquellos que de ella necesiten.

¹⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 127-146, abr./jun. 2014. p. 127.

Mello, resulta claro que la *libertad de expresión y el derecho a la información constituyen “poderes-derechos”*, los cuales reclaman una abstención de los demás sujetos de derecho, al paso que *el derecho de acceso a la información pública configura un derecho en sentido estricto*, cuyo goce depende de una prestación ajena, en este caso, de una prestación del Estado¹⁵. En la terminología corriente, la libertad de expresión y el derecho a la información serían “derechos de defensa” y el derecho de acceso a la información pública sería un “derecho prestacional”¹⁶.

Ultimada esta brevísima delimitación del derecho de acceso a la información pública, podemos pasar al examen detenido de su composición, a la luz de la Constitución Federal y de la Ley nº 12.527/2011.

Comencemos por una obviedad: *el derecho de acceso a la información pública es connatural a la democracia*¹⁷, sobre todo a la tan anhelada *democracia participativa*¹⁸. A rigor, en los límites de un Estado Democrático de Derecho, fundado en la soberanía popular, además de ser absolutamente innecesaria la proclamación del derecho de acceso a la información pública, la propia expresión “derecho de acceso a la información pública” parece sonar absurda. Pues, si la información es pública, todos deben tener acceso a ella.

Debe subrayarse, además, que el acceso a la información pública se revela indispensable para la participación *política y para el control social del Estado*¹⁹, conviniendo reproducir al respecto el verbo elocuente del Profesor Eduardo García de Enterría:

Ahora bien, ese conocimiento de la racionalidad y de la objetividad de la actuación de los gobernantes exige transparencia absoluta en la actuación de éstos y justificación constante de sus motivos en cuanto les sea exigida o puesta en duda. Pretender que

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22 e 23.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 275-282.

¹⁷ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública**. 2ª ed. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2012. p. 97; PERLINGEIRO, Ricardo. A codificação do direito à informação na América Latina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 209-227, abr./jun. 2014. p. 209.

¹⁸ Acerca de la democracia participativa, enseña el distinguido Profesor Paulo Bonavides: “Concretizar la democracia es, en un cierto sentido, en términos de hacerla eficaz, remover esos bloqueos, desobstruir caminos de participación, alejar los obstáculos que le fueron colocados o le son levantados con frecuencia, para estancarle la corriente de las ideas” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 58).

¹⁹ BLASCO DÍAZ, José Luis. El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa. In: MACHO, Ricardo García (ed.) **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 121-149.

*todo eso ha de entenderse suplido por una opción global anticipada en las solemnidades electorales es, literalmente, una broma*²⁰.

La Constitución de 1988, concomitantemente, tal vez por el rasgo autoritario que marcó históricamente al Estado brasileño, no dejó al derecho de acceso a la información pública de manera implícita, sino que, como vimos, lo proclamó enfáticamente. En tres pasajes del texto constitucional figura, enteramente diseñado, el referido derecho (art. 5º, XXXIII, art. 37, § 3º, inc. II, y art. 216, § 2º), a lo que se adiciona la explicitación del principio de la publicidad (art. 37).

De aquí se concluye que, en el orden constitucional vigente, la regla siempre fue la publicidad, y el sigilo la excepción²¹, sin que represente ninguna novedad la “directriz” establecida en el art. 3º, inc. I, de la Ley 12.557/2011, que reza: “observancia de la publicidad como precepto general y del sigilo como excepción”.

Es interesante observar también que *el derecho fundamental de acceso a la información pública es mucho más amplio que el derecho de acceso a los elementos del expediente*, entendido este último como el derecho del interesado a tener acceso a los autos del proceso administrativo cuyo resultado interfiere, de algún modo, en su esfera jurídica²². Este, en realidad, encuentra fundamento en aquél, siendo que, como bien señala el Profesor Celso Antônio Bandeira de Mello, si el derecho de acceso a la información pública es garantizado genéricamente a todos, con mayor razón deberá ser otorgado a quien es parte en el proceso administrativo²³.

El derecho fundamental de acceso a la información pública incide sobre cualquier proceso administrativo, desde que no esté protegido por sigilo, y prohíbe, a tenor de lo que dispone correctamente el art. 10, § 3º, de la Ley nº 12.557/2011, “cualquier exigencia relativa a los motivos determinantes de la solicitud de informaciones”.

Nos ocupemos ahora de los elementos que componen las relaciones jurídicas involucradas en el derecho de acceso a la información pública, a saber: *sujeto pasivo*, *sujeto activo*, *contenido* y *objeto*.

En lo tocante al *sujeto pasivo*, se someten a la Ley nº 12.527/2011: “los órganos públicos integrantes de la administración directa de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, incluyendo las Cortes de Cuentas, y Judicial y del Ministerio Público” (art. 1º, párrafo

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. Madrid: Civitas, 2009. p. 122.

²¹ CINTRA DO AMARAL, Antonio Carlos. O princípio da publicidade no Direito Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, julho/agosto/setembro de 2010, p. 6. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-ANTONIO-CARLOS-CINTRA.pdf>>.

²² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 291.

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 515.

único, inc. I); “las autarquías, las fundaciones públicas, las empresas públicas, las sociedades de economía mixta y demás entidades controladas directa o indirectamente por la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios (art. 1º, párrafo único, inc. II); las “entidades privadas sin fines de lucro que reciban, para realización de acciones de interés público, recursos públicos directamente del presupuesto o mediante subvenciones sociales, contrato de gestión, términos de asociación, convenios, acuerdos, ajustes u otros instrumentos congéneres” (art. 2º).

Aún en lo que respecta a los sujetos pasivos, *es importante realzar el art. 2º de la Ley nº 12.527/2011, según el cual los deberes de transparencia activa y pasiva acompañan, invariablemente, los recursos públicos destinados a las entidades de derecho privado sin fines de lucro*. Significa decir que toda y cualquier entidad de derecho privado sin fines de lucro – *incluidos, por lo tanto, los partidos políticos* – debe respetar los dictámenes de la Ley nº 12.527/2011 en lo atinente a los recursos públicos que recibe, independientemente de cuál sea el instrumento de transmisión de los mismos.

El examen del *sujeto activo* del derecho fundamental de acceso a la información pública, por su parte, se inserta en la tormentosa discusión acerca de la *titularidad de los derechos fundamentales*, cuya profundización desbordaría los estrechos límites de la presente investigación.

Nos limitaremos a afirmar que *la determinación de la titularidad de los derechos fundamentales no se traduce en un juicio apriorístico, generalizable a todo el catálogo de derechos fundamentales, sino que exige la apreciación de cada norma de derecho fundamental*²⁴.

En ese sentido, nos parece que la Constitución Federal *otorgó el derecho fundamental de acceso a la información pública a todas las personas, sin ninguna restricción*. Una lectura sistemática del texto constitucional, obsequiosa al principio de la máxima efectividad de los derechos fundamentales, atenta al vocablo “todos” que inaugura el inc. XXXIV del art. 5º y aliada al carácter irrestricto del art. 216, § 2º, converge unívocamente en favor de este posicionamiento.

En otras palabras, *todas las personas, naturales o jurídicas*²⁵, *brasileñas o extranjeras, son titulares del derecho de acceso a la información pública*, no pudiendo olvidarse

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 210.

²⁵ El Decreto Federal nº 7.724/2012 aseguró explícitamente a las personas jurídicas el derecho de acceso a la información: “Art. 2º. Los órganos y las entidades del Poder Ejecutivo Federal asegurarán, *a las personas naturales y jurídicas*, el derecho de acceso a la información, que será garantizado mediante procedimientos objetivos y ágiles, de forma transparente, clara y en lenguaje de fácil comprensión, observados los principios de la administración pública y las directrices previstas en la Ley nº 12.527, de 2011”.

que a las personas jurídicas de derecho privado también les corresponde el *derecho de acceso a la información pública*²⁶.

El *contenido* del derecho fundamental de acceso a la información pública, siendo aparentemente simple, se desdobra en diversos derechos subjetivos, a los cuales se vinculan correlativos deberes.

El deber de divulgación de informaciones públicas, independientemente de solicitud²⁷, es denominado de *transparencia activa*, al paso que el suministro de informaciones públicas, a pedido del interesado, es llamada de *transparencia pasiva*.

Se suele reconocer en la transparencia pasiva el ejercicio de un típico derecho subjetivo. Como enseña el ilustre Profesor Augusto Durán Martínez, “El derecho de acceso a la información pública pasa a ser considerado un derecho autónomo, un derecho subjetivo perfecto, por lo que formulada una petición en tal sentido genera una obligación del Estado de brindar la información solicitada, salvo las excepciones legales”²⁸.

Es de destacar, sin embargo, que, a la luz de una adecuada concepción de derecho subjetivo²⁹, *también la transparencia activa puede ser sindicada por toda y cualquier persona, o sea, el incumplimiento del deber de divulgación de informaciones públicas, independientemente de solicitud, tal como está establecido en la ley, puede ser pleiteado judicialmente por cualquier administrado.*

Finalmente, en relación al *objeto* del derecho de acceso a la información pública, no podemos dejar de destacar que, en los días actuales, en perjuicio de la publicidad ocurren el *ocultamiento* y el *exceso de información*³⁰. Por eso, no basta el libre acceso a la información pública. *Se hace necesario que la información sea accesible, inteligible, comprensible.*

En estos términos, se nos figura que el derecho de acceso a la información pública tiene por objeto no solamente las informaciones contenidas en registros o documentos, *sino también las informaciones que pueden ser producidas a partir de estos mismos registros y documentos.*

En palabras de Carlo Marzuoli, el derecho de acceso a la información pública puede ser entendido como “el derecho a tener información elaborada con el fin de

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 224 e 225.

²⁷ Prescribe la Ley n° 12.557/2011: “Art. 8º Es deber de los órganos y entidades públicas promover, independientemente de requerimientos, la divulgación en local de fácil acceso, en el ámbito de sus competencias, de informaciones de interés colectivo o general por ellos producidas o custodiadas”.

²⁸ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública**. 2ª ed. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2012. p. 103.

²⁹ VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 41 e 42.

³⁰ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 257.

describir cierta situación o hecho o una previsión para el futuro o cualquier dato, cuyo conocimiento resulte útil para una determinada finalidad (...)”³¹.

El importantísimo art. 7º, inciso VIII, de la Ley nº 12.557/2011, cuyo enunciado es digno de reproducción literal, corrobora esta orientación:

Art. 7º El acceso a la información de que trata esta Ley comprende, entre otros, los derechos de obtener:

(...)

VII - información relativa:

a) a la implementación, seguimiento y resultados de los programas, proyectos y acciones de los órganos y entidades públicas, bien como metas e indicadores propuestos;

Descriptos los elementos que conforman el derecho fundamental de acceso a la información pública, resta abordar, aunque brevemente, las excepcionales *hipótesis de restricción de acceso a las informaciones públicas*.

Conviene recordar que de la naturaleza excepcional de las mencionadas restricciones de acceso a la información pública se deduce inexorablemente la incidencia del precepto clásico: *excepciones sunt strictissimoe interpretationis* (las excepciones se interpretan estrictísimamente).

La primera hipótesis consta en el art. 5º, inc. XXXIII, de la Constitución Federal. En este mandato constitucional, como ya vimos, al mismo tiempo en que se consagra enérgicamente el acceso a las informaciones públicas, se exceptúan las informaciones “cuyo sigilo sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado”.

La Ley nº 12.557/2011, en su art. 23, procura disminuir la aguda indeterminación del concepto vehiculado en la expresión “imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado” y, además de eso, establece una clasificación de las informaciones sigilosas en tres categorías – ultra secreta, secreta o reservada –, a las cuales corresponden distintos plazos máximos de restricción de acceso a la información³².

Otra restricción de acceso a la información pública, vinculada al avance de la tecnología de la información que promueve la memorización de datos de las personas³³,

³¹ MAZUOLI, Carlo. La transparencia de la administración y el derecho a la información de los ciudadanos en Italia. In: MACHO, Ricardo García (Ed.) **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 151-180. p. 154 e 155.

³² Establece la Ley nº 12.557/2011: Art. 24. (...) § 1º Los plazos máximos de restricción de acceso a la información, conforme la clasificación prevista en el *caput*, vigoran a partir de la fecha de su producción y son los siguientes:

I - ultra secreta: 25 (veinticinco) años;

II - secreta: 15 (quince) años; y

III - reservada: 5 (cinco) años.

³³ BOBBIO, Norberto. **Estado, gobierno y sociedad**: por una teoría general de la política. México: FCE, 1989. p. 38.

está presente en el art. 5º, inc. X, de la Constitución, según el cual “son inviolables la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de las personas, asegurado el derecho a indemnización por el daño material o moral derivado de su violación”³⁴.

Según el art. 31 de la Ley nº 12.557/2011, las informaciones personales relativas a la intimidad, vida privada, honor e imagen tendrán acceso restringido, independientemente de clasificación de sigilo y por el plazo máximo de 100 (cien) años a contar de la fecha de su producción, a los agentes públicos legalmente autorizados y a las personas a que ellas se refieren.

Finalmente, cabe mencionar el sigilo previsto en el art. 93, inc. IX, de la Constitución Federal, alusivo a la esfera jurisdiccional, y a la restricción prevista en la parte final del art. 22 de la Ley nº 12.557/2011, concerniente al secreto industrial derivado “de la explotación directa de actividad económica por el Estado o por persona física o entidad privada que tenga cualquier tipo de vínculo con el Poder Público”.

3. CONCLUSIÓN

Se sabe que las normas jurídicas no son aplicadas automáticamente y que los agentes públicos no se redirán, en un acto de iluminación divina, a los imperativos de la transparencia³⁵.

Se hace imperioso, por lo tanto, el empeño de todos en pro de efectivizar el derecho fundamental de acceso a la información pública. Sólo así el pueblo reconquistará su soberanía y logrará combatir el nefasto patrimonialismo que siempre acompañó al Estado brasileño.

4. REFERENCIAS

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

³⁴ PITSCHAS, Rainer. Derecho administrativo de la información: la administración pública y el tratamiento de la información y del conocimiento en la era del gobierno electrónico e de la web 2.0. In: BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (Ed.). **Innovación y reforma en el Derecho Administrativo**. 2 ed. Sevilla: Global Law Press, 2012. p. 205.

³⁵ CHEVALLIER, Jacques. **La science administrative**. 4 ed. Paris: PUF, 2007. p. 445-447.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia. In: MACHO, Ricardo García (Ed.) **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A cidadania ativa**: referendo, plebiscito e iniciativa popular. 2 ed. São Paulo: Ática, 1996.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Estado, gobierno y sociedad**: por una teoría general de la política. México: FCE, 1989.

BLASCO DÍAZ, José Luis. El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa. In: MACHO, Ricardo García (ed.) **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p.121-149.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA DO AMARAL, Antonio Carlos. O princípio da publicidade no Direito Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, julho/agosto/setembro de 2010, p. 6. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-ANTONIO-CARLOS-CINTRA.pdf>>.

CHEVALLIER, Jacques. **La science administrative**. 4ª ed. Paris: PUF, 2007.

CUETO, Guillermo A. Tenorio. La constitucionalización del acceso a la información pública gubernamental en México. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, A Coruña, nº 14, p. 805-817, 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública**. 2 ed. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2012.

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>

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 40 ed. Petrópolis, RJ: 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. Madrid: Civitas, 2009.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. Há um direito à privacidade e intimidade absolutos na ordem jurídica e política democráticas contemporâneas, notadamente em face de informações de interesse público indisponível?. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 65-96, abr./jun. 2012.

MAÑAS, José Luis Piñar. El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. **Cuadernos de Derecho Público**, Madrid, n. 19-20, p. 45-90, mai./dic. 2003.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 127-146, abr./jun. 2014.

MAZUOLI, Carlo. La transparencia de la administración y el derecho a la información de los ciudadanos en Italia. In: MACHO, Ricardo García (Ed.) **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 151-180.

PERLINGEIRO, Ricardo. A codificação do direito à informação na América Latina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 209-227, abr./jun. 2014.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PITSCHAS, Rainer. Derecho administrativo de la información: la administración pública y el tratamiento de la información y del conocimiento en la era del gobierno electrónico y de la web 2.0. In: VÁZQUEZ, Javier Barnés (Ed.). **Innovación y reforma en el Derecho Administrativo**. 2 ed. Sevilla: Global Law Press, 2012.

RODOTÀ, Stefano. Democracia y protección de datos. **Cuadernos de Derecho Público**, Madrid, n. 19-20, p. 15-26, mai./dic. 2003.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de derecho administrativo general**. tomo I, 2 ed. Madrid: Iustel, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 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. 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>.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**. Madri: Marcial Pons, 2003.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VALIM, Rafael. Panorama do controle da Administração Pública. In: DALLARI, Adilson Abreu; VALDER DO NASCIMENTO; SILVA MARTINS, Ives Gandra (Coords). **Tratado de Direito Administrativo**. tomo I. São Paulo: Saraiva, 2013.

VALIM, Rafael; SERRANO, Pedro. Lei de acesso à informação: um balanço inicial. **Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo, nº 62, set. 2012.





Políticas públicas e o direito fundamental à adequada administração penitenciária

Public policies and the fundamental right to appropriate penitentiary administration

LUIS MANUEL FONSECA PIRES*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
luismpires4@gmail.com

Recebido/Received: 15.10.2015 / October 15th, 2015

Aprovado/Approved: 17.12.2015 / December 17th, 2015

Resumo

Propõe-se tratar do controle judicial das políticas públicas de Administração Penitenciária. Defende-se o reconhecimento do direito fundamental à adequada administração penitenciária com fundamento no art. 5º, XLVIII e XLIX, da Constituição Federal. O procedimento de ponderação de princípios jurídicos permite, ao se confrontarem argumentos contrários e favoráveis ao controle judicial da função administrativa, reconhecer, diante de casos concretos, a eventual intervenção judicial.

Palavras-chave: controle judicial; políticas públicas; discricionariedade; direito fundamental à administração penitenciária; políticas públicas de administração penitenciária.

Abstract

It intends to discuss about judicial control of public policies in penitentiary administration. It argues in favor of recognition of the fundamental right to appropriate penitentiary administration on the basis of Article 5º, XLVIII and XLIX, Federal Constitution. The weighting of legal principles enables, confronting opposing and in favor arguments to the judicial control of administrative function, the recognition of, upon specific cases, a possible judicial intervention.

Keywords: judicial control; public policies; discretion; fundamental right to penitentiary administration; public policies in penitentiary administration.

Como citar esse artigo/How to cite this article: PIRES, Luís Manuel Fonseca. Políticas públicas e o direito fundamental à adequada administração penitenciária. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 183-202, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45115>.

* Professor de Direito Administrativo na graduação e na pós-graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP (São Paulo, Brasil). Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Autor, dentre outras, das obras *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, 2ª ed., editora Fórum (finalista do Prêmio Jabuti 2009 pela editora Campus-Elsevier), e *Moradia e Propriedade. Um breve ensaio sobre conflitos humanos*, editora Fórum, e *O Estado Social e Democrático e o Serviço Público. Um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade*, 2ª ed., editora Fórum, e *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, e *Regime Jurídico das Licenças*, e *Loteamentos Urbanos*, editora Quartier Latin, e um dos autores de *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontológica*, editora Fórum.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** As políticas; **3.** As políticas públicas; **4.** O controle judicial das políticas públicas; **4.1.** A legitimidade do controle; **4.2.** O procedimento de ponderação como mecanismo de aferição da racionalidade das decisões judiciais no controle judicial das políticas públicas; **5.** O controle judicial das políticas públicas de administração penitenciária. **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

O meu propósito é tratar do controle judicial das políticas públicas de administração penitenciária¹. Mas é claro que antes de dele cuidar preciso esclarecer – ou melhor, estabelecer – o significado de algumas premissas conceituais, até porque seria lícito que se me inquirissem, caso afortunadamente ingressasse no tema principal, como defino “política pública”? Ou ainda: como é possível o controle judicial de um âmbito tão amplamente discricionário das competências da Administração Pública, a administração penitenciária?

Por isto é que antes de enfrentar o objeto nuclear deste artigo – o controle judicial das políticas públicas de administração penitenciária (ponto 5) – pretendo antes expor a definição que acolho sobre “política pública” (pontos 2 e 3), e em seguida pretendo pontuar os argumentos contrários e favoráveis ao controle judicial das políticas públicas, replicar os primeiros, e propor parâmetros, baseados no procedimento de ponderação da teoria dos princípios, que permitam a solução dos casos concretos – isto é, arquétipos de equacionamento para a solução da colisão concreta de princípios jurídicos (ponto 4).

Apenas então é que conseguirei ingressar no tema políticas públicas de administração penitenciária (ponto 5).

Apresentados estes esclarecimentos sobre o plano de estudo, inicio-o.

2. AS POLÍTICAS

A palavra “política” é de uma polissemia incontestável, e o é de épocas priscas, pois na filosofia, na sociologia, no direito e em tantas outras áreas do saber humano a palavra “política” sempre foi invocada sob significados os mais diversos. Acepções e empregos os mais variegados, a etimologia encontra-se tanto no latim, *politicus*, quanto no grego, *polis*.

Aristóteles anuncia que o Estado é uma criação da natureza e o homem, por conseguinte, é um “animal político”, e Jean-Jaques Rousseau, ainda na introdução à clássica obra *Do Contrato social*, afirma que se sente à vontade para escrever sobre

¹ De modo mais amplo – do controle judicial das políticas públicas – cuidei em obra específica: PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**: Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

“política” justamente porque não é príncipe ou legislador². De que “política” falam estes pensadores? Aristóteles, por exemplo, usa a palavra “política” ora como a ciência que cuida da atividade moral dos homens vistos como cidadãos, ora como teoria do Estado³ - as dimensões significativas, portanto, são imensas.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁴, em páginas lapidares, enfatiza as divergências encontradas na delimitação do objeto da política. Para uns, diz ele, cuida-se do estudo sobre os meios de realizar os fins do Estado, enquanto outros a tratam também como os próprios fins, e ainda há os que entendem que se trata de compreender o próprio Estado; de tal sorte, alguns a vêem como verdadeira ciência, outros como simples arte, como há quem lhe atribua dupla natureza.

Dentre as diversas acepções possíveis, Miguel Reale⁵ define, em sentido amplo, a política enquanto a ciência do Estado, verdadeira “ciência superior ou de síntese” que integra os variados e complexos elementos envolvidos, isto é, trata-se da ciência conhecida por teoria geral do Estado; e em sentido estrito utiliza a palavra política para definir uma parte da teoria geral do Estado, a ciência prática dos fins e da arte de alcançá-los.

Nota-se, pois, que infintos são os empregos e as definições da palavra “política”. A depender do campo do conhecimento humano – filosofia, sociologia, direito etc –, a depender da época, e mesmo quando se converge a uma mesma área e a um mesmo átimo – o que é o caso presente: o estudo jurídico dos problemas contemporâneos do controle judicial das políticas públicas –, ainda assim se proliferam os significados possíveis, as intelecções que podem ser adotadas.

Por esta realidade é que urge, para tratar-se do tema central deste estudo, explicitar a definição que acolho, e a tenho como pressuposto, de política pública. É o que faço a seguir.

3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Em lição de Fábio Konder Comparato, a política pública é antes de tudo uma “(...) *atividade*”, isto é, *um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado*”, é dizer, unificados por uma “finalidade”⁶.

² ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social: Princípios de Direito Político. Trad. Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 21-40.

³ Conforme REALE, Giovanni. Introdução a Aristóteles. 10 ed. Lisboa: Edições 70, 1997. p. 83.

⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. v. 2. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 100 e seguintes; p. 120.

⁵ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 126-127.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 86, n. 737, mar. 1997. p. 353. De modo semelhante, Américo Bedê Freire Júnior diz que é “(...) *um conjunto ou medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito*” (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 47). E ainda Maria Paula Dallari Bucci: “*Políticas públicas*

Acolho, portanto, a identificação feita por Marília Lourido dos Santos dos três elementos que compõem a noção de política pública: a) as metas; b) os instrumentos legais; c) a temporalidade, isto é, “(...) o *prolongamento no tempo, que implica na realização de uma atividade e não de um simples ato*”⁷.

As políticas públicas, diz Maria Paula Dallari Bucci, “(...) *devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito*”, e por isto, como “processo de formação do interesse público”, o tema inexoravelmente relaciona-se com a discricionariedade administrativa⁸.

Sem dúvida alguma, então, o temário *políticas públicas* encontra-se entre as *competências discricionárias* da Administração Pública – o que enseja, como se verá logo adiante (ponto 4 e seguintes), as acerbas críticas e teorizações extremadas com o afã de tentar excluir, em absoluto, qualquer possibilidade de controle judicial das políticas públicas.

O que para este tópico, no entanto, devo-me ater são as definições acima anunciadas que, em um epítome, fazem-me asseverar que as políticas públicas são programas traçados de modo cogente, imperativo, pela Constituição e por leis ordinárias, de execução *a priori* atribuída ao Poder Executivo do ente federal competente à sua realização material que deve realizá-los (os programas) por si ou transferi-los à execução – mas mantê-los em fiscalização – por terceiros.

4. O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Opositores ao controle judicial das políticas públicas relacionam os seus fundamentos jurídicos; os que vislumbram – ao menos em alguma medida – a possibilidade de intervenção judicial contrapõem com outros argumentos.

O que farei a partir do próximo tópico é relacionar os argumentos contrários ao controle, rebatê-los de pronto ao menos para esclarecer a impropriedade de concebê-los como razões suficientes, como motivos absolutos, e em seguida acrescentar mais alguns fundamentos jurídicos que legitimam a possibilidade de tutelas judiciais determinarem ao Executivo a condução de políticas públicas.

são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato” (BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241. A expressão “metas coletivas conscientes” é de Hugo Assman, citado pela autora).

⁷ SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 80.

⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 264-265.

Ao final talvez pareça que a exposição empreendida assemelha-se a verdadeiro catálogo de *topoi*⁹. Se esta sensação causar, então devo considerar, inicialmente, que a tópica é mesmo orientada aos problemas, o que portanto a torna pertinente a estas reflexões, pois de acordo com Theodor Viehweg¹⁰ para a solução dos problemas deve-se oferecer uma "(...) *combinação de pontos de vista (topoi)*" a serem discutidos, e o agrupamento dos *topoi* em relação aos problemas torna-se o sistema básico do direito que permanece em constante movimento – o que o caracteriza como um sistema *aberto* na medida em que o método de argumentação não procede dedutivamente, mas sim *dialogicamente*.

Mas não pretendo me deter na sugestão de uma relação de argumentos, e sim avançar um pouco mais, apoiado no procedimento de ponderação da teoria dos princípios (ponto 4.2), para formular alguns critérios que sirvam de balizas ao julgador, que sirvam, por conseguinte, como mecanismos de aferição da racionalidade das decisões judiciais que definem os casos concretos – o que, em última análise, serve à constrição da liberdade do julgador, à inibição de um tentame de arbitrariedade judicial, mas isto sem se conduzir o Judiciário ao outro extremo, à inadmissível renúncia de seu papel constitucional de julgar e resolver conflitos.

A escusa que desde logo me compete adiantar é em relação à brevidade e máxima objetividade que conferi aos próximos tópicos, pois a natural limitação a qual um artigo está sujeito exige-me a devida concisão na exposição dos temas preliminares sob pena de não haver espaço ao desfecho do objeto central do estudo – o controle judicial das políticas públicas de administração penitenciária.

Feitas estas anotações, prossigo.

4.1. A legitimidade do controle

De um modo geral, as refutações ao controle judicial podem ser sintetizadas sob o título de *teoria das reservas do possível*. Teoria esta que se desmembra em *aspectos fáticos* e *aspectos jurídicos*.

Sob os *aspectos fáticos* diz-se que não há como o Judiciário exigir a implementação de políticas públicas porque há limites materiais aos recursos do Estado, como a falta de dinheiro, de profissionais nos quadros da Administração Pública, a ausência de equipamentos etc.

No entanto, a impropriedade deste argumento como motivo bastante é a própria constatação – igualmente fática – da contradição entre este discurso e o empenho de

⁹ Theodor Viehweg, com a obra *Tópica y filosofía del derecho*, foi o principal expoente e precursor do pensamento tópico junto à ciência jurídica.

¹⁰ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. 2 ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 127 e seguintes.

exorbitantes recursos públicos – financeiros, de pessoal e de material – em campanhas de propaganda das realizações do governo, em novas obras, na criação de centenas de novos cargos para novéis Ministérios, na criação de televisão pública, no patrocínio de eventos esportivos e outros tantos projetos que, mesmo de relevância reconhecida, são de discutível prioridade quando se deixa ao largo o atendimento mínimo à saúde, educação, segurança pública e outros bens mais prementes e estreitamente relacionados à manutenção e desenvolvimento do ser humano.

Quanto aos *aspectos jurídicos*, são formuladas as seguintes objeções: a) a necessidade de prévia disposição orçamentária; b) a teoria da separação dos Poderes; c) e que apenas os Poderes Executivo e Legislativo têm os seus respectivos representantes eleitos pelo povo.

Mas estas teses igualmente não servem, por si sós, para abstratamente impedir o controle judicial. Quanto à primeira (a), certo é que o orçamento público deve ser previsto em leis¹¹, no entanto, como anota Ana Paula de Barcellos, estes orçamentos apenas aprovam uma verba geral para as despesas¹². Não há, em outras palavras, rubricas minimamente detalhadas, e sim uma significativa margem de discricionariedade administrativa a ser exercida pelo Poder Público – e cuja omissão ou desvio ensejam o controle judicial. No que se refere à segunda objeção (b), nunca a teoria da separação dos Poderes foi formulada ou concebida no direito posto dos países que a acolheram como uma separação absolutamente hermética, e é mesmo o caso da nossa Constituição que prevê inúmeras situações de interação e controle entre os Poderes, além de expressamente assegurar, sem ressalvas em relação aos Poderes, o direito fundamental de apreciação pelo Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito¹³. Por fim, a terceira objeção (c) não se sustenta porque a legitimidade do Judiciário – apesar de não ter os seus integrantes eleitos pelo povo – decorre do reconhecimento que a própria Constituição atribui-lhe como um dos Poderes que compõem os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil¹⁴.

Se é insuficiente a teoria das reservas do possível como argumento bastante a afastar o controle judicial das políticas públicas, de outro lado há ao menos dois relevantes fundamentos a juridicamente justificar a intervenção. Refiro-me: a) à *teoria do núcleo essencial do direito fundamental*; e b) ao *princípio da máxima efetividade das normas constitucionais*.

¹¹ Art. 165 e seguintes da Constituição Federal.

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direito Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. p. 25.

¹³ Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

¹⁴ Art. 2º e art. 92 e seguintes da Constituição Federal.

De acordo com o primeiro (a), porque é posição pacífica – ao menos para a teoria constitucional das últimas décadas – que as normas constitucionais não são simples recomendações políticas, mas antes são comandos imperativos que servem de fundamento de validade para toda a ordem jurídica posta, então a despeito da vagueza das palavras que são usadas no texto constitucional, apesar do cunho programático que se revestem muitos dispositivos constitucionais, ainda assim se deve reconhecer a necessidade de que *algo e em alguma medida mínima* seja exigível judicialmente contra o próprio Estado quando as normas constitucionais são completamente descumpridas. Sobretudo se cuida de algum *direito fundamental* não há como deixá-lo ao arbítrio do Executivo cumpri-lo, realizá-lo parcialmente ou simplesmente ignorá-lo, pois como ensina J. J. Gomes Canotilho, os “(...) os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas”¹⁵.

Muitos destes *direitos fundamentais* – previstos na Constituição Federal – não se realizam apenas enquanto *direitos individuais*, mas ainda – principalmente em um Estado Social e Democrático de Direito – como *direitos a prestações*¹⁶, como é o caso da saúde¹⁷, da educação¹⁸ e tantos outros – e dentre estes, como oportunamente se verá (IV), da *administração penitenciária*.

Ora, se assim o é – se a Constituição prescreve *direitos fundamentais*, se muitos destes direitos dependem de uma prestação do Estado e por isto se definem como *direitos a prestações* –, então um *mínimo* é necessário ser oferecido pelo Poder Público sob pena de violação do *núcleo essencial* do direito fundamental anunciado. Se o Estado promete assegurar a educação, não há como não haver escolas; se se compromete em oferecer a saúde, não há como inexistir hospitais e os seus profissionais; se reconhece o dever de promover o saneamento básico, não pode deixar de estruturar o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e outros serviços congêneres.

Algo, um *mínimo*, deve ser feito. Não há discricionariedade administrativa ao Poder Público em desatender o mínimo, o *núcleo essencial* do direito fundamental – seja um direito individual, seja um *direito à prestação*. Não pode a Administração Pública, não pode o Legislativo, e é claro que não pode o Judiciário recusarem-se ou se

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina Editora, 2003. p. 377 e seguintes.

¹⁶ São *direitos sociais* que exigem prestações positivas (SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 73-74), e dependem, portanto, de um comportamento positivo do Poder Público (GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 311).

¹⁷ Art. 196 da Constituição Federal.

¹⁸ Art. 205 da Constituição Federal.

omitirem de realizar o *mínimo* que qualifique o próprio bem da vida agasalhado pela norma constitucional; cada qual em sua função, o Legislativo ao discipliná-lo por uma formulação abstrata, o Executivo ao materializá-lo, e o Judiciário ao coibir eventuais omissões e desvios dos demais Poderes, o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais deve ser sempre e incondicionalmente efetivado.

Só assim é que se cumpre o princípio constitucional que constitui o segundo argumento favorável ao controle judicial (b), pois apenas há que se admitir o atendimento ao *princípio da máxima efetividade das normas constitucionais* se ao menos o *núcleo essencial* do direito à prestação é observado. Trata-se, em última análise, de verdadeiro reforço ao primeiro argumento: se é reconhecida, na hermenêutica constitucional, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais como o axioma que orienta a interpretação dos dispositivos constitucionais de modo a que seja eleita a interpretação que mais potencialize os efeitos ideados pela Constituição, então, ao se tratar dos *direitos fundamentais* é imperioso que no mínimo seja atendido o *núcleo essencial* – sem o qual não há sequer sentido ao bem da vida que se pretende tutelar.

Mas do que formulo até então é necessário acrescentar um método que permita, diante de *casos concretos*, equacionar todos estes argumentos – contrários e favoráveis –, um método que contribua para identificar o que qualifica o *núcleo essencial* – o que depende sempre e sempre do *caso concreto*. É preciso um método que assegure aferir se há que ocorrer a intervenção do Judiciário junto ao Executivo – e em qual medida –, ou se se deve reconhecer que o núcleo essencial do direito fundamental tem sido cumprido e, por isto, encontra-se a Administração Pública em seu legítimo espaço de discricionariedade administrativa. E o método que escolho é o procedimento de ponderação da teoria dos princípios, como a seguir esclareço.

4.2. O procedimento de ponderação como mecanismo de aferição da racionalidade das decisões judiciais no controle judicial das políticas públicas

Se o estágio atual da ciência jurídica definitivamente já superou a leitura estritamente positivista do direito, se hodiernamente é comum a preocupação em identificar os valores eleitos e assegurados pela ordem jurídica, se indiscutivelmente é reconhecido que os *princípios jurídicos* compõem a estrutura e o cerne do ordenamento positivo, e se é constatado que os enunciados dos princípios normalmente se valem de conceitos indeterminados, vagos, fluidos, então é natural que igualmente se intensifique a preocupação com o controle da racionalidade das decisões judiciais.

Pois se a pretexto de efetivar a “isonomia”, a “segurança jurídica”, o “interesse público” e outros tantos bens jurídicos não é admissível que o Poder Público aja como bem queira, mas sim que haja real pertinência entre o comportamento ou a declaração

eleita e o bem jurídico alegado, da mesma forma é necessário que o Judiciário, provocado a resolver um conflito, decida com racionalidade, isto é, que as decisões judiciais apresentem claramente os critérios e a linha de raciocínio palmilhada a coerentemente esclarecer o entendimento externado na decisão.

Neste sentido que Cláudio Pereira de Souza Neto apresenta, sinteticamente, algumas propostas doutrinárias que se propõem a oferecer estes critérios de controle da racionalidade das decisões judiciais. Refere-se ele: a) à ponderação e coerência: com a referência, entre outros, a Dworkin, e com a menção aos postulados de “unidade da constituição”, “harmonização” e “concordância prática”, tudo a – resumidamente – encarecer a necessidade de que “(...) o sistema de princípios, abstratamente considerado, seja interpretado de modo a se conformar uma unidade coerente”¹⁹; b) à ponderação e razão pública: que se preocupa em atribuir conteúdo aos princípios de acordo com a “razão pública”, sobretudo conforme a doutrina de John Rawls que a compreende como o campo do consensual, do que conta com o comum às variadas “doutrinas abrangentes razoáveis” junto às sociedades, principalmente no que concerne à democracia, aos direitos humanos e às “teorias científicas incontroversas”; c) à decomposição analítica dos elementos envolvidos na ponderação: por um sistema de prioridades que se inicia *prima facie*, conforme a doutrina de Robert Alexy; d) aos parâmetros ou *standards* de ponderação: são relações de “precedência condicionada” que não obrigam os magistrados, mas impõem um “ônus argumentativo” mais intenso às decisões que se afastam destes parâmetros.

Enfim, estas referências são mera exemplificação da preocupação que toma conta da ciência jurídica de buscar métodos e meios de controle da racionalidade das decisões judiciais, mormente em época como a que vivemos na qual a dialética jurídica realiza-se com a invocação de termos vagos e indeterminados. E ao considerar que neste estudo pretendo formular critérios que permitam o controle judicial das políticas públicas, notadamente das políticas públicas de administração penitenciária, então é fundamental definir uma técnica clara e coerente que permita laborar com os argumentos vistos anteriormente, os favoráveis e os contrários ao controle judicial das políticas públicas (ponto 4.1), de modo a tornar evidente qual solução deve prevalecer perante o caso concreto, quando é necessário admitir que há uma *reserva do possível* que impede a intervenção judicial, quando é premente a intervenção judicial para assegurar o *núcleo essencial* de um direito fundamental e, por conseguinte, realizar o *princípio da máxima efetividade das normas constitucionais*.

Em vista deste propósito é que me refiro à teoria dos princípios, de Robert Alexy, o *procedimento de ponderação*, como forma de alcançar o que o próprio jurista referido

¹⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ponderação de Princípios e Racionalidade das Decisões Judiciais: Coerência, Razão Pública, Decomposição Analítica e ‘Standards’ de Ponderação. Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional, n. 1, mar./mai. 2007. p. 2.

denomina de uma *pretensão de correção*, isto é, a intenção de o direito ser corretamente aplicado. A *fundamentação* deve ser articulada por um *procedimento de argumentação* fundada em *princípios*, e de tal modo que almeje a realização de cada princípio na melhor medida das possibilidades fáticas e jurídicas – o que se denomina de *mandamento de otimização*. Com este compromisso – de realização dos princípios como *mandamentos de otimização* – é necessário um *procedimento de ponderação* com o fim de resolver as colisões que naturalmente surgem, nos casos concretos, entre os princípios jurídicos²⁰.

Com este intento, propõe Robert Alexy²¹ o *procedimento de ponderação* em três passos: inicialmente, deve ser avaliado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio (se *leve*, *médio* ou *grave*), em seguida, deve haver a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, e por último se deve comprovar que o cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o não-cumprimento do outro princípio.

E são estes “passos” que adoto em busca da solução do controle judicial das políticas públicas. Passo a um exemplo:

Se certo Município possui uma tímida verba para investir na proteção da criança e do adolescente, e se deixa de edificar e estruturar uma Casa de Abrigo para acolher menores órfãos e em outras situações de risco, e isto quando não há no Município nenhum local público que cumpra esta finalidade, e ao mesmo tempo existe ou o contingenciamento desta verba pública, sem qualquer aplicação, ou o emprego na construção de um parque público, então é possível aferir, por meio do *procedimento de ponderação* da teoria dos princípios, que a Administração Pública exerce mal a discricionariedade administrativa que lhe é atribuída na definição das políticas públicas. Isto porque os *princípios da dignidade da pessoa humana e da absoluta prioridade do direito à vida e à dignidade da criança e do adolescente*²² apresentam-se em *severo grau de não-cumprimento*, e apesar da construção do parque justificar-se como meio de promoção do *princípio da absoluta prioridade da criança e do adolescente* ao “lazer”²³, não há a comprovação da importância do cumprimento deste último princípio em sentido contrário em prejuízo do não-cumprimento dos demais princípios (dignidade da pessoa humana e absoluta prioridade do direito à vida e à dignidade da criança e do adolescente). Sem dúvida alguma, nesta colisão em concreto são os dois primeiros princípios mencionados que asseguram a melhor e mais efetiva proteção das crianças e dos adolescentes.

²⁰ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37.

²¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 133.

²² Arts. 1º, III, e 227, *caput*, da Constituição Federal.

²³ Art. 227 da Constituição Federal.

Compreenda-se bem o exemplo: é *gravíssimo* (e não “leve”, nem “médio”) o grau de não-cumprimento, por parte do Poder Público, dos princípios da dignidade da pessoa humana e da absoluta prioridade do direito à vida e à dignidade da criança e do adolescente, e embora seja comprovada a importância do cumprimento do princípio da absoluta prioridade da criança e do adolescente ao lazer, e que este princípio seria atendido com a construção de um parque, é consensualmente perceptível (isto é, de acordo com um sentimento comum extraível da sociedade, e não conforme alguma impressão personalíssima do julgador), é consensualmente perceptível que não se justifica o cumprimento do princípio em sentido contrário (promoção do lazer às crianças e aos adolescentes) em detrimento dos demais princípios (vida e dignidade das crianças e dos adolescentes).

O procedimento de ponderação permite aferir e concluir que, neste caso, o Poder Público elegeu mal a política pública. E se assim o fez, não há argumento, calcado na teoria das reservas do possível, que justifique a não implementação de uma política pública que resulte na construção de uma Casa de Abrigo no Município. A expectativa de uma, ao menos uma Casa de Abrigo atende ao *núcleo essencial* do direito fundamental à vida, o que representa, por consequência, a própria manifestação do *princípio da máxima efetividade* dos artigos 1º, III, e 227, *caput*, ambos da Constituição Federal.

Perceba-se, portanto, a contribuição significativa do procedimento de ponderação da teoria dos princípios na solução da equação que apresenta argumentos contrários e favoráveis ao controle judicial das políticas públicas. Pois se fosse outra a realidade concreta, se fosse acrescido a este exemplo que já existem, no referido Município, três Casas de Abrigo, e que todas trabalham em sua adequada capacidade de atendimento, então o procedimento de ponderação conduziria à conclusão bem diversa: não haveria um grave grau de não-cumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana e da absoluta prioridade do direito à vida e à dignidade da criança e do adolescente (no máximo, um grau “leve”), e além de manter-se comprovada a importância do cumprimento do princípio da absoluta prioridade da criança e do adolescente ao lazer, assim o seria para justificar o não-cumprimento dos outros princípios. Neste novo contexto, uma vez que não haveria comprometimento do núcleo essencial do direito fundamental à vida das crianças e dos adolescentes, então seriam legítimas as objeções que o Poder Público porventura formulasse no sentido de que não pode expandir o número de Casas de Abrigo porque há *reservas do possível* – fossem os fundamentos alegados sob o aspecto fático ou sob o jurídico (ponto 4.1).

Ao desfecho, e em síntese necessária a ser aplicada no tópico seguinte, concluo que o *núcleo essencial* de todo e qualquer direito fundamental, principalmente ao se apresentar como um *direito à prestação* do Estado (pois não basta a simples abstenção, mas é fundamental que o Estado *aja*), deve ser sempre oferecido sob pena de o controle judicial intervir para recompor a ordem jurídica e assegurar, ao menos pelo *mínimo*

dos valores consagrados no sistema jurídico, algum significado à *máxima* efetividade que deveriam concretamente contemplar.

5. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

De onde se deve partir, da Constituição Federal: o art. 5º, núcleo dos direitos fundamentais, em seu inciso XLVIII, em relação às *políticas públicas de administração penitenciária*, prescreve, na qualidade de *direito fundamental*, que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, e o inciso XLIX complementa o que seria suficiente concluir da noção de *dignidade da pessoa humana*, mas para distinções inusitadas não se elaborarem, de fato é conveniente a norma explícita afirmar ser “(...) assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

União e Estados, concorrentemente, devem legislar sobre direito penitenciário, assegura-se no art. 24, I, da Constituição Federal, para concretizar as diretrizes traçadas entre os direitos fundamentais acima referidos.

O que é feito – ao menos no plano normativo. Pois o art. 40 da Lei Federal n. 7.214/84, Lei de Execução Penal, impõe a todas as autoridade “(...) o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”. Especifica-se mais adiante:

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visita.

Até prazo à efetivação destas obrigações jurídicas do Estado – contado da edição da lei, nos idos de 1984 – foi assinalado:

Art. 203. No prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta Lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis.

§ 1º Dentro do mesmo prazo deverão as Unidades Federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta Lei.

§ 2º Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados.

§ 3º O prazo a que se refere o caput deste artigo poderá ser ampliado, por ato do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mediante justificada solicitação, instruída com os projetos de reforma ou de construção de estabelecimentos.

§ 4º O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as Unidades Federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança.

O Código Penal, em seu art. 38, repete a necessidade – comando imperativo – de que em relação ao preso haja o respeito à sua integridade física e moral, o que é reiterado e detalhado pela Resolução n. 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP/MJ):

Art. 3º. É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

Art. 7º. Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.

§ 1º. As mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios.

§ 2º. Serão asseguradas condições para que a presa possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação dos mesmos.

Art. 8º. Salvo razões especiais, os presos deverão ser alojados individualmente.

§ 1º. Quando da utilização de dormitórios coletivos, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados e reconhecidos como aptos a serem alojados nessas condições.

§ 2º. O preso disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto.

Art. 9º. Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação.

Art. 10º O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar:

I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural;

II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão;

III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade.

IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a frequência que exigem os princípios básicos de higiene.

Art. 13. A administração do estabelecimento fornecerá água potável e alimentação aos presos.

Parágrafo Único – A alimentação será preparada de acordo com as normas de higiene e de dieta, controlada por nutricionista, devendo apresentar valor nutritivo suficiente para manutenção da saúde e do vigor físico do preso.

A Lei Complementar n. 79/1994 (Fundo Penitenciário Nacional – Funpen) determina que os seus recursos sejam aplicados na “construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais” (I), “aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento dos estabelecimentos penais” (IV).

Especificamente no Estado de São Paulo, a Constituição estadual reforça o compromisso com os direitos fundamentais dos presos:

Artigo 105 - O Poder Executivo manterá, no sistema prisional e nos distritos policiais, instalações destinadas ao contato privado do advogado com o cliente preso.

Artigo 143 - A legislação penitenciária estadual assegurará o respeito às regras mínimas da Organização das Nações Unidas para o tratamento de reclusos, a defesa técnica nas infrações disciplinares e definirá a composição e competência do Conselho Estadual de Política Penitenciária.

Artigo 286 - Fica assegurada a criação de creches nos presídios femininos e, às mães presidiárias, a adequada assistência aos seus filhos durante o período de amamentação.

Mas do plano normativo – *ideal* – às práticas administrativas – *realidade* – a distância não é pouca. O Conselho Nacional de Justiça apresenta dados que contradizem em absoluto os comandos jurídicos²⁴:

Quadro Nacional – número de presos

Presos em regime fechado	Presos em regime semiaberto	Presos em regime aberto	Presos provisórios	Presos em prisão domiciliar	Total	Internos em M.S.
267.407	94.285	8.726	241.318	156.220	767.956	3.621

Quadro Nacional – Quantitativo

Estabelecimentos	Vagas	Presos	Déficit de vagas
2.771	382.562	618.164	235.602

Quadro Estado de São Paulo – número de presos

Presos em regime fechado	Presos em regime semiaberto	Presos em regime aberto	Presos provisórios	Presos em prisão domiciliar	Total	Internos em M.S.
117.324	36.544	7	71.635	21.210	246.720	1.381

Quadro Estado de São Paulo – Quantitativo

Estabelecimentos	Vagas	Presos	Déficit de vagas
281	130.586	225.084	94.498

O Ministério da Justiça confirma a dramática situação em política pública de administração penitenciária. Do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – Ministério da Justiça – Junho/2014:

Número de unidades prisionais por taxa de ocupação

Menor que 100%	451 (32%)
Entre 101 e 150%	364 (26%)
Entre 151 e 200%	244 (17%)
Entre 201 e 300%	219 (15%)
Entre 301 e 400%	62 (4%)
Maior que 401%	63 (5%)
Sem informação	17 (1%)

²⁴ CNJ – 2014 – www.cnjjus.br/geopresidios.

Número de pessoas privadas de liberdade por situação de lotação da unidade

	Até 1 pessoa/vaga	Mais de 1 e até 2 pessoas/vaga	Mais de 2 e até 3 pessoas/vaga	Mais de 3 e até 4 pessoas/vaga	Mais de 4 pessoas/vaga
Brasil	72.153	258.823	139.869	36.236	19.731
SP	14.697	77.001	71.446	5.317	-

Diante deste estado falimentar das políticas públicas de administração penitenciária o Supremo Tribunal Federal, em RE 592.581/RS, reconheceu a repercussão geral da possibilidade de controle judicial deste âmbito da função administrativa. A ementa:

CONSTITUCIONAL. INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIO. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. RELEVÂNCIA JURÍDICA, ECONÔMICA E SOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 592581 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-06 PP-01173 RDDP n. 84, 2010, p. 125-128)

O julgamento do RE 592.581/RS ocorreu em 13 de agosto de 2015, precedente recente que deve sinalizar novo rumo – necessário – do controle judicial da Administração Pública. A certidão de julgamento apresenta a seguinte decisão:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5o, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Luís Carlos Kothe Hagemann, e, pela União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13.08.2015.

Do voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, destaca-se:

O fato é que a sujeição dos presos às condições até aqui descritas mostra, com clareza meridiana, que o Estado os está sujeitando a uma pena que ultrapassa a mera privação de liberdade prevista na sentença, porquanto acresce a ela um sofrimento físico, psicológico e moral, o qual, além de atentar contra toda a noção que se possa ter de respeito à dignidade humana, retira da sanção qualquer potencial de ressocialização.”

“Outro aspecto a sublinhar é que os juízes são adotados do poder geral de cautela consistente em uma competência, mediante o qual lhes é permitido conceder medidas cautelares atípicas, que não estão explicitadas em lei, sempre que estas se mostrarem necessárias para assegurar, nos casos concretos submetidos à jurisdição, a efetividade do direito buscado.”

“No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.”

“(…) a partir do momento em que o Brasil adere a um tratado ou a uma convenção internacional, sobretudo àqueles que dizem respeito aos direitos humanos, a União assume as obrigações nele pactuadas, sujeitando-se, inclusive, à supervisão dos órgãos internacionais de controle, porquanto somente ela possui personalidade jurídica no plano externo.”

“(…) existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais – de eficácia plena e aplicabilidade imediata – daquelas que se encontram, temporariamente, repita-se, sob custódia do Estado.”

Em maio de 2015 foi proposta a ADPF 347 que tem por objetivo o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Pede-se a elaboração de um Plano Nacional, e posteriormente planos estaduais e distrital, com propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país. Pretende-se que o Plano contenha propostas para promover a redução da superlotação dos presídios, adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança, efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito, e outros planos estratégicos à administração penitenciária.

O pedido liminar foi parcialmente deferido – destaca-se a alínea ‘h’ do pedido – em 9 de setembro de 2015:

Pedido: h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Decisão: deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos

Com esta exposição dos paradoxos entre as normas jurídicas e a realidade fenomênica pode-se perceber que as *políticas públicas de administração penitenciária* são programas imperativamente traçados pela Constituição Federal e normas inferiores que a detalham, de execução *a priori* atribuída ao Poder Executivo da União, dos Estados e do Distrito Federal, cuja sistemática frustração de sua eficiência²⁵ enseja a necessidade – um dever, não faculdade – de o Judiciário intervir de modo a exigir a realização dos comandos constitucionais.

Do quanto foi visto acima, após se definir a noção jurídica de políticas públicas (ponto 3), depois de reconhecer-se a possibilidade de controle judicial das políticas públicas (pontos 4 e 4.1), sobretudo com a utilização do procedimento de ponderação da teoria dos princípios como meio apto a equacionar os argumentos contrários e favoráveis ao controle e determinar, para o *caso concreto*, sobre a possibilidade (e a sua dimensão), ou não, da intervenção judicial a impor à Administração Pública a realização de políticas públicas (ponto 4.2), e depois de igualmente se definir as políticas públicas de administração penitenciária nos parágrafos precedentes, resta-me alinhar estas considerações de modo a permitir algumas conclusões sobre o controle judicial das políticas públicas de administração penitenciária.

As políticas públicas de administração penitenciária são programas imperativos – de cumprimento obrigatório – impostos pela Constituição Federal (enquanto *direito fundamental* do preso) e por leis editadas pela União, Estados e Distrito Federal, e que a despeito da competência discricionária que reside na definição concreta destes planos de ação, a teoria das reservas do possível (reservas fática e jurídica) não é suficiente, por si só, para impedir o controle judicial. Ao contrário, o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais deve sempre ser atendido porque além de representar o *mínimo* a ser feito para realizar os respectivos bens acolhidos pela Constituição como dignos de proteção jurídica, é ainda o mínimo a ser feito para que se possa reconhecer alguma eficácia ao *princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais*.

Portanto, todo *direito à prestação* que veicule direitos fundamentais – tal como o *direito à adequada administração penitenciária* – deve ser cumprido em seu *núcleo*

²⁵ A eficiência é princípio constitucional da Administração Pública – art. 37, *caput*.

essencial, sob pena de a Administração Pública ser coagida a prestá-lo por ordem judicial.

Acolhido o procedimento de ponderação da teoria dos princípios (ponto 4.2) é inevitável a percepção de que a precária condição existente nos presídios representa um *gravíssimo* grau de não-cumprimento do *direito à adequada administração penitenciária*, o que diretamente atinge o *núcleo essencial* deste direito e, inclusive, torna sem efeito o *princípio da máxima efetividade das normas constitucionais* – pois se compromete integralmente a eficácia do art. 5º, XLVIII e XLIX, da Constituição Federal. Logo, não há como se sobrepor em comprovação de importância qualquer outro princípio em sentido contrário, não há como, sob a teoria das reservas do possível, a Administração Pública escusar-se ao cumprimento do *direito à adequada administração penitenciária* sob a genérica alegação de que não tem recursos financeiros, que investe seus recursos em outros programas de governo etc. Não há, em última análise, qualquer discricionariedade administrativa se o *núcleo essencial* de direitos fundamentais não é atendido.

Sem a ilusória pretensão de exaustão do tema, até mesmo porque a solução depende da análise de cada caso concreto, com todos os informes e peculiaridades que particularizam cada conflito, a proposta deste estudo consistiu, primeiro, em formular os contornos possíveis do controle judicial das políticas públicas, e sem desprezar os argumentos contrários (a teoria das reservas do possível), mas com o devido esclarecimento e destaque aos argumentos favoráveis (o núcleo essencial do direito fundamental e o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais); segundo, oferecer critérios de ponderação destes argumentos que permitam, diante do caso concreto, e especificamente em relação ao *direito à adequada administração penitenciária*, resolver-se pela intervenção judicial na hipótese – como é recorrente – de aferir-se que o grau de não-cumprimento dos *direitos fundamentais* do preso atinge o seu *núcleo essencial*.

O que não mais é possível admitir é a simplista assertiva – e absolutamente desconectada da pertinente interpretação tópico-sistemática da Constituição Federal – de que não há legitimidade ao controle judicial das políticas públicas. O labor do intérprete é ingente, mas é possível – fundamental – proceder de modo a buscar, em cada caso concreto, os contornos e o alcance legítimos da intervenção judicial quando há a necessidade de efetivar o núcleo essencial do *direito à adequada administração penitenciária* por intermédio de políticas públicas eficientes.

6. REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direito Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina Editora, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 86, n. 737, mar. 1997.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. v. 2. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PAIXÃO, Leonardo André. **A Função Política do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo, 2007. 258 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**: Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

REALE, Giovanni. **Introdução a Aristóteles**. 10 ed. Lisboa: Edições 70, 1997.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: Princípios de Direito Político. Trad. Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ponderação de Princípios e Racionalidade das Decisões Judiciais: Coerência, Razão Pública, Decomposição Analítica e ‘Standards’ de Ponderação. **Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional**, n. 1, mar./mai. 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Filosofía del Derecho**. 2 ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.



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. Recomenda-se aos autores que informem o número de identificação ORCID (para maiores informações **clique aqui**). O identificador ORCID pode ser obtido no **registro ORCID**. Você deve aceitar os padrões para apresentação de iD ORCID e incluir a URL completa (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>). Nesse caso, tal informação deverá constar logo abaixo da indicação do e-mail de contato.

5.5.4.5. Os quatro elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

5.5.4.6. 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 mantêm 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 arrazoadado 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.