

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**PROGRAMA DE DOCTORADO**  
**PASADO Y PRESENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO,**  
**FINANCIERO Y PROCESAL**



**TESIS DOCTORAL:**

**LA CONTRIBUCIÓN DEL PODER JUDICIAL A LA PROTECCIÓN DE LOS  
DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN;  
ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO AL DESARROLLO**

**NELSON MELO DE MORAES RÊGO**

**Director de la Tesis: Dr. LORENZO M. BUJOSA VADELL**

**SALAMANCA**

**2012**



**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO,  
FINANCIERO Y PROCESAL**



**LA CONTRIBUCIÓN DEL PODER JUDICIAL A LA PROTECCIÓN  
DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN;  
ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO AL DESARROLLO**

Tesis Doctoral realizada por Nelson Melo de MORAES RÊGO para colacionar al GRADO DE DOCTOR EN DERECHO por la Universidad de Salamanca, bajo la dirección académica del Prof. Dr. Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, habiendo obtenido la Suficiencia Investigadora en el marco académico del Programa de Doctorado “Pasado y Presente de Los Derechos Humanos” e inscrito el proyecto de Tesis que habilita para la defensa en tiempo y forma.

El Director Académico,

El Doctorando,

Fdo.: Prof. Dr. Lorenzo M. Bujosa Vadell

Fdo.: D. Nelson M. de Moraes Rêgo

Salamanca, junio 2012



“si persisten los privilegios inmerecidos, las diferencias extremas de riqueza y las injusticias sociales... el desarrollo no logra su propósito esencial” Resolución 2626 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 24 de octubre de 1970.”



por *Nelson M. Régo*

*Manaus, 22 /08/94*

**N**a relação do ser  
Lei há que ter  
para que viver,  
possa em **paz**  
permanecer.

No atuar da "concreta vontade da Lei",  
se não espontânea,  
à justiça há que se recorrer  
para que o pessoal interesse possa prevalecer  
e à pretensão resistida ,  
vencer.

Como instrumento,  
tem-se o **processo**  
que o Estado dispõe  
em exclusiva atribuição  
de a **jurisdição** prestar.

Para a **ação** iniciar-se  
da demanda imprescindir-se-á  
que em resposta final, uma **sentença** haverá.

Assim tem-se a **lide** para solucionar  
e a **justiça**, absolutamente,  
**IMPERAR.**





## PREFACIO

El presente trabajo fue elaborado con la intención de obtener el GRADO DE DOCTOR DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA e intenta ser una investigación en la que se abordan múltiples aspectos que a nuestro parecer resultan de interés en relación a los derechos humanos de tercera generación, en especial referencia al derecho al desarrollo, profundizando especialmente en las cuestiones interdisciplinarias del derecho en sus ramas Internacional Público, Constitucional y Procesal con la ciencia económica, en su abordaje neo institucionalista, que valoriza las instituciones sociales para el éxito de la economía.

Se trata de una investigación llevada a cabo en el marco del Doctorado “Pasado y Presente de los Derechos Humanos” impartido en la Universidad de Salamanca desde hace unos años, bajo la diligente y entregada coordinación de la Dra. D<sup>a</sup> María Esther Martínez Quinteiro. En mi caso, mi incorporación a dicho Doctorado data del nueve de enero del año de 2006. Después de haber aprobado las diversas asignaturas del período de docencia con sobresaliente (realicé al mismo tiempo el segundo año de mi máster en Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra), me dediqué a realizar trabajos de grado, uno de ellos centrado en el tema procesal y el derecho al desarrollo socio-económico y otro sobre la protección de los consumidores y usuarios, que en cierta forma fueron aprovechados para la elaboración de esta tesis doctoral. Ese período culminó satisfactoriamente con la obtención del Diploma de Estudios Avanzados en julio de 2007.

Seguí con las investigaciones en varias ciudades: Madrid, Barcelona, Sevilla, Salamanca, Coimbra, Lisboa, Brasilia y São Paulo. En esta última ciudad estuve como investigador invitado en la reputada Fundación Getúlio Vargas, en la rama de Derecho, durante el segundo semestre de 2009. A partir de enero de 2008 retomé mis actividades como juez, razón por la cual la presentación de esta tesis sufrió un pequeño retraso (si bien estaba dentro del periodo otorgado por la Universidad de Salamanca). Durante el tiempo de elaboración de la tesis, hice muchos viajes desde São Luis de Maranhão/Brasil hasta Salamanca/ES: noviembre de 2008, junio de 2010, enero de 2011 y ahora, mayo de 2012. Así, en el recorrido de esta tesis han sido necesarios un gran

esfuerzo, gastos económicos y el sacrificio de verme lejos de las personas a quienes más amo, mi mujer y mis hijos, por no hablar de las noches cuando recordaba todas las tareas que debía dejar preparadas.

La dirección de esta tesis ha sido realizada por el Dr. Lorenzo Bujosa Mateo Vadell, que aceptó guiarme en este trabajo académico. El Dr. Lorenzo Bujosa ha contribuido con su acuciosidad y preocupación permanente al desarrollo de esta tesis, por lo cual tiene desde ya todo mi sincero agradecimiento. El profesor Bujosa me recomendó múltiples lecturas indispensables para el desarrollo del trabajo y me orientó con lucidez en las diversas ocasiones en que modificamos la estructura del mismo. Además, agradezco sus palabras de aliento que fueron un importante estímulo en los momentos más difíciles, momentos en los que hasta pensaba que no podría concluirlo; gracias a Dios esto no sucedió.

Anoto mis agradecimientos: en primer lugar a Jesucristo (Dios), Señor y Salvador de mi vida, persona viva, muy real, bien presente y siempre fiel en la construcción de mis proyectos personales. A mi padre, Claudio Moraes Rego, ejemplo de vida, de carácter y rectitud en el proceder.

A Flavio Jung, doctorando en Derecho Privado, que no pudo concluir su doctorado porque nos abandonó de esta vida, pero cuya alegría de vivir nos contagiaba y siempre ayudaba a todo aquel que necesitaba algo durante su estancia en Salamanca con motivo de los estudios de máster o doctorado, y en particular, fue la primera persona que me recibió cuando llegué a la estación de autobús aquel nueve de enero de 2006.

A los amigos Juracy, por su acicate para que hiciera el doctorado en la USAL; a Sergio Tamer, por su gran apoyo y ánimo. A Karla y Carlos Vieira, a quienes a su vez invité a cursar derechos humanos y después compartimos muchas ideas y estudios de nuestro doctorado. Y a la Profesora Yolanda, por la revisión del español.

A mi primo y cuñado Fernando de Moraes Rêgo Caldas, economista del Banco Central de Brasil, que me orientó en los asuntos de su área de conocimiento científico y me ayudó con la bibliografía especializada.

Mi especial admiración a la Profesora Esther Martínez Quinteiro, nuestra maestra que nos ha educado en derechos humanos y cuya visión y compromiso con la causa es sobresaliente.

A Isabel Galindo, con sus constantes oraciones, valioso apoyo espiritual en esta trayectoria de vida.

Reconozco la indispensable e importantísima autorización del Tribunal de Justicia de la Provincia de Maranhão/Brasil, a través de los Desembargadores, que ha posibilitado mi manutención y la de mi familia en tierras ibéricas.

A mi querida esposa Rosinete y a mis muy estimados hijos, los más preciosos tesoros que tengo, pues sin ellos la vida perdería su sentido.

A Rosinete, Rebecca, Thiago y Isabella,

Más que flores en el Jardín de mi existencia!



## ABREVIATURAS

ADECon	Acción Declaratoria de Constitucionalidad (Brasil).
ADIN	Acción Declaratoria de Constitucionalidad (Brasil).
ADPF	<i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental</i> – Recurso de Incumplimiento de Precepto Fundamental (Brasil).
AEB	Asociación Estratégica Biregional.
AJUFE	Asociación de Jueces Federales (Brasil).
AMB	Asociación de Magistrados de Brasil.
APD	Ayuda Pública al Desarrollo.
BIRD	Banco Interamericano de Desarrollo.
BverfGE	Tribunal Constitucional Alemán.
CAN	Comunidad Andina.
CDC	Código de Defensa de los Consumidores (Brasil).
CE	Constitución Española.
CEE	Comunidad Económica Europea.
CEPAL	Comisión Económica para América Latina.
CF/88	Constitución Federal de 1988 (Brasil).
CNJ	Consejo Nacional de Justicia (Brasil).
CNUAD	Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo.
COPEDEM	Colegio Permanente de Directores de las Escuelas de Magistraturas (Brasil).
CPC	Código de Proceso Civil (Brasil).
CPMF	Contribución Provisoria de Movimentación Financiera.
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
DRU	Desvinculación de Recetas Fiscales de la Unión (Brasil).

ECOSOC	<i>Economic and Social Council the United Nations</i> – Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.
ENFAM	Escuela Nacional de Formación de Magistrados (Brasil).
FAO	<i>Food and Agriculture Organization of the United Nations</i> – Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura.
FGTS	<i>Fundo de Garantia por Tempo de Serviço</i> – Fondo para Seguridad Social por Tiempo de Trabajo (Brasil).
FGV	Fundación Getúlio Vargas.
FMI	Fondo Monetario Internacional.
FUNDEF	Fondo de Manutención y Desarrollo de la Enseñanza Elemental y de Valorización del Magisterio.
G 20	Grupo de Veinte Países Más Desarrollados.
G 77	Grupo de Setenta y Siete Países.
G 8	Grupo de Ocho Países Más Desarrollados.
IBDP	Instituto Brasileño de Derecho Procesal.
IBGE	Instituto Brasileño de Geografía y Estadística.
IDH	Índice de Desarrollo Humano.
IDHM	Índice de Desarrollo Humano Municipal.
INPE	Instituto Nacional de Pesquisas Sociais (Brasil).
LCD	Ley de Competencia Desleal.
LCG	Ley General de Contabilidad Gubernamental.
LDPJ	Ley de Demarcación y Planta Judicial.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LGDUC	Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.
LGP	Ley General de Publicidad.
LJCA	Ley de la Jurisdicción del Contencioso Administrativo.

LO	Ley Orgánica.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LPH	Ley de Patrimonio Histórico.
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas.
MERCOSUR	Mercado Común del Sur.
NAFTA	<i>North American Free Trade Agreement</i> – Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
NOEI	Nuevo Orden Económico Internacional.
OAB	Orden (Colegio) de los Abogados de Brasil.
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.
OEA	Organización de los Estados Americanos.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OMC	Organización Mundial del Comercio.
OMS	Organización Mundial de Salud.
ONG	Organización No Gubernamental.
ONU	Organizaciones de las Naciones Unidas.
OUA	Organización de la Unión Africana.
PEC	Propuesta de Enmienda Constitucional (Brasil).
PFL	Partido del Frente Liberal (Brasil).
PIB	Producto Interno Bruto.
PIDCP	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
PIDESC	Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
PMDs	Países Menos Desarrollados.
PNAD	Pesquisa Nacional por Domicilio (Brasil).

PNB	Producto Nacional Bruto.
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas de Protección al Medio Ambiente.
PPC	Paridad Poder de Compra.
PROCON	Programa de Protección de los Consumidores y Usuarios.
PROUNI	Programa Universitario.
PVD – ALA	Países Vía de Desarrollo en América Latina y Asia.
SIDA	Síndrome de la Inmuno Deficiencia Adquirida.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (España).
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil).
STJ	Superior Tribunal de Justicia (Brasil).
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (España).
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia.
TJ	Tribunal de Justicia de los Estados (Brasil).
TOTC	Tribunales Ordinarios.
TRF	Tribunal Regional Federal (Brasil).
TSE	Tribunal Superior Electoral (Brasil).
TSM	Tribunal Superior Militar (Brasil).
TST	Tribunal Superior del Trabajo (Brasil).
EU	Unión Europea.
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura.



## ÍNDICE

<b>PREFACIO</b> .....	<b>VII</b>
<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>XI</b>
<b>ÍNDICE</b> .....	<b>XV</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>1</b>
<b>I – ASPECTOS CONCEPTUALES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN</b> .....	<b>9</b>
<b>1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS</b> .....	<b>9</b>
1.1 LA DIMENSIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	11
1.2 CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	13
1.3 NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	18
1.4 APORTACIONES SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	24
1.5 LOS TITULARES DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	31
<b>2. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y SU INTEGRACIÓN CON LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS</b> .....	<b>33</b>
<b>3. UNA VISIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN (¿Y DE CUARTA?): FUNDAMENTACIÓN, INSTRUMENTOS DE TUTELA Y FORMAS DE TITULARIDAD</b> .....	<b>37</b>
<b>4. LOS PRINCIPALES DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN (los más representativos y consolidados)</b> .....	<b>46</b>
4.1 DERECHO A LA PAZ .....	47
4.2 DERECHO A LA CALIDAD DE VIDA .....	49
4.3 DERECHO A LA LIBERTAD INFORMÁTICA .....	50
4.4 DERECHO DE LOS CONSUMIDORES .....	52
4.5 DERECHO AL DESARROLLO .....	56
4.6 NUEVOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN.....	58
<b>II – EL DERECHO AL DESARROLLO COMO DERECHO HUMANO DE TERCERA GENERACIÓN</b> .....	<b>61</b>
<b>1. ASPECTOS CONCEPTUALES DEL DESARROLLO EN LA ACTUALIDAD</b> .....	<b>61</b>

<b>2. ORIGEN Y FORMULACIÓN JURÍDICO-INTERNACIONAL DEL DERECHO AL DESARROLLO – <i>La Ideología del Desarrollo</i>.....</b>	<b>78</b>
<b>3. CONCEPCIONES RELATIVAS A LA TEORÍA DEL DERECHO AL DESARROLLO .....</b>	<b>83</b>
<b>4. EL DERECHO AL DESARROLLO Y LOS ESTADOS.....</b>	<b>92</b>
<b>5. EL DERECHO A DESARROLLO EN EL ÁMBITO DE LAS NACIONES UNIDAS .....</b>	<b>94</b>
<b>6. EL DERECHO AL DESARROLLO COMO DERECHO DE LOS PUEBLOS .....</b>	<b>96</b>
<b>7. EL DERECHO AL DESARROLLO Y LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL .....</b>	<b>101</b>
<b>8. SISTEMA INTERNACIONAL DE COOPERACIÓN Y AYUDA AL DESARROLLO, breves consideraciones.....</b>	<b>104</b>
8.1 BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA COOPERACIÓN INSTITUCIONAL, ECONÓMICA Y COMERCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA CON AMÉRICA LATINA.....	109
<b>9. DERECHO AL DESARROLLO Y DERECHO A LA CALIDAD DE VIDA (AL MEDIO AMBIENTE SANO): DESARROLLO SUSTENTABLE.....</b>	<b>120</b>
<b>10. EL DERECHO AL DESARROLLO ANTE LOS DESAFÍOS DE LA CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERA EN LA ACTUALIDAD.....</b>	<b>125</b>
<b>III – CONSIDERACIONES GENERALES CON RESPECTO AL PROCESO EN LA MODERNIDAD PARA LA COMPRENSIÓN DE SU MISIÓN PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN; REFERENCIA ESPECIAL A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL DESARROLLO .....</b>	<b>135</b>
<b>1. ACERCA DEL PROCESO MODERNO Y PÓS-MODERNO: CONCEPCIONES, FUNCIONES Y PERSPECTIVAS, CON VISTAS A LAS CONEXIONES ENTRE PROCESO Y ECONOMÍA.....</b>	<b>135</b>
1.1. EL PROCESO COMO INSTRUMENTO DE REGULACIÓN/ACTUACIÓN DEL DERECHO Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS .....	142
1.2 SOBRE EL CAMBIO AXIOLÓGICO DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL SIGLO XXI .....	144

1.3 LA VISIÓN DE LA ECONOMÍA NEO-INSTITUCIONALISTA, COMO ANTECEDENTE RACIONAL PARA LA FINALIDAD ECONÓMICA DEL PROCESO CIVIL .....	152
1.4. EN TORNO A LA FINALIDAD ECONÓMICA DEL PROCESO CIVIL (Objetivo, Fines) .....	159
<b>2. LA VOCACIÓN DEL NUESTRO TIEMPO PARA LA JURISDICCIÓN Y LA MISIÓN SOCIAL DEL JUEZ EN LA PÓS- MODERNIDAD .....</b>	<b>168</b>
<b>3. EL PODER JUDICIAL COMO CONEXIÓN ENTRE LA SOCIEDAD Y EL ESTADO .....</b>	<b>178</b>
<b>4. TUTELA PROCESAL DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, UN BREVE ESBOZO GENERAL PRE- COMPRESIVO .....</b>	<b>182</b>
4.1 ASPECTOS GENERALES DE LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE .....	183
4.2 ACCESO A LA JUSTICIA (derecho a la justicia), COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL.....	188
4.3 PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA .....	197
4.3.1 LA EFICACIA Y LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	212
4.3.2 LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y LOS SISTEMAS DE CONTROL JURISDICCIONAL.....	217
4.3.2.1 ACERCA DE LOS SISTEMAS JURISDICCIONALES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, un breve análisis histórico-expositivo.....	232
<b>5. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: SUS GARANTÍAS Y EVOLUCIÓN .....</b>	<b>236</b>
<b>6. ASPECTOS CONCEPTUALES DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>244</b>
<b>7. JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN.....</b>	<b>257</b>
7.1 LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y SU CORRELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN .....	263
7.1.1 ACERCA DE LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA EXIGIBILIDAD JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES .....	265

A) los derechos sociales no son auténticos derechos subjetivos y responden a fines colectivos .....	267
B) Los derechos sociales son “derechos positivos” .....	268
C) Crítica de la violación del principio de separación de los poderes estatales .....	270
D) Los derechos sociales dependen de la disponibilidad económica (la reserva del posible) .....	271
7.2 EN DEFENSA DE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES – DESCs .....	272
7.3 ¿ES POSIBLE LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO AL DESARROLLO EN EL ESTADIO ACTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS? .....	280

#### **IV – LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN, EN ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO AL DESARROLLO (El Poder Judicial y el Derecho al Desarrollo).....291**

<b>1. DE LA CONTRIBUCIÓN DE LA JUSTICIA PARA LA PROMOCIÓN DEL DERECHO AL DESARROLLO, A TRAVÉS DEL PROCESO CIVIL: EL PROCESO CIVIL COMO FACTOR DE DESARROLLO SOCIO-ECONÓMICO.....</b>	<b>292</b>
1.1 LA EFICACIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD JURÍDICA Y SUS IMPLICACIONES SOCIO-ECONÓMICAS, CONSIDERÁNDOSE EL PROCESO CIVIL HACIA A UNO PADRÓN DE EXCELENCIA (efectividad, duración razonable y protección contractual) .....	304
<b>2. LA DIMENSIÓN DEL PODER JUDICIAL EN BRASIL DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL, SUS CONSECUENCIAS SOCIO-ECONÓMICAS Y SU CORRELACIÓN CON EL DERECHO AL DESARROLLO (Doctrina, Legislación y Jurisprudencias).....</b>	<b>312</b>
2.1 REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA DEL PODER JUDICIAL EN BRASIL: ¿UNA NUEVA JUSTICIA?.....	315
2.2 LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BRASIL, A TRAVÉS DE LAS SÚMULAS VINCULANTES, COMO INSTRUMENTO VALIOSO DE INCREMENTACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA (sus Efectos Económicos Reflejos de Contribución al Desarrollo del Pueblo Brasileño) .....	326
2.2.1 LA REPERCUSIÓN GENERAL DE LOS JUZGADOS SUPERIORES COMO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAL .....	334

2.2.2 LAS SÚMULAS IMPEDITIVAS DE RECURSO ESPECIAL ANTE EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.....	339
2.3 LA MISIÓN DEL CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA – CNJ Y DE LA ESCUELA NACIONAL DE FORMACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DE JUECES EN BRASIL – ENFAM, COMO ÓRGANOS FUNDAMENTALES HACIA A UN MODELO DE EXCELENCIA EN EL PODER JUDICIAL .....	340
2.4 UNA RESPUESTA BRASILEÑA A LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: Las Medidas Cautelares de Protección y de Represión a la Violencia de Género en la Ley “ <i>Maria da Penha</i> ” (Ley nº 11.340/06) y sus Implicaciones para el Desarrollo Social.....	351
2.5 EL PODER JUDICIAL EN BRASIL ANTE AL OBJETIVO FUNDAMENTAL DEL ART.3º, INCISO IV DE LA CONSTITUCIÓN: GARANTIZAR EL DESARROLLO NACIONAL.....	357
<b>3. EL CONTROL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR LA JUSTICIA, COMO FACTOR DE DESARROLLO SOCIO-ECONÓMICO, EN ESPECIAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE LAS RELACIONES DE CONSUMO .....</b>	<b>365</b>
<b>4. TUTELA PROCESAL DE LOS DERECHOS SOCIALES Y DEL DERECHO AL DESARROLLO (Garantías Jurisdiccionales y Procesales).....</b>	<b>384</b>
4.1 LOS INSTRUMENTOS PROCESALES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, TAMBIÉN DE PROTECCIÓN Y EFECTIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (Fundamentales) EN ESPAÑA Y BRASIL .....	388
4.1.1 LOS INSTRUMENTOS PROCESALES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA: Recurso de Amparo y otros y su correlación con el desarrollo socio-económico.....	392
4.1.2 LOS INSTRUMENTOS PROCESALES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BRASIL: ADC, ADI y ADPF (Acción de Declaración de Constitucionalidad, Acción Directa de Inconstitucionalidad y Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental) y su correlación con el desarrollo socio-económico.....	404
4.2 TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA .....	411
4.3 LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y SUS IMPLICACIONES PARA EL DESARROLLO, EN DERECHO COMPARADO HISPANO-BRASILEÑO.....	444
4.3.1 LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS SUBJETIVOS DE LOS CONSUMIDORES EN LOS JUZGADOS ESPECIALES EN BRASIL, CON VISTAS A LOS EFECTOS SOCIO-ECONÓMICOS Y AL DESARROLLO NACIONAL .....	446

4.3.2 LAS TUTELAS PROCESALES INDIVIDUAL Y COLECTIVA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES EN ESPAÑA Y SUS CONSECUENCIAS PARA EL DESARROLLO .....	452
<b>5. EL DERECHO AL DESARROLLO Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES .....</b>	<b>474</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>495</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>525</b>
<b>ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>553</b>
<b>ÍNDICE DE REVISTAS.....</b>	<b>559</b>
<b>ÍNDICE DE TRATADOS, CONVENIOS Y OTROS REGLAMENTOS INTERNACIONALES.....</b>	<b>561</b>
<b>ÍNDICE DE ACCESO A INTERNET (RED MUNDIAL W.W.W.) .....</b>	<b>565</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>567</b>
Anexo A. Justicia en número, año 2010, CNJ	
Anexo B. Cuadro de la encuesta del 6º Juzgado Especial Civil y del Consumidor de la Comarca de São Luis del Maranhão, Brasil	
Anexo C. III Investigación Social del Juzgado de Violencia de Género de la Comarca de São Luís del Maranhão	

## INTRODUCCIÓN

No es una falacia afirmar que los derechos humanos derivan de tres principios y de sus combinaciones e influencias recíprocas, que ya fueron bien sintetizados por Genaro Carrió<sup>1</sup>: el principio de la *inviolabilidad de la persona*, por el cual no se pueden imponer sacrificios a un individuo sólo porque éstos redunden en beneficio de otros individuos; este principio está ligado estrictamente con la forma de razonamiento moral que consiste en ponerse sucesivamente en la situación de cada uno de los interesados, incluidos nosotros mismos, mostrando una preocupación impersonal hacia nuestros propios intereses y adoptando una postura de árbitro ideal y absolutamente imparcial y, por tanto, genuinamente igualitaria. El segundo principio, el de *autonomía de la persona*, establece que el hombre es libre para realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros, por lo cual, la persecución de planes de vida racionales y de ideales de excelencia racionales tiene un valor intrínseco. Este objetivo de aceptación libre excluye la intimidación, el engaño, la reticencia, la ignorancia, así como el aprovechamiento de necesidades físicas, psíquicas, intelectuales y morales del interlocutor, porque tales cosas anulan o cercenan la libertad; consagra bienes tales como el derecho a gozar de una adecuada educación, a gozar de una buena salud física y mental y de verse libre frente a obstáculos externos que se opongan a ella, a expresar libremente ideas y actitudes religiosas, científicas, artísticas y políticas, a gozar libremente de la vida privada, de la libre asociación, del derecho a trabajar y de gozar de períodos de ocio (láser). El tercero y último, más conocido y divulgado en las constituciones democráticas, es de *la dignidad de la persona*; entendiéndose como el derecho que debe tratar y juzgar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades suyas incontrolables por ellos.

Estos tres principios que enmarcan los derechos humanos, no sólo coadyuvan a determinar positivamente los distintos derechos humanos, aprobando lo que se puede llamar el “núcleo” de su contenido, sino que también contribuyen positivamente a determinar el meollo de uno o más derechos, de ahí su importancia en los estudios conceptuales de los derechos humanos.

---

<sup>1</sup> R. CARRIÓ, Genaro, *Los Derechos Humanos y su Protección, distintos tipos de problemas*, Alfredo Perrot, Buenos Aires, 1990, pp.12 a 33.

El problema de los derechos humanos y el problema de la paz, son fundamentales y están interconectados, pues como asevera Norberto Bobbio, *la solución del problema de la paz depende de nuestra propia sobrevivencia, y la solución de los problemas de los derechos del hombre es la única señal certera de progreso civil.*<sup>2</sup> Esta idea de la que habla el jurista peninsular la encontramos en la Carta de Naciones Unidas de 1948, en la que se declara la necesidad de “*Salvar las generaciones futuras del flagelo de la guerra que por dos veces en el curso de esta aeración ha traído inenarrables aflicciones para la humanidad.* Además, esta Declaración de derechos reafirmó su creencia en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de los hombres y mujeres y de las naciones pequeñas y grandes: “*el reconocimiento de la dignidad inherentes a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos, iguales e inalienables, constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo*”. Y llega a afirmar que los derechos del hombre deben ser protegidos por normas jurídicas, para evitar la rebelión, la tiranía y la opresión del hombre por otro hombre, con el fin de contribuir a la mejora de las relaciones entre los hombres y para asegurar condiciones que permitan a los pueblos gozar de una paz verdadera y duradera.

En el inicio del tercer milenio se percibe una búsqueda, un retorno a la naturaleza y, al mismo tiempo y, contradictoriamente, a la universalización de los medios de producción y de desarrollo. El hombre lucha por garantizar condiciones de vida cada vez mejores para aquellos que ama. La solidaridad, en la cual se enmarca el derecho al desarrollo, justifica la pretensión de que esos beneficios también sean disfrutados por personas desconocidas. Se anhela establecer *un nuevo orden epistemológico para la economía y para la administración de la vida.* Hay, por tanto, una búsqueda del bienestar, de la educación, de la salud y la sanidad, del ocio y de la abundancia de alimentos para todos los seres humanos en la faz de la tierra. Pero el crecimiento acelerado de la población parece tornar este deseo en una quimera.

En la actualidad, existe un consenso en determinar que el *desarrollo* no puede beneficiar únicamente a una minoría de países, enriquecidos a costa del empobrecimiento de los demás, ni privilegiar castas o élites dentro de cada país. Llegamos, por tanto, a una única conclusión: hay que vencer los problemas sociales más

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto, *Teoria Peral da Política, a filosofia política e as lições dos clássicos*, Ed. Campus, S. Paulo, 2000, pp.497 a 501.



angustiantes como el hambre, la falta de educación, la carencia de salud e higiene de millones de personas en todo el planeta, así como traspasar las crisis económicas y financieras que se abaten sobre el mundo; garantizar la paz, la calidad de vida y el disfrute de los derechos civiles y políticos que caracterizan la democracia, es una tarea de todos, pero sobre todo de los países más ricos y que ocupan el centro del mundo. Son precisamente estos países los que reúnen las mejores condiciones para enfrentar las situaciones que obstruyen el desarrollo de los países y personas más pobres del mundo. No basta una mera declaración de principios universales, es necesario que haya una mejor distribución de la renta, de los recursos económicos, en aquellos países donde más se necesita que la solidaridad ocupe las mentes de los gobernantes y de los poderosos y ricos; se hace necesario que existan preocupaciones y planes de acción bajo la responsabilidad de Naciones Unidas con el fin de que la humanidad disponga de unas mínimas condiciones de vida que garanticen el respeto de los hombres y ciudadanos en cada país, acciones, a fin de cuentas, dirigidas a la implantación de políticas públicas que favorezcan la *dignidad del hombre!*

La crisis económico-financiera abatida recientemente sobre todos los países, ha aumentado la percepción común de la necesidad por parte de los gobiernos y de los pueblos de construir nuevas relaciones internacionales basadas en el diálogo y en la solidaridad, así como en la comprensión de que la Tierra es una casa común que debe ser preservada por todos; se impone para ello, la búsqueda de soluciones negociadas en los conflictos étnicos, territoriales o económicos y de esfuerzos compartidos para reducir las desigualdades generadas por un proceso de acumulación de bienes materiales sin precedentes.

Defiendo el punto de vista que considera que la existencia del hombre está inexorablemente condicionada por los derechos humanos, tanto civiles y políticos como por los derechos económicos, sociales y culturales y, especialmente, por los derechos al desarrollo y a la paz. El primero, una vez que se alcanza, proporciona la tan deseada *dignidad humana*, y el segundo porque la atención de su exigencia, siempre actual, representa la propia supervivencia de la especie humana en el planeta.

Es imprescindible que los instrumentos de protección de los derechos humanos estén a disposición de todos aquellos que sufren violaciones de sus derechos o que estén a punto de ver que sus derechos no son respetados. Es por eso que

estos instrumentos deben ser de origen legal, constitucional o supra-nacional, y que puedan ser manejados con efectividad para restablecer el imperio del derecho y dotar al hombre de buenas condiciones de vida. Así, se comprende que el Estado a través de sus poderes constituidos, como el Poder Judicial<sup>3</sup>, puede tener un importante papel que desempeñar, incluso con relación a la protección del derecho al desarrollo y a esta

---

<sup>3</sup> Este es el tema central de esta Tesis Doctoral: la relación entre Poder Judicial y la protección de los derechos humanos. Es oportuna una explicación: en Brasil cuando se refiere a la Justicia y a los jueces, es mucho común el uso de la expresión *Poder Judicial*, pues a diferencia de lo que ocurre en España, Francia, Italia o Portugal, por ejemplo, la actividad jurisdiccional es un verdadero ejercicio de Poder del Estado, frente al Legislativo y Ejecutivo (Administrativo). LIMA LOPES, José Reinaldo, in *Direitos Sociais, teoria e prática*, ed. Método, S.Paulo, 2006, p.28, dice al respecto que hay una tradición europea que niega a tratar la magistratura como un Poder de Estado, un Poder Judicial. La Constitución portuguesa no habla del Poder Judicial más que en los “Tribunales”; la Constitución de la V República francesa (1958), siguiendo la tradición, contiene un título denominado “*De Las Autoridades Judiciales*”, que comienza significativamente de la siguiente manera: “Compete al Presidente de la República velar por la independencia de las autoridades judiciales”. De igual forma, le incumbe presidir el Consejo Superior de la Magistratura que, en sustitución del Ministro de Justicia, lo asiste en la tarea de organizar el sistema. Igualmente, la Constitución italiana no habla del Poder Judicial más que en “Magistratura” (Título IV), pura y llanamente. Por eso, explica además el profesor Lima Lopes en la página 28 de la obra referida, que: “Por isso, à certa altura, para reivindicar maior autonomia, os guises de muitos desses países, inclusive das «novas» democracias do Sul, como a Espanha, passaram a associar-se como verdadeiros trabalhadores de Estado e criar sindicatos ou associações. Tais sindicatos forneceram o local para reivindicar maior autonomia do próprio «sistema judicial» diante do onipotente Ministério da Justiça.”. Añade además, que esto tuvo como resultado la creación de los *Consejos de Magistratura* o *Consejos de Justicia*, en la segunda mitad del siglo XX, para dotar la magistratura de una cierta autonomía administrativa y funcional, en relación al Poder Ejecutivo, pero con una cierta “subordinación” más política al Parlamento y a la opinión pública (que es la responsabilidad política). Finalmente, es preciso decir que mientras en Europa hay por lo general una *jurisdicción administrativa* apartada de la *jurisdicción ordinaria* (que es ejercida por jueces de carrera profesional) y existe una Corte Constitucional que no integra los Órganos de la Magistratura Profesional, en Brasil, por el contrario, estos órganos de la jurisdicción contenciosa y de la jurisdicción constitucional, forman parte del Poder Judicial, ya que los jueces juzgan causas administrativas, tributarias, previdenciarias, así como otras que sean del interés de la Administración Pública del Estado brasileño, incluso cuenta con una Justicia Propia que es la *Justicia Federal* (cuando los intereses son de la Unión Federal) y la *Justicia Estadual (Provincial)* para las causas de intereses de los 27 Estados miembros y Distrito Federal y también de intereses de los Municipios, en los Juicios denominados de Juicios de Hacienda Pública. Y es conocido que la Corte Constitucional brasileña forma parte de los órganos que componen la magistratura brasileña. Para finalizar esta nota, es oportuno además decir que en Brasil el Poder Judicial, como apunta DA SILVA, João Baptista, *Reforma do Judiciário*, Belo Horizonte, 2004, pp.58 y 59, no se preocupa por ser Poder ni debe ser éste su cuidado: “*Depois de definir a liberdade política do cidadão, como «cette tranquillité d’esprit qui proviende de l’opinion que Chacún a de sa sureté» Montesquieu põe na separação dos Poderes a garantia dessa liberdade. E chega a negar-lhe a sobrevivência «si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législatif et de l’executrice». E por isso preconizou um Judiciário apenas julgador e tão desgarrado de exterioridades que, segundo idealizou, nem teria existência permanente, reunindo-se em certas épocas, «pour former un tribunal qui ne dure qu’auntant que le necessité le requiert». A missão de julgar «parmi les hommes» era, para ele, «si terrible», que não queria o Judiciário ligado nem ao Estado nem mesmo a uma profissão, a fim de que, não sendo visto, «devient, pour ainsi dire, invisible et nulie». Esse ideal do Poder Judiciário difuso, ao invés de presente, altaneiro e imparado, sem notoriedade e sem preocupação com estrutura, predicamentos e organicidade, se foi possível em Atenas, não o é mais, e de há muito, em parte nenhuma. Nem por isso haverá de ele desertar o entendimento de que ele existe para o serviço e tem excelencia prioritária e primacial como função. Não é, nem haverá de ser elitista, nem mesmo na sua origem, eis que, ainda no ideário do Barão notável, ele é exercido «par des personnes tirées du corps du peuple». Embora se contente e até lhe apraza ser função, antes que Poder, quer o Judiciário que com ele se preocupem aqueles que têm o dever de lhe dar as leis, os meios e instrumentos de que necessita para realizar o seu papel na sociedade.».*

condición imprescindible –de rescate del ser humano, de todo aquello que le reduce e interioriza– para la afirmación del hombre, que es su dignidad.

Respecto a la doctrina de *derecho y desarrollo* es preciso decir que esta visión socio-económica y jurídica, apoyada en ciertos empirismos de agencias de desarrollo urbano y muy respetada en los años 60 del siglo pasado y ahora renacida como *fénix* en el universo académico y de las Organizaciones Internacionales, que se ocupan de financiar el desarrollo en los países pobres –como la Banca Interamericana de Desarrollo/BIRD, Banca Mundial y el Fondo Monetario Internacional/FMI– que reflexiona sobre el derecho, la economía y el desarrollo<sup>4</sup>, ofrece explicaciones satisfactorias y señala los principios que deben seguir los países que aspiran a su desarrollo socio-económico. Así, por ejemplo, entre sus postulados está el no haber fórmulas universales para el desarrollo de los pueblos; no hay un modelo, un *Standard* que pueda ser implantado en países más atrasados y en los cuales la modernidad es tardía, que no conocen niveles más avanzados de industrialización y donde, por tanto, no se domina la tecnología más adelantada (*hight tech*). Pero estos países, a los que se acostumbra denominar países periféricos, necesitan encontrar sus propios modelos de desarrollo teniendo en cuenta los recursos naturales que existen en su realidad, así como todos sus potenciales o vocaciones internacionales que los caracterizan como países, sin desconsiderar su historia y valores culturales morales y sociales, que los identifican como nación frente a otras naciones de la comunidad internacional. Como dice David Trubeck: “*es preciso construir soluciones contextualizadas a partir de un cierto punto de vista (siempre limitado y parcial) y reflexionar sobre ellas con la esperanza de alcanzar respuestas, cada vez más, eficientes, legítimas y justas*”<sup>5</sup>. Esta realidad, en cierto modo

---

<sup>4</sup> El primer momento de este movimiento del *Derecho & Desarrollo*, se dio a comienzos de la década de 1960 como una práctica de asistencia al desarrollo, denominada “Derecho del Estado al Desarrollo”, que reflejaba lo que pensaban ciertos representantes de la Industria de Auxilio Internacional del Hemisferio Norte, por lo que es posible, con respecto al desarrollo, discutir la intersección entre Derecho, Economía y Instituciones, y pasó a ser reconocido como *Doctrina del Derecho al Desarrollo*, que no es ni Derecho y ni Economía, sino un producto de sus interacciones y puesto en práctica con el objetivo de producir el desarrollo socio-económico en una determinada realidad nacional.

<sup>5</sup> TRUBECK, David M., “O Novo Direito e Desenvolvimento: entrevista com David Trubek”, *Revista Direito GV* 6, vol.3, nº2, S.Paulo, julio a diciembre de 2007, pp.305 a 329. El autor, jurista y sociólogo estadounidense, está considerado en el medio académico como el creador de la doctrina *Derecho & Desarrollo*, que surgió en los Estados Unidos de América en la segunda mitad del siglo XX y que tuvo una de sus primeras aplicaciones en suelo brasileño durante la década de 1960 a través de un proyecto de *desarrollo humano de la Banca Mundial y de la United Status Agency for Development – USAID*.

*weberiana*,<sup>6</sup> que no dispensa la sofisticación teórica y mantiene su mirar enfocado hacia la singularidad del mundo concreto, permite la afirmación de que los dilemas del desarrollo no se pueden solucionar con “trucos de magia”. Se requiere un trabajo arduo y extenso que exige constantes reflexiones, alimentado por datos o informes referidos a prácticas reales y capaces de evaluar las soluciones adoptadas en la búsqueda de nuevas posibilidades; y todo ello, sin garantías de verdades absolutas con relación al derecho al desarrollo, la distribución de la riqueza, la igualdad y la libertad.<sup>7</sup>

Creo que es oportuna una explicación de por qué las agencias internacionales se han preocupado tanto del Derecho y del funcionamiento del sistema lego-judicial en la década de 1980 y 90, ya que siempre se han preocupado más de lo que decían los economistas que de las afirmaciones de los juristas. Y la respuesta, una vez más, la ofrece David Trubeck: “Solo cuando los economistas, en particular los economistas de la Banca Mundial, decidieron que el Derecho era importante comenzó todo”.<sup>8</sup> El objeto de estudio de este movimiento del *Derecho & Desarrollo* es comprobar cómo el Derecho afecta a la Economía o cómo aumenta el alcance del Derecho para que tenga efecto en las relaciones sociales y en otras cuestiones que la Economía concibe de manera restrictiva. Así, es necesario que el jurista que se ocupa de este nuevo campo de conocimiento interdisciplinar sea capaz de dialogar con los economistas, sociólogos o antropólogos, para hacer investigaciones en esta nueva área del saber. Es necesario también que sea capaz de entender argumentos y tesis de estas ciencias comunes para poder perfeccionar sus teorías y contribuir a la creación de reglas jurídicas que faciliten

---

<sup>6</sup> Pues es posible identificar la influencia de MAX WEBER en las obras de Trubeck, por ejemplo en *The New Law and Economic Development* (2006) o en *Law and Development* o mismo *Towards a Social Theory of Law*. Y también en *Acholar in Self-Estrangement*.

<sup>7</sup> La discusión referente a *derecho y desarrollo* en Brasil es continua porque siempre habrá preocupación con esto en el país. El trabajo que se está llevando a cabo en las Universidades de Cambridge, Massachussets y en otras muchas, influirá en los juristas y en la sociedad brasileña, pues aquí la gente se pregunta si se deben realizar o no cambios en el Derecho o una reforma de las Instituciones, como es el caso de la reforma del Poder Judicial. Se vive en la actualidad un tercer momento del movimiento *Derecho y Desarrollo*, que se preocupa con Justicia y distribución de rentas y, que, por tanto, posee un nuevo concepto de *desarrollo*, menos etnocéntrico. En julio de 2007, se celebró en Berlín, en la Universidad Humboldt, un coloquio con las organizaciones que bien representan los estudios interdisciplinarios: *Law and Society Association – LSA* y la *Research Comité on Sociology of Law – RCSL of ISA*, que contó con la participación de 68 tesis de estudiosos brasileños sobre estudios socio-jurídicos (*Law & Society*). El mayor grupo de estos estudiosos se ocupa de los *países en desarrollo*.

<sup>8</sup> TRUBECK, David M., “O Novo Direito e Desenvolvimento: entrevista com David Trubek”, *Revista Direito GV* 6, vol.3, nº2, S.Paulo, julio a diciembre de 2007, p.312.

la efectividad de las políticas económicas y se le exigirá además la capacidad de *pensar instrumentalmente*.<sup>9</sup>

Por otra parte, un medio ambiente ecológicamente equilibrado, integrado en el papel de los derechos humanos, exige que otro derecho humano de tercera generación, el derecho al desarrollo, se presente de conformidad con él, se muestre compatible con sus postulados, del cual deriva el concepto de *desarrollo sostenible*, el único que se puede defender racional y éticamente en el actual momento de la historia universal. Así, el consumismo exacerbado e irresponsable deber ser evitado o incluso combatido; debe impedirse el uso de determinadas sustancias nocivas para el medio ambiente o controladas rigurosamente, así como también debe ser preocupación nuestra el manejo indiscriminado de los recursos genéticos.

Inserta en esta perspectiva, cuando pensamos en el futuro, surge de inmediato la siguiente pregunta: ¿es necesario el progreso a cualquier precio para satisfacer las cada vez mayores necesidades de la humanidad, o se debe preservar el medio ambiente para las generaciones futuras? Es cierto que los actuales modelos de producción y consumo imponen una reformulación que garantiza el futuro del planeta, sin embargo, es un callejón sin salida del incremento poblacional, del desempleo, del fin de algunos ecosistemas, de la posible escasez de recursos naturales y de espacios habitables (la crisis de la urbanización) y de problemas típicos de la posmodernidad.

Creemos que el Poder Judicial puede ofrecer una ayuda en estas cuestiones al proporcionar protección a estos derechos, de matiz universalista y con un fuerte rasgo de solidaridad humana. Tal es la reflexión de esta *tesis doctoral*, que ha puesto su atención en un tema tan presente en nuestras vidas y de gran intensidad y profundidad en sí mismas y que ha exigido trazar caminos, en cierto modo originales y estableciendo cortes (para tornar la misma realizable y concretizable a nivel académico); evidentemente, he contado con la ayuda indispensable de los directores de tesis y ha estado influida por el ambiente académico de la Universidad de Salamanca, factores sin los cuales, no habría sido posible elaborar esta misión académica.

---

<sup>9</sup> La Banca Mundial, que debe ser vista más como fuente de ideas y políticas que como fuente de recursos financieros, concentra un gran número de juristas que están estudiando las reacciones del Derecho y Desarrollo y haciendo proyectos y planes con respecto a políticas de desarrollo.



## ASPECTOS CONCEPTUALES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN

### 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

No hay ninguna duda de que los derechos humanos son necesarios para una vida digna. Su protección ha sido objeto de preocupación de muchas personas y gobiernos de distintos países, en la actualidad. La problemática de los derechos humanos es tan importante en el plano político, en el de las ideologías, en el de las costumbres y en plano del progreso civil de los Estados modernos. Ha apasionado no sólo a hombres políticos y asociaciones religiosas o sindicales, sino también a particulares y a organizaciones no gubernamentales.

La aparición de los derechos humanos está circunscrita, en rigor, a una constelación de circunstancias históricas. La lucha por el reconocimiento de la dignidad de la persona es una constante del devenir histórico, desde el tímido reconocimiento de los derechos de los indios en la época de la Conquista española de América hasta la moderna plasmación de los derechos del hombre y del ciudadano tras la Revolución Francesa. No obstante, parece evidente que fue a partir de la Carta de las Naciones Unidas, con los desarrollos históricos y políticos posteriores, que dieron sangre y alma a la ideología de los derechos humanos y a la autodeterminación de los pueblos. Marco histórico es la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), seguida de los Pactos de la ONU en esta materia (1966).<sup>1</sup>

La noción de derechos humanos está relacionada estrechamente con la actitud que tomemos respecto a su fundamento. Hay quien los conciba como un subconjunto de los derechos subjetivos reconocidos en un ordenamiento jurídico positivo determinado, situando su fundamento en el Derecho en general; pero hay también quien los concibe como derechos morales, con fundamentación en lo moral. Es cierto que los

---

<sup>1</sup> Cfr. CASSESE, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Editorial Ariel, Barcelona, 1993, pp.7/30.

derechos humanos son una realidad, que está presente en casi todos los pueblos existentes. Poseen una gran base moral, pero son derechos reconocidos por la gran mayoría de los países del mundo moderno.

¿Cómo han de entenderse, entonces, los derechos humanos? ¿Cómo un nuevo *ethos* global? ¿Como una importantísima preceptística humanitarista y laica, despejada de mitos pero también inspirada en las grandes ideas de las religiones tradicionales, reforzada por las vigorosas aportaciones del pensamiento filosófico occidental? Sin duda, los derechos humanos constituyen el intento de indicar los *valores*, el respecto a la dignidad de la persona humana y los *desvalores*, la negación de aquella dignidad, que todos los Estados deberían asumir como criterios de discriminación en sus acciones. En una palabra: los derechos humanos constituyen el moderno intento de introducir la razón en la historia del mundo.<sup>2</sup>

Los derechos humanos, en la actualidad, pasan por una eticización. Los derechos sociales requieren el esfuerzo de todas las personas para alcanzarlos. El discurso de los derechos humanos es un discurso de los derechos individuales (d. subjetivos); son el núcleo fundamental de estos derechos. Son también derechos morales. Según Norberto Bobbio, los Derechos Humanos son Derecho Internacional Público. Su procedencia es anterior a la filosofía cristiana. La Iglesia católica apenas lanzó ladrillos, pero sus fundamentos ya estaban presentes en la historia y los utilizó para legitimar su proposición.<sup>3</sup>

Un aspecto interesante de los derechos humanos consiste en considerarlos como discursos, es decir, como un conjunto de ideas ligadas por un orden interno lógico, como una cuerda de colores formada de muchos orígenes que a su vez se intercalan. Este discurso es operativo y tiene una gran carga instrumental, de ahí que los derechos humanos se conviertan en un fantástico potencial en el siglo XXI. Existe un

---

<sup>2</sup> CASSESE, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Op. Cit., p.228. Obviamente, un rasgo distintivo de los derechos humanos es que ellos versan sobre bienes de fundamental importancia para sus titulares, o al menos bienes que son *normalmente* de importancia primordial. Esta es la opinión de NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos, un ensayo de fundamentación*, Editorial Paidós, Buenos Aires/Barcelona y México, 1984, p. 41. El A. también señala que uno de los rasgos distintivos más obvio de los derechos humanos es la clase de sus beneficiarios: “está integrada por *todos* los hombres y *nada más* que los hombres; su posesión no puede estar restringida a subclases de individuos humanos – como los obreros o los artistas – o extenderse más allá de la especie humana.”

<sup>3</sup> Apuntes de las clases del Programa de Doctorado Pasado y Presente de Los Derechos Humanos, año 2005/2006, de la asignatura «Teoría y Metodología para una Historia de los Derechos Humanos» profesora Esther Martínez Quintero.



discurso jurídico de los derechos humanos (los textos legales), que se puede identificar como *discurso de la democracia capitalista*. Pero no es el único discurso, entretanto es utilizable para la construcción de un “*Ethos Jurídico Global*”. Discurso humanitario (género) y discurso de los derechos humanos (especie).<sup>4</sup>

## 1.1 LA DIMENSIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es importante recordar que la historia jurídica de los derechos humanos se inicia en la edad moderna, con el reconocimiento del Estado de Derecho y los derechos humanos individuales que le sirven de sostén y fundamento, aún reconociendo el soporte fundamentador de la idea de *dignidad humana*, desde las primeras reflexiones sobre la moral de la humanidad en el mundo occidental. Tampoco hay que olvidar el papel de las llamadas revoluciones burguesas del siglo XVIII, que se sucederán en los Estados Unidos de América (1776) y en Francia (1789).<sup>5</sup> Las primeras formulaciones del Estado del Derecho se corresponden con el Estado liberal de Derecho y el reconocimiento de los derechos y libertades de carácter individual, que aparecen como derechos del ciudadano.

Sucedan, al período moderno, las luchas sociales del siglo XIX, movimientos reivindicatorios que manifiestan la necesidad de incorporar sus exigencias sociales al texto constitucional y complementar así el catálogo de los derechos y libertades individuales con derechos sociales, como nuevo poder jurídico capaz de ordenar una nueva comunidad política. Así, la respuesta normativa a las exigencias de la nueva realidad social, esto es, los derechos económicos, sociales y culturales alcanzan su reconocimiento jurídico y político en el siglo XX, con la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social del Derecho.<sup>6</sup>

Hay que reconocer los dos hitos que marcarán el avance de los derechos humanos en el siglo XX. Por una parte, en el ámbito nacional, su generalización

---

<sup>4</sup> Apuntes de las clases del Programa de Doctorado Pasado y Presente de Los Derechos Humanos, año 2005/2006, ya mencionado en la nota anterior.

<sup>5</sup> Antecedidas por la revolución inglesa del siglo XVII, con los primeros pasos del constitucionalismo moderno.

<sup>6</sup> GIMÉNEZ, Tereza Vicente, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tirant to Blanch, Valencia, 2006, pp.13 y ss. Con resalto a la p.14: “En efecto el sistema del capitalismo tuvo que conciliar, en la segunda década del siglo XX, liberalismo y socialismo, mediante la redacción de una nueva Constitución social, y comienza así la historia del constitucionalismo social”.

constitucional después de la Primera Guerra Mundial, con dos derechos nuevos: el *derecho de asociación*, origen de los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones, y el *sufragio universal*, que supera los límites del sufragio censitario y supone una participación progresiva de los ciudadanos. Y por otra parte, en el ámbito universal, su *internacionalización* después de la Segunda Guerra Mundial, cuando la Carta de las Naciones Unidas de 1945 reconoce el principio de una protección y de una promoción internacional de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y cuando se aprueba la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, el 10 de diciembre de 1948, a la que siguen dos Pactos Internacionales, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966.<sup>7</sup>

En la actualidad se constata una realidad que sobrepasa los presupuestos que la cultura de la modernidad trataba de ordenar, surgiendo en consecuencia, la necesidad postmoderna de la deconstrucción y de la denuncia del fracaso y las fisuras de los presupuestos modernos de racionalidad, dignidad, universalidad, libertad, igualdad y fraternidad. En el ámbito de los derechos humanos, esta actitud pretende construir su discurso con una dimensión real, que describa y responda a los problemas fundamentales de nuestro tiempo, algo que no ha conseguido el discurso moderno sobre los derechos humanos. Desde una perspectiva crítica, se señalarán ahora algunos de los pilares que han servido de base a la concepción moderna de los derechos humanos: el *Estado del Derecho*, *Respecto a la ciudadanía*, *Respecto al Estado* y *Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales*.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> GIMÉNEZ, Tereza Vicente, *Op. Cit.*, pp.14/15, con resalto para la realidad europea y española: “En Europa, en el seno del Consejo de Europa, se firma en Roma en 1950 el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, equivalente al Pacto de derechos civiles y políticos de la ONU, y posteriormente se escribe en Turín en 1961 la Carta Social Europea, que corresponde al Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas” Y “ En España, el primer intento de Estado social de Derecho se produce con la proclamación de la Segunda República el 14 de abril de 1931 y la consagración constitucional de los derechos sociales, que conceden derechos de ciudadanía a la clase trabajadora, introduciendo en España un proyecto de justicia social. En un segundo momento, España se constituye en base a su Constitución de 1978 en un Estado social y democrático de Derecho, y reconoce a sus ciudadanos derechos fundamentales civiles, políticos y sociales, que configuran dicho Estado social de Derecho.”. Esto, se explica, es la realidad española, pues la Constitución reconoce a sus ciudadanos no sólo derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos, sociales y culturales.

<sup>8</sup> GIMÉNEZ, Tereza Vicente, *Op. Cit.*, pp. 20/21. Reproduzco, en síntesis, la opinión de la autora, frente a los pilares modernos de los derechos humanos: 1º) El *Estado de Derecho* está siendo cuestionado hoy ante la denuncia de un Estado de Derecho formal que se limita al núcleo de los derechos individuales y olvida el desarrollo de los derechos sociales (también está siendo cuestionado hoy el principio de la *nacionalidad*, ante la presencia de la diversidad y el pluralismo en la sociedad y la incapacidad del Estado nación en la gestión del nuevo orden económico internacional); 2º) *Respecto a la ciudadanía*, la nueva visión es ampliar los estrechos márgenes que limitan la *ciudadanía* a un estado nacional excluyente, que restringe la

## 1.2 CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La noción de derechos humanos que hoy manejamos tiene su aparición histórica en Europa hacia los siglos XVI y XVII, debido a la interacción de diversas causas: social, económica, política e ideológica. Tomemos, por ejemplo, el trabajo teórico en esta época de la escolástica española en torno al trato a los indígenas americanos y las teorías del iusnaturalismo racionalista del norte de Europa con John Locke y Thomas Hobbes, unido a los cambios sociales que se produjeron velozmente,<sup>9</sup> que impulsó un proceso de afirmación de derechos naturales, en el siglo XVIII, en las grandes Declaraciones de Derechos: la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia* (12.06.1776) y la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (26.08.1789).

La expresión *derechos humanos* en la teoría y en la praxis ha contribuido para hacer de este concepto un paradigma de equivocaciones, siendo muy difícil determinar el alcance de su definición. A eso, ha referido expresamente Norberto Bobbio<sup>10</sup>, para quien en la mayor parte de las ocasiones esta expresión no es realmente definida, o lo es en términos poco satisfactorios. Según su planteamiento se pueden distinguir tres tipos de definiciones: a) *Tautológicas*, no aportan ningún elemento nuevo

---

titularidad de los derechos fundamentales al *status de ciudadano*; 3º) *Respecto al Estado*, se trata de su insuficiencia para abordar problemas de amplitud planetaria y para frenar los mecanismos económicos de control del sistema mundial, así como una imposición lógica del Derecho Internacional de los derechos humanos de nuestro tiempo; y 4º) *Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales*, el salto deberá consistir en avanzar desde su declaración formal a un reconocimiento jurídico como auténticos derechos fundamentales, que obliguen a su cumplimiento y aseguren su ejercicio mediante una garantía jurídica adecuada, que dé respuesta a las exigencias de una ciudadanía social activa. La incorporación de los derechos sociales a la Constitución como derechos fundamentales del ciudadano permite una *ciudadanía social*, es decir, todos los nacionales de un Estado social. Los bienes que reivindican derechos sociales clásicos, como el trabajo, la atención sanitaria, la educación, la vivienda, o la seguridad social, requieren para su satisfacción una acción positiva del Estado, necesitan del Estado, por ello están estrechamente vinculados al Estado social, y si esta posibilidad de reivindicar las exigencias que derivan de estos derechos no la tenemos en cuenta, corremos el riesgo de construir un discurso vacío.

<sup>9</sup> PECES-BARBA, G., *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982, ha destacado los siguientes rasgos del tránsito a la modernidad como impulsores de la filosofía de los derechos humanos: “1) En el plano socio-económico – el surgimiento del capitalismo y el ascenso social de la burguesía, que aumentó su poder económico en la nueva situación y acaba reclamando el poder político en el siglo XVIII; 2) En el plano político – la aparición del Estado como «forma de poder racional centralizado y burocrático», consolidado por la predominancia del Derecho estatal y destinado a proveer a la burguesía con el orden y la seguridad que las estructuras feudales ya no proporcionaban. En este contexto, la ampliación de la sujeción jurídica y la existencia de controles al poder marcan el inicio de una concepción sobre la igualdad y libertad de los ciudadanos; 3) En el plano de las ideas – una nueva mentalidad individualista y racionalista, impulsada por el humanismo renacentista, por la Reforma y por la ciencia naturalista. El «espíritu democrático y urbano» de la burguesía liberal disuelve las concepciones sociales tradicionales e impulsa las reivindicaciones de libertad religiosa y de limitación del poder”.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto, *Le Fondement des Droits de L’Homme*, La Nuova Italia, Firenze, 1966, pp4 y 5.

que permitan caracterizar tal derecho, p. ejemplo, « los derechos del hombre son los que corresponden al hombre por hecho de ser hombre»; b) *Formales*, no especifican el contenido de estos derechos, limitándose a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto: «los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado»; c) *Teleológicas*, en las que se apela a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones: « los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización. Ninguna de ellas permite elaborar una noción de los derechos humanos con límites precisos y significativos.

La noción común de derechos humanos se identifica con el grueso de los derechos reconocidos en los documentos internacionales titulados de “*derechos humanos*”, especialmente la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* estos de 1966, todos ellos aprobados en el seno de la ONU.<sup>11</sup>

La importancia de los derechos humanos es muy grande para la civilización contemporánea, justamente por constituir un punto de referencia valorativo en los niveles ético, político y jurídico. Su función tradicional era la de servir de límites al poder y de protección de los individuos frente a las decisiones de la mayoría como la protección de la libertad y el autogobierno frente al arbitrio de la fuerza. Así, se puede afirmar que los derechos humanos tienen una triple función de servir de compendio ético, criterio de legitimación política y límites del poder, incluso del poder democrático. Actualmente, los derechos humanos tienen una función de promoción de ciertas condiciones de vida para sus titulares, equivalente a una actuación positiva de transformación social y además de una función legitimadora del poder que los reconoce, respeta y protege. Tanto es así, que la mayoría de los países modernos se han esforzado,

---

<sup>11</sup> TOUBES MUNIZ, Joaquín Rodríguez, *La Razón de los Derechos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p.24/25. En cuanto a la terminología, habla el A., p.27, que *derechos humanos* “incluye tanto *derechos positivizados* como exigencias morales o naturales que se reclaman como derechos básicos”. Y por *derechos fundamentales* “los derechos subjetivos positivos especialmente protegidos dentro del ordenamiento jurídico de un Estado”, y por *derechos civiles*, expresión tomada del inglés “civil rights”, que es “la expresión preferida en el ámbito anglosajón”. También dice que “todas estas expresiones tienen una estrecha conexión con la moral, y su empleo estrictamente jurídico no es unánime”.

para incluir en sus textos constitucionales, los derechos humanos para su legitimación política.<sup>12</sup>

Cierto es considerar que la primera aparición de la idea de derechos del hombre tuvo lugar durante la lucha de los pueblos contra el régimen feudal y la transformación de las relaciones burguesas.<sup>13</sup> En la evolución de los derechos humanos se ha pasado de la relevancia transformadora en los primeros momentos de las luchas por limitar el poder estatal, a la función protectora o garantista que desempeñan en la fase de su positivación en el Estado moderno, como fruto de la reivindicación de derechos naturales, cuando entonces fueron, en gran parte, transformados en derechos fundamentales en los textos constitucionales del Estado-nación.

Más recientemente, la generalización, ampliación e internacionalización de los derechos humanos, asumen la función transformadora, de especial relieve en los derechos denominados de la segunda y tercera generaciones.<sup>14</sup> Cierto es que los derechos humanos comportan las obligaciones especiales negativas, que tienen los poderes públicos de no interferir en las libertades de los ciudadanos; las obligaciones especiales positivas, de los miembros de una comunidad de proporcionar ciertos bienes, como la educación en el seno de la misma y, además, actualmente,

---

<sup>12</sup> DÍAZ, Elíaz, *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, 1978, pp.125/148, en especial: “Los derechos humanos constituyen en el contenido concreto histórico de esos grandes valores éticos y políticos que son la libertad, la igualdad, la justicia, la paz ... se convierte, aunque sólo sea a ese nivel teórico-ideológico en criterio legitimador del poder político”.

<sup>13</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, novena edición, Madrid, 2005, p. 25. Señalo lo siguiente, p.25 /26: “Unas veces se considera que los derechos humanos son el fruto de la afirmación de los ideales iusnaturalistas.... De otra parte, es muy corriente sostener que los derechos humanos son el producto de la progresiva afirmación de la individualidad...La ética individualista sobre la que edificaran las reivindicaciones de los derechos humanos en la Edad Moderna fue considerada, en un trabajo clásico sobre la cuestión, directamente encaminada a posibilitar el derecho a la libertad religiosa. Sin embargo, no es hoy menos clásica la teoría que explica el nacimiento de los derechos humanos en base a un criterio económico: la necesidad de justificar y defender el derecho de propiedad del «hombre burgués». Sin que haya faltado una clara demostración de las conexiones entre la nueva ética individualista y la génesis del capitalismo moderno”

<sup>14</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Las Generaciones de Derechos Humanos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 10, Madrid, 1991, pp.203/217, hablar de generaciones en la historia del reconocimiento de los derechos humanos, es necesario distinguir tres etapas o generaciones en esta evolución: “una primera de signo individualista, catalizada por las revoluciones burguesas del siglo XVIII, que dio lugar a los derechos civiles y políticos, centrados en la defensa y garantía de las libertades del individuo frente a la actuación de los poderes públicos; una segunda de matiz igualitario, impulsada pelas luchas sociales del siglo XIX, que dio lugar a los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales demandan la promoción activa de los poderes públicos; y una tercera que llama a la solidaridad y la fraternidad, motivada pelas nuevas circunstancias tecnológicas y sociales del siglo XX, que agrupa las reclamaciones actuales de nuevos derechos”. Y como derechos de tercera generación, el A. incluye en su lista, a p.206, el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o la libertad informática.

obligaciones generales positivas, es decir, solidaria de todos de promover la realización de los derechos humanos.<sup>15</sup>

Su vinculación con la moral es muy grande. Para algunos autores<sup>16</sup>, los *derechos humanos* serían así una clase especialmente importante y protegida de los derechos morales, con ciertos rasgos peculiares como la universalidad, la relevancia vital o la vocación de reconocimiento jurídico.

Los *derechos humanos*, en cuanto a derecho, suponen tener un ámbito de la voluntad propia reconocido en un sistema normativo como preeminente sobre la voluntad de otros. Es, por tanto, una facultad de disponer, un poder para elegir el curso de acción en una materia dada.<sup>17</sup> También, según la corriente mayoritaria, es tener un ámbito del propio interés protegido mediante la imposición de limitaciones a los actos de otros que afecten a dicho ámbito.<sup>18</sup>

En nuestros días, parece obvio que cuando hablamos de derechos humanos aludimos a situaciones normativas que están estipuladas en disposiciones de derecho positivo nacional e internacional, como los arts. 18.1 y 16.1 de la Constitución española, que ampara, respectivamente, el derecho a la intimidad personal y la propia imagen y el derecho a la libertad ideológica y religiosa, o el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1996. Mientras, la promoción, garantía y protección de los derechos humanos ha dejado hoy de ser una materia reservada exclusivamente a la jurisdicción interna o doméstica de los Estados<sup>19</sup>, pues el derecho internacional no se ha limitado a encarar la promoción de los llamados derechos civiles y políticos y a prever su garantía y protección, sino que ha dirigido su atención y su consiguiente normatividad hacia los derechos económicos, sociales y culturales, de entre los cuales, está el derecho al desarrollo. Naturalmente, las diferencias entre los derechos civiles y políticos no alcanzan a afectar su esencial unidad conceptual, consecuencia que la totalidad de ellos resultan de la dignidad eminente de la persona humana.

---

<sup>15</sup> LAPORTA, Francisco J., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Op. Cit.*, p.36.

<sup>16</sup> TOUBES MUNIZ, Joaquín Rodríguez, *Op. Cit.* p. 33.

<sup>17</sup> Esta corriente hace hincapié en la *voluntad* del titular y en su capacidad de elección, y suele asociarse a los nombres de Bernard Windscheid y Herbert Hart.

<sup>18</sup> Esta asociada a los nombres de Jeremias Bentham y Rodolp Von Ihering.

<sup>19</sup> Sobre esta cuestión véase GROSS ESPIEEL, Héctor, *La Evolución del concepto de los derechos humanos: criterios occidentales, sociales y del Tercer Mundo*, *Op. Cit.*, pp. 74-76.

Es correcto afirmarse que sólo el reconocimiento integral de todos estos derechos puede asegurar la existencia real de cada uno de ellos, ya que sin la efectividad del goce de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a meras categorías formales.<sup>20</sup> Y, parafraseando a Hanna Arendt, el más importante de todos los derechos humanos es tener derecho a los derechos.

Un concepto que parece a nosotros bastante aceptable es el formulado por Pérez Luño<sup>21</sup>: *un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*. Según esta definición, la referencia inmediata a los valores de los que tales facultades constituyen una concreción, y la insistencia en el carácter histórico con que la misma se lleva a cabo, son datos que contribuyen a una determinación del significado de esos derechos (si bien que existen hoy derechos, en el plano económico y social, que ni tan siquiera fueron intuitos por los autores de las declaraciones del siglo XVIII). En cuanto a la referencia a los valores de la dignidad, la libertad y la igualdad, pueden considerarse los tres ejes fundamentales en torno a los cuales se ha centrado siempre la reivindicación de los derechos humanos, revistiendo, eso sí, en distintos momentos históricos un contenido diverso, el conjunto de facultades e instituciones destinadas a explicitarlos.<sup>22</sup> Por último, al aludir a la necesidad de la positivación de ese conjunto de facultades, el autor no incurre en un enfoque formalista, entendido aquí en su sentido más amplio, que incluye al mismo los instrumentos normativos de positivación, las técnicas de protección y garantía. Así, se percibe que el concepto expuesto pretende conjugar las grandes dimensiones que integran la noción

---

<sup>20</sup> GROSS ESPIEL, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos II, Op. Cit.*, pp.324/325.

<sup>21</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Op. Cit.*, p.50/53.

<sup>22</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Op. Cit.*, pp.51/53, Señalo la explicación de su concepto sobre la dignidad, la libertad y la igualdad: “La dignidad humana ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona. Su importancia en la génesis de la moderna teoría de los derechos humanos es innegable...La libertad constituye, desde siempre, el principio aglutinante de la lucha por los derechos humanos, hasta el punto de que durante mucho tiempo la idea de libertad, en sus diversas manifestaciones, se identificó con la propia noción de los derechos humanos. Es significativo que, incluso en nuestros días, en un interesante estudio sobre la existencia de derechos naturales desarrollado en el marco de los más decididos movimientos de crítica radical de la tradición metafísica, se reconocía como único derecho natural la libertad. Se trata del análisis lógico llevado a cabo por Herbert Hart, quien ha limitado la posibilidad de existencia de derechos naturales a un solo derecho: « the equal right of all men to be free».”. Y con respecto a la igualdad, el A. en cuestión, dice en la p. 52: “constituye el derecho humano más importante en nuestro tiempo, al ser considerado como postulado fundamentador de toda la moderna construcción teórica y jurídico-positiva de los derechos sociales.”

general de los derechos humanos, esto es, la exigencia iusnaturalista respecto a su fundamentación y las técnicas de positivación y protección que dan la medida de su ejercicio.

Se pueden señalar tres características formales típicas de los derechos humanos: 1) *Universales*, se adscriben a todos los seres humanos, con independencia del sistema jurídico en que vivan; 2) *Absolutos*, tienen una fuerza y importancia sobresaliente debida al estado de cosas que protegen; desplazan a otros requerimientos morales y sólo entran en conflicto con otros derechos humanos; 3) *Inalienables*, sus titulares no pueden renunciar a ellos, tienen obligación de respetarlos no sólo en los demás, sino también en sí mismos.<sup>23</sup>

### 1.3 NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La cuestión concerniente a la naturaleza de los derechos humanos trata de saber si tienen carácter jurídico o moral<sup>24</sup> y si son derechos positivos o derechos naturales. Hay acuerdo en sostener que son *derechos subjetivos* en su forma técnica, que son complejos y ambiguos en su presencia social y que son históricos en su concepción política. Pero no hay acuerdo en cuál es su naturaleza primordial, cuál es su género o su categoría en que se inscriben: moral o jurídica, natural o convencional, ideal o positiva. Hay posiciones de todo tipo, como derechos subjetivos, como derechos fundamentales o como derechos morales.

Defiendo la posición entre aquellos que formulan la concepción de que los derechos humanos tienen la naturaleza de *derechos morales*. Significa esto, afirmar que se trata de entidades que existen como derechos ya antes de su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos positivos; son, por tanto, derechos en virtud de que las normas morales les otorgan esa calidad. Los derechos humanos serían así *una clase especialmente protegida de los derechos morales, con ciertos rasgos*

---

<sup>23</sup> LAPORTA, Francisco J., *Sobre el Concepto de Derechos Humanos*, Doxa n° 4, 1987, pp 32 ss.

<sup>24</sup> Aunque parece un pleonasma hablar de “*derechos jurídicos*” y huele a inconsistencia referirse a “*derechos morales*”, tiene pleno sentido preguntarse si los derechos humanos son de índole jurídica o moral o si corresponden a esa categoría mestiza constituida por *el derecho natural* o aún si con esto guarda íntima relación.



*peculiares como la universalidad, la relevancia vital o la vocación de reconocimiento jurídico.*<sup>25</sup>

A primera vista, parece obvio que cuando hablamos en *derechos humanos* aludimos a situaciones normativas que están estipuladas en disposiciones de derecho positivo de un determinado país (como lo artículo 53 de la Constitución española) o de índole internacional, v.g., en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966. El problema es complejo, pues con esta interpretación los derechos humanos serían primordialmente *derechos jurídicos*, tanto como, por ejemplo, el derecho que tiene en España un arrendador para desalojar de un inmueble al arrendatario que debe tres meses de alquiler. No hay duda de que en muchos contextos, por ejemplo en referencias históricas, cuando se habla de derechos humanos se hace mención a estos derechos. Pero en los contextos en que la alusión a derechos humanos adquiere una importancia radical para cuestionar leyes, instituciones, medidas o acciones, esos derechos no se identifican con los que surgen de normas del derecho positivo sino que, en todo caso, se entiende que los derechos jurídicos así creados constituyen sólo una consagración, reconocimiento o medio de implementación de aquellos derechos que son lógicamente independientes de esta recepción jurídica. Se reclama el respecto de los derechos humanos aún frente a sistemas jurídicos que no los reconocen y precisamente porque no los reconocen. Por ejemplo, el derecho a formar asociaciones políticas distintas del partido comunista en la Rusia o en China.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> TOUBES MUNIZ, Joaquín Rodríguez, *La Razón de los Derechos*, Op. Cit., p. 33.

<sup>26</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos, un ensayo de fundamentación*, Op. Cit., pp.14/15. El Autor hace, en la p.15, la siguiente observación: “*La percepción de esta circunstancia ha llevado, desde hace siglos, a muchos teóricos a sostener la tesis de los derechos humanos tienen origen no en el orden jurídico positivo sino en un «derecho natural», o sea en un sistema normativo que se caracteriza por el hecho de que el criterio según el cual ciertas normas pertenecen a él no está basado en actos contingentes de dictado o reconocimiento por parte de ciertos individuos, sino en su justificación intrínseca*”. Tal posición iusnaturalista permite la defensa de dos tesis fundamentales: 1ª) que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos; 2ª) que un sistema normativo, aún cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios aludidos en el punto anterior. Nótese que *el positivismo conceptual*, representado por autores como Benthan, Austin, Kelsen, Ross y Hart no se opone a la primera tesis, aunque tengan posiciones diversas e independientes de su positivismo. Pero, todos los positivistas, aún en los casos en que aceptan el núcleo de esta tesis, se resistirán a designar al sistema de principios con el rótulo “*derecho natural*” porque no admitirán una concepción metaética acerca de la forma de fundamentar tales principios y también porque no negarán la existencia de principios ideales que justifiquen en última instancia instituciones o acciones o, alternativamente, que tales principios no son universalmente válidos sino relativos a épocas y circunstancias, o de que ellos no son cognoscitivos a través de procedimientos ínter subjetivos.

Es necesario llamar la atención de que no es objeto de la presente Tesis la incursión de los fundamentos filosóficos, tan sólo afirmar un entendimiento sobre la naturaleza de los derechos humanos, para su mejor comprensión y defensa de la idea de su protección por los órganos judiciales. Así, queda ajeno a este estudio la amplia discusión en torno del *iusnaturalismo*. Pero para ser honesto y sincero, tengo que afirmar un posicionamiento personal acerca de los derechos humanos como *derechos morales*, que es lo que mejor se adecua a nuestro plan de trabajo.

Una vez manifiesta nuestra preferencia por el entendimiento de los derechos humanos como derechos morales, es conveniente la transcripción de la definición propuesta por el profesor Pérez Luño, según el cual “*los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*”.<sup>27</sup>

La identificación de los derechos humanos como «derechos morales» ha sido frecuente en el pensamiento anglosajón sobre la materia *ad exemplum*, Jonh Stuart Mill, L. A. Hart y M. Cranston.<sup>28</sup> Y en los últimos años se ha ido incorporando en España, de la mano de autores como Eusebio Fernández, Carlos Nino, Juan Ramón de Páramo, Francisco Laporta, Alfonso Ruiz Miguel y otros. El primer autor español mencionado defiende que los derechos humanos son “*exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y del Derecho*”.<sup>29</sup> Carlos Nino, a su vez, habla de derechos de *índole moral* “*Frente a la conclusión de que los derechos de índole moral y no jurídica algunos podrían inferir que*

---

<sup>27</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enríques, *Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Op. Cit., p.43. Y *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p.48.

<sup>28</sup> STUART MILL, Jonh, *El Utilitarismo*, Op. Cit., p. 105, hablaba ya de «derechos morales»: “*Podemos afirmar, por consiguiente, que un segundo tipo de injusticia «el primero era violar los derechos legales de las personas» consiste en privar a una persona de, o negarle, aquello a lo que tiene «derecho moral».* HART, L. A., *¿Existen derechos naturales?*, p.103, decía que en el reconocimiento de los *derechos morales* está “*implícito el reconocimiento de que todos los hombres tienen un derecho a igual libertad*”. CRANSTON, M., *Human Rights, Real and Supposed*, London, 1967, p.126, planteaba expresamente que los derechos humanos son derechos morales universales.

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ, Eusebio, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1984, p.107. El autor dice también que «los derechos fundamentales son derechos morales, por cuanto, exigencias éticas con pretensión de juridicidad» in “*Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos*”, *El fundamento de los derechos humanos*, pp.155-162.

*ellos son, en consecuencia, irrelevantes para la teoría y práctica del derecho. Sin embargo, esto es un error, y lo es aún cuando presupongamos un concepto positivista, o sea puramente descriptivo y no valorativo, de derecho o sistema jurídico*".<sup>30</sup> Francisco Laporta asevera que *"los derechos humanos tratan de configurarse como una forma de expresión de los propios rasgos constitutivos de la moralidad interindividual"*<sup>31</sup> y Alfonso Ruiz Miguel, comenta que la fuerza de los derechos humanos no dependen de su eficacia o ineficacia, *sino de su justificación moral*.<sup>32</sup>

Nos acercamos, por tanto, a la idea de que cuando se dice que los derechos humanos son derechos de índole moral, no significa que sean, en consecuencia, irrelevantes para la teoría y la práctica del derecho; ya que la cuestión de ética normativa o substantiva acerca de cuáles son los principios válidos de justicia y moralidad social y cuáles son sus implicaciones en diversas áreas jurídicas, es de fundamental importancia, sobre todo, cuando se trata de derechos humanos.

Ante los principios morales que generan los derechos humanos esta importancia es todavía más decisiva. En otros casos una norma jurídica puede tener un contenido incompatible con lo prescrito por principios morales válidos y, no obstante ser obligatoria puesto que su origen en procedimientos legítimos, como los de índole democrático, hace que prevalezcan las razones a favor de su observancia. Pero cuando se trata del reconocimiento de los derechos humanos, la cuestión es de tal importancia moral que difícilmente estaría justificada una norma jurídica –y las decisiones judiciales y administrativas basadas en ella– que negara o retractara ese reconocimiento, por más que su origen fuese legítimo. Ello hace que la atención, incluso de jueces y juristas, deba centrarse en determinar cuáles son los derechos humanos que derivan de principios morales válidos, estén o no consagrados en normas jurídicas positivas, ya que, si los derechos que derivan de estas normas no coinciden con aquéllos, se los deberá hacer coincidir por vía interpretativa o se deberá ir más allá de tales normas positivas en tanto se pretenda alcanzar una decisión justificada. Por ejemplo, si existe un derecho moral básico a no ser torturado, la posición moral de un juez no se altera por el hecho de que

---

<sup>30</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos, Op. Cit.*, p. 20.

<sup>31</sup> LAPORTA, Francisco J., *Sobre el concepto de derechos humanos*, Doxa nº 04, 1987, p.44.

<sup>32</sup> MIGUEL, Alfonso Ruiz "Los derechos humanos como derechos morales", *in Anuario de Derechos Humanos*, nº 6, 1990, p.158. Además el autor asevera que *esta justificación (moral) e intensidad son fuertes, hasta el punto de dar lugar a obligaciones morales correlativas, los derechos humanos son justamente derechos morales, es decir, merecen un contenido que podría ser infravalorado por la sobrevaloración de lo jurídico implícita en las versiones del positivismo que he considerado*".

aquel derecho no esté consagrado en el sistema jurídico. Naturalmente, esto no implica que sea superflua la consagración jurídica de los derechos humanos; al contrario, tal consagración en el derecho positivo de distintos Estados y en el derecho internacional es una de las conquistas de la humanidad por cuya consolidación debe bregarse constantemente, ya que el reconocimiento jurídico de los derechos humanos los hace más ciertos y menos controvertibles, y sobre todo, provee de medios, como la declaración de inconstitucionalidad de una ley, para neutralizar su violación.<sup>33</sup>

Entonces, admitiendo que los derechos humanos derivan de principios morales, o más precisamente, de un sistema de principios morales, resulta pertinente un planteamiento sobre qué tipo de situación normativa tienen que darse para que surjan tales derechos. Este es un problema que se presenta en un análisis del concepto de derecho subjetivo en general. Y ha sido admitido por la mayoría de los doctrinadores que los derechos humanos tienen también la naturaleza de *derechos subjetivos* y no la de principios generales del Derecho, si bien tienen en común con éstos servir para inspirar, legitimar y criticar los ordenamientos jurídicos positivos.<sup>34</sup>

Es necesario tener en cuenta los argumentos elaborados en el plan doctrinario para la caracterizar los derechos humanos como derechos subjetivos. Entre los argumentos a favor se destaca el que proporciona el significado que les atribuye el uso ordinario del lenguaje, como la idea de un poder, de una facultad de actuación. Se percibe que en la mayoría de los países<sup>35</sup> los derechos humanos se positivizan jurídicamente a través de la vía de los derechos subjetivos. Así, encontramos derechos subjetivos positivos a la libertad de expresión, a la vida, a la libertad de conciencia, los derechos sociales, etc.<sup>36</sup> Entre los argumentos contrarios a la caracterización de los derechos humanos como derechos subjetivos, se impone por su propio peso el de las dificultades inherentes al propio concepto del derecho subjetivo, ya que es suficientemente conocido que el concepto de derecho subjetivo impregna necesariamente

---

<sup>33</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos, Op. Cit.*, pp.24/25. Señalamos además la advertencia del autor, a la p.25, de que este reconocimiento de los derechos humanos “*si bien es un paso decisivo para lograr el respeto de los derechos humanos, no es ni necesario ni suficiente para ello: su ausencia no modifica de ningún modo la ilegitimidad de las normas y las decisiones que los desconozcan, y su presencia no exime de la necesidad de recurrir a argumentos morales para establecer los alcances de tales derechos*”.

<sup>34</sup> PINILLA, Inácio Ara, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990, pp.41 y 53.

<sup>35</sup> De entre ellos, por ejemplo, España, Portugal, Francia y Brasil.

<sup>36</sup> Poco importa si se trata de derechos de primera generación, de segunda o mismo de tercera generación, pues son todos derechos humanos reconocidos como derechos subjetivos.

el discurso de los juristas, puesto que se encuentra en una situación de crisis permanente.<sup>37</sup> Nótese que Wesley Newcomb Hohfeld distingue ocho conceptos diferentes con relación a la expresión de uso común, “*derecho subjetivo*”.<sup>38</sup> Ya R. Guastini, profesor de la Universidad de Génova, presenta siete significados distintos.<sup>39</sup>

Entretanto, constituye un dato que genera muy pocas discusiones el hecho de que el concepto de derecho subjetivo resulte operativo en la medida en que desarrolla una intensa eficacia sobre la psicología de los individuos, y ellos con independencia de su caracterización científica, de su ubicación en los estrictos límites que al mundo de la realidad reconocen sus máximos exponentes. Pero si la referencia a la noción de derechos humanos como derechos subjetivos supone la representación, al menos en una perspectiva de carácter estrictamente técnico instrumental, a una situación jurídica protegida, no puede, sin embargo, hablarse de un único nivel de protección, y, por otro lado, tampoco parece que la noción de derecho subjetivo designe una idea uniforme, sino que, por el contrario, resulta más adecuado señalar que abarca a una pluralidad de situaciones, relacionadas entre sí, desde luego, pero no por ello menos diferente unas de otras.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> BALLESTEROS, A. Montoro, *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, Murcia, 1983, p.21.

<sup>38</sup> *Apud* PINILLA, Inácio Ara, *Op. Cit.*, p.49.

<sup>39</sup> GUASTINI, R., “Istruzioni per l’uso della teoria del diritto. Una lezione introduttiva” in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, 1980-1981, fasc.1/2, pp. 124/125. En síntesis sigue el posicionamiento del Autor. 1º) denota la situación de quien no se encuentra vinculado por una obligación, con referencia a la ausencia de normas que regulen una conducta determinada. 2º) es sinónimo de autorización, ante la presencia de una norma que confiere una posición favorable al sujeto. 3º) la situación de quien puede pretender de otros la realización de un acto; supone una norma que adscriba a uno o varios sujetos una obligación de hacer. 4º) corresponde a una obligación de omitir; situación de quién pretenda de otros una abstención, la omisión de un acto. 5º) denota la posibilidad de actuar en juicio; hay una posibilidad de hacer valer en juicio la propia pretensión. 6º) se refiere a los denominados derechos políticos, esto es, la posibilidad de participar, de forma directa o indirecta, en la formación del ordenamiento jurídico. 7º) se refiere a las denominadas libertades públicas.

<sup>40</sup> ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1985, pp.168/170. El autor resalta, en la p. 168, que “La noción de derecho subjetivo es de una complejidad considerable y difícil precisar. Por un lado, el concepto de derecho subjetivo implica la idea de una situación jurídicamente protegida. Pero cabe pensar en grados distintos de protección. Por ejemplo, en relación con lo que solemos llamar derechos humanos podemos distinguir distintas situaciones: desde derechos que son exigibles ante un tribunal, hasta derechos simplemente morales, pasando por situaciones intermedias que sin tener protección judicial jurisdiccional gozan de algún tipo de tutela jurídica o, al menos, juegan un papel importante en la interpretación del ordenamiento jurídico. Puede pensarse que atribuir uno u otro tipo de protección a un cierto tipo de situación es una situación contingente, dependiente de la voluntad de los editores de las normas. Así es, en efecto, pero sólo hasta cierto punto: el derecho al trabajo, por ejemplo (incluido en nuestra Constitución y en la mayor parte de las Constituciones modernas), no podría haberse configurado como un derecho exigible jurisdiccionalmente, por al menos en el contexto de una organización económica y social de carácter capitalista”.

Aunque el elemento esencial a cualquier derecho subjetivo, o mejor dicho, al derecho subjetivo como categoría teórica, es el de la preexistencia de la norma que lo atribuya. La norma jurídica pasa, entonces, a constituir una especie de *prius* lógico con respecto al derecho subjetivo, y éste se presenta así, básicamente, como el resultado, como la derivación de la norma. Por consiguiente, la cuestión relativa a la naturaleza de los derechos humanos, como derechos subjetivos, parece que mejor se amolda, al menos en términos prácticos, para buscar una solución operativa aceptable, a que proporciona un concepto técnico-instrumental del derecho subjetivo.<sup>41</sup>

La cuestión relativa a la naturaleza de los derechos humanos, aunque estemos delante de un terreno teórico enormemente resbaladizo y comprometido, permite el planteamiento, razonable y rellenado de argumentación favorable, de que los derechos humanos son derechos subjetivos.

#### **1.4 APORTACIONES SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

¿Qué es *fundamentar* los derechos humanos? Se trata de ofrecer razones que expliquen su existencia. El fundamento pregunta por aquello en lo que fundamentado basa su existencia.

Fundamentar los derechos humanos, yo creo que sería descubrir el proceso a partir del cual nosotros podemos captar la esencia de los mismos; es decir, descubrir el proceso a partir del cual los seres humanos dotamos de sentido a nuestras exigencias, necesidades y valoraciones más genéricas. Se trata de descubrir cuál es el proceso a partir del cual los derechos humanos comienzan a tener sentido para nosotros.<sup>42</sup>

Es importante plantear la cuestión analizando, primero, la evolución de las reivindicaciones de derechos humanos en Europa y según la tradición anglosajona. Los europeos tuvieron que plantear sus reivindicaciones de derechos humanos en un sentido negativo; es decir, ellos formularon sus ideas contra el orden feudal, contra las monarquías absolutas y contra cualquier tipo de absolutismo religioso.

---

<sup>41</sup> PINILLA, Ignacio, *Op. Cit.*, pp.30 *usque* 54.

<sup>42</sup> THEOTONIO, Vicente & PRIETO, Fernando, *Los Derechos Humanos, una reflexión interdisciplinario*, Publicaciones ETEA, Córdoba, 1995, p.27.

Así, se puede decir que el origen de la lucha por las libertades formales en Europa tuvo su precedente en las reivindicaciones de libertad religiosa por parte de los hugonotes en el siglo XVI; y yendo un poco más atrás, nos encontramos con las instituciones medievales hispánicas e inglesas enfrentadas a sus respectivos regímenes feudales. Sin embargo, en Norteamérica, los pioneros asentados en las tierras vírgenes no tuvieron que enfrentarse contra estructuras políticas estancadas en principios y valores ancestrales. A la hora de formular su declaración de derechos, no tuvieron que ir en contra de nada, crearon el orden de los derechos desde cero, plantearon su declaración sin tener que destruir algún orden político enquistado desde siglos en el poder. En la tradición europea, la política es considerada como una forma de conseguir los derechos. Sin embargo, para los anglosajones, sobretudo para los norteamericanos, la política es siempre un obstáculo al desarrollo y a la consecución de esos derechos. Para los europeos los derechos tienen que ser conquistados y para los anglosajones los derechos tienen que ser asumidos. Para los primeros, es necesario imponer políticamente los derechos frente a una sociedad depravada y una naturaleza humana corrompida; mientras que para los segundos, la tarea consiste en dejar libre el terreno a las fuerzas espontáneas que, en su propia autorregulación, llegarán a concordar con las propuestas del universal Derecho natural.<sup>43</sup>

Estas dos tradiciones nos lleva a dos tipos radicales de fundamentación, por un lado, de la fundamentación formal, puramente europea, muy bien representada en las tesis de Norberto Bobbio, y, por otro lado, a la del fundamento consensual o moral, de clara raigambre anglosajona, de la cual quiero resaltar el papel jugado en la misma, aparte del de los norteamericanos John Rawls y Ronald Dworkin y también de Carlos Santiago Nino. Nos encontramos, pues, ante dos tipos de fundamentación de los derechos humanos, una formal y otra consensual.

En la fundamentación en la tradición europea, prima la forma sobre el contenido. El reconocimiento formal de los derechos supone un avance en el mero nivel normativo, pero ahí no se reduce la categoría de derechos humanos, hay que tener

---

<sup>43</sup> THEOTONIO, Vicente & PRIETO, Fernando, *Op. Cit.* pp 28/30. Con resalto además: “para los europeos los derechos tienen que ser conquistados; y en cambio, para los anglosajones los derechos tienen que ser asumidos... en la tradición europea lo que prima es el pacto; mientras que en la norteamericana prima el consenso. Para los europeos lo importante era establecer un procedimiento formal que fuera aceptado por todos como algo inmutable o, cuando menos, universal ...será ese proceso que culmina en la positivación formal de los derechos, el que garantice el efectivo cumplimiento de los mismos...la tradición norteamericana prima por el consenso, lo que hay una es una aceptación de los derechos humanos (o simplemente de los derechos) como si fueran algo inmutable”

presente la existencia de una realidad, muchas veces insatisfactoria, y la dificultad de reconocimiento de nuevas necesidades y de nuevos valores que no encuentran sitio en el esquema tradicional. Para N. Bobbio no hay ya posibilidad de fundamentos absolutos, sino diferentes fundamentos relativos, dirigidos más a la consecución de la eficacia y posterior garantía de los valores jurídicos que a la discusión teórica acerca de cuáles son sus orígenes, límites, etc. Según la tesis-convicción, expuesta en *L'illusion*, consiste en afirmar que dichos valores ya están suficientemente fundados en el texto de la Declaración Universal de 1948. Es el fundamento del *formalismo garantista*. Así, se puede desarrollar la crítica siguiente de que el fundamento de la validez de la norma fundamental del ordenamiento hay que encontrarlo supuesto en la idea de un poder democrático y de una sociedad democrática, con lo que, para algunos autores,<sup>44</sup> se tienden puentes, entre la actividad teórica y la praxis concreta, a la hora de entender el conjunto de principios y valores que orientan, critican y dinamizan el desarrollo normativo en su conjunto. Así, no basta ese mero pragmatismo, sino que hay que ir más allá de la mera garantía de ciertos valores que en estos momentos son considerados como sin cualquier controversias, en expansión hasta aquéllos que quedarían al margen de esa actividad garantizadora de los que ya están reconocidos.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> HERRERA FLORES, Joaquín, “La Fundamentación de los Derechos Humanos desde la Escuela de Budapest”, en *Los Derechos Humanos, una reflexión interdisciplinar*, Publicaciones Etea, Córdoba, 1995, pp.25/45.

<sup>45</sup> Esta es una crítica a los ensayos de N. Bobbio, hecha con base en las ideas de HART, Herbert, *apud* HERRERA FLORES, Joaquín, *Op.Cit.*, p.32: “lo que se necesita llevar a cabo en primer lugar, es alguna consideración más radical y detallada de los modos en que tales derechos se relacionan con el resto de valores perseguidos por la sociedad”. FLORES hace una analice dos ensayos de Bobbio, pp 32/34, reproducida en síntesis: “ a) En la *L'illusion* hay que distinguir, en el terreno de la fundamentación, entre un derecho que se tiene y un derecho que se quiere tener; el fundamento de aquél no se encontraría más que en el ordenamiento jurídico, y la dirección a tomar será la de ir a dicho ordenamiento y ver qué norma jurídica válida lo reconoce; mientras que el fundamento del segundo vendría dado por la búsqueda de razones para sostener su legitimidad y convencer de la necesidad de su reconocimiento. Aquí la posición estática acerca de los valores sobrepasa, incluso, el garantismo, para que permaneciera una concepción positivista y, de alguna manera, jusprivatista – la población en sus necesidades cambiantes ejerce acciones tanto para el desarrollo como para nuevo entendimiento de los derechos reconocidos constitucionalmente como fundamentales. Esa fundamentación rígida de los derechos reconocidos jurídicamente, puede deparar normas que cambien de sentido e integrarse en otros marcos institucionales que les otorguen significados bien diferentes a los admitidos en un principio. Así, la fundamentación de los derechos humanos no reconocidos no debe presentarse como una actividad de convencimiento al legislador para que los integre en el ordenamiento; debería partir de la efectiva participación de esos grupos e individuos socializados en el proceso de reconocimiento e integración de los valores y necesidades humanas que en un momento dado se consideren como fundamentales. No se trataría, pues, de convencer, sino de participar y no se trataría de problemas de validez formal sino de integración institucional y evolutiva de las normas en el ámbito de la sociedad; b) En la frase de Bobbio que se afirma que los valores últimos no pueden fundamentarse, ni justificarse, se los asume; por lo que parece que se extiende un velo de irracionalidad sobre los mismos, no pudiendo, de ningún modo, razonar sobre su naturaleza y características, al ser relegados al fondo del sentimiento y la emoción; c) Para Bobbio, las libertades y los derechos sociales son antinómicos, su desarrollo no puede avanzar paralelamente ya que la realización integral de unos impide la realización integral de otros. Nos preguntamos entonces: ¿Cómo es posible relacionar esta idea dicotómica con otra



La fundamentación en la tradición anglosajona, en especial, en la tradición norteamericana, no se ocupa tanto de lo formal como del consenso moral sobre determinados principios y valores. Por ello, los derechos humanos son denominados derechos morales; pautas normativas a las que llegamos por pura intuición y cuya puesta en práctica no depende de la actividad política democrática. Desde el inicio de la influencia burguesa en la regulación de la convivencia, la teoría política y jurídica mantuvo un constante “*tour de force*” para lograr una distinción precisa entre el dominio del derecho y la esfera de la moral. Sin embargo, con el paso del tiempo y la implantación de la dicha clase social en todos los escalones del poder, la distinción mencionada fue se relativizando poco a poco a medida que las necesidades de mantenimiento del *status quo* exigían argumentos no sólo jurídicos sino incluso morales.<sup>46</sup>

---

según la cual el problema de fondo de los derechos humanos no es el de justificarlos sino protegerlos, si se trata más bien de un problema práctico que teórico? Si partimos de esa fractura entre libertades y derechos sociales, ¿qué protegeremos? ¿la realización integral de los unos abandonando la realización de los otros o viceversa? Pensamos, por consiguiente, que para esa actividad práctica de protección y de eficacia se necesita una previa fundamentación que posibilite una interpretación adecuada de los valores para, en un momento posterior e incluso paralelamente, ofrecer los sentidos precisos de aquéllos... Bobbio concluye su argumentación retomando la idea de que *los valores últimos son antinómicos*, insertándose, con ello, en la más pura corriente no-cognitivist y colindante con posiciones irracionalistas que relegan esos valores a los instintos, a las emociones, a los sentimientos o a la voluntad de poder.”

<sup>46</sup> HERRERA FLORES, Joaquín, *Op.Cit.*, p.35. Este autor apunta, en las pp.35/38, algunas consecuencias si asumimos los derechos humanos como derechos morales, en síntesis: “ a) Entender los valores como valores morales conduce a una consideración muy acrítica del programa axiológico. No podemos decir, que tales valores, en este momento globalmente reconocidos, sean más desarrollados o progresivos que los admitidos en otras épocas. El problema radica en la observación del grado de universalización alcanzado por la normatividad en su relación con los elementos axiológicos; b) Entender los valores morales y, por ende, los derechos humanos como derechos morales conduce a una elección entre los mismos teniéndolos en cuenta uno por uno. Si entendemos los derechos humanos como derechos fundamentales o valores jurídicos, como derechos morales, habría que entenderlos separadamente unos de otros pues no cabrían interpretaciones objetivas e institucionalizadas. c) ¿Considerar los derechos humanos como derechos morales implica la consideración de éstos como buenos y el resto de normas del ordenamiento como malas y necesitadas de redención? ¿Se puede atribuir al representante político la autoridad de decidir cuál es el bien y cuál es el mal de la sociedad? Todo esto conduce teóricamente a un conjunto de dificultades insuperables. Las constituciones democráticas sólo plantean el marco formal de reconocimiento y, en todo caso, de juridicidad-efectividad, pero nunca pueden decidir sobre la bondad o maldad, en definitiva moralidad, de un derecho determinado; d) Hemos hablado de los derechos humanos como pautas del futuro; si los entendemos como derechos morales, caracterizaríamos el futuro en función de conceptos morales. La moral no apunta al futuro, se queda en el presente y regula la convivencia...e) Hay un problema del conflicto moral que consiste en una inadecuación entre la esfera de acción del individuo singular y con la genericidad, o entre individuos, en aspectos meramente particulares. ...Pero en una democracia no se puede discutir cuestiones aisladas e individuales, sino sólo modelos de preferencia social generalizables, potencialmente integrables en una regulación jurídica.”. Advierte mientras el autor que “...esto no significa que despreciemos la esfera moral. Esta última es un elemento más del proceso de humanización del hombre. Sin moral no habría humanidad, es una conquista que puede ser concebida como motor e impulso del desarrollo axiológico. La moralidad y los valores están en plena relación dialéctica... Los valores jurídicos dinamizan el aspecto moral de la convivencia en sentidos determinados. Pero también la moralidad tiene algo que hacer en el campo de los derechos humanos...”.

Una posición intermedia entre la fundamentación formal y moral de los derechos humanos es la que sostiene Carlos Santiago Nuno en su *Ética y Derechos Humanos*, con la cual nosotros estamos de acuerdo y se expondrá más adelante. Pero es interesante observar la opinión de Joaquín Herrera Flores,<sup>47</sup> que defiende los derechos humanos como bienes jurídicos (necesidades objetivadas a un nivel institucional) o como pretensiones de juridicidad (necesidades objetivadas meramente a un nivel cotidiano o artístico) dotados del mayor contenido axiológico, es decir, preferidos conscientemente por el mayor número de formas de vida que componen la humanidad. Así, a pesar de que no pueda ser absolutizada, la Declaración Universal de los Derechos Humanos puede dar medida de la radicalidad del fundamento, al instaurar jurídicamente un conjunto de principios totalmente coherente con el compromiso señalado. Por tanto, la radicalidad de fundamentación (según H. Flores), reside en llevar hasta sus últimas consecuencias esos principios; pero no encerrándolos en interpretaciones dogmáticas, sino adaptándolos y revisándolos en función de las condiciones concretas a las que deben ser aplicados. Se deduce que ser radical en el campo de los derechos humanos implica aceptar esa pluralidad y multiplicidad de formas de vida y culturas que componen nuestro universo social y político. Para el entendimiento del autor, pues, ser radical a la hora de fundamentar los derechos humanos debe partir de esa pluralidad y posibilitar el casi formal-procedimental que permita entender cómo los derechos humanos pueden ser compartidos por todas y cada una de aquellas formas de vida, tradiciones y culturas, estableciendo como límites el compromiso con la riqueza humana y con las condiciones formales de comunicación y diálogo.

Según Carlos Santiago Nino,<sup>48</sup> cabe la advertencia de que frente a la conclusión de que los derechos humanos son derechos de índole moral y no jurídica, algunos podrían inferir, en error, que estos derechos son, en consecuencia, irrelevantes para la teoría y la práctica del derecho. Eso cuando presuponemos un concepto positivista, o sea puramente descriptivo y no valorativo, de derecho o sistema jurídico. El equívoco fundamental en que incurren los autores autodenominados iusnaturalistas respecto de la posición positivista es el de suponer que, cuando ella se expresa diciendo que la adecuación a pautas de justicia es irrelevante para determinar el contenido y existencia de un orden jurídico, ello implica que tal adecuación también es irrelevante

---

<sup>47</sup> HERRERA FLORES, Joaquín, *Op. Cit.* pp. 44/45

<sup>48</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos...*, *Op. Cit.* pp 27 y ss.

cuando se trata de evaluar el derecho o de decidir si él debe ser obedecido, reconocido o aplicado. La identificación de un sistema jurídico es, por ello, una cuestión teórica que puede ser resuelta en forma valorativamente neutra; la decisión acerca de qué actitudes y qué curso de acción debe adoptarse frente a un cierto orden jurídico o ante una determinada norma jurídica, es una cuestión práctica que, no puede resolverse sin comprometerse, explícita o implícitamente, con ciertos principios de justicia y moralidad social, como los que establecen derechos individuales básicos. Con lo que, los jueces, para justificar completamente sus decisiones, deben recurrir (y de hecho lo hacen explícita o implícitamente) a razones justificadoras, y en un ámbito donde están en conflicto intereses de diferentes individuos, sólo constituyen razones justificadoras, principios morales considerados válidos (como el que debe decidirse según lo que dispone un derecho positivo eficaz). Si, se adoptara, en cambio, un concepto normativo y no puramente descriptivo de derecho como el propugnado por los iusnaturalistas, las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone sí expresarían razones para justificar decisiones, pero esto es así sólo porque en la identificación del derecho ya se ha acudido a los principios de justicia que estarán presupuestos en tales proposiciones.

Prosigue el autor señalado, que las soluciones normativas como las que los jueces adoptan y los juristas propugnan no pueden justificarse sobre la base de proposiciones descriptivas acerca de normas jurídicas bajo un concepto puramente descriptivo de derecho como el propuesto por los positivistas, ya que tales proposiciones describirían en última instancia una secuencia compleja de hechos que, como tales, son incompatibles con cualquier decisión – pero se podría objetar que es absurdo concluir de allí que tales decisiones deben basarse en principios morales, ya que ello implica saltarse la alternativa más obvia, que se fundamenten en las *normas jurídicas* mismas y no en las proposiciones que las describen. Pero para eso, el autor propone que, en primer lugar, no siempre hay una norma jurídica precisa para justificar acabadamente la decisión que debe adoptarse; en segundo lugar, aún cuando haya tal norma jurídica, es dudoso que ella pueda incorporarse, como tal, al razonamiento justificador de un juez o de un jurista con independencia de juicios valorativos. Y concluye, que es así porque es esencial al carácter normativo de una norma jurídica o a su valor distintivo como norma jurídica la existencia de ciertos rasgos que hacen a su *formulación* y que inevitablemente se pierden cuando se intenta reproducirla en el razonamiento justificador que conduce a una decisión. La hipótesis de C.S. Nino, es que cuando los jueces apoyan sus decisiones en

normas jurídicas lo hacen a través de juicios que llamo de “*adhesión normativa*” y que consisten en juicios valorativos que se infieren de principios morales que prescriben el orden jurídico y de proposiciones descriptivas de ese orden jurídico.<sup>49</sup>

Además, cuando se trata del reconocimiento de los derechos humanos, la cuestión es de tal importancia moral que difícilmente esté justificada una norma jurídica y sus decisiones judiciales y administrativas basadas en ella, que negara o retractara ese reconocimiento, por más que su origen sea legítimo. Ello hace que la atención, aun de jueces y juristas, deba centrarse en determinar cuáles son los derechos humanos que derivan de principios morales válidos, estén o no consagrados en normas jurídicas positivas, ya que, si los derechos que derivan de estas normas no coinciden con aquéllos, se los deberá hacer coincidir por vía interpretativa o se deberá ir más allá de tales normas positivas en tanto se pretenda alcanzar una decisión justificada.<sup>50</sup>

Un rasgo distintivo de los derechos humanos es que ellos versan sobre bienes de fundamental importancia para sus titulares, o al menos, bienes que son *normalmente* de importancia primordial. Son además, los derechos humanos, *derechos morales* de que gozan todas las personas morales, por el solo hecho de ser tales, es decir todos los seres con capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor.<sup>51</sup>

Si alguien quisiera ser sencillo, práctico y rico en objetividad al ser preguntado sobre el fundamento de los derechos humanos y su protección, bastaría señalar, sin compromiso jusfilosófico alguno, los siguientes textos: la *Declaración de Deberes y Derechos del Hombre Americano*; la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*; los de creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la creación de la Comisión de Derechos Humanos en el seno de la ONU, la Comisión Europea de Derechos Humanos y otros textos más.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Así, explicita NINO, Carlos Santiago, *Op. Cit.* p.29, que sus consideraciones muestran la primordial importancia que tiene para la teoría y para la práctica jurídicas, la cuestión de ética normativa o substancial acerca de cuáles son los principios válidos de justicia y moralidad social y cuáles son sus implicaciones para diversas área jurídicas. Resalta el autor, que esta importancia es todavía más decisiva en el caso de los principios morales que generan derechos humanos.

<sup>50</sup> NINO, Carlos Santiago, *Op. Cit.*, p.29.

<sup>51</sup> NINO, Carlos Santiago, *Op. Cit.*, pp. 41 y 45.

<sup>52</sup> CARRIÓ, Genaro R., *Los Derechos Humanos y su Protección, distintos tipos de problemas*, *Op. Cit.*, pp. 21 e 22.

## 1.5 LOS TITULARES DE LOS DERECHOS HUMANOS

En primer lugar, el rasgo distintivo más obvio de los derechos humanos, como el nombre de estos derechos lo sugiere, es la clase de sus beneficiarios, que está integrada por *todos* los hombres y *nada más* que los hombres; su posesión no puede estar restringida a subclases de individuos humanos (como los obreros o los artistas), o extenderse más allá de la especie humana.<sup>53</sup> Esto es válido como formulación genérica y aproximada, pero carece de precisión y de ser explícito. Por esta formulación, la pertinencia a la especie humana es condición necesaria y suficiente para gozar de los derechos en cuestión, en tanto que otras propiedades como raza, sexo, inteligencia, actos cometidos o padecidos, por ejemplo, son irrelevantes. Sin embargo, aparecen contraejemplos problemáticos. Hay derechos, como el de la libertad de movimientos, que están sujetos a condiciones de aplicación negativas, como es la no comisión de delitos que justificadamente involucren penas privativas de la libertad. Hay también candidatos serios a derechos humanos, como el derecho a asistencia médica adecuada o la jubilación por vejez, que están condicionados por circunstancias positivas que se adicionan a la mera pertinencia a la especie humana, tales como las de estar enfermo o ser viejo.<sup>54</sup>

La salida del problema planteado parece ser la de preservar el carácter “todo-o-nada” del concepto del hombre, pero abandonando la tesis de que el reconocimiento de derechos humanos se fundamenta exclusivamente en la posesión de las características biológicas que determinan la pertinencia a la especie humana. Esto no excluye que haya una correlación entre esa pertenencia y alguna propiedad “P” que sí cumpliría el papel de ser una circunstancia decisiva para fundamentar los derechos humanos. Esa correlación podría, por ejemplo, derivar de una generalización empírica según la cual todos los seres humanos y nada más que los seres humanos exhiben, constituir una *persona moral*, es decir, una entidad que exhibe como rasgo distintivo la propiedad “P” que es decisiva para el reconocimiento de aquellos derechos. Como dice Alckerman, la ciudadanía moral no es una cuestión de teoría biológica, sino de teoría política.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Ya hay quien habla de derechos de los animales, como beneficiarios de algunos “derechos humanos”.

<sup>54</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos...Op. Cit.*, p.41.

<sup>55</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos...Op. Cit.*, p.44.

Entonces, según la enseñanza de C. S. Nino,<sup>56</sup> derivan tres principios, de cuya combinación derivan los derechos humanos fundamentales: *inviolabilidad de la persona, autonomía de la persona y dignidad de la persona*. El primer principio, prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos; el segundo principio asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia y el tercero prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control. Parecen ser características constitutivas de la “base moral”, o sea, las características en virtud de las cuales alguien se hace acreedor a un comportamiento moral y que son un yo auto-reflexivo y de ser un ser capaz de perseguir valores.

Se puede concluir estas consideraciones introductorias sobre los derechos humanos, haciendo la aportación de que los llamados *derechos humanos* son aquellos derechos *morales* de que gozan todas las persona morales, por el solo hecho de ser tales, es decir todos los seres con capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como un titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor, o sea, un conjunto de derechos morales básicos de que gozan las personas por el solo hecho de serlo y que ningún orden jurídico puede desconocer sin perder su legitimidad.

Hablar de derechos humanos es en realidad una forma abreviada de referirse a un grupo de derechos de especial importancia para los seres humanos. Y estos derechos se atribuyen precisamente porque al ser de especial importancia están vinculados a la propia realización de su humanidad.

La dignidad humana ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona. Su importancia en la génesis de la moderna teoría de los derechos humanos es innegable. La libertad constituye, desde siempre, el principio aglutinante de la lucha por los derechos humanos, hasta el punto de que durante mucho tiempo la idea de la libertad, se identificó con la propia noción de los derechos humanos. Y, por último, la igualdad, es el derecho humano más importante en nuestro tiempo, al

---

<sup>56</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos...Op. Cit.*, p.45.

considerarse el postulado que fundamenta toda la moderna construcción teórica y jurídico-positiva de los derechos sociales.

Los derechos humanos son hoy un valor muy apreciado, tanto en términos políticos como en términos académicos. Son invocados constantemente, no en vano, pues son violados con esa misma frecuencia, y ello los ha convertido en un lugar común que no necesita ser justificado. A nadie seduce la posibilidad de vivir sin los derechos humanos ni podrá políticamente atreverse siquiera a proponerlo.

Creemos por tanto, que en la actualidad, no es suficiente el mero reconocimiento positivo de los derechos humanos, sino que es necesario contar con instrumentos normativos procesales que, de forma efectiva, protejan y garanticen los derechos humanos, para así posibilitar al hombre el acceso a los tribunales, la reivindicación de sus derechos y el pleno conocimiento y entendimiento de éstos, por lo que la educación juega un papel preponderante en la afirmación práctica de los derechos humanos.

## **2. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y SU INTEGRACIÓN CON LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Hay que justificar la inclusión de un abordaje propedéutico e introductorio sobre los derechos económicos, sociales y culturales (y pues con cierta correlación también con los derechos civiles y políticos), por su íntima relación con los derechos de tercera generación, en especial con el derecho al desarrollo.

Los derechos económicos, sociales y culturales – DESC – «se refieren a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad a la familia humana».<sup>57</sup> Así, difícilmente puede pensarse en el pleno disfrute de los derechos civiles y políticos si sólo se garantiza la igualdad formal de los individuos pero se mantienen marcadas desigualdades

---

<sup>57</sup> NIKKEN, Pedro, “El Concepto de Derechos Humanos” en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza (comps.), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Fundación Mc Arthur y Comisión de la Unión Europea, San José da Costa Rica, 1994, p. 19.

materiales. Si no se satisfacen las necesidades básicas de sus titulares, indirectamente se está limitando el ejercicio del resto de los derechos.<sup>58</sup>

La obligación del Estado respecto de los derechos civiles y políticos es, en lo esencial y estricto, la de no violarlos, no lesionarlos mediante la acción o la omisión, en su caso, de un órgano o agente administrativo o de cualquier persona cuyo hacer sea imputable al hacer del aparato gubernamental o administrativo. Pero, con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado tiene, esencial aunque no exclusivamente, una obligación de hacer<sup>59</sup>: la obligación de brindar los medios materiales para que los servicios de asistencia económica, social, sanitaria, cultural... provean los elementos y medios necesarios de satisfacerlos. Estos son los que implican la obligación del Estado, como un imperativo deber de dedicar, dentro de sus posibilidades económicas y financieras, los recursos necesarios para la satisfacción de esos derechos económicos, sociales y culturales.<sup>60</sup> En la esfera del Derecho interno, hay ciertos casos en que se establecen los recursos institucionales para la efectividad del hacer estatal requerido, para lograr la materialización del Derecho protegido.<sup>61</sup>

Es de notar que es muy complejo enumerar separadamente los derechos económicos de los sociales y dar un criterio de distinción entre ambos. Mejor sería entonces calificar estos derechos como económico-sociales, si bien en algunos de ellos predomina el elemento económico, respecto de la esencia de la prestación estatal que constituye el objeto del Derecho y, en cambio, en otros el mayor interés radica en el

---

<sup>58</sup> GARCÍA MORALES, Aniza Fernanda, *La Justiciabilidad de Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Servicio de Publicaciones de La Universidad Complutense, Madrid, 2003, p.22. La autora. realza, con apoyo en RÚBEN H. VALLE, que “la satisfacción de tales pretensiones materiales constituye la base para una sociedad más igualitaria y justa, que *son las finalidades esenciales que persigue el moderno Estado social y democrático de Derecho*”.

<sup>59</sup> Es lo que se denomina *derechos prestación* por parte del Estado. Vide ABRAMOVICH, Victor & COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, Cap. 2 “Obligaciones del Estado en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, pp.65/116.

<sup>60</sup> GROSS ESPIEL, Hector, *Estudios sobre Derechos Humanos, Op. Cit.*, pp.330/331. Para el, p.331, el grado actual de desarrollo del Derecho Internacional: “sólo es posible tener una declaración y enumeración de los derechos económicos, sociales y culturales, el reconocimiento convencional de la obligación de promocionarlos y respetarlos y la afirmación del deber jurídico de los Estados de dedicar sus recursos y sus políticas económicas y financieras –dentro de los límites de sus posibilidades reales– a su satisfacción”. Y sobre el sistema internacional de protección, p.332: “sólo puede consistir en el estudio y análisis, sistemático, constante y crítico, por órganos y procedimientos adecuados, de la obligación genérica de los Estados de dedicar sus recursos económicos y financieros a ese objetivo y de poner en práctica las políticas conducentes”.

<sup>61</sup> Por ejemplo, el art. 212 de la Constitución brasileña de 1988, establece la cuota mínima de 18% para la Unión y 25% para los Estados miembros, Distrito Federal y Municipios, de los ingresos de tributos, la obligación de aplicar en la educación del pueblo.



elemento social del Derecho. Y cuando positivamos estos derechos se exige que el Estado cumpla con su obligación de brindar servicios y prestaciones capaces de satisfacer, económica y socialmente, las necesidades humanas.

También, todos los derechos humanos, civiles y políticos o económicos, sociales y culturales, por su igual naturaleza y por su recíproca interdependencia, tienen igual jerarquía e importancia. La atención del Derecho internacional a los derechos económicos, sociales y culturales de la persona humana es un aspecto concreto de la cuestión de los derechos humanos en general.

En el sistema de las Naciones Unidas «todo Estado tiene el Derecho inalienable de elegir su sistema político, económico, social y cultural».<sup>62</sup> Así, es pues evidente que un Estado cualquiera puede elegir el sistema económico-social que desee y que, *a priori*, ningún sistema económico o social puede conceptuarse como violatorio de los derechos económicos, sociales y culturales de los seres humanos de ese Estado.

Constituye un marco histórico en la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales, la agitación política y el surgimiento de los regímenes totalitarios en el período entre las dos Guerras Mundiales, que trajeron el aumento del desempleo y la pobreza, lo que aumentó el interés en asegurar los derechos económicos y sociales para preservar también la democracia y las libertades individuales. Con la adopción de la Declaración Universal de Los Derechos del Hombre e del Ciudadano en 1948, no hubo duda de que también debían ser incluidos los derechos económicos y sociales. Este documento extendió la plataforma de los derechos humanos al incluir derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales e interrelacionarlos y reforzarlos mutuamente.<sup>63</sup>

Con el aumento de desempleo, de la pobreza y la disparidad de las desigualdades regionales en el mundo, incluso potencializado con el fenómeno de la globalización, también aumenta el interés por el estudio de los derechos económicos, sociales y culturales.

---

<sup>62</sup> RESOLUCIÓN 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que consagró principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>63</sup> GARCÍA MORALES, Aniza Fernanda, *Op. Cit*, p. 28.

Es correcto decir que los *derechos sociales* implican el derecho a un estándar de vida adecuado, a un mínimo de derechos que permitan la subsistencia y de los que todos deben gozar, tales como la alimentación, el vestido y la vivienda. Para la satisfacción de estos derechos es indispensable la satisfacción de ciertos derechos económicos como el derecho a la propiedad, al trabajo y a la seguridad social. Dentro de los *derechos económicos*, el derecho de propiedad desempeña una doble función claramente inidentificable, pues sirve como base de otros derechos que garanticen un estándar de vida adecuado y sirve también de base de independencia y da libertad. Los *derechos culturales* se identifican con el derecho de participar en la vida cultural, con el derecho de disfrutar de los beneficios morales y materiales derivados de cualquier producción científica, literaria o artística de los que el beneficiario sea el autor y a la libertad indispensable para la investigación científica y la actividad creadora. Así, se percibe la ligazón de este derecho con el derecho a la educación, pues están estrechamente vinculados.<sup>64</sup>

Además, la interrelación de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, también es evidente al tratar de catalogar algunos derechos en uno u otro grupo. Por ejemplo, el derecho a la educación presenta una vinculación tanto con los derechos civiles y políticos como con los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>65</sup>

Es interesante observar que el hecho de que un determinado Estado incluya en su texto constitucional los compromisos con la familia, con los minusválidos, con los consumidores, con el medio ambiente o con la sanidad, no significa que éstos ya estén realizados plenamente, pues es necesario medidas concretas que vengan a implementar en la realidad estos derechos de contenido económico-social. Esa política social y económica es llevada a cabo, en mayor o menor proporción, según la inclinación del equipo gobernante y las posibilidades económicas del país. Es erróneo pensar que estos preceptos constitucionales son una moda inútil del constitucionalismo reciente. Una vez insertos esos compromisos en el texto constitucional, tienen una clara funcionalidad,

---

<sup>64</sup> Algunos grupos son más vulnerables o han sido objeto de discriminación y, por tanto, requieren una protección especial de sus derechos, algunas veces, mediante la adopción de acciones positivas u otras medidas especiales. Así, la ONU, a través de la Asamblea General adoptó en 1992, la DECLARACIÓN DE DERECHOS DE LAS PERSONAS PERTENECIENTES A MINORÍAS NACIONALES, ÉTNICAS, RELIGIOSAS Y LINGÜÍSTICAS, como un instrumento específico de protección de las minorías.

<sup>65</sup> En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, este derecho está previsto en la Convención y no en la Carta Social

sobre todo en países de sistema jurídico continental, racionalista, de predominio del Derecho escrito.<sup>66</sup>

Así, estos principios, más que derechos ciudadanos, configuran deberes o tareas estatales hacia la familia, los trabajadores, los sectores marginados y el bienestar general, aunque esta asunción de tareas está un tanto debilitada por la índole meramente programática e informadora de tales principios, además de por las dificultades inherentes al intento de juridificación de preocupaciones sociales.

### **3. UNA VISIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN<sup>67</sup> (¿Y DE CUARTA?): FUNDAMENTACIÓN, INSTRUMENTOS DE TUTELA Y FORMAS DE TITULARIDAD**

Resulta necesario plantear previamente algunas ideas claves para la comprensión de esta temática. *Primero*, la concepción de generaciones de derechos resulta poco convincente porque se limita a considerar las divergencias entre los grupos de derechos y parece sugerir que algunos derechos son menos relevantes que otros. *Segundo*, la evolución histórica de los derechos humanos en el plano interno, muestra que no es posible establecer etapas claras en el surgimiento de los derechos y *tercero*, pareciera que para justificar la idea de la etapas de los derechos, sería necesario distinguir asimismo entre derechos civiles y políticos en la medida en que éstos fueron reconocidos mucho más tarde que algunos derechos civiles, incluso en algunos países hasta más tarde que los derechos económicos y sociales.<sup>68</sup>

Conviene advertir también que las generaciones de derechos humanos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal, pues en el curso de su

---

<sup>66</sup> Nótese que el capítulo III del título I de la Constitución española tiene eficacia jurídica y vincula a los poderes públicos. El Poder Judicial y el Legislativo deben informar su actuación en estos principios y lo mismo debe decirse de la Administración, sin cuyo servicio al Estado Social éste devendría absolutamente estéril.

<sup>67</sup> Es preferible para algunos autores la expresión “Derechos de Tercera Dimensión”. O “La Tercera Generación de los Derechos Humanos” como habla PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006. El autor advierte, a p. 17, que algunas expresiones utilizadas como análogas o como alternativa clarificadora de la entidad lingüística “derechos de la tercera generación”, tales como, “*nuevos derechos*”, “*derechos de solidaridad*”, “*derechos de la era tecnológica*”, “*derechos de la sociedad global*”, “*derechos de la cuarta generación*”, le parece que no contribuyen al logro de su propósito, pues incurren en los mismos defectos de confusión y vaguedad que intentan superar.

<sup>68</sup> ROSAS. A. y HELGESEN, “Democracy and Human Rights”, en *Rights in a Changing East-West Perspective*, 1990, pp.17/57.

trayectoria se producen constantes avances, retrocesos y contradicciones que configuran ese despliegue como un proceso dialéctico. No debe escapar tampoco a la consideración de esta problemática que las generaciones de derechos humanos no implican la sustitución global del catálogo de derechos por otro; en ocasiones se traduce en la aparición de nuevos derechos en atención a nuevas necesidades históricas, mientras que, otras veces, suponen la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados.<sup>69</sup>

Los derechos de tercera generación, también han sido denominados como *nuevos derechos*, *derechos de solidaridad* o incluso, *derechos de la era tecnológica*, *derechos de la sociedad global*.

Hablar de unos “*nuevos derechos*” exige trazar unos límites precisos y unívocos que distingan los “nuevos” de los “viejos” derechos, tarea más que problemática, ya que la concepción generacional de nuevos derechos no significa una sustitución global y completa de “viejos” por “nuevos” derechos. A veces analiza la aparición de determinadas libertades que pretenden responder a los nuevos riesgos y asedios de los grandes valores de la persona humana y a su concreción de derechos y en otras veces la concepción generacional estudia la metamorfosis que afecta a derechos ya existentes motivada por las nuevas circunstancias que delimitan su ejercicio. La “*solidaridad*”, por consiguiente, está siendo protagonista como valor-guía de los derechos y libertades de la hora presente, entretanto en muchos casos, hacen referencia a garantías jurídicas reivindicadas desde el plano de los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, desde los derechos de la segunda generación, por ejemplo, en el texto de la Constitución Europea, se consagra en el Título IV de su parte II a la “*solidaridad*”, especificando los derechos que de ella dimanar (arts.87/94, garantías laborales y de la seguridad social; art.95, derecho a la protección a la salud; art.96, el acceso a los servicios de interés económico general), todos ellos como derechos de segunda generación.<sup>70</sup> En el mismo epígrafe de la Constitución Europea se incluyen dos derechos que sí pueden considerarse netamente representativos del catálogo de derechos de la tercera generación: la protección del medio ambiente (art.97) y la protección de los consumidores (art.98). Así, la denominación *derechos de la solidaridad* está muy lejos

---

<sup>69</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Op. Cit., p.42.

<sup>70</sup> Si bien que el contenido, la interpretación y la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales se aprecia la incidencia teórica y práctica de la tercera generación.

de firmarse como una solución conceptual satisfactoria, capaz de ofrecer un marco de referencia de las generaciones de los derechos. No menos insatisfactorias resultan nomenclaturas tales como “*derechos de la era tecnológica*”, o “*derechos de la sociedad global*” por confundir el concepto de los derechos con el marco ambiental de su ejercicio. También plantean importantes reservas científicas, las denominaciones “*derechos de la cuarta generación*” o “*derechos de la quinta generación*”.<sup>71</sup>

La terminología *derechos humanos de tercera generación* fue acuñada por Karel Vasak, director del Departamento Jurídico de la UNESCO, al pronunciarse en la Lección Inaugural de la Décima Sesión del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, que llevaba por título “*Pour les droits de l’homme de la troisième génération*”.<sup>72</sup> Vasak puso especial énfasis en postular unos derechos humanos de tercera generación, que completaran las libertades civiles y políticas de la primera, así como los derechos económicos, sociales y culturales de la segunda. La humanidad ha contemplado los Pactos de la ONU, promulgados en 1966, que hicieron cargo de estas generaciones de derechos humanos, por lo que, en opinión de Vasak, era necesario un tercer Pacto, dirigido a completar los dos anteriores y que se hiciera cargo de las exigencias de solidaridad implícitas en temas tales como la paz, la tutela del medio ambiente y calidad de vida, el derecho al desarrollo de los pueblos o la defensa del patrimonio común de la humanidad.

Se percibe a lo largo de la historia la larga lucha de los hombres por imponer en los esquemas de la organización social el respeto a la dignidad de la persona, con la promulgación progresiva de una amplia serie de principios o exigencias, formulados como *Derechos del Hombre*. Es indudable, sin embargo, que lo verdaderamente importante para determinar la repercusión de estos derechos en el proceso histórico no es la fijación de su número, ni el descubrimiento de su topología

---

<sup>71</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Op.Cit., pp.17/19. El autor hace una importante crítica respecto a las denominaciones “*derechos de cuarta generación*” o “*derechos de quinta generación*”, que merecen ser aquí reproducidas: “Tales expresiones incurren en el vicio lógico del *quod erat demonstrandum*, o sea, en dar por demostrado lo que, precisamente debe probarse. En otros términos, estas denominaciones evocan una cierta ingenuidad o ligereza intelectual, al dar por resuelta la problemática de los derechos de la tercera generación y abogar por otras generaciones sucesivas, cuyo, *status* teórico constituye una nebulosa. Además, estas propuestas metodológicas soslayan la conveniencia de mantener un marco de simetría entre la evolución de las tres formas de Estado de Derecho y las correlativas generaciones de derechos, que corresponden a cada uno de estos marcos institucionales jurídico-políticos.”

<sup>72</sup> VASAK, Karel, *Pour les droits de l’homme de la troisième génération*, Institut International des Droits de l’Homme, Strasbourg, 1979. El propio autor insistía, cinco años más tarde, en abogar una tercera generación de los derechos del hombre “*Pour une troisième génération des droits de l’homme*”.

básica, ni siquiera la delimitación de su significado, sino más bien el constante fortalecimiento de su eficacia social. Dentro de un planteamiento jurídico y político, lo que ante todo nos interesa es que el elenco de los derechos reconocidos y garantizados en cada uno de los ordenamientos positivos sea lo más amplio posible. Poco importa que sean derechos de primera, segunda o tercera generación, lo que interesa es que el valor de la persona humana presida la regulación del mayor número de relaciones sociales.<sup>73</sup>

Mientras tanto, la mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas *generaciones* de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII.<sup>74</sup> Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcado riesgo individualista, como libertades individuales que configuran la *primera fase o generación de los derechos humanos*. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Estos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de la primera generación con una *segunda generación de derechos*, esto es, los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>75</sup> La distinción entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la *primera* los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la *segunda*, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación, que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas de las prestaciones y los servicios públicos.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> DE CASTRO CID, Benito, “Dimensión Científica de los Derechos del Hombre”, in *Los Derechos Humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*, Coordinación de PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Anales de la Universidad Hispalense/Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p.96.

<sup>74</sup> BARBA, Peces, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 64.

<sup>75</sup> Los derechos de segunda generación alcanzan su paulatina consagración jurídica y política en la substitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho.

<sup>76</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique Pérez, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Op. Cit., pp. 84 ss. y 122 ss.

Es justo reconocer que uno de los ilustres precursores de la concepción generacional de los derechos humanos fue Ortega Y Gasset al referirse a los derechos y al tratar muchos aspectos de la experiencia cultural, mostró su aguda sensibilidad para captar el signo de los tiempos, para interpretarlo certeramente, así como para avanzar la prognosis de su ulterior desarrollo.<sup>77</sup>

No hay que olvidar que la era de la modernidad es la que se inicia, en el ámbito jurídico, con un clima de fervor por los derechos individuales, lo que sirvió de matriz a la propia génesis del Estado de Derecho en su versión liberal. Y en la actualidad, a partir de la década de los setenta del siglo XX, se vive un clima de renacimiento, de *retorno a los derechos*, que implica un acuerdo genérico en la idea de que los derechos y libertades constituyen el fundamento auténtico del Estado de Derecho, sin que de ello pueda derivarse que existe unidad de criterio en la forma de concebir esos derechos y en su papel en el Estado de Derecho. Este renacimiento de los derechos está propiciando uno de esos periódicos «*eternos retornos*» del derecho natural, incluso con la concepción de la *tesis de los derechos humanos como derechos naturales*.<sup>78</sup> Célebre es la frase de Dworkin a respecto de la necesidad de los gobiernos respetar los derechos, en sus matices y generaciones: “*Si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el Derecho*”.<sup>79</sup>

Los derechos humanos se presentan hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, los derechos en la esfera de las biotecnologías y respecto a la manipulación genética, el derecho a la calidad de vida, el derecho al desarrollo o a la libertad de informática. En base a ello, surge la convicción creciente de que nos hallamos ante una *tercera generación* de derechos humanos que complementa las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. Así, los derechos y libertades de la *tercera generación* se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada «*contaminación de las libertades*», término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a

---

<sup>77</sup> ORTEGA Y GASSET, José, “Democracia Morbosa”, in *El Espectador/Obras Completas*, Tomo II, Alianza Editorial & Revista do Occidente, Madrid, 1983, p.137.

<sup>78</sup> Es, pues, la defensa de la idea de la existencia de derechos anteriores y superiores al Estado, cuya validez, no deriva de haber sido positivados, es decir, promulgados por vía legal.

<sup>79</sup> DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 303.

la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías.<sup>80</sup>

Otro aspecto que hay que considerar es que las obligaciones correlativas a la exigencia del disfrute de las nuevas categorías de derechos considerados de tercera generación quedan diluidas en un horizonte de indeterminación, que se extiende a instancias internacionales y estatales, gubernamentales y no gubernamentales. Esta circunstancia gravita sobre la exigibilidad judicial de estas categorías, comprometiendo gravemente su *status* normativo. Se señala, también, que la tercera generación de derechos plantearía el problema de la posibilidad de comprometer y relativizar la protección de los derechos consagrados en generaciones anteriores, por su propia indefinición y precaria eficacia.<sup>81</sup> Mientras es necesario y urgente esto *work in progress*, aunque ni fácil, ni cómodo, de apuntarse algunos rasgos peculiares que avalan la pertinencia de esta nueva generación de derechos humanos.

El primer problema que se plantea es de una *nueva fundamentación*. Si la *libertad* fue el valor guía de los derechos de la primera generación, como fue la *igualdad* para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de la tercera generación tiene como principal valor de referencia la *solidariedad*. Los nuevos derechos humanos se hallan aunados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos los hombres y exigen para su realización la comunidad de esfuerzos y responsabilidades a escala planetaria. Sólo mediante un espíritu solidario de sinergia, es decir, de cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida, a la libertad de informática, al medio ambiente sano, a los intereses protectores de los consumidores y al desarrollo de los individuos y de los pueblos.

La tercera generación de derechos humanos ha contribuido a redimensionar la propia imagen del hombre en cuanto sujeto de derechos. Las nuevas

---

<sup>80</sup> Se sabe que la revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco cultural de convivencia, con reflejos en la esfera de los derechos humanos.

<sup>81</sup> SOMMERMANN, K. P., "El desarrollo de los derechos humanos desde la declaración universal de 1948", en el vol. Colección *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Ed. A cargo de PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 106 ss. Y además, esas dificultades se acrecientan cuando se postulan cuatro, en lugar de tres, generaciones de derechos.



condiciones de ejercicio de los derechos humanos han determinado una nueva forma de ser ciudadano en el Estado de derecho de las sociedades tecnológicas, del mismo modo que el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho configuró también formas diferentes de ejercitar la ciudadanía.<sup>82</sup>

En efecto, la teoría liberal-individualista, que es el substrato ideológico de los derechos de la primera generación, forjó un modelo de sujeto de derecho de espaldas a la experiencia, así como a las ciencias del hombre y de la sociedad. De ahí, que el pretendido individuo libre y autónomo que despliega su personalidad en el seno de las relaciones intersubjetivas, operó como una hipóstasis enmascarada de la paulatina suplantación o manipulación del sujeto por mecanismos de control externo, que substituyen su libre autodeterminación por pautas, modelos o estereotipos de conductas que devienen intersubjetivos en la medida en que se interiorizan. Por ello, frente a la imagen ideal y abstracta de «un hombre sin atributos», corolario de la concepción individualista burguesa, los derechos sociales de la segunda generación conformaran una imagen del «hombre situado» en el interior de las instituciones y grupos en los que se integra. Este proceso de paulatina conformación de una imagen real y concreta del sujeto y del fundamento de los derechos humanos recibe un impulso decisivo con la tercera generación, en la que se pretende partir de la totalidad de las necesidades e intereses del ser humano tal como se manifiestan en el presente. Así, se ha *reconstruido* la propia noción de las libertades, que dejan de ser ideas abstractas que se agotan «en y para sí mismas» para *devenir derechos humanos que se realizan con los demás y en un contexto social e histórico determinado*.<sup>83</sup>

La dimensión generacional de los derechos fundamentales se ha manifestado también en la mudanza de los instrumentos jurídicos dirigidos a su positivación y protección. Se ha hecho, por tanto, necesario ampliar aquella tipología,

---

<sup>82</sup> El primer paso para avanzar deberá consistir en la superación del escepticismo que rodea a los derechos sociales, y con ello también a los derechos de la tercera generación, y afirmar su naturaleza jurídica como parte constitutiva de los derechos básicos de los individuos, porque los derechos de tercera generación tienen como misión ampliar el ámbito de protección y de libertad de los individuos, asegurándoles las condiciones materiales que les permite disfrutar de manera real y efectiva de los derechos individuales. Es semejante al que defiende Ferrajoli, respecto a que se den los derechos sociales que garantizan el ejercicio de los clásicos derechos de libertad en condiciones de igualdad social mínima: FERRAJOLI, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp.338: “los derechos sociales – a la subsistencia, la salud, la educación – equivalen a otros tantos derechos a niveles mínimos de igualdad social, a su vez previos para la convivencia civil, en tanto forman el presupuesto material del ejercicio de todos los demás derechos”.

<sup>83</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique Pérez, *La Tercera Generación de Derechos Humanos, Op. Cit.*, pp.34/36.

pensada para dar cuenta de las libertades y derechos de la primera generación con el reconocimiento de un *status positivus socialis*, que se haría cargo de los intereses económicos, sociales y culturales propios de la segunda generación, e incluso ir más allá en el reconocimiento de un *status* de *habeas data*, previstos en el derecho a la autodeterminación informativa, en el marco de los derechos de tercera generación, concretado en las garantías de acceso y control a las informaciones procesadas en bancos de datos por parte de las personas concernidas.<sup>84</sup>

Además, la trascendencia adquirida en el presente por las jurisdicciones constitucionales, en particular por la jurisdicción constitucional de la libertad, por el garantismo, las modalidades de tutela innovadas por las instancias jurisdiccionales internacionales, así como por la relevancia que ahora asumen las normas de procedimiento por la organización y realización de los derechos humanos, hace que se aluda a un *status activus processualis*,<sup>85</sup> consistiendo en la facultad de cada persona para participar activamente y asumir su propia responsabilidad en los procedimientos que le afectan, así como en el seno de las estructuras organizativas más directamente vinculadas con el ejercicio de los derechos fundamentales.<sup>86</sup>

La importancia que revisten las normas de procedimiento (del *status processualis*) –podría considerarse como una manifestación, en la esfera de los derechos fundamentales, de ese fenómeno de «procedimentalismo» o de indispensable «proceduralización» en el derecho moderno– como signo emblemático de la peculiaridad de la tutela jurídica de los derechos de tercera generación, se halla también corroborada

---

<sup>84</sup> D'AVACK, L., *Sviluppo dei diritti dell'uomo e protezione giuridica*, Guida, Napoli, 2003. LUÑO, Antonio Enrique Pérez, *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Fundesco, Madrid, 1987, pp.87 ss.

<sup>85</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giufre, Milano 1971. SANCHES, L. PIETRO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (Trad. de P. Andrés Ibáñez y otros), Trotta, Madrid, 1995. Y DE CASTRO CID, B., *El reconocimiento de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1982.

<sup>86</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, *Op. Cit.*, p.37 habla que el *status activus processualis* constituye un factor clave en los Estados de Derecho para asegurar el ejercicio pleno de todas las libertades. Y aclara que su reconocimiento se desglosa en la garantía de *cinco posiciones procesales básicas*: “a) el derecho a la audiencia del interesado no sólo en la vista oral, sino en todas las fases del procedimiento; b) el derecho a la información y acceso a los archivos administrativos; c) el derecho a una instrucción adecuada y transparente del proceso; d) el derecho a la asistencia letrada; e) el derecho a la motivación de la decisión del procedimiento”. Y más, la realización de los derechos fundamentales requiere unas estructuras organizativas que aseguren: “a) el pluralismo; b) el respeto de las minorías; c) la neutralidad o imparcialidad; d) la apertura de los procedimientos a las necesarias innovaciones. Se pretende, con todo ello, posibilitar formas de protección dinámica de los derechos fundamentales

por la difusión creciente de las instituciones de protección que tienen a completar la función de garantía de los tribunales.<sup>87</sup>

Es, sin duda, la redimensión y ampliación de las *formas de titularidad* de los derechos humanos de tercera generación, uno de los aspectos que más decisivamente contribuyen a caracterizar esta tercera generación, por el reconocimiento de *nuevas situaciones y posiciones jurídicas subjetivas*.<sup>88</sup> Así, la experiencia de las últimas décadas ha mostrado que es necesario reconocer a la generalidad de los ciudadanos *la legitimación* para defenderse de aquellas agresiones a *bienes colectivos o intereses difusos* que, por su propia naturaleza, no pueden tutelarse bajo la óptica tradicional de la lesión individualizada. De ahí, que se tienda a postular la admisión de formas de *acción popular* como medio idóneo para superar, la concepción individualista del proceso, permitiendo la iniciativa de cualquier interesado, individual o colectivo, en la puesta en marcha de los instrumentos de protección de los nuevos derechos.<sup>89</sup>

De este modo, se han institucionalizado nuevos medios y estrategias para la defensa jurídica de intereses que no se pueden considerar privativos de una persona o un grupo, por incidir en la calidad de los ciudadanos en su conjunto. Por consiguiente, la flexibilidad en la legitimación procesal activa exige también una ampliación de la legitimación pasiva, que permita superar determinadas trabas formales, que con anterioridad, habían dejado en la impunidad conductas atentatorias o lesivas para los derechos fundamentales de la tercera generación.

---

<sup>87</sup> En España, el artículo 24 de la Constitución de 1978 se refiere a la *tutela procesal efectiva de los derechos y a la garantía de un proceso debido a sus distintas fases (due process of law)*, el más invocado en los procesos de amparo de los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional.

<sup>88</sup> El más progresivo ensanchamiento de los *status subjetivo* ha permitido que se reivindique extender la atribución de derechos a sujetos no humanos. Aunque polémica, se abre la posibilidad de reconocer derechos a animales, a las plantas o al ambiente natural.

<sup>89</sup> En Brasil tenemos el ejemplo de las *Acciones Civiles Públicas*, reglamentada por la Ley nº 7347/85, que amplió, en el artículo 5º, la legitimación para la defensa de los intereses colectivos y difusos, a las asociaciones, la Fiscalía, a los defensores del pueblo, al Gobierno (en los tres niveles, federal, estadual e municipal) y las *autarquías*, empresas públicas, fundaciones y sociedades de capital mixto (privado y público).

#### **4. LOS PRINCIPALES DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN (los más representativos y consolidados)<sup>90</sup>**

Se nota que una concepción general de los derechos humanos implica, en suma, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada y lo mismo puede decirse de la enumeración de los derechos humanos de tercera generación. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamentan nuevos derechos.

Hemos de hacer aquí una breve descripción de los principales derechos humanos de tercera generación: La paz, la calidad de vida o el medio ambiente sano, la libertad de informática, los derechos de los consumidores y el desarrollo de los individuos y de los pueblos, con breves abordajes y con el fin de situarlos doctrinariamente, en el discurso de los derechos humanos en la actualidad.

Es necesario reconocer que los derechos especificados arriba no son los únicos derechos que conforman la tercera generación, aunque quizá sean los más representativos y consolidados. Junto a ellos se postulan también otros derechos de muy heterogénea significación, tales como, las garantías frente a la manipulación genética, el derecho de morir con dignidad, el derecho al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho al cambio del sexo, los derechos de reivindicación de los colectivos feministas, como al aborto libre y gratuito, etc. Esto evidencia que el catálogo de los derechos de la tercera generación está muy lejos de constituir un elenco cerrado, preciso y de contornos bien definidos. Se trata sí, como dice Pérez Luño,<sup>91</sup> de un marco de referencia, todavía *in fieri*, de las demandas actuales más acuciantes que afectan a los derechos y libertades de la persona.

No se puede negar a esas nuevas demandas toda posibilidad de llegar a ser derechos humanos, pues de otra forma supondría desconocer el carácter

---

<sup>90</sup> Se entiende los más representativos y consolidados. Y así, no se quiere decir que existan algunos derechos humanos que son más importante que otros.

<sup>91</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Op. Cit., p.33, señala: “Desde premisas jurídicas, se ha puesto de relieve las dificultades que se derivan de la pretensión de admitir esta tercera generación de derechos. Se señala la debilidad e imprecisión de los instrumentos de garantía requeridos para dotarlos de vigencia. Las obligaciones correlativas a la exigencia del disfrute de estas nuevas categorías quedan diluidas en un horizonte de indeterminación, que se extiende a instancias internacionales y estatales, gubernamentales y no gubernamentales. Esta circunstancia gravita sobre la exigibilidad judicial de estas categorías, comprometiendo gravemente su *status* normativo. “.

histórico de éstos, así como privar de tutela jurídico-fundamental a algunas de las necesidades más radicalmente sentidas por los hombres y los pueblos de nuestro tiempo.

#### **4.1 DERECHO A LA PAZ**

El desarrollo actual de la industria bélica sitúa a la humanidad ante la ominosa perspectiva de una hecatombe de proporciones mundiales capaz de convertir nuestro planeta en un inmenso cementerio, con la destrucción de toda la humanidad. Por consiguiente, la temática de la paz ha adquirido un protagonismo indiscutible en el sistema de las necesidades insatisfechas de los hombres y de los pueblos del último período del siglo XX y tal temática entraña una inmediata proyección subjetiva.

Además, en el plano de las relaciones interhumanas la potencialidad de las modernas tecnologías de la información ha permitido, por primera vez, establecer unas comunicaciones a escala planetaria. Ello ha posibilitado que se adquiriera *conciencia universal* de los peligros más acuciantes que amenazan la supervivencia de la especie humana.

Así, el pacifismo, como ideología política, representa ahora una novedad en la evolución de la conciencia cívica del Occidente, con la autorización de inclusión de la paz como un derecho humano de carácter universal, cuyo titular es cualquier hombre en todo el planeta.

Es importante hacer mención a la creación de una cultura de paz, y así la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución A/Res/52/13, de 15 de enero de 1998 creó un programa de acción para una cultura de la paz, en el que se promueva una cultura de paz como enfoque integral para prevenir la violencia y los conflictos armados.<sup>92</sup> Y el año 2000 (fecha simbólica por la conclusión de un milenio y el comienzo de un nuevo milenio) fue declarado Año Internacional de la Cultura de la Paz. Uno de los principios básicos en los que se sustenta la cultura de la paz, es el derecho de

---

<sup>92</sup> MARKIEGI CANDINA, Xavier, *Una Cultura de Paz: Cimiento para los Derechos Humanos*, Ararteko, Vitoria/Gasteiz, 2000, pp.17/45. La idea de una cultura de paz se elaboró por primera vez, como habla el autor en la p.20: “en el Congreso Internacional sobre la Paz en la Mente de los Hombres, que se celebró en Yamusukro en julio de 1989. El congreso instó a la UNESCO a «contribuir a la construcción de una mejor concepción de la paz, mediante el desarrollo de una cultura de paz, fundada en los valores universales del respecto a la vida, la libertad, la justicia, la solidaridad, la tolerancia, los derechos humanos y la igualdad entre mujeres y hombres»”.

las personas a ser diferentes, a tener una existencia pacífica y segura dentro de sus comunidades. Y uno de sus objetivos fundamentales es el logro de un mundo en el que la diversidad de culturas sea motivo de enriquecimiento mutuo y cooperación. La UNESCO, en su programa de cultura de paz, define ésta como “*un cuerpo creciente de valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida compartidos, basados en la no violencia y el respeto de los derechos y libertades fundamentales, en la comprensión, la tolerancia y la solidaridad, en la coparticipación y la libre circulación de información, así como en la plena participación y fortalecimiento de las mujeres*”.<sup>93</sup>

Resulta evidente de que la paz a que nos referimos no es la mera ausencia de guerra. La paz no es la conservación del actual orden internacional, radicalmente injusto, con manifestaciones extremas de lo que se ha venido en llamar violencia institucional o estructural. En un mundo en el que los países ricos, con el 20% de la población, disponen del 86% de las riquezas mundiales. En el mundo en que la fortuna de los 358 hombres más ricos del mundo supera los ingresos conjuntos de los 2,3 billones de persona más pobres no puede haber una paz duradera mientras exista un abismo tan grande entre países ricos y países pobres, entre personas que viven en la opulencia y ciudadanos que sobreviven en la más oprobiosa pobreza. Y también en el ámbito interno de los países, persisten situaciones de gran injusticia social, relaciones basadas sobre los más débiles, sobre las minorías, sobre los distintos. Tales situaciones provocan una cultura de la violencia en las relaciones humanas, en la resolución de conflictos.<sup>94</sup>

Paulo Bonavides ha formulado una interesante concepción del *Derecho a Paz* como un derecho humano de sexta generación.<sup>95</sup> Para el autor este derecho es de tal importancia y magnitud que el respeto al mismo es la propia garantía de la supervivencia del hombre en la faz de la tierra, y, por tanto, de interés de toda la humanidad y no sólo de una única nación o grupos de naciones unidos por conveniencia geopolíticas.

---

<sup>93</sup> MARKIEGI CANDINA, Xavier, *Op. Cit.*, pp.20/21. Este autor resalta la opinión de Federico Mayor Zaragoza al señalar que la cultura de la paz consiste en “construir la paz, cultivarla con medidas que permitan su arraigo y fructificación, no sólo mediante la contención de los conflictos y la violencia, sino también merced a iniciativas orientadas a atacar la raíz misma de este mal: la ignorancia, la pobreza, el fanatismo social, religioso o ideológico, el desdén por la legalidad y los derechos del hombre”.

<sup>94</sup> Estas situaciones de desigualdades y de injusticia social, fortalecen la necesidad de avanzar con la defensa del derecho al desarrollo de los individuos y de los pueblos.

<sup>95</sup> BONAVIDES, Paulo, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, Malheiros Editores (3ªed), S. Paulo, 2008, pp.353/366.

## 4.2 DERECHO A LA CALIDAD DE VIDA

Del mismo matiz del derecho visto anteriormente, es el derecho a la calidad de vida o al medio ambiente sano, por lo cual su no respeto en anchas proporciones podrá provocar igualmente la destrucción de todo el planeta Tierra. Hay un nexo de continuidad entre la inquietud por la paz y por calidad de vida. Tal nexo viene dado por la amenaza inmediata que para estos dos valores suponen los riesgos de utilización de energía nuclear. Además, tales riesgos traen consigo un peligro de desintegración de los derechos humanos agredidos por las consecuencias inmediatas, con un conflicto atómico o contaminación nuclear del ambiente, o mediatas, con implantaciones de medidas de seguridad generalizadas, limitadoras o suspensivas de las libertades que se derivan de la utilización de las tecnologías radiactivas.

En el curso de estos últimos años pocas cuestiones han suscitado tan amplia y heterogénea inquietud como la que se refiere a las relaciones del hombre con el medio ambiental en el que se halla inmerso, pues condiciona su existencia y por él puede llegar a ser destruido. Se percibe hoy que las nuevas tecnologías conciben el dominio y la explotación sin límites de la naturaleza como lo más significativo del desarrollo, de ahí que los resultados de este planteamiento constituyan un motivo de preocupación cotidiana más significativa del desarrollo. La expoliación acelerada de las fuentes de energía, así como la contaminación y degradación del medio ambiente, han tenido su puntual repercusión en el hábitat humano y en el propio equilibrio psicosomático de los individuos. Estas circunstancias han hecho surgir, en los ambientes más sensibilizados hacia esa problemática, el temor de que la humanidad pueda estar abocada al suicidio colectivo, con un progreso técnico irresponsable que ha desencadenado las fuerzas de la naturaleza y no se halla en condiciones de controlarlas. Esto explica la creciente difusión de la inquietud ecológica y de la reivindicación de una vida de calidad como un derecho humano de rasgo universal.

No hay que olvidar que la *ecología* representa el marco global de un renovado enfoque de las relaciones entre el hombre y su entorno, que redunde en una utilización racional de los recursos energéticos y substituya el crecimiento desenfrenado, en términos puramente cuantitativos, por un uso equilibrado de la naturaleza que haga posible la calidad de vida. Esto tendrá su reflejo en las consideraciones del derecho al desarrollo.

Las preocupaciones medioambientales están creciendo exponencialmente en las sociedades económicamente desarrolladas. Tanto es así, que se puede intuir que, por ejemplo, de redactarse en la actualidad la Constitución española, el derecho al medio ambiente no se vería relegado, como lo está formalmente, a la categoría de mero principio de política social y económica.<sup>96</sup> Como es sabido, se trata de un derecho joven, de tercera generación, que presenta dificultades para su articulación técnica como verdadero derecho de prestación exigible ante los tribunales.<sup>97</sup>

#### **4.3 DERECHO A LA LIBERTAD INFORMÁTICA**

El contexto en que se ejercitan los derechos humanos actualmente es de una sociedad donde la informática ha convertido en el símbolo emblemático de nuestra cultura, hasta el punto de que para designar el marco de nuestra convivencia se alude reiteradamente a expresiones tales como *la sociedad de la información* o a la *sociedad informatizada*. Así, el control electrónico de los documentos de identificación, el proceso informatizado de datos fiscales, el registro y gestión de las adquisiciones comerciales realizadas con tarjetas de crédito, así como las reservas de viajes, representan algunas muestras bien conocidas de la omnipresente vigilancia informática de nuestra existencia habitual.<sup>98</sup>

Considerándose que, en efecto, cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto al control, nuestra vida individual y social corren, por tanto, el riesgo de hallarse sometidas a una vigilancia continua e inadvertida que afecta potencialmente incluso a los aspectos más sensibles de su vida privada.

En efecto, la etapa actual de desarrollo tecnológico, junto a avances y progresos indiscutibles, ha generado nuevos fenómenos de agresión a los derechos y libertades. En esas coordenadas se está iniciando un movimiento de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia de los países con mayor grado de desarrollo tecnológico tendente al

---

<sup>96</sup> El art.45 de la Constitución española: “1. Todos tiene el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”

<sup>97</sup> TORRES DEL MORAL, Antonio; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel; MORENILLA ALLARD, Pablo y GIMENO SENDRA, Vicente, *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid 2007, pp.344/347.

<sup>98</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Op. Cit., p.31.



reconocimiento del derecho a la *libertad informática* y a la facultad de *autodeterminación en la esfera informativa*.<sup>99</sup>

Es verdad que, hoy en día, la información es poder y en la sociedad en que vivimos ese poder se hace decisivo cuando, en virtud de la informática, convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas, revistiendo entonces de un interés prioritario la reglamentación jurídica de la informática. Por consiguiente, es evidente que para la opinión pública y el pensamiento filosófico, jurídico y político de nuestro tiempo constituye un problema nodal el establecimiento de unas garantías que tutelen a los ciudadanos frente a eventual erosión y asalto tecnológico de sus derechos y libertades.

Se justifica este derecho a *la libertad informática*, como una protección a los efectos del uso de la informática sobre la identidad y dignidad humanas, incidiendo también en el disfrute de los valores de la libertad y la igualdad.<sup>100</sup> Se nota que en la situación tecnológica actual, todos los ciudadanos, desde su nacimiento, se hallan expuestos a violaciones de su intimidad perpetradas por determinados abusos de la informática y la telemática. La injerencia del ordenador en las diversas esferas y en el tejido de relaciones que conforman la vida cotidiana se hace cada vez más extendida, más difusa, más implacable. Se nota también que, la libertad, en las sociedades más avanzadas, se halla acechada por el empleo de técnicas informativas de control individual y colectivo que comprometen o erosionan gravemente su práctica. Contemporáneamente se produce una agresión a la igualdad, más implacable que en cualquier otro período histórico, desde el momento en que se desarrolla una profunda disparidad entre quienes poseen, o tienen acceso al poder informático y quienes se hallan marginados de su disfrute.

---

<sup>99</sup> Mire, por ejemplo, DENNINGER, E., "El derecho a la autodeterminación informativa", trad. cast. de A. E. Pérez Luño, en el vol.col. *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Tecnos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987. MURILO DE LA CUEVA, P. Lucas, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "Libertad Informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales", en el vol. de LOSANO, M., *La libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. SÁNCHEZ BRAVO, A., *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998.

<sup>100</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Op. Cit., p.32.

#### 4.4 DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

El derecho del consumidor es sin duda, un vehículo social de protección general, vinculado a derechos elementales de la persona humana, encuadrados dentro del marco de lo que llamamos “derechos humanos”.

Se constata que en el actual momento histórico se ha producido un aumento en el nivel de intercambios de bienes, servicios y flujos financieros y tecnológicos, en virtud del crecimiento de la interdependencia entre la producción y los mercados. La espectacular caída de los costes del transporte y de las comunicaciones está entre las fuerzas que han jugado un papel determinante en esta evolución, favorecida en gran medida por el progreso tecnológico. La apertura de los regímenes de comercio y de pagos, han facilitado el proceso de globalización de las economías y de los mercados al que se enfrentan en la actualidad los agentes económicos y, de forma especial, los consumidores. Este complejo proceso de globalización de las economías y de las empresas todavía no se realiza con la distribución uniforme de los beneficios derivados de dicho proceso, pero es preciso que existan mecanismos que permitan corregir o compensar las posibles distorsiones que puedan surgir. En este sentido, la globalización requiere la adopción, entre otras, de unas políticas adecuadas en materia de defensa de la competencia y de protección de los consumidores.<sup>101</sup>

Se verifica que con el proceso de la globalización y el aumento de la capacidad tecnológica se está ofreciendo a los consumidores la posibilidad no sólo de demandar una variedad de productos en su país de origen, sino incluso de superar las fronteras nacionales. Así los consumidores pueden beneficiarse de las ventajas de las compras transnacionales, tales como la comodidad, la mayor posibilidad de elección o un menor precio, pero esto también exige que se dé mayor protección a los consumidores en sus operaciones internacionales.

Hay que destacar además, que con el actual proceso de globalización y el aumento de la producción y del consumo, se debe lograr un crecimiento económico que no hipoteque el bienestar de las generaciones futuras. Por

---

<sup>101</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Los Derechos del Consumidor y la Transparencia del Mercado*, Deptº de Publicaciones del Consejo Económico y Social, Colección Informes, 1ª Ed., Madrid, 1999, pp. 171 ss. Con resalto pp 172/3: “La globalización de las economías ha generado un mayor grado de competencia, sobre todo en los países industrializados, debido al proceso de liberalización y desregulación experimentado en los mercados durante los últimos años”.

ello es importante considerar el *consumo sostenible*, no como una actitud, sino como una necesidad urgente. Los residuos, la contaminación atmosférica o la escasez de agua, son efectos derivados del creciente ritmo del consumo, que requieren medidas de control para prevenir los efectos nocivos que pueden tener sobre la sociedad.

Actualmente es de suma importancia el principio de protección del consumidor para la obtención de una protección completa integral de los consumidores, presente en un conjunto heterogéneo de normas tanto de Derecho privado como de Derecho público, resultando afectados campos jurídicos o sectores sistemáticos del Derecho muy diversos como el Derecho civil, mercantil, administrativo, procesal y penal, aunque sin duda alguna la incidencia más acusada se ha producido en el sector del Derecho privado y, dentro de él, particularmente en el Derecho civil, sobre el ámbito propio de los contratos y de la responsabilidad civil extra-contractual.

El Derecho del Consumidor tiene su razón teleológica en la defensa de los consumidores y usuarios. Se objetiva la defensa de ellos a través de obligaciones que se imponen al productor, suministrando prohibiciones, imposiciones al vendedor, como por ejemplo, la obligación de la asistencia técnica post venta y de específicas informaciones necesarias y suficientes sobre la correcta utilización del producto. Por otra parte, el Derecho del Consumidor es nítidamente de carácter interdisciplinario y así, por ejemplo, lo consagraron los alemanes en el BGB al versar sobre *obligaciones*. Se trata, por tanto, de un derecho de distribución y de consumo con presencia en las modernas constituciones de los países democráticos. Se entiende por *Derecho del Consumidor* “el conjunto de los principios y normas destinados a la defensa de los consumidores”.<sup>102</sup>

Varios criterios han sido indicados para que determinados postulados puedan elevarse a la categoría jurídica de derechos humanos en el ámbito del Derecho Internacional, por ejemplo, según P. Alston<sup>103</sup>:

---

<sup>102</sup> MONTEIRO, Pinto, *A Proteção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais*, in AJURIS – Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul, ed. especial sobre o 1º Congresso Inter-Americano de Direito do Consumidor, Tomo I, 1998 E, *Sobre o Direito do Consumidor em Portugal* nº 1, *Estudos de Direito do Consumidor*, vol. 04, también publicado pela *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº 17, 1999, pp.128/142.

<sup>103</sup> ALSTON, P., “Conjuring up new human rights: a proposal for quality control”, en *American Journal of International Law*” vol. 78, 1984, p.614.

1) *Debe reflejar un valor social fundamental;* 2) *Debe ser relevante en un mundo en el que coexisten diversos sistemas de valores;* 3) *Debe cumplir los requisitos para ser considerado como una interpretación de las obligaciones de la Carta de las Naciones Unidas, un reflejo de reglas de derecho consuetudinario o ser considerado como una formulación declaratoria de principios generales de derecho;* 4) *Debe ser consecuente con el cuerpo existente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* 5) *Debe ser compatible, o al menos no claramente incompatible, con la práctica general de los Estados.* 6) *Debe ser lo suficientemente preciso como para dar lugar a derechos y obligaciones claramente identificables.*

Parece indudable que *los derechos del consumidor* asumen todas esas exigencias anteriormente expuestas para que sean considerados derechos humanos de tercera generación.

Se considera la consagración de los derechos de consumidores y usuarios como una concesión del capitalismo (o del sistema) ante las distorsiones creadas en su mismo seno. Mediante el consumo (en cualquiera de sus niveles) procuramos satisfacer nuestras necesidades elementales y alcanzar una adecuada calidad de vida. Ello nos lleva a buscar en el ámbito llamado *mercado*, los bienes y servicios que necesitamos. Somos consumidores, destinatarios finales de todos los bienes y del producto de la actividad comercial. En esa ineludible y constante excursión al mercado, con esos fines tan básicos, estamos a merced de abusos de nuestra situación y de la imposición de condiciones por parte de quienes tienen (venden) lo que necesitamos. Realizamos como consumidores un acto de confianza máxima, al adquirir bienes o contratar servicios. Ignoramos calidades, formas de producción, composición de materiales; en suma: nada sabemos respecto de la aptitud del producto o servicio que contratamos. Generalmente, contamos con poco tiempo para comparar, discutir, consultar. Y todo ello, con el apremio de la necesidad. Esta situación de campo caracteriza la posición del consumidor frente a la relación de consumo como la parte débil de la misma (débil jurídico o vulnerabilidad). Esta desigualdad natural se intenta corregir mediante desigualdades jurídicas que desembocan en el principio de protección, de la misma manera que las inequidades del contrato de trabajo generaron la aparición del derecho laboral.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> TAMBUSSI, Carlos Eduardo, "Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos", in *Derechos Humanos*, (Coordinación Agustín Gordillo), Fundación de Derecho Administrativo, 5ª ed, Buenos Aires, 1999, Cáp. IX, p. 15.

Hablar de derechos del hombre es *hablar del hombre en sí mismo y en su relación con los demás*. Y el hombre en sus relaciones de consumo, considerando la situación de desequilibrio, necesita de una protección específica del derecho. Las situaciones de inferioridad, inseguridad e indefinición frente a la necesidad ineludible de proveerse de bienes y servicios, tienen directa relación con derechos fundamentales (y, por tanto, con los derechos humanos), que conforman nuestra dignidad. En esta situación, los derechos del consumidor implican la necesidad de una regulación. Tal función sigue siendo inescindiblemente un acto del Estado, en cuyo análisis se propiciará la existencia o creación de normas jurídicas que signifiquen su participación activa en la relación de consumo, interviniendo allí donde sea necesario corregir desigualdades, superando el complejo por el cual regulación significa tutelas o privilegios, generadores de paternalismo y subordinación. Tampoco será una sacralización de la actividad estatal: veamos también la necesidad de que existan en la sociedad civil mecanismos de agrupamiento y decisión –y alguna manera de representación– a los que se le reconozcan potestades, legitimaciones y concursos activos en las cuestiones de consumidores y usuarios. La *ratio legis* de esta necesidad de regulación estriba en la constatación objetiva que se satisfacen por la contratación mercantil tanto las necesidades, como los lujos y hasta las vanidades humanas. Desde el nacimiento hasta la muerte se necesita recurrir a la contratación, por lo tanto ésta desempeña una ineludible función y repercusión social.<sup>105</sup>

El consumidor se halla situado en el último tramo del camino constituido por la producción, la distribución y el consumo, y por ello se los denomina consumidores finales. A través de los contratos procuran no solamente satisfacer sus necesidades, sino tener también una adecuada calidad de vida. Todo ello consiste en conseguir dentro del mercado los bienes y servicios que se precisen en las mejores condiciones posibles, pero también se está expuesto a toda clase de engaños o a la imposición de condiciones no equitativas por parte de las empresas. El consumidor no está en condiciones de juzgar por sí mismo sobre la bondad de los productos o servicios que le son ofrecidos, no influye en el mercado, ni en precios, cantidades, condiciones o modalidades de contratación. La publicidad presiona sobre él y afecta su capacidad crítica. Sufrir una terrible desproporción de medios para hacer valer sus derechos, con relación a las empresas productoras de bienes y servicios.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> TAMBUSSI, Carlos Eduardo, *Op. Cit.*, Cáp. IX, pp.17/18.

<sup>106</sup> La defensa del consumidor se constituye como uno de los principios rectores en materia de política económica y social, como lo hace el art. 51 de la Constitución española.

En el derecho del consumidor, por tanto, importa el abandono del principio de la igualdad formal ante la ley propio del esquema clásico del derecho civil y comercial, para proteger a la que es (sólo materialmente y en principio) la parte más débil, que se encuentra inerme frente a las empresas y a los profesionales con los que se relaciona. El derecho de protección consiste en contemplar, entonces, esa imposibilidad que tenemos los consumidores de juzgar por nosotros mismos calidades, precios, materiales de elaboración, condiciones y modalidades de contratación.<sup>107</sup>

#### **4.5 DERECHO AL DESARROLLO**

Al ser reconocido el derecho al desarrollo fundamentalmente por Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas y por Declaraciones finales de Conferencias Internacionales convocadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas, entra de lleno dentro de la categoría del *soft-law*, es decir, aquel conjunto de normas jurídico-internacionales cuya fuerza obligatoria es superior a la de los textos que carecen de valor jurídico aunque menor que la de los textos revestidos de fuerza jurídica obligatoria. Implícitamente, el derecho al desarrollo se encuentra apuntado en diferentes textos jurídicos internacionales con rango de tratado internacional. La Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo sería una etapa más, ciertamente una de las más importantes en el proceso de codificación y desarrollo progresivo del derecho humano al desarrollo, proceso que está siendo completado por diferentes Conferencias Internacionales que han reiterado una vez más este derecho.

La consideración del derecho al desarrollo como un derecho humano ya había sido puesta de manifiesto por la doctrina mucho antes de la adopción de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. Así, por ejemplo, en 1972 el profesor Carrillo Salcedo escribía que *“el derecho al desarrollo es un derecho humano y un derecho de los pueblos, lo que trae consigo el corolario de que todos los hombres y todos los pueblos, sin distinción, han de contribuir a una empresa común de la humanidad. Entendido como crecimiento más cambio, el desarrollo y el derecho al desarrollo como derecho humano, constituyen un factor revolucionario en la vieja estructura del Derecho Internacional Público que, en su proceso de socialización y*

---

<sup>107</sup> TAMBUSSI, Carlos Eduardo, *Op. Cit.*, Cáp. IX, pp.17/18 y 28.

*democratización, no hace otra cosa que liberalizarse y humanizarse*".<sup>108</sup> Así, se entiende, que estas nuevas aportaciones sobre el derecho al desarrollo se enmarcan en una verdadera revolución del Derecho Internacional.<sup>109</sup>

El contenido de este nuevo derecho y su evolución experimentada en las últimas décadas ha sido difundido a través del concepto de desarrollo. Inicialmente equiparado al crecimiento económico, el desarrollo ha ido integrando progresivamente cuestiones como la paz, la justicia social, la democracia o el medio ambiente. Así, aparece en la propia Declaración: "*el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan*". Se nota que la persona humana es el sujeto central del desarrollo.

El derecho al desarrollo se configura como algo más que una mera síntesis del catálogo existente de derechos humanos, incluyendo aspectos como la participación, el desarme, el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional. Así, se puede afirmar, que la autonomía y especificidad del derecho humano al desarrollo se ha convertido en derecho humano *sui generis*. Este derecho se convirtió, así, en un derecho que refuerza y profundiza la indivisibilidad del conjunto de los derechos humanos, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. También se observa su vinculación con el resto de los derechos humanos de la tercera generación; por un lado el derecho al desarrollo se relaciona con el derecho a la paz, por otro, también, guarda íntima relación con el derecho al medio ambiente, con el derecho a beneficiarse del patrimonio común de la

---

<sup>108</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A. "El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana", *Op. Cit.*, pp.119/125. El Autor describe la idea del desarrollo como había surgido al inicio de los años setenta, a p.119: "En efecto, el desarrollo consiste en un cambio en las estructuras y se expresa siempre en una dinámica estructural; es el movimiento que transforma fundamentalmente una sociedad para permitir la aparición, prosecución y orientación del crecimiento y su prolongación, dotándole además, y sobre todo, de sentido y de fines. Por eso, el desarrollo, cuando es auténtico, equivale a crecimiento más cambio, y es una noción que ni siquiera los economistas reducen al aumento de la renta *per capita*, al mero aumento del P.N.B.". Y más adelante, en la p. 123, el Autor describe la concepción del desarrollo como "desarrollo económico y social integrado, lo que significa que los fines del desarrollo no son sólo económicos sino también sociales". Este fue el paso que llevó a la Resolución 642 (VII), adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1952.

<sup>109</sup> Es lo que verdaderamente tiene que acontecer, pues según los datos del Banco Mundial, en su Informe Sobre Desarrollo Mundial de 2003, de 2.500 a 3.000 millones de personas viven actualmente con menos de US\$ 2 (dos dólares) diarios. Debe incrementarse, pues, el deber de solidaridad de todos los países más desarrollados respecto de aquellos en proceso de desarrollo.

humanidad y con el derecho a la asistencia humanitaria. Por otro lado, se puede constatar la relación del consumo y su regulación, el derecho del consumidor, con el derecho al desarrollo, sobremodo tratándose del consumo sostenible que se armoniza con el desarrollo deseable.<sup>110</sup>

#### 4.6 NUEVOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN

Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamentan nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional, actuarán como categorías reivindicativas, prenormativas y axiológicas.<sup>111</sup> Así ocurre, por ejemplo, con la *observación electoral*, una pieza esencial para el fortalecimiento democrático que ha de acontecer a través de la observación del proceso electoral y el apoyo o asistencia electoral por parte de diferentes organizaciones en países donde la democracia no esté bien desarrollada, o bien tenga problemas políticos eventuales y necesiten que la comunidad internacional, a través de sus observadores, apoye y acompañe el proceso electoral, desde la fase del registro hasta la publicación y consolidación del resultado del sufragio.

La concepción de unas elecciones genuinas es el fundamento para el desarrollo sostenible y democrático de un país y, aunque no garantizan por sí solas que un país sea democrático, sí constituyen un signo de voluntad democrática. La participación ciudadana en elecciones libres y justas contribuye, además, a la paz, la seguridad y la prevención de los conflictos. No todos los países que celebran elecciones son democracias reales, pero el hecho de que se lleven a cabo elecciones que son calificadas en muchas ocasiones como “libres y justas” es un elemento más en la construcción de democracias estables.

---

<sup>110</sup> El consumismo refleja, muchas veces, un estado de crecimiento económico y de poder de compra de las personas de una determinada sociedad y puede ser una señal-testimonio de desarrollo económico.

<sup>111</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Op. Cit., pp. 42/43, Señala que “Junto a su irrenunciable dimensión utópica, que constituye uno de los polos de su significación, entrañan un proyecto emancipatorio real y concreto, que tiende a plasmarse en formas históricas de libertad, lo que conforma el otro polo del concepto. Faltos de su dimensión utópica los derechos humanos perderían su función legitimadora del Derecho; pero fuera de la experiencia y de la historia perderían sus propios rasgos de humanidad”.



Los múltiples procesos democratizadores iniciados en gran parte del mundo hace casi tres décadas han desembocado en una continua demanda de misiones de observación electoral internacional. Éstas tienen como objetivo realizar un análisis riguroso de todas las fases del proceso electoral observado y proporcionar una evaluación independiente, imparcial y profesional de dicho proceso. La misión de observación electoral internacional dictaminará en concreto en qué grado el proceso electoral se ha desarrollado de conformidad con los estándares internacionales para elecciones democráticas establecidas en los instrumentos internacionales y regionales, suscritos por los países cuyas elecciones se observan, que reconocen, en el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como *un derecho fundamental, el derecho de elegir a través de elecciones democráticas un gobierno representativo*. Y a partir de este derecho fundamental, se podría defender también otro derecho, igualmente de carácter socio-político: la observación de la comunidad internacional de elecciones en países que han firmado el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y que se han vinculado con principios democráticos. Así, una misión de observación electoral se despliega exclusivamente a invitación de las autoridades del país que celebra elecciones y pretende apoyar estos países y sus sociedades en sus esfuerzos por fortalecer los procesos democratizadores.<sup>112</sup>

Entre tanto, la *observación electoral internacional*, no constituye un ejercicio de ingerencia interna, sino un mecanismo objetivo y neutral de *solidaridad*, no partidista con los procesos democratizadores, e incluso, un *derecho humano de tercera generación* (¿o de cuarta? o ¿aún de quinta o sexta generación, como prefere algunos?). Sí se acredita que es un derecho enmarcado por la *solidaridad internacional* cuyo titular es la humanidad, un derecho internacional a elecciones libres y democráticas que tiene que estar presente en todos los países que se han comprometido y vinculado con el PIDCP de 1966; pero se trata de un derecho nuevo, surgido en los últimos años, en el albor de un nuevo siglo y de un nuevo milenio, que se presenta como una exigencia de la comunidad internacional y como un derecho de todos los pueblos y cuya importancia ha llevado a diferentes organizaciones

---

<sup>112</sup> Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Gobierno de España, *Revista Miradas al Exterior*, Madrid, Enero-Marzo de 2010, pp.6/11.

internacionales a participar en misiones de observación electoral, entre ellas, ONU, UE, OEA, OUA, y por otra, algunas ONGs como IDEA, IFES, NDI o el Center Carter.<sup>113</sup>

---

<sup>113</sup> Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Gobierno de España, *Revista Miradas al Exterior, Op. Cit.*, p.7. España participa en estas misiones a través de algunas ONGs especializadas y a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, formando, seleccionando y presentando a profesionales. Las siguientes organizaciones hacen observación electoral:

[http://ec.europa.eu/europeaid/what/human-rights/election\\_observacion\\_misiones/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/europeaid/what/human-rights/election_observacion_misiones/index_en.htm)  
[www.un.org/Depts/dpa/ead](http://www.un.org/Depts/dpa/ead) ; [www.osce.org/odihr](http://www.osce.org/odihr) ; [www.oea.org](http://www.oea.org) ; [www.africa-union.org](http://www.africa-union.org) ;  
[www.aceproject.org](http://www.aceproject.org) ; [www.ifes.org](http://www.ifes.org) ; [www.idea.int/](http://www.idea.int/) ; [www.electionguide.org/](http://www.electionguide.org/) ; [www.cartercenter.org](http://www.cartercenter.org) ;  
[www.electoralgeography.com](http://www.electoralgeography.com) ; [www.needsproject.eu](http://www.needsproject.eu) / ; [www.ndi.org](http://www.ndi.org); [www.africanelections.org](http://www.africanelections.org);  
[www.eris.org.uk/missions](http://www.eris.org.uk/missions)

## EL DERECHO AL DESARROLLO COMO DERECHO HUMANO DE TERCERA GENERACIÓN

La Asamblea General de la ONU adoptó en 1986 una declaración, RESOLUCIÓN n° 41/128 de 4 de diciembre, sobre el *Derecho al Desarrollo*<sup>1</sup> que es de suma importancia, debido a las implicaciones importantes en el derecho internacional general.<sup>2</sup> Es verdad que no constituye un instrumento vinculante, mientras sirve de parámetro para los Estados nacionales, que muchas veces adoptan su contenido (o parte de ellos) como normas programáticas en sus constituciones.

Para la comprensión del derecho al desarrollo, creo que es necesario hacer algunas consideraciones de carácter propedéutico, a respecto del que sea “*desarrollo*”, en sus diferentes significaciones.

Para Cançado Trindade<sup>3</sup>, todos los aspectos del derecho al desarrollo son indivisibles e interdependientes y engloban los aspectos económicos, sociales y culturales, sin olvidar de los derechos civiles y políticos. El *derecho al desarrollo* tiene como presupuesto básico la libre participación de todos, formando una parceria entre Poder Público, Empresarios y Comunidad.

### 1. ASPECTOS CONCEPTUALES DEL DESARROLLO EN LA ACTUALIDAD

Importa observar dos aspectos preliminares en el abordaje de este complejo tema. El primero, “*desarrollo*” es un concepto revestido de polisemia, que comporta varios enfoques. En segundo lugar, no existe ningún criterio totalmente

---

<sup>1</sup> Contó con el voto favorable de 146 Estados, las abstenciones de Dinamarca, Finlandia, República Federal de Alemania, Islandia, Israel, Japón, Suecia y Gran Bretaña y el único voto en contra de los Estados Unidos. También en la misma sección la Asamblea General aprobó la Resolución 41/133.

<sup>2</sup> Para otros, el marco es la RESOLUCIÓN 2625 (XXV) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, *La Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*

<sup>3</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Direitos humanos e meio ambiente paralelo dos sistemas de proteção internacional*, Sergio Fabris editor, Porto Alegre, 1993, p.179.

objetivo del desarrollo. Y más, que es un concepto nuevo.<sup>4</sup> Ciertamente es que en los últimos años hemos asistido a una proliferación de libros, publicaciones y artículos preocupados por los problemas de dos tercios de la población mundial, que viven en la pobreza e incluso en la extrema pobreza en regiones del llamado tercer mundo, como el África Subsahariana y determinadas regiones de América Latina, que son siempre mencionadas como ejemplos más característicos.

En la simplificación del análisis de los problemas del desarrollo se convino clasificar estos países, caracterizados por pobreza generalizada, como países menos desarrollados – PMDs, países subdesarrollados, países en desarrollo, Tercer Mundo, satélites, economías dependientes, países pobres y, más reciente, países de modernidad tardía. De entre tales países, hay, en realidad, un alto grado de diversidad de condiciones económicas, sociales y políticas. Por tanto, no se puede colocar en la misma balanza a Argentina y Afganistán, Brasil y Botswana, por alcanzar niveles diferentes de desarrollo económico y social y enfrentar problemas muy diferentes. No obstante, pueden ser clasificados como “en desarrollo”, “países menos desarrollados” o de “tercer mundo”, por el hecho de que la gran mayoría de sus poblaciones vive en un nivel muy bajo de bienestar material, con estructuras económicas que pueden ser descritas como “distorsionadas” o “desintegradas” y con procesos de crecimiento sujetos a una variedad de restricciones económicas, técnicas, políticas y sociales.<sup>5</sup>

Por eso es que se acepta el criterio de la *renta nacional per cápita* como indicador en la medición del desarrollo<sup>6</sup>. Pero el criterio más aceptado en la

---

<sup>4</sup> WOLFERT, Michael L., *Let My Country Awake, The human role in development: thoughts on the next ten years*, UNESCO, Switzerland, 1970, pp. 42, destaque: “I have said that the concept of development is new. It is as new as the independence of Asia and Africa. It is coterminous with the nations gained their independence after the Second World War. It is as recent as the United Nations ”.

<sup>5</sup> COLMAN, David & NIXSON, Frederick, *Desenvolvimento Econômico, uma perspectiva moderna* (tradução por Maria Célia Pinto Guedes), Ed Campus/Universidade de S.Paulo, S. Paulo, ano 2002, pp. 15/16. Se nota las críticas a las nomenclaturas referidas, que este autor hace a p.16: “o termo «países em desenvolvimento» implica que todos os países pobres estariam fazendo progresso e se desenvolvendo; este fato não só sugere uma interpretação otimista dos problemas de desenvolvimento, como pode, na realidade, ser incorreto em determinados casos e em certos períodos do processo. Da mesma forma, o termo « países subdesenvolvidos» tem um sentido especial em teorias que o definem como uma condição desfavorável causada pelas ações do capitalismo internacional e do imperialismo. Além disso, o termo, de certa forma, sugere ambigüamente, que os países subdesenvolvidos fracassaram em satisfazer a algum pré-requisito (não especificado) do desenvolvimento. Em contraste, o termo «países menos desenvolvidos» sugere, simplesmente, que tais países são menos desenvolvidos que outros.”. Aunque que ninguno de estos términos sea ideal, fue elegido el término « países menos desarrollados - PMDs», que permite la comprensión de que los PMDs deben llevar adelante la tarea del desarrollo.

<sup>6</sup> La ONU emplea las categorías de países en desarrollo de renta baja, media, media-alta y alta. Se observa que la tasa o el nivel relativo de desarrollo de un país son conceptos normativos cuya definición y medición

actualidad es el IDH – *Índice de Desarrollo Humano*, que resalta la concepción de desarrollo más allá del factor económico, pues se centra en la persona, y contempla en las políticas públicas un matiz de seguridad social, a privilegiar, por ejemplo, de entre otros, aspectos de educación y de higiene y salud pública.

El IDH fue creado a comienzos de la década de los 90 para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD, por el consejero especial Mahbub ul Haq, como una contribución en búsqueda de medidas socio-económicas que más alcancen la dimensión del PIB *per cápita* de los países o regiones, una vez que el progreso humano y la evolución de las condiciones de vida de las personas no pueden ser medidos apenas por su dimensión económica. Por eso, fue adoptado este indicador, para avaluar otras dimensiones fundamentales de la vida y de la condición humana. El IDH combina tres componentes básicos del desarrollo humano: 1) *la longevidad*, que también refleja, entre otras cosas, las condiciones de salud de la población; medida por la expectativa de vida al nacer; 2) *la educación*, medida por la combinación de la tasa de alfabetización de adultos y la tasa combinada de matrícula en los niveles de enseñanza fundamental, medio y superior; 3) *la renta*, medida por el poder de compra de la población, basado en el PIB *per cápita* ajustado al costo de vida local para tornarlo como comparación entre países y regiones, a través de la metodología conocida como paridad del poder de compra (PPC). La metodología de cálculo del IDH envuelve la transformación de estas tres dimensiones en índices de longevidad, educación y renta, que varían entre 0 (peor) y 1 (mejor), y la combinación de estos índices en un indicador síntesis. Así, cuanto más próximo de 1 sea el valor de este indicador, mayor será el nivel de desarrollo humano del país o región.<sup>7</sup>

---

dependen de juicios de valor de los analistas implicados. Con respecto, MYRDAL, Gunnar, in. *A Contribution Towards a More Realistic Theory of Economic Growth and Development, In Mondes en Développement*, nº1, 1973, pp.23: “las premisas de valor son inevitables hasta el mismo en el nivel teórico del establecimiento de hechos y su relaciones de hecho. Estas respuestas sólo pueden ser dadas a cuestiones que hayan sido formuladas. Una concepción sólo es posible a partir de un punto de vista”. (Original en inglés).

<sup>7</sup> <http://www.race.nuca.ie.ufrj.br/ceae/ibge/indicadoresmetodologia.htm#idh#idh>, extraído el 31.08.09. En este site, se obtiene la información de otro índice que se aplica a los municipios en Brasil: “Como o IDH foi concebido para ser aplicado a nível de países ou grandes regiões, sua aplicação a nível municipal, o IDH-M – *Índice Municipal de Desenvolvimento Humano*, tornou necessárias algumas adaptações metodológicas e conceituais.”. El PIB *per cápita* y la tasa combinada de matrícula, fueran substituidos por renta familiar *per cápita* media del municipios y por el número medio de años de estudio de la población adulta (25 años o más), pues allá de representar mejor las condiciones de renta y de educación efectivamente vigentes en nivel municipal, eles pueden ser obtenidos directamente de los Censos Demográficos. Esa metodología fue desarrollada por un grupo de investigadores de la Fundación João

En la tentativa de definir *desarrollo*, ha sido afirmado, como dijeron D. Colman & Frederick Nixon, se trata de “*un proceso de perfeccionamiento en cuanto a un conjunto de valores o entonces como una actitud comparativa con respecto a tales valores. Los valores en causa se refieren a condiciones deseables por la sociedad*”.<sup>8</sup> Por su vez, Schumpeter entiende el desarrollo como “*un proceso de cambio endógeno de la vida económica, que alteran el estado de equilibrio previamente existente*”.<sup>9</sup>

Gunnar Myrdal es recordado cuando se piensa en la teoría del desarrollo económico, cuando afirmó con razón que “*la teoría económica es en gran medida una racionalización de los intereses que predominan en los países industrializados, donde ella se inició y fue desarrollada más tarde*”.<sup>10</sup> Fue a partir de la década de 50 del siglo XX, en virtud de cuestiones levantadas en los países recién liberados del colonialismo, que la problemática del *desarrollo económico* creció en importancia y acabó por dominar las preocupaciones de los economistas. Los primeros modelos de desarrollo se inspiraron en los cuadros teóricos y en las soluciones de política económica de raíz keynesiana.<sup>11</sup>

No podríamos dejar de señalar aquí nuestra simpatía por los posicionamientos de los economistas de la famosa *escuela estructuralista latino-*

---

Pinheiro y del IPEA, para un estudio pionero sobre el desarrollo humano en los municipios del Estado miembro de Minas Gerais, realizado en 1996.

<sup>8</sup> COLMAN, D. & NIXSON, Frederick *Desenvolvimento. Op.Cit.* p.20.

<sup>9</sup> SCHUMPETER, Joseph Alois, *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung: Eline Untersuchung über Unternehmervergewinn, Kapital, Kredit, Zins und den Konjunkturzyklus*, 9ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1997, pp. 95/96 e 110/139. Para este autor, el agente dinámico de estos cambios, sería el llamado “*empresário innovador*”.

<sup>10</sup> MYRDAL, Gunnar *A Contribution Towards a More Realistic Theory of Economic Growth and Development, Op. Cit.*, pp.23/33.

<sup>11</sup> Hay que recordar Keynes, a través de la oportuna observación a su obra que hace HILL, Roger *Keynes, Money and Monetarism: the Eight Keynes Seminar held at the University of Kent at Canterbury*, Hants, Inglaterra, 1987, pp. 21/22: “*Since Keynes’s concept of a monetary economy facing an uncertain future provides the analytical provides for the analytical basis for the use of fixed money contracts, it analytically provides for the possibility of the existence of long-period unemployment equilibrium, and the possibility of non-existence of a general equilibrium. Persistent inflation is due to a struggle over the distribution of incomes within a nation and between countries. To attempt to stem inflationary pressures by restricting bank money advances is such a system perpetuates global unemployment and depression. The Key to resolving the world’s economics problems is not to constrain the money supply and thereby perpetuate unemployment, scarcity and economic misery; rather, as Keynes recognised decades ago, the key is to expand output and employment so as to make goods ‘so abundant...this may be the most sensible way of gradually getting rid of many of the objectionable features of capitalism’.*” Y más: “*The results of the adoption of Keynes’s policies by capitalist economies during the years 1940-65 have demonstrated that Keynes’s monetary analysis can deliver the goods. Just think of the advances that our economies could make if only mainstream economists could jettison the archaic neutrality of money analysis and help to develop Keynes’s real world monetary system and apply it to our current problems.*”.

americana, Raúl Prebisch y Celso Furtado, que reunidos en la *Comisión Económica para América Latina – CEPAL* ( agencia especializada de la ONU), a mediados de 1948, hicieron críticas al modelo de desarrollo americano, de origen keynesiana, por considerar el “falso sentido de universalidad” encerrado en el mismo, puesto que la teoría económica elaborada en las grandes universidades americanas y en las del viejo continente no podría ser considerada universalmente aceptada.<sup>12</sup> Estos economistas, denominados de *estructuralistas latino-americanos*, defendían la tesis de que allá del aumento de las grandezas agregadas definidoras del crecimiento nacional, en especial, el PNB – Producto Nacional Bruto, deberían ser considerados los *cambios estructurales y cualitativas planeadas en a largo plazo*, sin los cuales no sería posible el desarrollo de los países subdesarrollados.<sup>13</sup> Así, la teoría neo-clásica norte-americana no podría comprender y mucho menos solucionar ninguno de los problemas económicos y sociales de los países subdesarrollados; esencialmente por ignorar la estructura socio-económica propia de cada sociedad, por no encuadrar el *subdesarrollo*, en una perspectiva histórica, como producto o subproducto de la propia historia del desarrollo del capitalismo como sistema mundial (que integra el tercer mundo), por no considerar el cuadro histórico-institucional en que el proceso económico se desarrolla, y por prescindir, en su análisis

---

<sup>12</sup> Los trabajos de la CEPAL consistieron en denunciar la incapacidad de la teoría económica dominante en los grandes centros de los países capitalistas para comprender y esclarecer los problemas estructurales de los países del tercer mundo. Según esta óptica, sería correto afirmar que “No todo lo que es bueno para Estados Unidos es bueno para Brasil o Argentina”, por ser necesario considerar sus especificidades. Tomemos, a propósito de esta línea independiente, la obra *A Fantasia Organizada*, de CELSO FURTADO, que muestra como la CEPAL se convirtió en un símbolo de esfuerzo de la unión de la América Latina en su lucha por escapar del ‘subdesarrollo’. Este autor fue uno de los que más lucidamente desarrolló esta idea. Se puede observar por ejemplo, en *O Mito do Desenvolvimento Econômico*, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1974, p. 16 e ss, el contrapunto a la idea de que el desarrollo de los ‘países pobres’ exige que ellos adopten las estructuras productivas de los países capitalistas industrializados, con el objetivo de proporcionar a los respectivos pueblos los patrones de consumo y de las formas de vida de los actuales ‘países ricos’. Tal mito del progreso, ha sido, como resalta este gran economista brasileño: “um dos pilares da doutrina que serve de cobertura à dominação dos povos dos países periféricos dentro da nova estrutura do sistema capitalista”; sirviendo así de narcótico sobre la conciencia de los economistas, políticos y del propio pueblo, empujándolos hacia objetivos inalcanzables y desviándose de la tarea fundamental de diagnosticar las necesidades fundamentales de la humanidad, de identificar los recursos para satisfacerlas y de adecuar estos recursos a esas necesidades. Pasados algunos años, desde la proposición de la *escuela estructuralista latino-americana*, se ha evidenciado que la ‘colonización cultural’ y el ‘capitalismo imitativo’ de los países menos desarrollados, impuesto por los países industrializados como una ‘nueva dependencia’ y un ‘nuevo subdesarrollados’, ha hecho aumentar verdaderamente la desigualdad social y el foso entre ‘países ricos’ y ‘países pobres’. Tiene razón, por tanto, CELSO FURTADO cuando dice que: **“a Índia nunca será uma Suécia com 1 bilhão de habitantes, nem o Brasil uma reprodução dos Estados Unidos; tem que ser outras as metas a prosseguir, tem que ser outros os caminhos a percorrer, como o de além de um crescimento econômico, a redução da pobreza, a educação das pessoas, a redução das desigualdades, a satisfação das necessidades básicas da grande maioria da população”**.

<sup>13</sup> TOBIM, James “*The Monetarist Counter-Revolution Today – An Appraisal*” In *The Economic Journal*, vol. 91, março/1981, pp .29 a 42. Tobim, un neo-keynesiano de escol, ha admitido que la “ciencia económica Keynesiana no puede remediar la miséria de Bangladesh o de la Tanzânia: su problema consiste en la baja productividad y no ciertamente en una búsqueda efectiva insuficiente”.

de los elementos sociales y políticos, considerados como externalidades, como elementos exógenos a la economía.<sup>14</sup> Estamos de acuerdo con la asertiva de que el desarrollo económico sólo es interesante cuando trae progreso social, cuando el índice de desarrollo humano en una sociedad es mejorado. Notemos el ejemplo singular del Brasil que, mientras ha alcanzado posición de una de las diez mayores potencias industriales del mundo, no dejó de presentar índices sociales propios de país de Tercer Mundo; lo que evidencia que el *plan nacional de desarrollo*, basado en el *capitalismo imitativo*, erró por no proporcionar progreso social a la mayoría de la población brasileña.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> NUNES, Avelãs, *Neo Liberalismo, Globalização e Desenvolvimento Econômico*, in Boletim de Ciências Econômicas da FDUC, vol. XLV, 2002, Coimbra, pp. 332/333, expone además, con propiedad, que los “grandes centros de produção ideológica, a serviço do capitalismo dominante iam difundindo a ideia de que « mais do que qualquer outra instituição, as grandes empresas multinacionais (‘the international corporate’) ocupam-se do próprio homem» e constituem o «instrumento principal para tirar o mundo da cultura tradicional da pobreza e levá-lo à cultura da abundância».”. También critica, com base nos estruturalistas latino-americanos, a proclamação do Conselho das Américas, a inculcarem não apenas a excelência dos grandes conglomerados transnacionais como veículos do desenvolvimento (engine of growth) ‘ao serviço do homem’, mas também a ideia de que “o desenvolvimento do Terceiro Mundo deve pautar-se pelos padrões da *cultura da abundância* desenvolvida nos países capitalistas dominantes, apontada como paradigma a seguir pelos países subdesenvolvidos”.

<sup>15</sup> Es como una *Belíndia*, ‘the Belgium in India situation’, una pequeña Bélgica de ricos en medio de una inmensa India de miseria, afirmarán algunos economistas brasileños. **Este tipo de crecimiento económico ha sido denominado de desarrollo perverso y de desarrollo maligno**, pues no promueve la generalización de los beneficios del progreso científico ni un sistema económico en progreso homogéneo, en el que el nivel de los salarios vaya acompañado en todas las actividades económicas de la mejora de la productividad mediana de la economía; tampoco se traduce este desarrollo económico en la creación de estructuras económicas y sociales adecuadas a los recursos internos disponibles ni en satisfacer las necesidades de la mayor parte de la población de estos países. En vez de promover la difusión de los frutos del crecimiento económico, el estilo de desarrollo proporcionado por las multinacionales acentúa muchas veces las desigualdades sociales y la concentración de rentas. Esto camino ha sido potencializado por la estrecha colaboración entre las ‘internationals cooperates’, los Estados Nacionales de los países de instalación y las clases dirigentes locales. LUCIANO MARTINS, habla en «*Joint Venture* de Estado-Empresas multinacionales-Empresarios locais». y CELSO FUTADO, haciendo una crítica al llamado *milagro brasileño* refleja esta idea como el: “desperdicio de recursos para consumo de bienes superfluos en provecho de una minoría rica”, pues los bienes que producen estas estructuras industriales de destinan muchas veces a la exportación o a las élites locales sin que la mayor parte de la población tenga acceso a los mismos. Poco importa a las multinacionales, a esas élites dirigentes o a los gobernantes de esos Estados, que millones de personas no tengan poder de compra, simplemente no cuentan con ellos, es como si no existiesen, están excluidos y al margen de la sociedad de consumo. **Esta exclusión social creciente es uno de los fenómenos más dramáticos de nuestro tiempo, agravado por la ola de globalización que cobre el planeta.** Mientras antes se hablaba de *exploradores* y *explorados*, ahora se habla de *excluidos* por estar fuera del sistema económico. No podemos dejar de estar de acuerdo con CELSO FURTADO cuando dice que **los problemas de los países menos desarrollados son más de naturaleza política**, ya que en “nos anos cinquenta do séc. XX, muitos acreditaram em que a industrialização em que apostaram vários países do Terceiro Mundo seria capaz, sob a liderança das *burguesias nacionais* desses países, de cortar as amarras relativamente aos interesses da oligarquia fundiária e de lançar as bases de um *desenvolvimento não dependente*”. Y a propósito, léase *Dependência e Desenvolvimento em América Latina*, 1969, CARDOSO, Fernando Henrique, obra en que este autor defiende que el patrón de desarrollo de las sociedades latinoamericanas no es explicable sino dentro del marco nacional de esas sociedades y que los procesos económicos que en ellas ocurren, sobre todo los de industrialización, no son comprensibles con abstracción de la situación histórica y de las condiciones sociales y políticas de esas sociedades. Él sociólogo Fernando Henrique dice que este desarrollo es posible precisamente porque es capitalista y ocurre en el seno del proceso de expansión del sistema capitalista internacional y en las condiciones políticas en que éste opera; en primer lugar, se trata de un *desarrollo dependiente* porque deriva del propio



La verdad es que con el incremento del capitalismo a nivel mundial, en las condiciones de la llamada *Tercera Revolución Industrial*, sobre todo en la óptica del *neo-liberalismo*, la exclusión social también se ha presentado en niveles progresivamente crecientes, constituyéndose en uno de los fenómenos más dramáticos de nuestro tiempo. Resulta, por tanto, que no más se puede hablar de exploradores y explorados, sino de *excluidos* y de aquellos que participan de la sociedad de consumo, a quienes sí se incluye en las estadísticas y en las preocupaciones de las grandes empresas por presentar potencial de consumo de sus productos y servicios. De este modo se evidencia la *dominación del mercado* en la sociedad hodierna y globalizada, cuyo peso de los Estados (como entidades nacionales) es cada vez menor en detrimento del poderío de los grandes grupos empresariales transnacionales y de grandes bloques de países como la Comunidad Económica Europea, el Nafta y el Mercosur. Por otro lado, después de la Segunda Guerra Mundial, se constata un cuadro de *neo-colonialismo tecnológico*, con la afirmación de la *ciencia* como fuerza productiva de primera importancia y de la *tecnología*, convirtiéndose en el elemento fundamental de la producción industrial. Aspecto de este fenómeno son los países dominantes que generan ciencia y tecnología y son los grandes conglomerados multinacionales que controlan la comercialización de este “producto”, la tecnología.<sup>16</sup>

---

proceso histórico de constitución de periferias en el sistema capitalista y, en segundo lugar, porque este sistema, crea condicionamientos externos, como sistema económico y político, decisivos para el proceso de desarrollo. Afirma este autor, en un aspecto crucial de su tesis, que estos factores externos no actúan desde fuera, como algo extraño a la sociedad dependiente, sino que **se inscriben estructuralmente en el interior de estas sociedades, de manera que las clases sociales se articulan entre sí o con el Estado y no con el tipo de organización económica y política que prevalece en ellas.** Finalmente, subraya que “la falta de industrialización y crecimiento económico de un país no significa que se rompan los lazos de dependencia en relación con los países centrales o hegemónicos. Al contrario, **esa dependencia se hace más profunda tanto en el tipo de modelo económico dominante como en la distribución de la riqueza, en las políticas sociales, en la organización del Estado o incluso en el tipo de régimen político adoptado**” (original en portugués). Estas son en líneas generales, las ideas centrales de su teoría del *desarrollo dependiente*.

<sup>16</sup> NUNES, Avelãs, *Op. Cit.*, pp.336/337, y : “No quadro deste *neo-colonialismo tecnológico*, tem-se vindo a acentuar a situação de dependência dos países ‘colonizados’, através da mais fácil penetração dos padrões das ‘metrópoles’, não só no plano dos consumos mas também ao nível das estruturas produtivas. O *estilo de desenvolvimento* veiculado pelos investimentos das grandes empresas multinacionais tem arrastado consigo o que os autores chamam de *desenvolvimento dependente* (expressão do sociólogo brasileiro, Fernando Henrique Cardoso), porque o crescimento da actividade industrial acentua a dependência dos países que por ele passam relativamente às tecnologias importadas, à mão de obra qualificada importada, ao consumo intensivo de energia importada e relativamente aos mercados externos controlados por essas mesmas multinacionais, que muitas vezes recorrem, no quadro do *comércio fechado*, às práticas da sub-facturação e da sobre-facturação, em prejuízo dos países subdesenvolvidos que se instalam. Em virtude do *pagamento da tecnologia*, dos pagamentos efetuados à técnicos estrangeiros e da expatriação dos lucros, esses países vêem muitas vezes acentuada a situação de *exportadores líquidos de capitais* e de *devedores permanentes perante o estrangeiro*. Acresce que, muitas vezes, os financiamentos dos investimentos dessas multinacionais acabam por não se traduzir em entradas líquidas de capitais, porque eles se fazem utilizando equipamentos já amortizados nos países do ‘centro’ e porque elas são

Es importante señalar varios son los criterios adoptados por los estudiosos de la Ciencia Económica, para reconocer el *desarrollo*. Así, como objetivos de desarrollo para los países pobres, Seers identifica los siguientes: 1) las rentas familiares deberían ser adecuadas de manera que pudieran proporcionar una cesta de subsistencia de alimentos, vivienda, ropas y calzados; 2) todo jefe de familia debería tener acceso a un empleo, no sólo porque eso iba asegurar una distribución de renta tal que permitiese niveles de consumo de subsistencia generalizados, sino porque un trabajo es algo sin el cual una persona no puede desarrollarse; 3) el acceso a la educación debería ser aumentado y las proporciones de alfabetización elevadas; 4) debería darse al pueblo la oportunidad de participar en el gobierno; 5) se debería alcanzar una independencia nacional en el “sentido de que opiniones de otros gobiernos no viniesen a predeterminar grandemente las decisiones del gobierno interno”.<sup>17</sup>

Hay otras listas de criterios u objetivos de desarrollo, elaboradas por Myrdal y por Streeten.<sup>18</sup> El primero adopta como ideales de modernización: 1) la racionalidad; 2) el desarrollo y planeamiento del desarrollo; 3) el aumento de la productividad; 4) la elevación de los padrones de vida; 5) la igualdad social y económica; 6) la mejora de las instituciones y de las actitudes; 7) la consolidación nacional; 8) la independencia nacional; 9) la democracia en la zona rural; y 10) la disciplina social.

En la lista de Streeten<sup>19</sup>, tenemos, resumidamente: 1) producto y rentas; 2) condiciones de producción; 3) niveles de vida, incluidas nutrición, vivienda, salud y educación; 4) actitudes en cuanto a trabajo; 5) instituciones; y 6) políticas.

---

suficientemente atractivas e poderosas para colher os favores das instituições financeiras dos países de acolhimento, para além de subsídios, isenções fiscais e outras benesses que recebem dos governos locais”.

<sup>17</sup> Apud COLMAN, D. & NIXSON, F., *Op.Cit.*, p.21. Señalo igualmente la siguiente afirmación de SEERS: “à medida que diminuem a subnutrição, o desemprego e a desigualdade, os objetivos educacionais e políticos tornam-se objetivos de desenvolvimento de importância cada vez maior”.

<sup>18</sup> COLMAN, D. & NIXSON, F., *Op.Cit.*, pp. 21/22. Conviene observar la distinción que hace el autor, entre “*crecimiento económico*” y “*desenvolvimento*”: puede ocurrir que en un país el PNB medio *per capita* haya crecido y al mismo tiempo, las desigualdades en cuanto a la renta hayan aumentado, de manera que los pobres se volverán más pobres y se dará un progreso negativo en relación a otros objetivos económicos. Una situación así puede ser clasificada como crecimiento económico con desarrollo negativo, por el hecho de haber aumentado las rentas medias, sin embargo, la participación económica del resto de la población se ve deteriorada. Por tanto, es posible concebir un desarrollo con crecimiento negativo.

<sup>19</sup> COLMAN, D. & NIXSON, F., *Op.Cit.*, p.21, Señalo que según la concepción de PAUL STREETEN, p. 21: “desenvolvimento significa modernização, e modernização significa transformação de seres humanos. Desenvolvimento como objetivo e desenvolvimento como processo compreendem, ambos, uma mudança nas atitudes fundamentais em relação à vida e ao trabalho e nas instituições sociais, culturais e políticas”. El proceso de desarrollo es considerado por este autor en términos de progreso de una serie de dimensiones interrelacionadas. Véase también de este mismo autor, PAUL STREETEN, “Human Development: Means and Ends”, in *The American Economic Review*, vol.84, nº 2, Papers and Proceedings

Se nota la preocupación existente en el estudio del desarrollo, con la indicación estadística de una diferencia creciente entre los padrones de vida en los países ricos y los países pobres, a pesar de que es extremadamente difícil medir niveles comparativos de desarrollo. Mientras los métodos estadísticos disponibles están considerados racionalmente como fiables, en lo que se refiere a obtener grados aceptables de tasas de crecimiento en los patrones de vida y clasificaciones ordinales que den posiciones relativas en países en vías de desarrollo, hay dudas considerables en cuanto a la posibilidad de obtener medidas cardinales que indiquen qué país está más desarrollado que otro. De ahí la dificultad de definir *desarrollo*. Y lo mismo ocurre con la utilización de los criterios objetivos anteriormente expuestos: estamos ante una limitación, pues estos mismos son de orden cualitativo. Criterios como patrón de vida, niveles de salud, niveles educacionales y el grado de participación del sector rural en gobierno, son todos criterios cualitativos que no se puede medir directamente. Tendrán que ser medidos, indirectamente, a través de indicadores que contengan cantidades directamente mensurables. *Verbi gratia*, para medir el patrón de vida se podrían incluir indicadores como la *renta per cápita*, la proporción de familia con agua corriente y electricidad en sus casas y así un largo etcétera. Advertimos que esta multiplicidad de posibles indicadores en cualquier dimensión general de desarrollo, implica un incremento de los problemas que se extraen de la existencia de pluralidad de dimensiones generales.<sup>20</sup>

---

of the Hundred and Sixth Annual Meeting of the American Economic Association, mayo de 1994, pp.232/237, extraído de [www.jstor.org](http://www.jstor.org), el 06.11.07, donde expone de manera más detallada su concepción sobre desarrollo, p.234: “ The human-resource developers appeal to mainstream economists, bankers, including the World Bank, and technocrats; the humanitarians to the churches, NGO’s, action groups, idealists, and moral philosophers. The approach that sees nutrition, education, and health as ends in themselves rather than means to higher productivity will argue for projects and programs that enhance these ends, even when conventionally measured rates of return on these investments turn out to be zero. It amounts to standing the conventional approach on its head; or rather back on its feet again. Human development is defined as the enlargement of the range of choices. Some basic-needs interpretations have run in terms of commodity bundles or specific needs satisfactions.” Véase además, PAUL STREETEN *et al.*, *First things first: Meeting basic human needs in developing countries*, New York/Oxford University Press, 1981.

<sup>20</sup> COLMAN, D. & NIXSON, F., *Op.Cit.*, pp.23/24, Señalo las limitaciones respecto a la cuantificación del desarrollo: “Em primeiro lugar, nenhum indicador quantitativo é capaz de medir com exatidão um critério qualitativo. Em segundo lugar, nenhum indicador pode aproximar de forma concebível os níveis qualitativos atingidos com respeito a todas as dimensões mais importantes do desenvolvimento, particularmente ao lembra-nos que estas dimensões são econômicas, sociais, políticas e culturais. Em terceiro lugar, decorrem dificuldades consideráveis ao se formular um método pelo qual se possam aglutinar os diversos indicadores para diferentes qualidades em uma medida de índice sintético do nível de desenvolvimento de um país.” A partir de la tabla elaborada por Adelman y Morris, p. 76, se extraen cuarenta y ocho medidas cualitativas sobre las características sociales, económicas y políticas de los PMDs: “**Indicadores Sócio-Culturais**, dimensão do setor agrícola tradicional, grau do dualismo, grau de urbanização, importância da classe média nativa, grau de mobilidade social, grau de alfabetização, grau de comunicação de massa, grau de homogeneidade cultural e étnica, grau de tensão social, taxa de fertilidade natural, grau de modernização do quadro geral, tipo de religião predominante, nível de desenvolvimento

¿Qué es entonces *derecho al desarrollo*, tema central de muchas de las asambleas generales de las Naciones Unidas? Se puede afirmar que el *derecho al desarrollo*, como señaló Michel Bélange<sup>21</sup>, “es definido simultáneamente como el derecho a la vida, el derecho a un nivel mínimo de alimentación, vestuario, vivienda y asistencia médica, el derecho a un mínimo de seguridad y a la inviolabilidad de la persona y el derecho a libertad de pensamiento y de conciencia.”<sup>22</sup> De esta forma, el concepto de *derecho al desarrollo*, tiene un matiz global, ya que aúna varios derechos o libertades públicas específicas. Al mismo tiempo, es un derecho colectivo y un derecho individual. El desarrollo humano es la concepción principal de sus cinco dimensiones: económica, política, ambiental, social y humana.<sup>23</sup>

El Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo, creado en 1990, consideró como de fundamental importancia el desarrollo para allá de su dimensión económica, que pudiese contemplar el progreso humano y la calidad de vida de las personas. Así es que, con esta preocupación central de evaluar el desarrollo

---

sócio-econômico; **Indicadores Políticos**, grau de interação nacional e sentimento de unidade nacional, grau de centralização do poder político, grau de participação política, grau de liberdade para oposição política e de liberdade de imprensa, grau de competitividade dos partidos políticos, base predominante do sistema político de partidos, força do movimento trabalhista, força política da elite tradicional, força política dos militares, influência política e social da organização religiosa, grau de eficiência administrativa, grau do compromisso da liderança com o desenvolvimento econômico, extensão da ação econômica direta do governo, duração da experiência colonial, tipo de experiência colonial, caráter recente do governo autônomo, grau de estabilidade política; **Indicadores Econômicos**, PNB *per capita* em 1961, taxa de crescimento do PNB real *per capita*, 1950/51-1963/64, abundância de recursos naturais, taxa de investimento bruto, modernização da indústria, industrialização, 1950-63, perfil da organização agrícola, modernização de técnicas na agricultura, melhoria da produtividade agrícola 1950-63, adequação do investimento em infra-estrutura física, eficácia do sistema tributário, aperfeiçoamento do sistema tributário 1950-63, eficácia das instituições financeiras, aperfeiçoamento nas instituições financeiras, 1950-63, melhoria nos recursos humanos, estrutura do comércio exterior, taxa de crescimento populacional e dimensão territorial e orientação da estratégia de desenvolvimento”.

<sup>21</sup> COLMAN, D. & NIXSON, F. , *Op.Cit.* pp.36/37.

<sup>22</sup> Traducción nuestra.

<sup>23</sup> Esta concepción de *derecho al desarrollo* tomada de Bélanger, será de significativa importancia para abordar otros puntos del capítulo central de esta tesis. Obsérvese, además, respaldado por la opinión del mencionado autor (pp. 37 a 39), que la afirmación del *desarrollo humano* se encuentra resaltada en la Declaración de la AG-ONU de 01.05.1990, relativa a cooperación económica internacional, en especial, el relanzamiento del crecimiento económico y del desarrollo en los países del Tercer Mundo. El *desarrollo político* está, en la actualidad, frecuentemente relacionado con la democracia. A su vez, el *desarrollo ambiental* es entendido como desarrollo sostenible – desarrollo directamente relacionado con la protección del medio ambiente. La Conferencia de las Naciones Unidas para el Ambiente y el Desarrollo (CNUAD), realizada en Río de Janeiro en 1992, permitió oficializar y sistematizar esta relación. El *desarrollo social* fue sistematiza después de la Reunión Mundial sobre el Desarrollo Social, que tuvo lugar en Copenhague en marzo de 1995, con la proposición del principio de los «20-20», consistente en que los países industrializados donadores consagrarían 20% de su Ayuda Pública al Desarrollo – APD, al *desarrollo social*, esto es, a aquellas personas más desfavorecidas, mientras los países beneficiados le atribuirían 20% de su recetas. Se resalta que el concepto de *desarrollo humano*, (que es de las personas, para las personas y por las personas) abraja el concepto de *seguridad humana*, que puede ser entendido como la seguridad económica, alimenticia, sanitaria, del ambiente, y también como la seguridad personal, de la comunidad y de la política.

humano que realmente considerase el bienestar de la población y las condiciones de vida de las personas, fue creado en 1990, el Índice de Desarrollo Humano – IDH para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, que permite clasificar los países o región, con medidas socio-económicas más amplias, allá de la renta, como la longevidad, que refleje también las condiciones de salud de la población, y la educación. Ésta es mensurada por una combinación de tasa de alfabetización de adultos y la tasa combinada de matrícula en los niveles de enseñanza fundamental, medio y superior.<sup>24</sup>

Varios documentos de la ONU, apoyados en el art.55 de la Carta de las Naciones Unidas, consagran el *derecho al desarrollo* como un derecho fundamental de los pueblos: *el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1996), la *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en el Dominio Social* (1969), la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo* (aprobado en la Asamblea General de la ONU en 1986) y el *Programa de Acción* ( aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, en Viena en 1993).<sup>25</sup> Destacable es también la Resolución nº 1.514 de la ONU, que afirma en su artículo XV que: “*todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*”. Conjugado con el principio de autodeterminación de los pueblos, se encuentra el principio del *libre desarrollo socio-económico*, que tuvo una debida ampliación en la Resolución de la ONU nº 2.625: “*en virtud del principio de la igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin ingerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y*

---

<sup>24</sup> KELLEY, Allen C., “The Human Development Index:« Handle With Care»”, in *Population and Development Review*, vol.17, nº 2, junio de 1991, pp. 315/324, accedido de <http://www.jstor.org>, en 06.08.09. En un contexto más amplio el A. define el desarrollo en la p. 316: “Human development is defined in the HDR as « a process of enlarging people’s choices”. According to the HDR, this is accomplished most fundamentally by living a long and healthy life, being educated, and having a decent standard of living; and it is both augmented and facilitated by political freedom, guaranteed human rights, and personal self-respect. While this represents a defensible list of components (or indicators) of individual welfare, the key to appraising this list whether the indicators can be aggregated in a way that permits assessment, and that exposes the impacts of policy manipulation. Such aggregation forces the specification of tradeoffs between the various indicators of human development. It also results in an index that is potentially capable of answering the central questions: when has human development occurred; to what level or extent; and what has caused it?”. Como indicador para medir el desarrollo humano de poblaciones, se toma el IDH, r. p. 316,: “ To this end, the HDR unveils a «human development index», a composite of life expectancy at birth, adult literacy, and real gross domestic product per capita (GDP/N). Because the HDI is the centrepiece of the HDR’s conceptual framework, it is important that this index be understood and assessed”.

<sup>25</sup> En esto *Programa de Acción* se proclama que *el derecho al desarrollo* es «un derecho humano universal y inalienable y una parte integrante de los derechos humanos fundamentales».

*cultural, y todo el Estado tiene el deber de respetar ese derecho en conformidad con las disposiciones de la Carta”.*

Se observa que, hasta hoy, la mayor parte del esfuerzo fue dedicada al estudio del desarrollo, con la utilización de *indicadores económicos de desarrollo*, sobre todo el Producto Nacional Bruto-PNB, dedicándose poco trabajo al desarrollo con otros indicadores, políticos, sociales o sus combinaciones.<sup>26</sup> Se destaca tal circunstancia, si nos fijamos en las dimensiones que envuelve el concepto de *desarrollo*: económicas; sociales; políticas y culturales.<sup>27</sup>

Insertado en esa perspectiva económica de investigación del desarrollo, se verifica el análisis comparativo entre países menos desarrollados – PMDs que, mientras muchos de ellos han experimentado rápidas tasas de crecimiento en las última décadas, cada vez se ha hecho más obvio que el proceso de crecimiento económico experimentado, ha traído poco o ningún beneficio a un gran porcentaje de sus poblaciones (tal vez, la mayoría) – la Banca Mundial estima que 1/3 de las poblaciones de los PMDs no recibió beneficio líquido alguno del crecimiento – En algunos países la parcela no beneficiada por el crecimiento es aún mayor y, en ciertos casos, muchas capas de las población se encuentran en la miseria más profunda, como consecuencia de los cambios ocurridos en estas sociedades. Se constata, por tanto, que existen desigualdades

---

<sup>26</sup> KELLEY, Allen C., “The Human Development Index:« Handle With Care»”, in *Population and Development Review*, *Op. Cit.*, p. 25, con el siguiente resalto, pertinente a las consideraciones del autor, en la preferencia de los analistas al emplear un único indicador de desarrollo, en lugar de un conjunto de indicadores: “Na prática, um indicador dominou por todos outros, y este es la *renta nacional ou produto nacional bruto – PNB per capita*, nome dado a uma série que pode ser calculada para qualquer país e que usa um conjunto básico específico de regras de mensuração que foram imaginadas nos países industriais do Ocidente para medir seu nível agregado de *renda ou produção*.”. En defensa del *PNB per capita*, el autor elencó los siguientes argumentos: “ 1) ele é um indicador de uma atividade fundamental, a previsão de bens e serviços, cujo aumento é uma condição quase essencial ao desenvolvimento; 2) as regras de medição, que são complexas, evoluíram ao longo do tempo, estando conhecidas e compreendidas; e 3) a maior parte dos países membros das Nações Unidas (ONU) apresenta estimativas de PNB para inclusão nas estatísticas oficiais da ONU”. Contra, elencó: “1) ser um indicador de apenas alguns aspectos económicos do desenvolvimento – ele não leva em consideração qualquer alteração de distribuição de renda – e ele não tem qualquer implicação direta com outros critérios não económicos; 2) é um indicador fortemente sobrecarregado de subjetivismo, e o elemento de subjetividade é maior em países com mau serviço de estatística e grande setores de subsistência do que nos países onde uma proporção bem menor de transações acontece paralelamente ao mercado; e 3) não se levando em conta qualquer deficiência que o PNB possa ter como medida de atividade económica nacional, há problemas adicionais no seu uso para fins de se fazerem comparações internacionais.”.

<sup>27</sup> KELLEY, Allen C., p.26, en realce: “Não há meio possível pelo qual um simples total do valor dos bens e serviços produzidos possa refletir detalhes de distribuição de renda. É, portanto, perfeitamente possível que um aumento qualquer no PNB *per capita* se deva a aumentos nas rendas e no consumo de apenas uns relativamente poucos membros mais ricos da sociedade, e que esse aumento na renda *per capita* se deva a aumentos nas rendas e no consumo de apenas uns relativamente poucos membros mais ricos da sociedade, e que esse aumento na renda *per capita* se faça acompanhar de uma piora na distribuição da renda.”.

sociales y económicas de muchas formas superpuestas en los PMDs. Quizá, como señalaran D. Colman & F. Nixon<sup>28</sup>, la forma más obvia sea la mala distribución de la renta y de la riqueza, sobre todo de la tierra (hay que exigir una efectiva reforma agraria); pero las mayores desigualdades ocurren entre las áreas rurales y urbanas, entre regiones, tribus y grupos étnicos diferentes, que merecen importantes consideraciones y suscitan cuestiones políticas de difícil solución<sup>29</sup>.

Los gobiernos disponen de una variedad de instrumentos políticos para procurar una distribución de la renta más igualitaria. Se pueden adoptar medidas políticas en cuanto a las rentas de aquellos grupos con renta media y alta de manera que las rentas de los grupos más pobres aumenten en proporción. O bien se pueden proporcionar bienes y servicios de base colectiva tales como facilidades de educación y de salud o aplicar políticas fiscales y pagos a plazos que favorezcan a los pobres. Estas medidas se puede adoptar independientemente o conjugadas con otras.<sup>30</sup> Entretanto, las políticas más radicales y las más eficaces están relacionadas con los medios de producción. Se nota que las desigualdades más graves en la distribución de tierras, dan lugar a desigualdades similares en la distribución de la renta. En la mayoría de los PMDs, la propiedad de la tierra es altamente desigual, de ahí el énfasis de una reforma agraria eficaz que promueva el crecimiento agrícola, el desarrollo rural, un empleo más abundante y una mayor igualdad. Por consiguiente, muchos sustentan que una estructura

---

<sup>28</sup> COLMAN, David & NIXSON, Frederick, *Desenvolvimento Econômico, uma perspectiva moderna*, Op. Cit., p.69.

<sup>29</sup> Se observa, por ejemplo, la injusta y desigual realidad brasileña, con notable distinción en lo referente a las condiciones de desarrollo en el medio urbano y rural y, sobre todo, en las grandes metrópolis, como S. Paulo, Río de Janeiro, Fortaleza, Recife, Belo Horizonte y Salvador; las diferencias se acentúan al comparar el nivel de vida de la población del centro y de localidades privilegiadas, con el nivel de la población de la periferia, cuyas las condiciones sanitarias y de bienestar social son mínimas, a dudar de la presencia del Estado. Además, las diferencias también se acentúan entre regiones más desarrolladas (Sudeste y Sur) con las de menor desarrollo (Norte y Nordeste). A pesar de ser un país que ha ultrapasado o PIB anual de US\$ 2,5 billón de dólares americanos, y de ser proyectado como una de las economías más fuertes en el escenario de las naciones (la sexta economía, superando incluso Grã Bretaña), las desigualdades persisten. Oportunamente, la Organización Internacional del Trabajo – OIT, en Ginebra, considera como uno de los problemas centrales de la desigualdad en los PMDs, el desempleo, y por eso enfatiza la necesidad de crear oportunidades de empleo generalizadas como un paso en la eliminación de la pobreza y de la desigualdad.

<sup>30</sup> COLMAN, David & NIXSON, Frederick *op.cit.*, p.85, con el esclarecimiento de que “muitas destas políticas tem como objetivo primordial uma maior quantidade de consumo”. E que, um enfoque menos ortodoxo é de se alcançar uma maior igualdade na renda, com ênfase à “necessidade de se criarem oportunidades de emprego em grande escala através do estímulo a setores intensivos de mão-de-obra (construção, por exemplo) e tecnologias”.

de dominio de la propiedad es una precondition esencial en la distribución igualitaria de la renta nacional.<sup>31</sup>

Llama nuestra atención el histórico discurso del Secretario General de las Naciones Unidas, U. Thant, pronunciado en la Asamblea General de 1969, que resalta la contribución de la educación, ciencia y cultura para el *desarrollo de las naciones*, reforzando el papel de la UNESCO para la segunda década del desarrollo, 1970/80: “*The decade begin auspiciously with the designation of 1970 as International Education Year. The world community’s attention will thus be focused on education as the key to human development. The concept of education as a lifelong, continuing process is already accepted and has opened the door to profound educational innovations which UNESCO will help to development during the coming decade*”<sup>32</sup>.

En verdad, no se puede prescindir de una atención especial a la *educación* en el enfrentamiento de esta interesante temática de desarrollo. Estamos de acuerdo con las asertivas de Michael L. Wolfert de que, «para el desarrollo de las naciones, la educación es el principal instrumento en el despertar de las mentes humanas y de los espíritus y en la preservación y dimanación de las culturas».<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> COLMAN, David & NIXSON, Frederick *op. cit.*, p.85, con resalto: “poucos PMDs, exceto os que experimentaram mudanças revolucionárias e deliberadamente buscaram programas igualitários (socialistas), se movem em direção a uma igualdade maior.” No se puede olvidar que los economistas están, en el momento, dedicando mucho esfuerzo y habilidad inventiva al problema del desarrollo de estrategias distributivas de rentas, pero poca atención es dada a las cuestiones políticas y a la probabilidad de tales programas vengan a ser activamente implementados.

<sup>32</sup> [www.onu.org](http://www.onu.org) consultado el 24.08.09 y <http://unbisnet.un.org/> A propósito de la importancia del tema *desarrollo*, hay 78.449 títulos disponibles en la biblioteca de las Naciones Unidas.

<sup>33</sup> WOLFERT, Michael L., *Let My Country... Op. Cit.*, pp. 68/69. Señalo lo siguiente: “For it development may be thought of as the awakening of the individual human mind and spirit. As such, it is a source of never-ending satisfaction, not subject to the law of diminishing returns. It is the principal instrument for the preservation and dissemination of cultures which are national in origin and universal in aspiration; it is the most important way we have of understanding ourselves and our history; it is our only means of assuring its continuity. As such, it is expensive only in one sense; in another it is beyond price.”. Merece resalto también la categoría de derechos humanos, reconocida en ámbito de las naciones signatárias, y otras importancias a que el autor alude a la educación, en la p. 68: “Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights states that ‘Everyone has the right to education’. *Populorum Progressio* declares: ‘Basic education is the primary object of any plan of development. Indeed hunger for education is no less debasing than hunger for food: an illiterate is a person with an undernourished mind’. Yes, education is the inalienable right of every man, woman and child on the face of this earth, in ‘poor’ nations and in ‘rich. Yes, it is consumption good. It is wealth in itself. Is there any more inestimable treasure that we, the educated, possess in this world now changing so fast it seems almost to disappear before our eyes and reappear in a different form each day, in which our shoes wear out, our cars go obsolete, our house begin to fall apart, our business become outmode, in which our nations are born and change and threaten each other and edge toward the precipice, is there anything more valuable to us besides our very lives than the knowledge that our children wherever they may live, can know what other children know, that we ourselves, if we had the will and the patience, could learn what other men and women learn? Yes, education makes development possible. But surely education is itself one of development’s supreme goals.



Con efecto, la valorización de la educación como medio de obtención de desarrollo, se encuentra insertado en la idea de que el desarrollo económico pasa por caminos que respeten la dignidad del hombre el desarrollo integral de su personalidad, la conquista del bienestar material, pero también el desarrollo de los hombres en el plano profesional, cultural e incluso del ocio.<sup>34</sup>

Para una mejor comprensión de la problemática del *desarrollo*, es preciso fijarnos en que él mismo está condicionado por determinadas estructuras y que promoverlo implica transformaciones más o menos profundas de esas estructuras – por ejemplo, la estructura de la propiedad exige la realización de una *reforma agraria*; la estructura de las relaciones de producción conlleva las ideologías *capitalista* y *socialista* (capital por trabajo) y la idea de repartición de ganancias entre los empleados de las empresas; y las estructuras sociales y del poder político se establecen con sus diversas implicaciones y complejidades. Además, el *desarrollo* debe estar fundamentalmente al servicio de la *satisfacción de las necesidades básicas de la población*, tales como alimentación, salud, educación de base, servicios de agua y saneamiento, transportes y vivienda y no sólo como resultado del *crecimiento económico* (incremento real y significativo del PNB), ya que un crecimiento económico que no satisface las necesidades básicas de la población no representa un *desarrollo socio-económico*. Es necesario, por tanto, que las cuestiones sociales sean enfrentadas para que un determinado país sea considerado como un *país desarrollado*.<sup>35</sup>

Dentro de la perspectiva de *justicia social*, a la hora de formular una *correcta estrategia de desarrollo* no es posible defender el crecimiento sin que éste

---

And as we turn to some of the consequences for education as an agent economic development, as we turn to the hard, practical questions which limited resources and competing needs pose so acutely, of how much education, what kind, where and when – to the questions, in brief, of how to make education work most effectively for development, let us never forget that supreme goal which is common to both and which is the awakening of man.”

<sup>34</sup> SEN, Amartya *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1999. Este autor rememora que el desarrollo es “un proceso de expansión de libertades reales de que las personas disfrutan” y que “la expansión de la libertad humana es tanto el principal fin como el principal medio del desarrollo”.

<sup>35</sup> NUNES, Avelãs, *Op Cit.*, p.341, asevera, con respecto a necesidades básicas que deban ser satisfeitas, que “No conceito de necessidades básicas tende hoje a incluir-se também a ideia de que o desenvolvimento implica o *direito a um grau razoável de igualdade* entre os cidadãos do mesmo país, no que toca, designadamente, à repartição do rendimento e ao acesso às condições básicas de desenvolvimento e de promoção social.” Y “falar deste *direito a um grau razoável de igualdade* significa afastar a velha concepção de que crescer é concentrar; de que é preciso aumentar os rendimentos da minoria para que essa minoria se disponha a aforrar e a investir; de que é preciso *crescer primeiro e distribuir depois*, para evitar distribuir apenas miséria”. Es como afirmó PREBISCH, Raul, *Transformación Y Desarrollo*, - *La gran tarea de América Latina*, Naciones Unidas/Edición del FCE, México, 1963, que en los países subdesarrollados: “los dos problemas tiene que ser encarados y desarrollados simultáneamente”.

venga acompañado de la redistribución de la renta, con vistas a mejorar el grado de igualdad relativa entre las personas.<sup>36</sup>

Un aspecto que no puede pasar sin desapercibido es el de *desarrollo sustentable*, una serie de preocupaciones ecológicas surgidas en el marco de la Declaración del Río/92<sup>37</sup>, también denominada Carta de la Tierra, y que significa la conciliación entre el progreso, el crecimiento económico y la preservación del medio ambiente; o en términos conceptuales: “*la acción responsable en la exploración y en manejo correcto de los recursos naturales, de modo que permita, también naturalmente, la recomposición de los elementos utilizados*”.<sup>38</sup> Desde esta óptica, el desarrollo tendrá que conciliar sus ideales económicos con los ambientales; los procesos productivos empresariales, que representen algún potencial ofensivo a la naturaleza, tendrán que ser revisados y compatibilizados con el equilibrio ecológico. Sería inadmisibles la idea de un desarrollo que no contemplara su preocupación por la defensa de la biosfera, sobre todo después de comprobar los graves daños causados al medio ambiente en el último cuarto del siglo XX, con la destrucción de doscientos billones de hectáreas de bosques y selvas y del incremento de las áreas desérticas del planeta en más de de ciento veinte millones de hectáreas o de los tan propalados daños a la camada de ozono por el dióxido de carbono y otros gases<sup>39</sup>. También es refutable que altas sumas de dinero, millares de millones de dólares, se empleen en la recuperación de daños al medio ambiente, cuando

---

<sup>36</sup> ADELMAN, Irma & TAFT Cynthia Morris, *Economic, Growth and Social Equity in Developing Countries*, Stanford University Press, 1974. Segundo las autoras, la única estrategia aceptable de desarrollo es: “el desarrollo del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”.

<sup>37</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, realizada en la ciudad del Río de Janeiro, en 1992, en la cual compadecerán 170 jefes de Estados, con la finalidad de salvar la tierra, siendo proclamados 27 principios a ser cumplidos por todas las naciones y por todas las personas, tanto de derecho público como de derecho privado, con o sin fines lucrativos, de actuación nacional o internacional. Y ahora, se realizará en la misma ciudad, veinte años después, la Cumbre RIO MÁS 20, que será una oportunidad de se evaluar los compromisos que los jefes de Estados han asumidos en aquella ocasión bien como se renovar metas y programas de cada un de los Estados presentes.

<sup>38</sup> RIBEIRO PARENTE, Kadja Maria, “Desenvolvimento Sustentável: Questão de Fato e de Direito”, in *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, nº 5, D. Ambiental, ed. especial, (Coordinadores: Kadja Maria Parente & Sérgio Novais Dias), Nova Alvorada Edições, dez.1997, pp 173/204. Resaltamos además la consagrada definición da Comisión Brundtland, de desarrollo sustentable, a p. 176: “é aquele que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades”.

<sup>39</sup> RIBEIRO PARENTE, Kadja Maria, “Desenvolvimento Sustentável...”, *Op.Cit.*, p.190. La autora enfatiza la “Carta da Terra” o “Declaração Rio/92”, segundo la cual, los 27 principios que la compone, “são indispensáveis à *conciliação* do desenvolvimento com a proteção ambiental mundial em prol de gerações presentes e futuras” e cita os princípios básicos sintetizados por IGNACY SACHS: “a) a satisfação das necessidades básicas; b) a solidariedade com as gerações futuras; c) a participação da população envolvida; d) a preservação dos recursos naturais e do meio ambiente em geral; e) a elaboração de um sistema social garantindo emprego, segurança social e respeito às culturas; f) programas de educação.”.

se podrían evitar esos comportamientos depredadores y aplicar esas sumas en solucionar los más graves e inminentes problemas sociales, como el hambre, el analfabetismo, la educación de escasa calidad o las pésimas condiciones sanitarias, que han asolado a cerca de dos billones de personas, sobre todo en los países del denominado Tercer Mundo.

Así, se muestra indispensable la conciliación del desarrollo con la protección ambiental mundial, en beneficio de las generaciones presentes y futuras. El desarrollo tiene, forzosamente, que armonizarse con el progreso, el crecimiento económico y la preservación del medio ambiente. Insertado en esta perspectiva, surgen nuevos conceptos, como el de consumo sustentable, que tendrá también que respetar el medio. Se nota que los mercados están súper ofertados y abarrotados de productos que el consumismo impone, donde la producción de escala se torna viable, únicamente, por el elevado volumen. ¿Y cómo hacer frente a esto? La respuesta de los países centro, que dominan la economía mundial, fue la de formar bloques económicos y de unir los mercados, en un proceso, conocido como *globalización neoliberal*. Entremetidas, esas directrices económicas globalizadas, no se preocupan con estos nuevos conceptos de *consumo sustentable* o de *desarrollo sustentable*, vez que son las prioridades del mercado las electas a prevalecer.<sup>40</sup>

No podemos olvidar la histórica reunión de la Asamblea General de las Naciones Unidas – ONU, realizada en septiembre del año 2.000, ocasión en que 189 jefes de Estado firmaron el compromiso a través del documento denominado “*Declaración del Milenio*” de realizar esfuerzos para el “*Desarrollo del Milenio*” con la reducción de las enormes diferencias existentes entre los países del Norte y del Sur, con 7 (siete) grandes objetivos a ser alcanzados hasta 2015, en que los países más ricos y desarrollados, donaran hasta 0.7 % del sus PIBs en beneficio de los más pobres. Son los

---

<sup>40</sup> Sucede que, en nuestra modesta opinión, **solamente con el refuerzo de las acciones de educación unido a la toma de conciencia y movilización ecológica de las sociedades civiles a escala mundial será posible hacer frente a esa problemática realidad**, donde el lucro insiste en prevalecer sobre otros valores más importantes como la preservación de las especies en las que el hombre se encuentra insertado. Asistimos a un aumento inexorable de la contaminación ambiental, en todos los niveles y de la utilización indiscriminada de materiales radioactivos o al incremento de toneladas de residuos sólidos (de diverso origen), que contaminan los ríos, las riberas y lagos. Tenemos que concienciarnos de nuestra responsabilidad con el fin de garantizar nuestra supervivencia y la salvación del planeta. Como dicen las Sagradas Escrituras: “La Tierra gemí en busca de su redención” Is 33.9 e Rm 8.22. Realmente, estamos presenciando solamente el inicio de fenómenos catastróficos como el aumento de la temperatura global en el planeta, que ocasionan importantes alteraciones climáticas en varias regiones. Es preciso que hagamos algo más que lamentar esta situación. Es tiempo de acción, de preservación y de todo aquello que haga posible prevenir más daños ecológicos. Y hagámoslo ya, pues el tiempo apremia (el *tiempo ya se hace tarde...*).

siguientes los objetivos: 1) bienestar económico y social; 2) preservación del medio ambiente; 3) reducción del hambre y de la pobreza extrema a mitad, según datos de la ONU); 4) enseñanza fundamental universal; 5) igualdad de género; 6) salud materna e infantil; 7) detener el avance del S.I.D.A. Y como octavo objetivo está la creación de una asociación global para el desarrollo, con núcleos distribuidos por todo mundo. Es evidente que para alcanzar tales desideratas, los países desarrollados deberán poner en marcha políticas específicas en sentido de: a) proveer ayuda oficial para desarrollo de los países más carentes, liberando recursos financieros de hasta 0.7% del PIB; b) estimular el comercio internacional de manera que las prácticas de los negocios (como las subvenciones protectoras) no impidan a los países empobrecidos luchar contra su pobreza y proteger su medio ambiente y tampoco causen perjuicio el sustento de las comunidades rurales (que son las más empobrecidas); c) invertir los recursos liberados para el pago de la deuda externa de los países más empobrecidos y al mismo tiempo cancelar las deudas contraídas con los países más ricos u organismos internacionales como BIRD e FMI; d) mayor coherencia en las diferentes políticas de gobierno para que todas ellas contribuyan en la erradicación de la pobreza; e) incrementar el acceso a la tecnología por parte de los países menos desarrollados, de acuerdo con sus necesidades más urgentes, para poder disfrutar de sus beneficios, f) protección de los servicios públicos nacionales (teniendo en cuenta las presiones para liberalizaciones y privatizaciones por parte de los grandes grupos económicos transnacionales, ávidos de expandir sus mercados), con el fin de asegurar el derecho a la alimentación y el acceso al agua potable y a medicamentos esenciales.<sup>41</sup>

## **2. ORIGEN Y FORMULACIÓN JURÍDICO-INTERNACIONAL DEL DERECHO AL DESARROLLO – *La Ideología del Desarrollo***

La irrupción del derecho al desarrollo en el mundo de los derechos humanos, en el doble terreno doctrinal y de las inquietudes prácticas, responde a una preocupación social creciente de procurar tanto en el plano interno como en el internacional, unas condiciones de vida que propicien el progreso, como un proceso de desarrollo integral de las personas *uti singuli* y de las colectividades diferenciadas

---

<sup>41</sup> <http://www.un.org/spanish/documents/esc/puc.htm#2000>, consultado en 31.08.09, sobre la *Declaración del Milenio*, de AGO/ONU de 06 a 08 de septiembre de 2000, con el tema “*El Papel de las Naciones Unidas en el Siglo XXI*”.

(pueblos, Estados, etc.). La base de tal derecho estaría en la propia idea de dignidad humana, lo que supondría, desde una perspectiva de Derecho objetivo, la necesidad de asegurar en un concreto contexto social la realización de las virtualidades de la propia personalidad, garantizando, p. e., que cada individuo o cada colectividad desarrolle su capacidad para reivindicar ante las instancias objetivas de decisión, la protección de su inherente dignidad, y que en un plano de justicia distributiva pueda ver cubiertas sus necesidades básicas y en definitiva, la erradicación de conductas o ideas inconsistentes con el respecto de aquella dignidad.<sup>42</sup>

Se debe señalar que la idea de un derecho al desarrollo aparece por primera vez, en la doctrina social de la Iglesia Católica, a través del representante de la Santa Sede, L.J. Lebrecht en la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en 1964; Lebrecht dijo que: “en una humanidad donde se realice la solidaridad, *el derecho de todos los pueblos al desarrollo* debe ser reconocido y respetado...”. Después, surge el documento más importante de la Iglesia Católica sobre desarrollo, la Encíclica *Populorum Progressio*, sobre la necesidad de promover el desarrollo de los pueblos, un verdadero tratado sobre el derecho al desarrollo. El Papa Pablo VI enuncia, entonces, su famosa frase: “*el desarrollo es el nuevo nombre de la paz*”.<sup>43</sup>

El origen remoto del derecho al desarrollo lo podemos encontrar en el principio de cooperación consagrado en la Carta de las Naciones Unidas. En el mismo preámbulo del documento constitutivo de la nueva Organización creada tras la II Guerra Mundial los pueblos de las Naciones Unidas se declaran resueltos « *a promover el progreso económico y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad*» vislumbrando «*un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos*». Por un lado, según Felipe Gómez Isa,<sup>44</sup> la idea primordial que subyace en el espíritu de la Carta, una vez finalizada la contienda bélica, es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Por otro, y en cierto modo,

---

<sup>42</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, “El Derecho al Desarrollo como Derecho Humano”, en *El Derecho al Desarrollo o el Desarrollo de los Derechos*, Instituto Ciencia y Sociedad de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología del Universidad Complutense, Madrid, 1988., p. 79.

<sup>43</sup> Se entiende con la lectura de la Encíclica *Populorum Progreso*, que la paz ya no se entiende exclusivamente en su sentido negativo, como una mera ausencia de guerra, sino que hay que abordarla desde una acepción positiva, en la cual el desarrollo de las personas y de los pueblos juega un papel muy importante.

<sup>44</sup> GÓMEZ ISA, Felipe, *El Derecho al Desarrollo como Derecho Humano en el Ámbito Jurídico Internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.pp.19/20.

subordinada al objetivo de la preservación de la paz y la seguridad, la otra idea-fuerza es el respecto de los derechos humanos, indisociables del progreso económico y social.

Por su parte, el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas, establece como uno de los propósitos: “*realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*”. Y el art.55, en su apartado “a”, hace una referencia expresa al *desarrollo económico y social*. Se puede notar que el reto más importante lo constituía el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; la cooperación económica y social, estaba concebida como un elemento más del dispositivo de la Carta para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.<sup>45</sup>

Uno de los hitos más importantes en el surgimiento del derecho al desarrollo es el reconocimiento por parte de la comunidad internacional del derecho de autodeterminación de los pueblos, a partir del art. 1, común al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y al *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, aprobados ambos en 1966: “*todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural*”. Es cierto afirmar que si el derecho de autodeterminación de los pueblos trata de garantizar la independencia política de los pueblos, el derecho al desarrollo, por su parte, supondría un intento de complementar esa independencia política con la independencia de tipo económico. Como dicen Bermejo y Dougan, no cabe el derecho a la autodeterminación de los pueblos sin el reconocimiento del derecho al desarrollo: “*el derecho al desarrollo está vinculado indisolublemente al derecho a la autodeterminación, y este derecho es una utopía sin aquél*”.<sup>46</sup>

A partir de un cambio trascendental en la estructura de la sociedad internacional y como consecuencia de las primeras acciones de las Naciones Unidas a favor de los países en desarrollo, surge lo que se ha dado en denominar la *ideología del*

---

<sup>45</sup> PELLET, A. & COT, J. P. *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Economique - Bruylant, Paris/Bruxelles, 1985, pp.6-22.

<sup>46</sup> BERMEJO GARCÍA, R. & BEACA DOUGAN, J. D., “El derecho al desarrollo: un derecho complejo con contenido variable”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 1985, p.226.

*desarrollo*, ideología que se convertiría, en opinión de su principal mentor<sup>47</sup>, en una de las claves de la bóveda de la ideología global de las Naciones Unidas. Así ocurre el surgimiento de la conciencia en la comunidad internacional de que los graves problemas de subdesarrollo a los que se enfrentan los países subdesarrollados van a tener que ser abordados mediante una decidida apuesta por la cooperación internacional.

Como consecuencia, por tanto, de estas alteraciones en la propia dinámica interna del Derecho Internacional y del surgimiento de los problemas aparejados al subdesarrollo de una gran parte de la Humanidad como uno de los principales retos a los que se tiene que enfrentar ese Derecho Internacional, surge el *Derecho Internacional del Desarrollo*.<sup>48</sup>

Un paso decisivo fue la consolidación progresiva del principio de cooperación al incluirlo en la Carta de las Naciones Unidas, lo que constituye la *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, Resolución 2625 (XXV) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 24 de octubre de 1970. Esta declaración confirma uno de los principios estructurales del orden jurídico internacional *la obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta* – el principio nº 4.<sup>49</sup>

Varios criterios han sido indicados para que determinados postulados puedan elevarse a la categoría jurídica de derecho humano en el ámbito del Derecho Internacional, por ejemplo, según P. Alston<sup>50</sup>:

1) Debe reflejar un valor social fundamental; 2) Debe ser relevante en un mundo en el que coexisten diversos sistemas de valores; 3) Debe cumplir los

---

<sup>47</sup> La expresión se la debemos a Michael Virally, en *L'Organisation Mondiale*, Paris, 1972.

<sup>48</sup> GÓMEZ ISA, Felipe, *El derecho al desarrollo...*, Op. Cit., p.24. Resaltamos además: “Con este Derecho Internacional del Desarrollo estamos ante todo frente a un Derecho de finalidad, un Derecho que persigue «una finalidad moral de solidaridad internacional y de reducción de las desigualdades entre Estados.»”.

<sup>49</sup> En virtud de este principio se establece que: « los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias...Los Estados deben cooperar para promover el crecimiento económico en todo el mundo, particularmente en los países en desarrollo».

<sup>50</sup> ALSTON, P. “Conjuring up new human rights: a proposal for quality control”, en *American Journal of International Law*” vol. 78, 1984, p.614.

requisitos para ser considerado como una interpretación de las obligaciones de la Carta de las Naciones Unidas, un reflejo de reglas de derecho consuetudinario o ser considerado como una formulación declaratoria de principios generales de derecho; 4) Debe ser consecuente con el cuerpo existente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 5) Debe ser compatible, o al menos no claramente incompatible, con la práctica general de los Estados. 6) Debe ser lo suficientemente preciso como para dar lugar a derechos y obligaciones claramente identificables.

En el plano normativo, el principio de cooperación ha registrado un enriquecimiento importante por la proclamación del derecho al desarrollo en tanto que derecho humano mediante la Resolución 41/128 de 4 de diciembre de 1986. Es un marco importantísimo en la consagración del derecho al desarrollo como derecho humano. Después, con la caída del Muro del Berlín y el final de la Guerra Fría, en 1989, las nuevas condiciones de la sociedad internacional parecen abrir perspectivas inéditas en el plano de la cooperación internacional. Pero la mayoría de la doctrina iusinternacionalista reconoce que la Asamblea de las Naciones Unidas, a pesar de ser el órgano más representativo de la comunidad internacional, no es un órgano legislativo mundial, ni la Carta de las Naciones Unidas ni el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia dotan a la Asamblea General de poder legislativo. Mientras, las Declaraciones participan en el vasto proceso de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional. Como factores o circunstancias que hacen posibles que una Declaración de la Asamblea de las Naciones Unidas participe en el proceso consuetudinario de creación del Derecho Internacional, se señalan los siguientes: a) la intención de enunciar principios jurídicos; b) la mayoría por la que ha sido aprobada tal Declaración, es decir, si se ha producido bajo el signo del consenso; c) el contenido de la Declaración, su grado de precisión; d) los mecanismos de implementación que la propia Declaración prevé; e) la reiteración en otras resoluciones y Declaraciones posteriores, y f) la práctica posterior de los Estados.<sup>51</sup>

El Derecho Internacional del Desarrollo constituye la *institucionalización del derecho al desarrollo*<sup>52</sup>, es decir, el Derecho Internacional del Desarrollo como un conjunto de normas que hacen que el derecho al desarrollo pueda ser efectivo.

---

<sup>51</sup> ISA, Felipe Gómez, *El derecho al desarrollo...Op. Cit.* p.96.

<sup>52</sup> GARCÍA, R. Bermejo & BEACA, D. J. Dougan, *El derecho al desarrollo...Op. Cit.*, p.224.



### 3. CONCEPCIONES RELATIVAS A LA TEORÍA DEL DERECHO AL DESARROLLO

La idea de un derecho al desarrollo aparece por primera vez en la doctrina social de la Iglesia Católica, en la Encíclica del Papa León XIII, *Rerum Novarum*, de mayo de 1891, entre cuyos principios básicos se encuentran el de la solidaridad humana y el de la fraternidad creyente, principios que van a estar presentes en la reflexión católica concerniente al derecho al desarrollo.<sup>53</sup> Pero su configuración jurídico-internacional como un verdadero derecho humano ocurre solamente en el seno de las Naciones Unidas, en el último cuarto del siglo XX.

La consideración del derecho al desarrollo como un derecho humano ya había sido puesta de manifiesto por la doctrina mucho antes de la adopción de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. Así, por ejemplo, en 1972 el profesor Carrillo Salcedo escribía que *“el derecho al desarrollo es un derecho humano y un derecho de los pueblos, lo que trae consigo el corolario de que todos los hombres y todos los pueblos, sin distinción, han de contribuir a una empresa común de la humanidad. Entendido como crecimiento más amplio, el desarrollo y el derecho al desarrollo como derecho humano, constituyen un factor revolucionario en la vieja estructura del Derecho Internacional Público que, en su proceso de socialización y democratización, no hace otra cosa que liberalizarse y humanizarse”*.<sup>54</sup> Así, se entiende,

---

<sup>53</sup> SZMITKOWSKI, M. T., “Reconnaissance du droit au développement et doctrine chretienne”, en *René Bassin Amicorum Discipulorumque, Liber IV, Méthodologie des droits de l' homme*, Pedone, Paris, 1972, pp.125 y ss. La primera referencia expresa en torno al derecho al desarrollo la encontramos, en 1964, en las palabras dirigidas por el representante de la Santa Sede, L. J. Le Bret, a la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: *“...en una humanidad donde se realice la solidaridad, el derecho de todos los pueblos al desarrollo debe ser reconocido y respetado...”*, *Paroles de l'Eglise catholique sur le développement*, dossier Publisher by the French Comisión Justice and Peace, April 1990, p. 75, citado en FLIBECK, G., *The Right to Development, Conciliar and Pontifical Texts (1960-1990)*, Pontifical Council for Justice and Peace, Vatican City, 1991, p.6.

<sup>54</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., “El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana”, *Op. Cit.*, pp.119/125. El Autor describe la idea del desarrollo como había surgido al inicio de los años setenta, p.119: “En efecto, el desarrollo consiste en un cambio en las estructuras y se expresa siempre en una dinámica estructural; es el movimiento que transforma fundamentalmente una sociedad para permitir la aparición, prosecución y orientación del crecimiento y su prolongación, dotándole además, y sobre todo, de sentido y de fines. Por eso, el desarrollo, cuando es auténtico, equivale a crecimiento más amplio, y es una noción que ni siquiera los economistas reducen al aumento de la renta *per capita*, al mero aumento del P.N.B.”. Y más adelante, en la p. 123, el autor describe la concepción del desarrollo como “desarrollo económico y social integrado, lo que significa que los fines del desarrollo no son sólo económicos sino también sociales”. Este fue el paso que llevó a la Resolución 642 (VII), adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1952.

que estas nuevas aportaciones sobre el derecho al desarrollo se enmarcan en **una verdadera revolución del Derecho Internacional**.<sup>55</sup>

Es necesario hacer la distinción previa entre *derecho al desarrollo* y *derecho internacional del desarrollo*, esto, según Keba M' Baye, “*se relaciona con el derecho al desarrollo, dado que concierne a los medios necesarios para el desarrollo, pero no se confunde con él*”.<sup>56</sup> Pastor Ridruejo y Stéphane Pellet se refieren a tal distinción estableciendo que mientras el Derecho Internacional del Desarrollo sería el *derecho objetivo*, es decir, un conjunto de reglas que tienden a promover el derecho de los pueblos del Tercer Mundo, aunque el derecho al desarrollo, por su parte, constituiría el *derecho subjetivo*, o sea, el derecho de beneficiarse de dichas reglas.<sup>57</sup> Es el *Derecho Internacional del Desarrollo* el que conduce al *derecho al desarrollo*. El reconocimiento del derecho al desarrollo aparece como el resultado de un largo proceso. Son precisamente los instrumentos jurídicos y los mecanismos internacionales del desarrollo los que han favorecido la toma de conciencia que ha engendrado la noción del derecho al desarrollo. Es el *Derecho Internacional del Desarrollo* el que lleva progresivamente hacia el *derecho al desarrollo*.<sup>58</sup>

Es significativo lo que dijo el Secretario General de las Naciones Unidas sobre las dimensiones internacionales del derecho al desarrollo, con argumentos susceptibles de fundamentar este derecho: “*el carácter fundamental del desarrollo para el ser humano; el deber internacional de solidaridad para el desarrollo; la interdependencia económica; el mantenimiento de la paz y seguridad a nivel mundial y el deber moral de reparación*”.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> Es lo que verdaderamente tiene que acontecer, pues según los datos del Banco Mundial, en su Informe Sobre Desarrollo Mundial de 2003, de 2.500 a 3.000 millones de personas vivían con menos de US\$ 2 (dos dólares) diarios. Se incrementa, pues, el deber de solidaridad de todos los países más desarrollados para con aquellos en vías de desarrollo. Y en actualidad las cosas no cambiaron.

<sup>56</sup> BAYE, Keba M., “Le droit au développement comme un droit de l’homme”, *Revue des Droits de l’Homme*, 1972, p. 506.

<sup>57</sup> PASTOR RIDRUEJO, J. A., “La protección internacional de los derechos humanos y la cooperación para el desarrollo”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 1994, pp.29/44 y PELLET, S., *Le droit au développement. Genèse et concept*, Mémoire, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève, 1990, p. 9.

<sup>58</sup> GÓMEZ ISA, Felipe, *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Universidad de Deusto, Serie Derechos Humanos, Vol. 3, Bilbao, 1999, pp. 40 y ss.

<sup>59</sup> Informe del Secretario General: *Las dimensiones internacionales del derecho al desarrollo como derecho humano en relación con otros derechos humanos basados en la cooperación internacional, incluido el derecho a la paz, teniendo en cuenta las exigencias del nuevo orden económico internacional y las necesidades humanas fundamentales*, E/CN.4/1334, de 11 de diciembre de 1978.

Veamos, en síntesis, los argumentos que fundamentan el derecho al desarrollo: 1) El primero es que *la promoción del desarrollo es una preocupación fundamental de todo esfuerzo humano*. El desarrollo es un objetivo esencial para toda persona y para todo pueblo, dado que, en último término, el desarrollo tiene que intentar garantizar el verdadero disfrute del conjunto de los derechos humanos. Así, es la dignidad de las personas y de los pueblos las que deben servir de guía en los esfuerzos encaminados a la consecución del tan ansiado desarrollo, pues si entiende que sin un mínimo de bienestar de tipo económico, social, cultural, esto es, sin un mínimo grado de desarrollo, la dignidad del ser humano y el respeto de los derechos que le son inherentes serán vanas palabras y declaraciones de buenas intenciones; 2) El segundo argumento es *el deber internacional de solidaridad para el desarrollo*, que es una consecuencia del principio de cooperación (uno de los principios estructurales del moderno Derecho Internacional). Una concreción de este deber internacional serían los diferentes Decenios de las Naciones Unidas para el Desarrollo que se aprueban a partir de los años sesenta y **la Declaración 2625**, así como todas las propuestas tendentes al establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional. Es “*más que un concepto basado ricamente en consideraciones humanitarias, el corolario de un derecho, el derecho de los pueblos más pobres a participar en la riqueza del mundo*”<sup>60</sup>; 3) Otro argumento invocado es *la interdependencia moral*, pues se reconoce que las “*complejas interrelaciones que caracterizan actualmente los programas de desarrollo a todos los niveles imponen una responsabilidad creciente en cuanto a la aplicación de unos principios morales en las relaciones entre los pueblos*”.<sup>61</sup> **La noción de responsabilidad solidaria está en el centro de toda la filosofía del desarrollo**; es decir, ante la constatación de una interdependencia cada vez mayor del conjunto de la Humanidad, la noción de responsabilidad solidaria impone determinados deberes a los países mejor situados en la escena internacional.<sup>62</sup> Es cierto que el hambre y el subdesarrollo de una parte muy importante de la Humanidad se ha convertido en uno de los más graves problemas morales de nuestro tiempo, lo que hace que exista un *deber internacional de ayuda mutua entre los diferentes pueblos que forman la comunidad internacional*; 4) El cuarto argumento es la *interdependencia económica*, pues según el Informe del secretario

---

<sup>60</sup> Afirmación del Director General de la UNESCO, M' BOW, Amadou Mahtar, hecha en 1976, *Moving Towards Change. Some Thoughts on the New International Economic Order*, UNESCO, Paris, 1976, p.25. Véase también [www.unesdoc.unesco.org](http://www.unesdoc.unesco.org).

<sup>61</sup> Informe del Secretario General de las Naciones Unidas: *Las Dimensiones...* Op. Cit., p.22.

<sup>62</sup> Como afirma SEBASTIÁN, Luis De, *Mundo rico, Mundo pobre. Pobreza y solidaridad en el mundo de hoy*, Sal Tέρrea, Santander, 1992, p.43.

General de las Naciones Unidas, “*parece haber acuerdo general en que la promoción del derecho al desarrollo redundaría beneficio tanto de los países industrializados como de los países en desarrollo*”.<sup>63</sup> Este fundamento del derecho humano al desarrollo es lo que ha sido calificado como el argumento de la “*solidaridad egoísta*” o del “*egoísmo ilustrado*”<sup>64</sup>, es decir, se trataría de promover el desarrollo del Tercer Mundo no por consideraciones de tipo ético o humanitario, sino porque ello también puede suponer beneficios para los países desarrollados.<sup>65</sup> Se apela a la solidaridad mundial como forma de garantizar la supervivencia en el planeta;<sup>66</sup> 5) El quinto argumento para la defensa del derecho al desarrollo es que su realización contribuiría al *mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales*. Es el propio Secretario General de las Naciones Unidas quien reconoce que “*las diferencias crecientes en los niveles de ingresos y en el acceso a condiciones que permitan lograr el derecho al desarrollo son incompatibles con el mantenimiento de la paz mundial*”;<sup>67</sup> El propio sentido de paz ha desarrollado;<sup>68</sup> 6) El último argumento es *el deber moral de reparación* que recae sobre los países desarrollados por el pasado colonial y los excesos que se cometieron durante esa etapa histórica, excesos que ayudarían a explicar la actual situación de muchos países en desarrollo.<sup>69</sup> La filosofía reivindicativa estuvo bien presente en el seminario realizado

---

<sup>63</sup> Informe del Secretario General de las Naciones Unidas: *Las Dimensiones... Op. Cit.*, p.23.

<sup>64</sup> A respecto de estas denominaciones, ver, respectivamente, ZUBERO, I., *Las nuevas condiciones de la solidaridad*, Instituto Diocesano y Pastoral, Editorial Desclée de Brouwer, 1994, p.103 y TORTOSA, J. M. “La paz como componente del desarrollo social”, en GUZMÁN, Martínez, Ed. Teoría de la Paz, NAU Libres, Valencia, 1995, p. 169, *apud* ISA, Felipe Gómez, *El Derecho al Desarrollo entre la Justicia y la Solidaridad*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 1, Bilbao, 1998, p.27/28.

<sup>65</sup> Entre estos beneficios, GÓMEZ ISA, Felipe, *El Derecho al Desarrollo entre la Justicia y la Solidaridad*, *Op. Cit.*, en la p.28, destaca los siguientes: “mayores perspectivas comerciales de los países industrializados en los países en desarrollo; previsible descenso de la emigración de ciudadanos del Sur hacia el Norte; desactivación de la “bomba demográfica”; alivio de la presión ejercida sobre el medio ambiente”. Se trata de garantizar a las generaciones venideras una existencia digna y en condiciones adecuadas.

<sup>66</sup> KING, A. & SCHNEIDER, B., *La Primera revolución Mundial. Informe al Club de Roma*, Plaza & Janes, Barcelona, 1991, p.42, describe esta situación: “queremos hacer hincapié en que las reducciones de las desigualdades económicas y la ayuda al desarrollo, prestada con inteligencia y carácter cooperativo, lejos de constituir un gesto humanitario, redundan fundamentalmente en interés de los propios países ricos (...). Para la creación de esta solidaridad, nuestra biología y nuestro egoísmo deben ser potentes aliados. En la mayoría de las personas su egoísmo no se limita al lapso de su vida, sino que extiende a la de sus hijos y nietos con cuyo ser se identifican. Debe ser posible, por consiguiente, esforzarse, egoístamente si se quiere, por crear circunstancias que hagan posible para las futuras generaciones una existencia digna y verdaderamente humana...”.

<sup>67</sup> Informe del Secretario General de las Naciones Unidas: *Las Dimensiones... Op. Cit.*, p.24.

<sup>68</sup> GÓMEZ ISA, Felipe, *El Derecho al Desarrollo entre la Justicia y la Solidaridad... Op. Cit.*, p.29, acrecienta que el propio sentido de paz ha desarrollado, para ir de la ausencia de guerra hasta el respeto a los derechos humanos y al desarrollo.

<sup>69</sup> La Comisión de Justicia y Paz de Argelia in *Le droit des peuples sous-développés au développement*, p.221 *apud* ISA, Felipe Gomez, *El Derecho al Desarrollo entre la Justicia y la Solidaridad... Op. Cit.*, p.29, subraya que los pueblos subdesarrollados tienen “el derecho a la recuperación tras cuatro siglos de pillaje”.

sobre los derechos económicos, sociales y culturales, como se percibe en la siguiente opinión: “*la riqueza de los países ex-colonialistas procedía en gran parte de siglos de explotación, y ahora que los países en desarrollo habían conseguido la independencia, lo procedente era que parte de esa riqueza se devolviera a su fuente*”<sup>70</sup>. Así se entiende que, el fundamento para reivindicar dicha restitución no puede ser otro que el de la existencia de un derecho de los pueblos coloniales sobre sus recursos y riquezas naturales desde antes de que estuvieran constituidos en Estados independientes.<sup>71</sup>

A partir de la mencionada *Declaración sobre Derecho al Desarrollo* (Resolución 41/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas), se establecen unas directrices esenciales que marcan este derecho universal e inalienable: a) el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan; b) todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y, a fin de fomentar el desarrollo, deben examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales por lo que, la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales; c) la paz y la seguridad internacionales son elementos esenciales para la realización del derecho al desarrollo; d) las políticas de desarrollo, que los Estados tienen el derecho y el deber de formular deben estar dirigidas a la mejora constante del bienestar de la población y de todos los individuos, sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste; e) los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizar, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos y; f) en el plano internacional, los Estados deben adoptar, individual y colectivamente, medidas para formular políticas adecuadas de desarrollo internacional a

---

<sup>70</sup> *Informe del Seminario sobre la realización de los derechos económicos, sociales y culturales con particular referencia a los países en desarrollo*, celebrado en Lusaka/Zambia, del 23 de junio al 4 de julio de 1970, ST/TAO/HR/40, párr. 22.

<sup>71</sup> GOMEZ ISA, Felipe, *El Derecho al Desarrollo entre la Justicia y la Solidaridad...* Op. Cit., p.30.

fin de facilitar la plena realización del derecho al desarrollo, resultando indispensable, como complemento a los esfuerzos de los países en desarrollo, una cooperación internacional eficaz que les proporcione los medios y las facilidades adecuadas para fomentar su desarrollo global.<sup>72</sup>

En cuanto al valor jurídico del derecho al desarrollo, como ha puesto de manifiesto Gros Espiell<sup>73</sup>, aunque puede afirmarse que el reconocimiento y la conceptualización del derecho al desarrollo tiene su fundamento en la Carta de las Naciones Unidas, y que resulta de una interpretación global y sistemática de los Pactos Internacionales relativos a los derechos humanos, no existe sin embargo un instrumento convencional, preciso y concreto, que enumere y defina el contenido del derecho, determine las obligaciones de los Estados al respecto y establezca órganos y procedimientos para su protección internacional. En este sentido, el carácter embrionario, incompleto y fragmentario de la regulación jurídica del derecho al desarrollo, hace que su definición y estatus, los caracteres de la relación jurídica y la naturaleza de las obligaciones que de él se derivan no estén plenamente determinados en el Derecho Internacional actual.

En este tema, se observa una profunda divergencia entre los países desarrollados y los países subdesarrollados, y, a su vez, entre los autores que provienen de cada uno de esos dos mundos. Apoyar el derecho al desarrollo supone una opción por parte de quien lo hace, con objetivos y principios predeterminados; supone optar por un “*Derecho de Finalidad*”, es decir, un derecho que tiende hacia la transformación de un orden jurídico internacional abstracto y formal que favorece a las Grandes Potencias.<sup>74</sup>

Básicamente, según Gómez Isa<sup>75</sup>, se han vertido tres opiniones en cuanto a la juridicidad o positividad del derecho al desarrollo: 1ª) El derecho al desarrollo ya forma parte del Derecho Internacional positivo. Según esta opinión, el derecho al

---

<sup>72</sup> ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rafael Zafra, “Propuesta de Mejora: La Incorporación Efectiva del Derecho al Desarrollo, en tanto que Derecho Humano, al Régimen Jurídico Aplicable a la Renegociación de la Deuda Externa”, in *La Deuda Externa, Aspectos Jurídicos del Endeudamiento Internacional*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, pp.272 y 273.

<sup>73</sup> GROSS ESPIELL, Héctor, *Derecho Internacional del Desarrollo*, Cuadernos de la Cátedra, J. B. Scott, Universidad de Valladolid, 1975, pp. 29 y ss.

<sup>74</sup> SCHACHTER, O., “Implementing the Right to Development: programme of action”, en S. ROY CHOWDHURY; E. DENTERS and P. DE WAART (Eds.), *The Right to Development in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, p. 27.

<sup>75</sup> GOMEZ ISA, Felipe, *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Op. Cit., pp.63/64.

desarrollo resulta de una síntesis de los derechos humanos reconocidos internacionalmente; 2ª) El derecho al desarrollo es un “*derecho emergente*”, un derecho en formación, es decir, un derecho en proceso de positivación; 3ª) El derecho al desarrollo carece de valor jurídico, dado que no ha sido reconocido por ningún instrumento internacional vinculante de carácter universal. El derecho al desarrollo entraría de lleno en la mera retórica. Evidentemente, no estamos de acuerdo con esta última postura, ya que dado a los incrementos a nivel de derecho internacional, aportados por los organismos que componen la Organización de las Naciones Unidas. La propia Carta de las Naciones Unidas y la Carta Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de 1966) son instrumentos aprobados por las Naciones y son, sin género de duda, fuentes de positivación del derecho al desarrollo.<sup>76</sup> Y es que estamos ante los principales instrumentos jurídicos de la comunidad internacional organizada: la Carta de la Organización y los Pactos Internacionales, vinculantes para todos los miembros de la Organización, que las aceptaran.<sup>77</sup>

Por otro lado también los convenios constitutivos de determinadas Organizaciones Internacionales del Sistema de Naciones Unidas, como de la OIT, la UNESCO, la FAO y la OMS, se han considerado como fuentes implícitas del derecho al desarrollo. La *Declaración de Filadelfia*, relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, en su principio II.a afirma que “*todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*”. El Convenio constitutivo de la UNESCO, a su vez, afirma que uno de los objetivos de la organización es “*alcanzar gradualmente,*

---

<sup>76</sup> En el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, los pueblos de las Naciones Unidas se declaran resueltos a “***promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad***” (la cursiva es nuestra), vislumbrando la necesidad de “*emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos*”. (la cursiva es nuestra). A su vez, el artículo 1.3 establece como uno de tales propósitos “*realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos...*” (también, la cursiva es nuestra). Por su parte, el capítulo IX de la Carta, que trata de la cooperación internacional económica y social, incluye los artículos 55 y 56, en los cuales la ONU se compromete a promover “***niveles de vida más elevados..., condiciones de progreso y desarrollo económico y social; la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario...y el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos...***” (otra vez, la cursiva es nuestra), comprometiéndose todos los miembros “*a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55.*”.

<sup>77</sup> GÓMEZ ISA, Felipe, *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Op. Cit., pp. 80/81.

*mediante la cooperación de las naciones del mundo en las esferas de la educación, de la ciencia y de la cultura, los objetivos de paz internacional y de bienestar general de la humanidad*". El Convenio que instituye la FAO establece como uno de sus objetivos *"contribuir a la expansión de la economía mundial y a liberar del hambre a la humanidad"*. Finalmente, el Convenio constitutivo de la OMS declara que *"la salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados"*.

El instrumento jurídico internacional más importante en relación con el derecho al desarrollo, es sin duda, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), en cuyo artículo 22 reconoce que: 1. *"todos los pueblos tienen derecho a su desarrollo económico, social y cultural, dentro del estricto respeto por su libertad y por su identidad, y al usufructo igual del patrimonio común de la humanidad"*. 2. *"los Estados tienen el deber, por separado o en cooperación, de asegurar el ejercicio del derecho al desarrollo"*.

Considerando el conjunto de normas jurídicas internacionales mencionadas, con una enorme variedad en cuanto a su naturaleza y valor jurídico, diferentes autores, Gobiernos y órganos oficiales internacionales concluyen que el *derecho humano al desarrollo* ya está plenamente consagrado en el Derecho Internacional contemporáneo.<sup>78</sup> La Declaración sobre el derecho al desarrollo aprobada por la Asamblea General en 1986, puede ser considerada una verdadera prueba de la existencia de tal derecho; sería una declaración de un derecho que ya existía en Derecho Internacional, una declaración que viene a dar un contenido más preciso al derecho al desarrollo. El consenso existente en torno de tal Declaración, con la opinión de los Estados acerca del carácter jurídico del derecho al desarrollo y acerca de la definición que tal derecho se efectúa en la Declaración, es más decisivo para calibrar su alcance jurídico: la totalidad de las delegaciones gubernamentales que intervinieron, de una o otra forma, en la génesis y posterior aprobación de la Declaración sobre el derecho al

---

<sup>78</sup> GOMEZ ISA, Felipe, *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Op. Cit., pp.90/92. Señalo además la p.91: "son significativas las reflexiones de Keba M' Baye quien afirma que el derecho al desarrollo ya existía antes de que él lo proclamase por primera vez en 1972... 'sería un derecho descubierto', es decir, un derecho que estaba implícitamente reconocido en diferentes textos internacionales y que simplemente ha sido 'descubierto'". Y también a la p.92, la opinión de J.J. Israel, referida por el Autor: "afirmado por numerosas resoluciones de la Asamblea General e implicado por varios instrumentos convencionales, el derecho al desarrollo estaría ya jurídicamente consagrado".



desarrollo insistieron en la importancia de que tal Declaración gozase del máximo consenso posible. Aunque la Declaración no pudo ser aprobada por unanimidad, una abrumadora mayoría de la comunidad internacional, votó favorablemente.<sup>79</sup>

En el contenido de la Declaración sobre derecho al desarrollo aunque se hayan establecido derechos y obligaciones identificables, no se muestra este instrumento internacional capaz de ofrecer mecanismos concretos para una efectiva realización del derecho al desarrollo, lo que constituye un problema que ya fue vislumbrado por la Consulta Mundial sobre el derecho al desarrollo en 1990 afirmando como conclusión que “*la Declaración sobre el derecho al desarrollo no preveía el establecimiento de ningún mecanismo para su aplicación concreta*”.<sup>80</sup>

Pero la reiteración del contenido de esa resolución en otras resoluciones posteriores y en Declaraciones de Conferencias Internacionales, han contribuido a la caracterización jurídica del derecho al desarrollo. Como por ejemplo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992 y la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993.<sup>81</sup> En la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en su principio n° 3, se establece que “*el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras*”.<sup>82</sup> A su vez, la resolución 45/155 de la Asamblea General de la ONU, de 18 de diciembre de 1990, por la que se convoca la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, establece como uno de sus objetivos “*examinar la relación entre el desarrollo y el disfrute universal de los derechos económicos, sociales y culturales, así como el de los derechos civiles y políticos, reconociendo la importancia de crear condiciones en que todos puedan disfrutar de esos derechos...*”. La Declaración Final de Viena reafirmó, en su

---

<sup>79</sup> El resultado de la votación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 4 de diciembre de 1986: 146 Estados votaran a favor de la Declaración sobre el derecho al desarrollo; 8 se abstuvieron (Dinamarca, Alemania, Reino Unido, Finlandia, Islandia, Suecia, Japón e Israel) y sólo contó con el voto en contra de los Estados Unidos.

<sup>80</sup> *Cuestión de la realización del derecho al desarrollo. Consulta Mundial sobre el derecho al desarrollo como derecho humano. Informe preparado por el Secretario General de conformidad con la Resolución 1989/45, de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1990/9/Rev. 1, de 26 de septiembre de 1990, p.23.*

<sup>81</sup> Otras dos Conferencias Internacionales han dedicado sendos apartados al derecho al desarrollo: la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo/1994 y la Cumbre sobre Desarrollo Social, Copenhague/1995.

<sup>82</sup> *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, A/CONF. 151/26 Rev. 1 (Vol. I).*

párrafo 10, que el derecho al desarrollo es un *derecho universal e inalienable* y es *parte integrante de los derechos fundamentales*, siendo la persona humana, *el sujeto central del desarrollo*. En el mismo párrafo, proclamó que *el desarrollo propicia el disfrute de todos los derechos humanos, pero la falta de desarrollo no puede invocarse como justificación para limitar los derechos humanos internacionalmente reconocidos* y que *Los Estados deben cooperar entre sí para asegurar el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo. La comunidad internacional debe propiciar una cooperación más eficaz para la realización del derecho al desarrollo y la eliminación de los obstáculos al desarrollo.*<sup>83</sup>

Sobre la cooperación que los Estados deben hacer entre sí para asegurar el desarrollo y eliminar los obstáculos que los impiden, resulta la formación de un sistema internacional de cooperación al desarrollo, lo cual debe ser objeto de algunas consideraciones.<sup>84</sup>

#### **4. EL DERECHO AL DESARROLLO Y LOS ESTADOS**

En la Sociedad Internacional de nuestros días, para establecer un nuevo orden económico internacional (N.O.E.I.), se van perfilando reglas o pautas jurídicas orientadas a hacer viable un verdadero derecho subjetivo al desarrollo, tanto en el interior del Estado como en las relaciones entre los distintos países y pueblos. Es cierto que aún confinadas en buena parte en la esfera del nombrado *soft law*, *Derecho Programatório* o *Pre-Derecho*.

Se percibe que el derecho al desarrollo puede exigir conductas del Estado, sobre todo cuando están integradas en el orden jurídico interno del Estado, como es el *Derecho Fundamental* en el plano de la Constitución del Estado-Nación, que pueden ser tanto obligaciones de medio como obligaciones de resultado. Según Rolando

---

<sup>83</sup> Además, es oportuno mencionar otra Cumbre de carácter regional, la Reunión Regional para América Latina y el Caribe, celebrada en San José de Costa Rica, del 18 de enero al 22 de enero de 1993, en cuya Declaración de San José, enunció el principio n° 7: “*enfatisa que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable (...). La comunidad internacional debe tomar medidas en el menor plazo posible para hacer efectivo este derecho mediante mecanismos adecuados que tengan en cuenta el derecho al desarrollo en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado como un derecho universal, conforme a la Declaración de Río*”, Cfr. *Declaración de la Reunión Regional para América Latina y el Caribe*, A/CONF.157/LACRM/12/Add.1, de 22 de enero de 1993. También en las Reuniones Regionales para África (del 2 al 6 de noviembre de 1992) y para Asia (del 2 al 7 de abril de 1993), se reconoce el derecho al desarrollo como un derecho humano universal e inalienable.

<sup>84</sup> Ver el punto 8 del capítulo II de esta Tesis.

E. Gialdino<sup>85</sup>, por las primeras, el Estado está comprometido a adoptar un determinado comportamiento de acción o de abstención, que representa un fin en sí mismo y por las segundas, se requiere del Estado alcanzar un determinado resultado, pero mediante un comportamiento (también de acción u omisión), cuya forma es dejada a la discreción del primero. En efecto, la obligación de conducta exige una acción razonablemente calculada para realizar el disfrute de un particular derecho, *v.g., en caso del derecho a la salud*, la obligación de conducta comprende la adopción y implementación de un plan de acción para reducir la mortalidad infantil. La obligación de resultado, por su lado, exige que el Estado alcance metas específicas para satisfacer pautas sustantivas y precisas, como la reducción de la mortalidad infantil a los niveles convenidos en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, *El Cairo, 1994* y en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, *Beijing, 1995*. Así, se puede afirmar que la obligación de garantizar lo esencial de todos y cada uno de los derechos, constituye una clara obligación de resultado; por ejemplo, para lograr la plena efectividad del derecho al trabajo, los Estados habrán de proveer la orientación y formación técnico-profesional.

Es verdad que para lograr la realización de un aspecto del derecho al desarrollo, los Estados tienen que adoptar medidas en un plazo *razonablemente breve*, como afirmación de su compromiso con los ciudadanos y que estas medidas deben comenzar a ser tomadas *inmediatamente*.

Pienso que en breve, será posible exigir al Estado reparaciones adecuadas en caso de violaciones, así como las sanciones de los responsables, normalmente cuando los derechos de tercera generación en general, estén presentes como derechos fundamentales en la Orden Jurídica interna.<sup>86</sup>

También es notable que del Estado se exija, cuando se ha pactado, *hasta el máximo de los recursos de que disponga*. El presente requisito exige dar

---

<sup>85</sup> GIALDINO, Rolando E., "Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en *Revista IIDH – Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol.37, Buenos Aires, enero/junio 2003.

<sup>86</sup> Esta es la observación sobre la aplicación del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC*, 1998, hecha por el Supremo Tribunal de Justicia de Argentina, en *Observación General 9* sobre la aplicación interna del Pacto: "En breve, es obligación de los Estados hacer que los derechos del PIDESC sean justiciables, previendo las reparaciones adecuadas en caso de violaciones, así como la sanción de los responsables. El examen judicial debe garantizar que el comportamiento del Estado esté en consonancia con las obligaciones ante el PIDESC; la omisión al respecto, es incompatible con el principio del *Imperio del Derecho*, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos".

prioridad a la realización de los derechos del pacto internacional que ha firmado, por ejemplo el PIDESC, sobre todo para garantizar a toda persona el disfrute de los derechos mínimos de subsistencia así como de provisión de los servicios esenciales.<sup>87</sup> *Hasta el máximo de los recursos que disponga* significa de hacer referencia tanto a los recursos existentes dentro de un Estado, como a los que pone a su disposición la comunidad internacional, v.g. FMI o BIRD, mediante la cooperación y la asistencia internacionales.

Además, la realización de numerosos derechos económicos, sociales e culturales, son, en todo momento, ajenos a la disponibilidad de recursos: libertad sindical, libertad de educación y enseñanza, libertad de investigación o creación e igualdad de oportunidades para la promoción en el trabajo. Y aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes para ir más allá de un determinado piso, igualmente sigue en pie la obligación de que el Estado se empeñe en asegurar el disfrute más amplio de los derechos dadas las circunstancias reinantes, al tiempo que las limitaciones de recursos de manera alguna eliminan las obligaciones de vigilar la medida de la realización (o de la no realización) de los derechos tendentes al desarrollo del pueblo y de elaborar estrategias y programas para su promoción.<sup>88</sup>

En el compromiso de los Estados frente al desarrollo socio-económico se entiende que deben adoptar diversos comportamientos para *lograr progresivamente* la plena efectividad de los derechos – lograr es alcanzar; progresivamente significa con progresión, con idea de avanzar, seguir adelante, en una progresividad dinámica y inderogable, puesto que no se extinguieron en situaciones de conflicto, emergencia o desastre natural.

## **5. EL DERECHO A DESARROLLO EN EL ÁMBITO DE LAS NACIONES UNIDAS**

Al ser reconocido el derecho al desarrollo fundamentalmente por Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas y por Declaraciones finales de Conferencias Internacionales

---

<sup>87</sup> En Brasil, por ejemplo, donde existen indicadores económico-sociales muy bajos, y sin embargo se encuentra en las seis mayores economías del mundo, el Gobierno adoptó programas sociales como la “Bolsa Escuela” y “Renta Mínima”, ayudas en metálico a familias carentes de recursos para enviar a sus hijos a la escuela o para reforzar el sueldo mínimo de las familias numerosas.

<sup>88</sup> GIALDINO, Rolando E. *Op. Cit.* pp.114/115.

convocadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas, entra de lleno dentro de la categoría del *soft-law*, es decir, aquel conjunto de normas jurídico-internacionales cuya fuerza obligatoria es superior a la de los textos que carecen de valor jurídico aunque menor que la de los textos revestidos de fuerza jurídica obligatoria. Implícitamente, el derecho al desarrollo se encuentra apuntado en diferentes textos jurídicos internacionales con rango de tratado internacional. La Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo sería una etapa más, ciertamente una de las más importantes en el proceso de codificación y desarrollo progresivo del derecho humano al desarrollo, proceso que está siendo completado por diferentes Conferencias Internacionales que han reiterado una vez más este derecho.

El contenido de este nuevo derecho se ha hecho eco de la evolución experimentada en las últimas décadas del concepto de desarrollo. Inicialmente equiparado al crecimiento económico, el desarrollo ha ido integrando progresivamente cuestiones como la paz, la justicia social, la democracia o el medio ambiente. Tal y como aparece en la propia Declaración: “*el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan*”. Se nota, por tanto, que la persona humana es el sujeto central del desarrollo.

El derecho al desarrollo se configura como algo más que una mera síntesis del catálogo existente de derechos humanos, incluyendo aspectos como la participación, el desarme, el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional. Así, se puede afirmar, que la autonomía y especificidad del derecho humano al desarrollo se ha convertido en derecho humano *sui generis*. Este derecho se convirtió, así, en un derecho que refuerza y profundiza la indivisibilidad del conjunto de los derechos humanos, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. También se observa su vinculación con el resto de los derechos humanos de la tercera generación; por un lado el derecho al desarrollo se relaciona con el derecho a la paz, por otro, también, guarda íntima relación con el derecho al medio ambiente, con el derecho de beneficiarse del patrimonio común de la humanidad y con el derecho a la asistencia humanitaria.

## 6. EL DERECHO AL DESARROLLO COMO DERECHO DE LOS PUEBLOS

A principios de los años 70 del siglo pasado, aparece en el Derecho Internacional la noción del derecho al desarrollo<sup>89</sup> como consecuencia de la evolución de la ideología del desarrollo, entendida como crecimiento económico y cambio de las estructuras sociales: “*El derecho al desarrollo es un derecho humano y un derecho de los pueblos, lo que trae consigo el corolario de que todos los hombres y todos los pueblos, sin distinción, han de contribuir a una empresa común de la humanidad*”.<sup>90</sup> Pero su aparición en un instrumento internacional es, sin embargo, más tardía, en la Resolución 4 (XXXIII), de 21 de febrero de 1977, de la Comisión de Derechos Humanos, donde aparece por primera vez la expresión *derecho al desarrollo*, aunque de manera discreta y casi fortuita. Posteriormente, en su Resolución 5 (XXXV) de 2 de marzo de 1979, la Comisión afirma claramente que “*el derecho al desarrollo es un derecho del hombre y que la igualdad de chances en materia de desarrollo es una prerrogativa tanto de las naciones como de los individuos que les componéis*”. El mismo año, la Asamblea General de Naciones Unidas hace suya, esta formulación, incluyéndola en su Resolución 34/46, de 21 de noviembre de 1979. Desde entonces, ambos órganos han aprobado multitud de Resoluciones sobre el derecho al desarrollo.<sup>91</sup> Entre todos esos documentos destaca uno fundamentalmente. Se trata de la Resolución 41/128 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 4 de diciembre de 1986, que contiene la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*.

---

<sup>89</sup> Aunque para algunos autores que han estudiado el derecho al desarrollo, su origen se puede encontrar en la propia Carta de las Naciones Unidas, que data de 1945. En el mismo preámbulo de la Carta, los pueblos de las Naciones Unidas se declaran resueltos “a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad”. Por su parte, el artículo 1.3 establece que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es “realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en **desarrollo** y estímulo del respecto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos...” (el resaltado es nuestro). Y con mayor detenimiento en el capítulo IX de la Carta, que versa sobre la “cooperación internacional económica y social”, cuyo artículo 55, encomienda a la ONU la promoción de “niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y **desarrollo económico y social**...” (el resaltado es nuestro).

<sup>90</sup> Nota que ha sido redactada en el seno de la ONU, conforme CARRILLO SALCEDO, J. A., “El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana”, in REDI – Revista Española de Derecho Internacional, Vol. XXV, Nº 1-4, Madrid, 1972, pp.119/125

<sup>91</sup> En el seno de la Asamblea General: 35/174, de 1980; 36/133, de 1981; 37/55, 37/199 y 37/2000, de 1982; 41/128, de 1986; 42/117, de 1987; 45/97 y 45/155, de 1990; 46/95 y 46/123, de 1991; 47/123, de 1992; 48/41 y 48/130, de 1993; 49/183, de 1984; 50/184, de 1995; 51/99, de 1996; 52/136, de 1997; 53/155, de 1998; y 54/175, de 1999. En el seno de la Comisión de Derechos Humanos: 6 (XXXVI), de 1980; 36 (XXXVII), de 1981; 1982/17; 1983/15; 1985/44; 1986/16; 1987/21; 1987/23; 1989/14; 1989/45; 1990/14; 1991/12; 1991/15; 1992/13; 1993/22; 1994/21; 1995/17; 1996/15; 1997/72; 1998/72; 1999/79 y 2000/5.

El derecho al desarrollo, considerado como un derecho humano, se enmarca dentro de la categoría de los llamados “*derechos de tercera generación*” o “*derechos de la solidaridad*”, derechos que van a suponer una novedosa aportación a los derechos humanos tradicionales.<sup>92</sup> Para la comprensión de esta vinculación del derecho al desarrollo como derecho humano, es valioso hacer aportación a uno de los primeros hitos en este proceso, que es la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968. La Proclamación de Teherán, de 13 de mayo de 1968, en su párrafo nº 12, señala que “*la creciente disparidad entre los países económicamente desarrollados y los países en desarrollo impide la realización de los derechos humanos en la comunidad internacional*”.<sup>93</sup>

Observando el contenido de la mencionada *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo* (Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, de la Asamblea General de Naciones Unidas), se deduce lo siguiente: 1º) el derecho al desarrollo es un *derecho humano inalienable* (art.1.1); 2º) la persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo (art. 2.1); 3º) los Estados tienen el deber primordial de crear condiciones nacionales e internacionales favorables para la realización del derecho al desarrollo, realización que exige el pleno respeto de los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (art.3.1 y 2); 4º) los Estados tienen el deber de cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo, adoptando, individual y colectivamente, medidas para formular políticas adecuadas de desarrollo internacional a fin de facilitar la plena realización del derecho al desarrollo (arts.3.3, 4.1 y 5º) todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son *indivisibles e interdependientes*.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> NAYAK, R. Rumar, “Evolving right to development as a principle of Human Rights Law”, en ROY CHOWDHURY; DENTERS, E. and P. DE WAART (Eds.): *The Right to Development in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, p. 153, afirma que “*el derecho al desarrollo proporciona nuevas dimensiones a los derechos humanos, representa la transposición de estos derechos al nivel de la comunidad internacional*”.

<sup>93</sup> GÓMEZ ISA, Felipe, *El derecho al desarrollo: entre la justicia y la solidaridad*, Op. Cit., p.19, la primera definición y caracterización del derecho al desarrollo como derecho humano se la debemos al jurista senegalés Keba M’Baye, quien, en la sesión inaugural del Curso de Derechos Humanos de Estrasburgo, pronunció una conferencia sobre el derecho al desarrollo en el ámbito internacional.

<sup>94</sup> ESPIÑOSA DE LOS MONTEROS, Rafael, *La Deuda Externa, Aspectos jurídicos del endeudamiento internacional*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, p.270, señaló además la siguiente afirmación: “La consideración del derecho al desarrollo como un derecho humano, que ya estaba recogida en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, ha sido reafirmada definitivamente

Es la resolución 1989/45 de la Comisión de Derechos Humanos quien invita al Secretario General a que convoque la Consulta Mundial sobre el derecho al desarrollo como derecho humano, que tiene lugar en Ginebra del 8 al 12 de enero de 1990. Después de la Consulta Mundial, las medidas para aplicarlo y promoverlo se han seguido discutiendo tanto en la Comisión de Derechos humanos como en la Asamblea General de las Naciones Unidas, solicitando diversos informes al Secretario General sobre la materia. El derecho al desarrollo ha figurado como uno de los temas a tratar en las últimas conferencias internacionales celebradas sobre los auspicios de las Naciones Unidas, lo que demuestra el interés creciente de la comunidad internacional por este nuevo derecho humano.

Desde la reafirmación del *derecho al desarrollo* en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de Viena en junio de 1993, las Resoluciones sobre el *derecho al desarrollo* que han sido aprobadas por la Comisión de Derechos Humanos<sup>95</sup>, no han dejado de reafirmar la Declaración sobre este derecho de solidaridad, como un derecho universal inalienable y parte integrante de todos los derechos humanos fundamentales<sup>96</sup>, y de considerar la persona humana como sujeto central del desarrollo.<sup>97</sup> Es más, se reconoce que la “*La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo constituye un vínculo entre la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración y Programa de Acción de Viena al detallar un concepto holístico que integra los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos civiles y políticos*”.<sup>98</sup> Éste es uno de los aspectos más importantes al asumir el derecho al desarrollo en su concepto holístico, como un instrumento de integración entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos. En verdad, sólo tiene sentido hablar de derechos humanos si tanto éstos como aquellos son atendidos.

---

con ocasión de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, celebrada en Viena, en junio de 1993. En el párrafo 9 de la Declaración y Programa de Acción, ‘*La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el derecho al desarrollo, según se proclama en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, como derecho universal e inalienable y como parte integrante de los derechos humanos fundamentales*’ ”.

<sup>95</sup> Las Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos n°s 1994/21, 1995/17, 1996/15, 1997/72, 1998/72, 1999/79 y 2000/5.

<sup>96</sup> El párrafo 6 de la *Declaración de Viena* establece lo siguiente: “La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el derecho al desarrollo, según se proclama en la Declaración sobre derecho al desarrollo, como derecho universal e inalienable y como parte integrante de los derechos humanos fundamentales...”.

<sup>97</sup> *Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo*, el Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994, A/CONF.171/13, establece que: “el derecho al desarrollo es un derecho universal e inalienable, que es parte integrante de los derechos fundamentales, y la persona humana es el sujeto central del desarrollo...”

<sup>98</sup> Resolución 2000/5 de la Comisión de los Derechos Humanos.



En este sentido, afirma Bedjaqui<sup>99</sup> que el derecho al desarrollo es “*el primer y el último derecho humano, el comienzo y el final, el medio y el fin de los derechos humanos, en definitiva ‘le droit matriciel’ del que derivan todos los demás derechos humanos. Mientras que una sociedad humana esté privada del derecho al desarrollo, difícilmente podrá garantizar el ejercicio real de los demás derechos humanos, ya que el derecho al desarrollo es la condición necesaria, si bien no suficiente, para todos los demás*”.

El instrumento jurídico internacional más importante en relación con el derecho al desarrollo, es sin duda, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), aprobada en Nairobi (Kenia), en cuyo artículo 22 reconoce que: 1. “*todos los pueblos tienen derecho a su desarrollo económico, social y cultural, dentro del estricto respeto por su libertad y por su identidad, y al usufructo igual del patrimonio común de la humanidad*”. 2. “*los Estados tienen el deber, por separado o en cooperación, de asegurar el ejercicio del derecho al desarrollo*”. Se percibe que la Carta afirma que los pueblos son también titulares de derechos humanos, tanto en el plan interno como en el internacional, pues hasta hace poco sólo existía el reconocimiento del derecho de los pueblos a la autodeterminación, asentado en los Pactos Internacionales de 1966.<sup>100</sup>

Se entiende que aunque el desarrollo facilite el disfrute de todos los derechos humanos, no se puede invocar la falta de desarrollo para justificar la limitación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y también, el derecho al

---

<sup>99</sup> BEDJAQUI, M., “Le droit au développement” in *Droit International. Bilan et Perspectives*, 2 vol, Paris, 1991, p. 1252.

<sup>100</sup> KONDER COMPARATO, Fabio, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, Ed. Saraiva, 3ª edición, S.Paulo, 2003, pp.391/392. El autor habla sobre el concepto impreciso de “pueblo”: “*O conceito de povo, no directo internacional, ainda não alcançou uma definição consensual. A dificuldade maior para se chegar a tanto, consiste em distinguir, com suficiente nitidez, povo de Estado. O direito internacional regula, desde há muito, o reconhecimento oficial de Estados ou de governos, mais ignora ainda um processo formal de reconhecimento da identidade dos povos. Ademais, há uma certa variação terminológica a esse respeito nos documentos internacionais...*” Y en la p.393, habla de tres concepciones de “Pueblo”, según el contexto de la proposición normativa: “*1º) pode significar toda a população de uma colônia ou território ocupado; 2º) a totalidade dos cidadãos de un determinado Estado; 3º) um grupo minoritário deste, com as características que a doutrina empresta à noção de minoria no texto do artigo 27 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, a saber, um grupo social numericamente inferior, mas não politicamente dominante, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis, nitidamente diversas do restante da população*”. Existe también el problema de la personalidad y de representatividad de “pueblo”, ya que no es una unidad jurídica autónoma. Así, se si reconocen derechos subjetivos al “pueblo”, distintamente considerado, y si éste no es organizado autónomamente como persona, ¿quién tiene la legitimidad para ejercer tales derechos? Podría ser el caso de la legitimidad substitutiva?

desarrollo debe ejercerse de manera que se satisfagan equitativamente las necesidades ambientales de desarrollo y demográficas de las generaciones presentes y futuras.<sup>101</sup>

En una de las últimas citas internacionales, la Cumbre sobre Desarrollo Social, celebrada en Copenhague del 6 al 12 de marzo de 1995, los Jefes de Estado y de Gobierno presentes en dicha Conferencia declararon que: *“sostenemos una visión política, económica, ética y espiritual del desarrollo social basada en la dignidad humana, los derechos humanos, la igualdad, el respeto, la paz (...). Con ese fin, estableceremos un marco para la acción con miras a: ...j) promover el respeto universal, la observancia y la protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos, incluido el derecho al desarrollo...”*<sup>102</sup>

En verdad, los resultados de las grandes Conferencias Internacionales celebradas desde inicios de los años 90, han puesto también de manifiesto la importancia de un desarrollo centrado en la persona humana, que permita mejorar el bienestar de todos, garantizándoles el pleno respeto de la totalidad de los derechos humanos.<sup>103</sup>

Resulta significativo el reconocimiento del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en cuanto al papel social del derecho al desarrollo: *“el derecho al desarrollo es un instrumento cada vez más importante para combatir la exclusión social, económica y cultural que experimentan actualmente muchas personas en comunidades de todo el mundo”*.<sup>104</sup> La obligación asumida por los estados al firmar la Carta de Naciones Unidas de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias de sus sistemas políticos, económicos y sociales, con el fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación libre de toda discriminación, nos lleva a la reflexión de que, con este fin, *“los Estados deben cooperar para promover el crecimiento económico en todo el mundo, particularmente en los*

---

<sup>101</sup> Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo, el Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994, A/CONF.171/13.

<sup>102</sup> Declaración y Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, A/CONF.166/L.3/Add.1, de 10 de marzo de 1995, p.8.

<sup>103</sup> Conferencia Internacional sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, junio de 1992), Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, septiembre de 1994), Conferencia Internacional sobre Desarrollo Social (Copenhague, marzo de 1995), Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, septiembre de 1995), Conferencia Internacional con respeto a Establecimiento Humano (Estambul, junio de 1996).

<sup>104</sup> E/CN.4/1998/98, párrafo 19.

*países en desarrollo*".<sup>105</sup> También el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha expresado su convencimiento de que, teniendo en cuenta que la *cooperación internacional es indispensable* para aplicar el derecho al desarrollo, el problema de la deuda externa debe ser abordado (ya que el problema del desarrollo y de la deuda externa, están íntimamente relacionados), sobre una base del diálogo y transparencia, y con un espíritu de cooperación orientado a la acción.<sup>106</sup>

La responsabilidad de los Estados en la realización del derecho al desarrollo, en el plano nacional, se sitúa en tres niveles: están obligados a respetarlo, están obligados a protegerlo y están obligados a darle efecto. En este orden de cosas, los Estados deben adoptar las medidas económicas y sociales necesarias para prevenir la exclusión de los grupos marginados por la extrema pobreza, que constituye una denegación directa del derecho al desarrollo; y deben crear instituciones nacionales para su promoción y protección y/o reforzar las ya existentes, instando a los jueces y tribunales a que apliquen las normas internacionales relativas a los derechos humanos. Para cumplir plenamente con las responsabilidades que tienen con quien es el verdadero destinatario del derecho al desarrollo, es decir, el individuo, los Estados deberían ratificar los tratados en materia de derechos humanos o, en su caso, reconsiderar la validez de las reservas que hayan formulado a los mismos, aceptar los mecanismos y procedimientos de vigilancia y cooperar con los órganos internacionales de seguimiento para contribuir a la promoción y defensa de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.<sup>107</sup>

## **7. EL DERECHO AL DESARROLLO Y LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

El Tribunal Internacional de Justicia todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse directamente sobre el derecho humano al desarrollo. Tan sólo en algunas sentencias han aflorado cuestiones relacionadas con este tipo de derecho humano, aunque de una forma muy indirecta y tangencial.

---

<sup>105</sup> Resolución 2626 (XXV) en *Textos Básicos de Naciones Unidas*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, pp.229 y ss. Observemos además, que el Secretario General de Naciones Unidas ha afirmado que "el carácter global y político de la crisis de la deuda requiere un auténtico diálogo político entre Estados acreedores y Estados deudores, basado en el principio de la responsabilidad compartida", E/CN.4/1995/25, párrafo 43°.

<sup>106</sup> E/CN.4/1998/98, párrafo 20°.

<sup>107</sup> ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rafael Zafra, *La Deuda Externa, Aspectos jurídicos del endeudamiento internacional...Op. Cit.*, p.284.

En el asunto relativo a la delimitación de la plataforma continental entre Túnez y Libia, se invocaron factores económicos como circunstancias que debían ser tenidas en cuenta por el Tribunal en el proceso de delimitación de la plataforma continental. Por un lado, Túnez alegaba su pobreza, debido a la ausencia de recursos naturales, en relación a la abundancia relativa de Libia. Por otro, para el Gobierno Libio, la presencia o ausencia de hidrocarburos en las zonas de la plataforma continental debía ser una consideración importante en la operación de delimitación. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia rechaza estos argumentos de carácter económicos como circunstancias pertinentes a la hora de proceder a la delimitación de la plataforma continental entre dos Estados, dado su carácter variable.<sup>108</sup>

Otro caso en el cual se ha negado por parte de determinados componentes del Tribunal que las circunstancias de subdesarrollo o de situación geográfica especial constituyan elementos que deban ser tenidos en cuenta a la hora de emitir un pronunciamiento jurídico ha sido en el asunto sobre ciertos territorios de fosfatos en Naurú (Entre Naurú y Australia<sup>109</sup>). En esta ocasión, el Gobierno de Naurú requirió al Tribunal que juzgase y declarase que el Estado demandado había incurrido en una violación de la obligación de respetar el derecho del pueblo de Naurú a la soberanía permanente sobre su riqueza y sus recursos naturales. Lamentablemente, el Tribunal Internacional de Justicia no se pronunció sobre la interesante alegación del Gobierno de Naurú relativa al derecho de su pueblo a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales, directamente con el derecho a su desarrollo, dado que declaró inadmisibile la demanda de Naurú. A pesar del resultado, algunos de los jueces del Tribunal, en sus opiniones separadas o disidentes, realizaron diferentes consideraciones relativas a factores de índole económico y geográfico. Mientras, la línea jurisprudencial, hasta el momento, no ha considerado la situación económica o geográfica de un determinado país, en sus postulaciones.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> GÓMEZ ISA, Felipe, *El derecho al desarrollo...Op. Cit.* pp.125/130. Señalo la opinión de la Corte: “La Cour estime ces considérations économiques ne sauraient être retenues pour la délimitation des zones de plateau continental relevant de chaque Partie. Il s’agit de facteurs quasiment extrinsèques, puisque variables et pouvant à tout moment faire pencher la balance d’un côté ou de l’autre de façon imprévisible, selon les heurs ou mal heurs des pays en cause. Un pays peut être pauvre aujourd’hui et devenir prospère demain à la suite d’un événement tel que la découverte d’une nouvelle richesse économique. Quant à la présence de puits de pétrole dans une zone à délimiter, cette présence peut, selon les faits, représenter un élément à considérer dans le processus au cours duquel tous les facteurs pertinents sont soigneusement pesés pour aboutir à un résultat équitable”

<sup>109</sup> Naurú es uno de los Estados más pequeños del mundo y Australia uno de los más grandes.

<sup>110</sup> GÓMEZ ISA, Felipe, *Op. Cit.*, pp.127/128.

Otro caso, en el ámbito de sentencia arbitral, referido al derecho de desarrollo, ha sido el de la delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea Bissau. En esta sentencia, el Tribunal Arbitral vuelve a reiterar, como ya hiciera el Tribunal Internacional de Justicia en los casos mencionados, que los problemas económicos de los Estados no constituyen circunstancias permanentes para ser tenidas en cuenta a efectos de delimitación: “...*No sería justo ni equitativo basar una delimitación en la evaluación de datos que cambian y que son a menudo inciertos.*”<sup>111</sup>

Mientras, la jurisprudencia internacional, a través del Tribunal Internacional de Justicia se ha referido de una manera expresa al derecho humano al desarrollo, incluso tras negar la pertinencia de los factores económicos como elementos dignos de ser tenidos en cuenta para delimitar una frontera; el Tribunal no pudo dejar de reconocer la legitimidad de tales alegaciones de circunstancias económicas, por lo que, en consecuencia, *acaba reconociendo el derecho al desarrollo de los pueblos involucrados en esta disputa.*<sup>112</sup>

Entre los tribunales internacionales, destacan la Corte Europea de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han desempeñado un importante papel en la integración de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, entendiéndose aquéllos en el ámbito internacional y éstos en el ámbito interno de las naciones.

Aunque los tribunales internacionales aún no hayan elaborado jurisprudencias, directamente se refieren al derecho al desarrollo cuando se observan, decisiones que contemplan contenidos del derecho al desarrollo como la salud, la educación o la protección ambiental. La actuación de estos tribunales reside en la protección directa e inmediata a tales derechos reclamados y también de forma indirecta, pues al proporcionar una mejora de las condiciones de vida de esas personas que llamaron a sus puertas en búsqueda de soluciones, contribuyen a su desarrollo socio-económico.

Así, nos proponemos llevar a cabo esta tarea, consabidamente nada fácil dada su elevada complejidad, pero sí posible para aquellos que poseen un alto grado de

---

<sup>111</sup> “Guinea/Guinea-Bissau: Dispute concerning delimitation of the maritime boundary”, *International Legal Materials*, vol. XXV, 1986, p. 301.

<sup>112</sup> “Guinea/Guinea-Bissau: Dispute concerning delimitation of the maritime boundary”, *Op. Cit.*, pp.301/302.

sensibilidad y disposición para trabajar arduamente en esta dirección haciendo las investigaciones necesarias para ello.<sup>113</sup>

## **8. SISTEMA INTERNACIONAL DE COOPERACIÓN Y AYUDA AL DESARROLLO, breves consideraciones**

En este tema, principalmente es necesario tener en cuenta cuál es el papel esencial de la cooperación para el desarrollo. No se puede negar que un objetivo central de la ayuda debe ser mejorar el clima económico, político y social general de los países asociados, prestando apoyo con medidas destinadas a mejorar la legitimidad y la eficacia del Estado, así como al surgimiento de una sociedad civil fuerte. Estos esfuerzos deben facilitar la creación de un consenso sobre cuestiones económicas, sociales y políticas centrales. La ayuda para la promoción de la democracia, de los mecanismos participativos en el sistema político y del Estado de Derecho pueden ser elementos de una estrategia para la construcción de la paz que contribuya a integrar a individuos y grupos dentro de la sociedad, reforzando su participación y previniendo su marginalización y la posibilidad de que recurran a la violencia.<sup>114</sup>

En el ámbito internacional y con carácter de cooperación al desarrollo, los donantes pueden ayudar en concreto a facilitar las negociaciones y los procesos de reconciliación, especialmente en el caso de Estados débiles (en crisis) o donde existan grandes zonas o regiones que quedan fuera del control del gobierno central. Esto puede incluir el apoyo al desarrollo de organizaciones sociales intermediarias como las ONG locales, las asociaciones empresariales, los comités multiétnicos o las organizaciones de mujeres, y ayudar a grupos marginados a obtener un mejor acceso a los sistemas de justicia, a la administración civil y a los medios de comunicación.

A la hora de formular enfoques para la cooperación para el desarrollo en situaciones de conflicto, deben tenerse en cuenta los siguientes principios: a) la cooperación para el desarrollo debe hacer todo lo posible para favorecer un entorno de estabilidad democrática estructural que sirva de base para el desarrollo sostenible; b)

---

<sup>113</sup> La tarea se muestra posible ante la existencia de los Centros de Documentación Europea, que fueron creados en las más imponentes universidades europeas, como es el caso de la Universidad de Salamanca.

<sup>114</sup> OCDE, *Conflicto, paz y cooperación para el desarrollo en el umbral del siglo XXI*, Serie Directrices de la cooperación para el desarrollo, (trad. Española), Madrid, 1999, pp.45 y ss.

los donantes deben tratar de desarrollar su capacidad para analizar el contexto sociopolítico en el que se proporciona la cooperación para el desarrollo; c) el análisis detallado debe servir de base para valorar la importancia relativa de abordar explícitamente las causas profundas del conflicto dentro de las estrategias de la cooperación para el desarrollo; c) cuando se considere oportuno, esto debe llevar a explorar las oportunidades para la acción preventiva. Estas acciones deben crear la capacidad, por parte de los países y actores implicados, para abordar las causas fundamentales del conflicto, y desarrollar las instituciones y mecanismos necesarios para facilitar la conciliación de intereses divergentes dentro de la sociedad y la gestión pacífica de las disputas sociopolíticas; d) la cooperación para el desarrollo es sólo uno de los instrumentos de política exterior; hay que reforzar los mecanismos de cooperación entre todos los instrumentos de que disponen los países donantes (militares, políticos, de cooperación para el desarrollo y comerciales); e) de modo similar, hay que fomentar una mayor coherencia política dentro del sistema multilateral entre los elementos políticos, militares y de desarrollo.<sup>115</sup>

Observamos que un principio básico de la cooperación para el desarrollo, es que la integración de la ayuda externa en los esfuerzos nacionales es responsabilidad del país asociado. Los países en desarrollo son responsables de su propio desarrollo y la ayuda externa debe basarse en las capacidades, los recursos y las iniciativas nacionales, y no substituirlos. De este modo, existe un acuerdo general en los propósitos de la coordinación de la ayuda: los recursos deben entregarse con toda la eficacia y eficiencia que permitan las condiciones locales; las contribuciones de los numerosos donantes implicados deben ser complementarias y asignadas de conformidad con las prioridades y políticas locales. Por otra parte, la ayuda externa debe gestionarse de forma que alivie las cargas de los países asociados y no añada sus propios problemas de coordinación. A menudo se pide a los organismos de la ONU y a otras organizaciones multilaterales que asuman un amplio abanico de responsabilidades, incluida la coordinación y el liderazgo, en relación con la cooperación internacional, tanto para la ayuda humanitaria como para el desarrollo. Eso se explica en razón de que la mejor forma de ejercer la coordinación de la ayuda externa es por medio de un órgano que

---

<sup>115</sup> *Conflicto, paz y cooperación para el desarrollo en el umbral del siglo XXI, Op. Cit.*, pp. 46/47.

tenga una imagen de imparcialidad y que al mismo tiempo sea capaz de representar el propósito colectivo de la comunidad internacional.<sup>116</sup>

Pero, ¿qué es la cooperación internacional al desarrollo? Se puede decir que la cooperación internacional al desarrollo *comprende el conjunto de actuaciones, realizadas por actores públicos y privados, entre países de diferente nivel de renta con el propósito de promover el progreso económico y social de los países del Sur de modo que sea más equilibrado en relación con el Norte y resulte sostenible.*<sup>117</sup> A través de la cooperación al desarrollo, se pretende también contribuir a un contexto internacional más estable, pacífico y seguro. Las actuaciones de la cooperación al desarrollo se sitúan en el marco más amplio de las relaciones internacionales, de las que constituyen un ámbito específico, y van dirigidas, principalmente a mejorar las condiciones de vida de la población de los países de menor renta relativa. Con esta finalidad intentan *impulsar el crecimiento económico y el bienestar social, favorecer formas de gobierno, democráticas, respetuosas con los derechos humanos y contribuir a la preservación del medio ambiente.* Las formas de acción pueden ser muy diversas y abarcan desde concesiones comerciales a transferencias directas de distintos tipos de recursos. A menudo, los donantes diseñan programas de cooperación que incluyen distintos instrumentos, de forma que se complementan y se refuerzan mutuamente.<sup>118</sup>

El *sistema internacional de cooperación y ayuda al desarrollo* se caracteriza por ser plural y descentralizado. Está formado por un gran número de organizaciones de muy distinta naturaleza como organismos internacionales, poderes públicos de países donantes y receptores de ayuda, organizaciones no gubernamentales de desarrollo (ONGD), empresas y otras entidades de la sociedad civil. En la actualidad, se encuentra en un período de transformación y cambio que está trayendo consigo una revisión de sus fundamentos, objetivos e instrumentos como consecuencia de las modificaciones que se están produciendo en la sociedad internacional.<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> *Conflicto, paz y cooperación para el desarrollo en el umbral del siglo XXI, Op. Cit.*, pp.49 y 58.

<sup>117</sup> GÓMEZ GALÁN, Manuel & SANAHUJA, José Antonio, *El Sistema Internacional de Cooperación al Desarrollo, una aproximación a sus actores e instrumentos*, Ed. Cideal, 2ª ed., Madrid, 1999, p. 17.

<sup>118</sup> GÓMEZ GALÁN, Manuel, & SANAHUJA, José Antonio, *El Sistema Internacional de Cooperación al Desarrollo, Op. Cit.*, p.17. De entre las formas adoptadas para la cooperación al desarrollo, los Autores destacan, las pp.23 *usque* 35, las siguientes: “**1. las preferencias comerciales; 2. la cooperación económica; 3. la ayuda financiera; 4. la asistencia técnica; 5. la cooperación científica y tecnológica; 6. la ayuda alimentaria y 7. la ayuda humanitaria y de urgencia.**”

<sup>119</sup> GÓMEZ GALÁN, Manuel & SANAHUJA, José Antonio, *El Sistema Internacional de Cooperación al Desarrollo, Op. Cit.*, pp.11/14.



Enmarcada en la cooperación al desarrollo, se encuentra la ayuda al desarrollo, como un concepto más restrictivo. Es importante explicitar lo que se entiende por *ayuda al desarrollo* y por *ayuda oficial al desarrollo*. Alude a las modalidades de transferencias de recursos de un país desarrollado a otro menos desarrollado que se realizan en determinado grado de “concesionalidad”, por parte de la instancia, sea gubernamental o no gubernamental. Con la expresión *ayuda oficial al desarrollo* (AOD) se refiere a un tipo especial de ayuda al desarrollo, que se caracteriza por tener origen público y por responder a unas características similares para todos los donantes: a) tiene como destino el desarrollo económico y social del país beneficiario, estando excluidas otras finalidades; b) las transferencias han de incluir un “elemento de concesionalidad”, esto es, una mejora de las condiciones con las que esos mismos recursos podrían obtenerse en el mercado, que debe ser como mínimo 25%. Si se trata de una donación, el elemento de concesionalidad sería de un 100%. Si es un crédito, el elemento de concesionalidad se calcula conforme a criterios uniformes establecidos; c) el país beneficiario debe ser un país en desarrollo.<sup>120</sup>

Por relevante, se debe mencionar la cooperación al desarrollo de la Unión Europea. En su ámbito, coexiste la cooperación al desarrollo que llevan a cabo las instituciones comunitarias (en particular la Comisión), con las políticas de cooperación propias de cada uno de los Estados miembros. Si tomamos conjuntamente la cooperación bilateral de los Estados miembros y la cooperación comunitaria, la Unión Europea es el principal donante mundial de ayuda al desarrollo. La cooperación con América Latina, por ejemplo<sup>121</sup>, se ha incrementado a partir de los años ochenta y después de los acuerdos firmados con los países de mayor atractivo económico: Argentina, Brasil, México y Uruguay, entre los años 1970 y 1975. Entre los años 1990 y 1995, América Latina fue la región en la que se registraron las tasas de crecimiento más elevadas de las exportaciones y las inversiones de la Unión Europea. La nueva generación de acuerdos firmados con MERCOSUR, Chile y México pretende establecer un modelo de asociación basado en tres pilares: 1º) un diálogo político institucionalizado, a nivel ministerial y de jefes de Estado o de Gobierno, basado en un compromiso mutuo con la democracia y el respeto de los derechos humanos incluyendo, entre otros compromisos, la “cláusula

---

<sup>120</sup> GÓMEZ GALÁN, Manuel & SANAHUJA, José Antonio, *El Sistema Internacional de Cooperación al Desarrollo*, Op. Cit, pp. 20/21.

<sup>121</sup> El ejemplo elegido guarda relación con las regiones de interés preferencial estudiada en el presente trabajo: Europa y América Latina.

democrática”<sup>122</sup>; 2º) la liberación progresiva y recíproca de los intercambios comerciales, de los flujos de capital y de la inversión, conforme las normas de la OMC y teniendo en cuenta la sensibilidad de algunos productos; 3º) la cooperación económica avanzada, incluyendo acciones de apoyo a la liberalización de las relaciones económicas mutuas. También, en términos de cooperación y ayuda económica de Europa para con América Latina, fueron definidos tres ejes prioritarios: 1º) la consolidación democrática, incluyendo el fortalecimiento del poder legislativo y judicial, el estímulo del “buen gobierno” y la reforma del Estado; 2º) la lucha contra la pobreza y la exclusión social, integrando a la población en la economía de mercado y; 3º) el apoyo a la reforma económica y a la mejora de la competitividad internacional, mediante el apoyo al sector privado y el fomento del comercio y la inversión.<sup>123</sup>

Se percibe que junto al ajuste estructural de las economías se desarrolla un ajuste democrático entrelazado con la cooperación al desarrollo. Se entiende que la correlación libre de mercado-democracia representativa procura el desarrollo económico en una concepción mimética de la prosperidad social. El crecimiento económico revierte, a su vez, en estabilidad y libertad políticas. En los últimos tiempos se multiplican las declaraciones, las gestiones confidenciales, los contactos gubernamentales y parlamentarios, la pedagogía democrática y, sobre todo, el sometimiento de la ayuda a ciertas garantías democráticas. Es interesante poner de relieve que el propio diálogo Norte-Sur en el marco de la ONU parece ajustarse ya a las coordenadas liberales, como se infiere del cuarto decenio de Naciones Unidas para el desarrollo, relativo a los años 90.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> En 1993, el Consejo y los Estados miembros de la Unión Europea hicieron pública una declaración donde se defiende la universalidad de los derechos humanos y el papel central que juegan en el desarrollo, comprometiéndose a apoyar a los países que mantienen procesos de democratización y respetan los derechos humanos y, por el contrario, a adoptar medidas restrictivas si estos procesos se viesen amenazados, aumentando las ayudas en caso de que se hayan producidos cambio positivos.

<sup>123</sup> GÓMEZ GALÁN, Manuel & SANAHUJA, José Antonio, *El Sistema Internacional de Cooperación al Desarrollo*, Op. Cit, pp.109/119 y 134/138. Un importante programa de cooperación descentralizada de la UE para con AL, mencionado por los Autores a la p. 154, es ALFA – América Latina Formación Académica, creado en marzo de 1994, con 40 millones de euros, en la fase inicial. Sus objetivos son la promoción de la mejora del potencial científico y tecnológico y, en general, del contexto económico, social y cultural, mediante acciones de formación y de transferencia de conocimiento, favoreciendo la formación y la investigación en el marco de la cooperación regional. Implica la cooperación entre instituciones de enseñanza superior de América Latina y Europa, y la creación de redes de instituciones de enseñanza superior para la realización de actividades académicas conjuntas, la movilidad de posgraduados, estudiantes universitarios y otras actividades que contribuyan a la integración regional de los países latinoamericanos.

<sup>124</sup> ROLDAN BARBERO, Javier, *Democracia y Derecho Internacional*, Editorial Civitas, Madrid, 1994, p.79, con lo siguiente acrecimiento: “El ahondamiento de la miseria se ha visto acompañado, sin embargo, de una cierta pacificación dialéctica entre países ricos y pobres. La razón proviene, en parte, de una

Es interesante observar que actualmente viene ocurriendo una inmensa expansión de acuerdos y tratados bilaterales, multilaterales y regionales entre los países en el escenario internacional, que se esfuerzan para la defensa de sus intereses económicos y políticos, y que por eso, se unen en la conveniencia de esos intereses bilaterales, multilaterales y regionales, especialmente ante el fenómeno de la globalización, lo que provocó un incremento de la competición económica entre empresas y países. Pero tal fenómeno, que está, de cierta forma, en oposición a la cooperación y ayuda al desarrollo de los países más pobres, necesita ser enfrentado de forma más organizada por lo comunidad internacional, tanto a través de los países líderes y si duda alguna, con la participación decisiva de los denominados países emergentes, BRIC Brasil, Rusia, India y China, como por organismos internacionales en el seno de la ONU, en beneficio de los países menos desarrollados, sobre todo en el continente africano y sudamericano, donde las necesidades son mayores y donde la erradicación del hambre, la sanidad básica y la educación fundamental de los niños y jóvenes, son más urgentes y necesarias. El mundo desarrollado no puede olvidar esta grave situación, tiene que exigir cada vez más acciones gubernamentales que representen la atención, la solidaridad de los pueblos y que garanticen la verdadera concretización del derecho al desarrollo.

## **8.1 BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA COOPERACIÓN INSTITUCIONAL, ECONÓMICA Y COMERCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA CON AMÉRICA LATINA**

Considerando la importancia histórico-cultural de los lazos entre el continente europeo y América Latina, en especial con España y Portugal, hemos de hacer algunas consideraciones que interesan al presente trabajo sobre la cooperación entre la Unión Europea con América Latina, que más interesa al presente trabajo.

Si intentamos comprender la evolución histórica durante el siglo XX en América Latina, entenderemos los cambios de su modelo de desarrollo. Había una estrategia de sustitución de importaciones vigente antes de la II Guerra Mundial, que entró en crisis a partir de los años setenta cuando la nueva división internacional del

---

convergencia ideológica en torno al liberalismo como filosofía política y económica que Occidente está incentivando...La democracia pluralista forma parte ya de la lista de productos manufacturados de exportación expedidos por Occidente y que será difícil resistir a su influjo”.

trabajo evolucionó hacia la globalización económica, la liberalización del comercio y los cambios tecnológicos. Pero, dos circunstancias adicionales marcan la vida económica, social y política de América Latina entre la crisis de los años setenta y bien avanzada década siguiente, que son las dictaduras militares que interrumpieron la vida democrática y la deuda externa cuya elevada cuantía ponía en peligro la frágil economía de la región. Con la reimplantación de la democracia a partir de la segunda mitad de la década de los ochenta y las reformas económicas introducidas a comienzo de los años noventa, se arrojan resultados positivos en el mundo económico, pero escasos en el ámbito social y en la modernización de las instituciones públicas.

Las relaciones de cooperación institucional, subregional y comercial entre la Comunidad Económica Europea y América Latina han sido escasas y distantes hasta 1986. Pero, sobre todo, a partir de 1986, con el ingreso de España y Portugal en la Unión Europea, las relaciones de cooperación, comerciales y políticas experimentan un importante y progresivo avance. La nueva Política de Cooperación al Desarrollo del Tratado de Maastricht y sobre todo la Presidencia Española del Consejo Europeo en el segundo semestre de 1995, permiten que América Latina pueda beneficiarse de una Política de Cooperación específica para esta región, que a partir de 1995 se fundamente, según Alfonso Rodríguez de Alva<sup>125</sup> en: a) el interés estratégico del fortalecimiento de los vínculos entre la UE y AL; b) el balance de las relaciones entre ambas regiones; c) tres ejes prioritarios para potenciar las relaciones de cooperación (1º. Apoyo institucional y consolidación de los procesos democráticos; 2º. Lucha contra pobreza y la exclusión social; 3º. Apoyo a las reformas económicas y a mejora de la competitividad internacional). Así, los programas europeos de cooperación que se han realizado con AL, han apoyado la consolidación del Estado de Derecho y los procesos democráticos y han contribuido a reducir los problemas de pobreza y desigualdades sociales y también, a fomentar las reformas económicas y a aumentar el nivel de competitividad de AL. Así mismo se ha relanzado el diálogo político con el Grupo de Río, Pacto Andino, MERCOSUR y Diálogo de San José, y las relaciones comerciales cuyos intercambios han crecido considerablemente.

La Unión Europea tiene firmados acuerdos bilaterales con todos los países de América Latina, excepto Cuba. Con ninguna otra zona del mundo comparte

---

<sup>125</sup> SÁNCHEZ DE ALVA, Alfonso Rodríguez, *Cooperación Institucional, Económica y Comercial de la Unión Europea con América Latina*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, p.50.

la UE tantos valores culturales como con América Latina. La UE es su segundo socio comercial del mundo (tras EEUU), el primero en Chile, Comunidad Andina - CAN (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) y MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela, que sigue en aprobación, en los países miembros) La UE es también el principal inversor en América Latina. Ha realizado en los últimos años en torno a las tres cuartas partes de las inversiones directas totales que recibe el área, siendo España el primer inversor comunitario y en algunos países latinoamericanos también el primero del mundo.<sup>126</sup>

En cuanto a las reformas económicas, sociales e institucionales realizadas en América Latina durante la década de noventa, se puede decir amparado en las opiniones de expertos<sup>127</sup>, que las mismas arrojan resultados positivos: reducción espectacular de la inflación; crecimiento elevado y sostenido del PIB; entrada de importantes inversiones en los sectores productivos; renegociación de la deuda externa, consolidación democrática y protagonismo de la sociedad civil. Sin embargo, en el ámbito social las reformas no han tenido tanto éxito: la pobreza apenas ha disminuido y ha aumentado el desempleo, el subempleo y las desigualdades.<sup>128</sup> La política comercial y cambiaria presenta una apertura exterior de las economías latinoamericanas, pues el TLC, MERCOSUR y la Comunidad Andina han contribuido a relanzar el comercio internacional y el comercio inter-regional, dando lugar a que las importaciones hayan crecido más que las exportaciones. La liberalización de los mercados financieros unido a las profundas reformas introducidas en sus normativas de funcionamiento, seguimiento y control, ha posibilitado el desarrollo de sistemas financieros minoristas (banca personal y comercial), la ampliación de los productos financieros y la entrada masiva de capital extranjero. Como consecuencia de todo ello han mejorado ostensiblemente los indicadores de monetización de Argentina, Chile, México y Brasil y de otros países. También hay que se observar, según el IRELA, que *“una labor fundamental en el proceso de estabilización y ajuste ha sido la reducción del déficit fiscal al tiempo que se*

---

<sup>126</sup> FÉRNANDEZ NAVARRETE, Donato, “Unión Europea-América Latina: de la Cooperación a la asociación”, *Política Exterior*, nº 104, Estudios de Política Exterior, Madrid, marzo/april 2005, pp.133/143, que destaca la América Latina de entre las regiones menos integradas del mundo. El A. destaca que AL se divide en los siguientes grupos: Mercado Común Centroamericano (MCC, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua), CAN y MERCOSUR; además de dos países no ligados estrictamente a ninguno de los anteriores bloques económicos, Chile y México.

<sup>127</sup> SÁNCHEZ DE ALVA, Alfonso Rodríguez, *Cooperación Institucional, Económica y Comercial de la Unión Europea con América Latina, Op. Cit.*, pp. 58 y ss.

<sup>128</sup> El porcentaje de hogares pobres en AL era de 35% en 1980 y del 39% en 1994 y el de hogares indigentes pasó de 15% al 17% en ese período.

*garantizaba la devolución de la deuda. La reducción del gasto público, sobre todo en los ámbitos en que se consideraba ineficaz, ha sido la fuerza motriz de las privatizaciones y de los cierres de empresas que se han producido durante el proceso de ajuste estructural. Más importante aún ha sido el cambio radical del papel del gobierno al reducir su amplia influencia en la economía. La privatización terminó con el abuso de los recursos públicos.”.*

Las relaciones de cooperación UE-AL en la década de los noventa se han incrementado muchísimo. Entre 1990 y 1995 se aprueban normas de diverso rango sobre cooperación de la CE con AL y Asia entre los que cabe destacar, el Tratado de Maastricht, cuyo título XVII se refiere a “Cooperación al Desarrollo”, que favorecerá “el desarrollo económico y social de los países en desarrollo” y su inserción armoniosa en la economía mundial (Art.130 V). Nótese que la Cooperación Comunitaria con los países en vías de desarrollo de AL y Asia (PDV-ALA), tendrá como objetivo principal, el *desarrollo humano*<sup>129</sup>, siendo los programas de cooperación de dos tipos, la *ayuda financiera y técnica* (ayuda al desarrollo) y *cooperación económica*. Los acuerdos-marco de *cooperación económica y comercial*, son acuerdos mixtos que regulan la relación económica y comercial entre la UE y sus Estados miembros con terceros países y organizaciones regionales.<sup>130</sup> Estos acuerdos se firmaron con la inclusión de una *cláusula política*, para poder beneficiarse de las ayudas comunitarias previstas y los países hubieron de comprometerse a proseguir la consolidación de la *democracia* y a *respetar los derechos humanos* (una vez que se negoció en un contexto histórico la transición de regímenes autoritarios a democráticos en la mayoría de estos países).

La *ayuda financiera y técnica*, según los arts. 4 y 5 del Reglamento del Consejo (de 25/02/92), “irá destinada principalmente a las capas de población más pobres y a los países más pobres de ambas regiones, mediante la realización de programas y proyectos en aquellos sectores en los que la ayuda comunitaria puede

---

<sup>129</sup> TRATADO DE MAASTRICHT, art. 130 U: “1. La política de la Comunidad en el ámbito de la cooperación al desarrollo, que será complementaria de las llevadas a cabo por los Estados miembros, favorecerá: El desarrollo económico y social duradero de los países en desarrollo y, particularmente de los más desfavorecidos. La inserción armoniosa y progresiva de los países en desarrollo en la economía mundial. La lucha contra la pobreza en los países en desarrollo. 2. La política de la Comunidad en este ámbito contribuirá al objeto general de desarrollo y consolidación de la democracia y del Estado de derecho, así como objetivos de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. 3. La Comunidad y los Estados miembros respetarán los compromisos y tendrán en cuenta los objetivos que han acordado en el marco de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales competentes.”.

<sup>130</sup> Fueron de este tipo los que se firmaron - a lo largo de la década de los noventa con las tres grandes subáreas de América Latina - MCC, CAN y MERCOSUR.

desempeñar una función importante”. Y de forma especial, “al desarrollo del sector rural y a la mejora del grado de seguridad alimenticia”. La ayuda financiera y técnica favorecerá: a) la democratización y derechos humanos; b) la protección del medio ambiente; c) la dimensión actual del desarrollo; d) la protección de la infancia; e) la protección de los grupos étnicos minoritarios; f) el aumento de las instituciones regionales; g) el apoyo a la integración regional; h) la investigación; i) el sector energético; j) prevención o reconstitución en caso de catástrofes.

Más del sesenta por ciento del total de la ayuda financiera oficial al desarrollo que percibe América Latina procede de la Unión Europea y de sus Estados miembros.<sup>131</sup> Se destaca para las relaciones entre la UE y MERCOSUR, iniciadas en 1992, la firma de un acuerdo de cooperación interinstitucional, sustituido por otro denominado *acuerdo marco interregional de cooperación entre la UE y sus Estados miembros Y MERCOSUR y sus Estados parte*, con actuación del Banco Europeo de Inversiones (BEI). Casi la mitad de los intercambios comerciales de la UE con la América Latina tiene lugar con MERCOSUR (y entre los países de este pacto, destaca Brasil, que es el primero incluso en toda AL). En torno al 40% de las inversiones directas de la UE en América Latina se dirige a Brasil y un 25% a Argentina; México absorbe en torno al 10% y Chile sobre 8% (pero si valoramos en términos de renta per cápita, Chile ocupa en primer lugar en el comercio con la UE), de manera que más del 80% de las inversiones directas europeas en Latinoamérica se concentra en estos cuatro países.<sup>132</sup>

*La cooperación económica* contribuirá al desarrollo de los PVD-ALA ayudándoles a financiar capacidades constitucionales para conseguir un entorno más favorable a las inversiones y al desarrollo y a aprovechar al máximo las perspectivas que ofrece el aumento de los intercambios internacionales, incluido el mercado único europeo, e incrementando la presencia de agentes, tecnologías y conocimientos técnicos de todos los Estados miembros, en particular en el sector privado y en las pequeñas y medianas empresas. La cooperación económica dará prioridad a los tres sectores siguientes: 1) la mejora del potencial científico y tecnológico, que se efectuará mediante acciones de formación y de transferencia de conocimientos técnicos; 2) la mejora del

---

<sup>131</sup> FERNÁNDEZ NAVARRETE, Donato, “Unión Europea-América Latina: de la Cooperación a la asociación”, *Política Exterior, Op. Cit.*, p.137, con resalto para otros programas de cooperación financiera, el ALFA (América Latina Formación Académica), AI-Invest, Alban, etc.

<sup>132</sup> FERNÁNDEZ NAVARRETE, Donato, “Unión Europea-América Latina: de la Cooperación a la asociación”, *Política Exterior, Op. Cit.*, p.142.

apoyo institucional que deberá ir acompañado de una intensificación del diálogo con los interlocutores; 3) la ayuda a las empresas, que se presentará sobre todo mediante acciones de promoción comercial, de formación y de asistencia técnica, mediante el establecimiento de contactos entre empresas y mediante medidas que favorezcan su cooperación.<sup>133</sup>

En verdad, la política de cooperación al desarrollo de la Unión Europea a partir del año 2000 tuvo en cuenta la nueva realidad de las relaciones Norte-Sur, situación caracterizada por cambios en la escena mundial (desaparición de bloques de los países del Este de Europa, fin de la guerra fría, reducción de los antagonismos ideológicos), por nuevas interdependencias (derivadas de la globalización, apertura económica, competencia, problemas de población y de medio ambiente, emigración, droga, etc., que perfilan un modelo en el que, por un lado, los modelos económicos vigentes en el norte gravan fuertemente al sur, reduciendo sus perspectivas de desarrollo) y por la integración creciente de la Comunidad Europea. En relación a América Latina (AL), la política de la Unión Europea en esta cuestión, considera fundamental un apoyo comercial y financiero a las reformas económicas y políticas iniciadas en la mayor parte de la AL y defiende la mantención de los esfuerzos ya iniciados para ayudar a estos países a asumir mejor las preocupaciones del medio ambiente en sus estrategias de desarrollo.<sup>134</sup> Los países de AL reciben ayuda de la UE en el marco del Reglamento relativo a la ayuda financiera y técnica y a la cooperación económica con los países en vías de Desarrollo América Latina y Asia (PVD-ALA). Desde 1996 se ha venido comprometiendo una media anual aproximada de 500 millones de euros a proyectos y programas de cooperación al desarrollo con América Latina (en 2004 se comprometieron 609 millones de euros).<sup>135</sup> El objetivo de la lucha contra la pobreza constituye el núcleo de la política de ayuda y cooperación de la Comisión de la Asociación Estratégica

---

<sup>133</sup> SÁNCHEZ DE ALVA, Alfonso Rodríguez, *Cooperación Institucional, Económica y Comercial de la Unión Europea con América Latina, Op. Cit.*, p.66.

<sup>134</sup> Hacemos referencia a dos documentos básicos en esta materia: 1º) *Documento Básico sobre Relaciones de la Unión Europea con América Latina y el Caribe*, Luxemburgo/1994 y 2º) *Conclusiones relativas a las Orientaciones Generales para la Cooperación entre la Comunidad y América Latina/Madrid*, 1995. En el primero aparecen las directrices generales de las relaciones de la UE con AL: mantener la paz, asegurar el respeto a los derechos humanos, incrementar los intercambios económicos, combatir la pobreza o fomentar el desarrollo sostenible.

<sup>135</sup> QUISPE REMÓN, Florabel (Edición a cargo de DÍAZ BARRADO, Cástor M.; FENÁNDEZ LIESA, Carlos R.; ZAPATERO MIGUEL Pablo), *Perspectivas sobre las Relaciones entre la Unión Europea y América Latina*, Universidad Carlos III; Madrid, 2008, pp.133/162, destaco la p.139, donde los autores esclarecen que en estos datos no incluyen la cooperación bilateral al desarrollo de los Estados miembros de la UE ni los créditos del Banco Europeo de Inversiones.



Biregional – AEB para el período de 2003-2013. El tema de cooperación al desarrollo durante las diversas Cumbres (la Cumbre de Río de Janeiro, el 28 y 29 de junio de 1.999, dio origen a la AEB; la Cumbre de Madrid, el 17 de mayo de 2.002, centró su atención en el apoyo político a los procesos de negociación de la UE con los grupos regionales; la Cumbre de Guadalajara, el 28 y 29 de mayo de 2004, puntualizó tres aspectos básicos: la cohesión social, el multilateralismo efectivo y la profundización de la relación birregional, con el objetivo de reducir la pobreza, la desigualdad y la exclusión social; la Cumbre de Viena, el 12 de mayo de 2006, el fortalecimiento de la AEB; y la Cumbre de Lisboa, el 4 de julio de 2007, la ampliación de las relaciones comerciales y económicas y la consolidación de las políticas de diálogos sectoriales) ocupó un lugar destacado en la agenda, por su gran importancia en la ayuda al desarrollo de los países menos favorecidos. Sin duda, la *cooperación para el desarrollo* juega un papel determinante en el desarrollo de los países de América Latina.<sup>136</sup>

Significativo es el Acuerdo Marco Interregional de Cooperación Económica y Comercial entre la Unión Europea y MERCOSUR<sup>137</sup> que establece como objetivo final una asociación interregional basada en una liberalización progresiva y recíproca de todos los intercambios, aprobada por el Consejo Europeo y firmado en Madrid, en diciembre de 1995.<sup>138</sup> Ya en 1996 los intercambios comerciales de MERCOSUR con la UE, superaron los 41.000 millones de dólares, representan una cuarta parte de las importaciones de MERCOSUR y es el destino de más de una cuarta parte de sus exportaciones (han superado los intercambios de MERCOSUR con EUA,

---

<sup>136</sup> QUISPE REMÓN, Florabel (Edición a cargo de DÍAZ BARRADO, Cástor M.; FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R.; ZAPATERO MIGUEL Pablo), *Perspectivas sobre las Relaciones entre la Unión Europea y América Latina*, Op. Cit., pp.141/155. Los autores destacan que uno de los objetivos principales de la UE y AL es la consolidación de la AEB, cuyo aspecto fundamental es la voluntad de concertar en temas de interés común, en el marco de las Naciones Unidas.

<sup>137</sup> Constituye el tercer bloque en importancia mundial y representa para la UE una prioridad política, económica, comercial y de cooperación. Esta subregión (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela) que tiene 266,6 millones de habitantes (más de la mitad de AL) y más de 3 billones de dólares de PIB. Cf. [http://pt.wikipedia.org/wiki/Mercado\\_Comum\\_do\\_Sul](http://pt.wikipedia.org/wiki/Mercado_Comum_do_Sul), accedido el 12.08.2009.

<sup>138</sup> Con ocasión de la Presidencia española del Consejo de la Unión Europea, fueron establecidas las siguientes prioridades para las relaciones con América Latina: “ 1) El reforzamiento de los lazos con Iberoamérica que se reflejará en el nuevo marco financiero para América Latina y Asia, en las negociaciones de nuevos Acuerdos con MERCOSUR, Méjico y Chile y en la revisión de las relaciones con Cuba. 2) La renovación del sistema de preferencias generalizadas (SPG) para los países de América Central y del Pacto Andino. 3) Reuniones ministeriales con los países de América Central (Diálogo de San José) y del Grupo de Río”.

caso singular en AL). También MERCOSUR es el principal destino de las inversiones europeas en AL (70%).<sup>139</sup>

Hoy en día al considerar las relaciones de la Unión Europea y América Latina, destacan en gran manera las relaciones con Méjico y Brasil, socios privilegiados y estratégicos dadas sus especiales condiciones histórico-culturales y sus potenciales económicos. Hay un acuerdo que se adelanta cada día más entre Unión Europea y MERCOSUR, con un fuerte eje económico. El crecimiento del Brasil en el escenario internacional, como principal productor de energía renovable y de metanol, así como el fantástico descubrimiento de grandes pozos de petróleo en la denominada *camada pré-sal* (que permitirá la inserción del Brasil en el selecto club de los exportadores de petróleo, aunque hoy en día es ya autosuficiente con una producción de 2.400 mil BOED/día de petróleo y 51,1 millones de m<sup>3</sup>/día de gas natural)<sup>140</sup>, ha incrementado fuertemente los intereses institucionales, económicos y comerciales de la UE con Brasil.<sup>141</sup> También hay que considerar las transformaciones que han tenido lugar en Latinoamérica, en términos comerciales, en los últimos años. La llegada de China, primer socio comercial de Brasil en 2010 y con inversiones de rápido crecimiento en la región, es el ejemplo más claro de estas transformaciones, en detrimento de Washington, que está perdiendo su influencia en América Latina.<sup>142</sup>

Es cierto que las relaciones entre la Unión Europea y Latinoamérica se han incrementado enormemente. Veamos, por ejemplo, el montante de importaciones que UE ha hecho solamente con Brasil en el primer semestre de 2009: casi veinte billones de dólares (US \$ 19,13 billones de dólares), lo que constata la realidad de la

---

<sup>139</sup> SÁNCHEZ DE ALVA, Alfonso Rodríguez, *Cooperación Institucional, Económica y Comercial de la Unión Europea con América Latina*, Op. Cit., p.77. Otro

<sup>140</sup> Cfr [www.petrobras.com.br](http://www.petrobras.com.br) accedido el 25.08.2009. Es destacable que la empresa Petróleo Brasileño S/A, en aquel año, ocupaba el puesto de la octava mayor empresa del mundo, con unas ganancias líquidas en 2008 de más de US \$ 17 billones de dólares americanos y con inversiones en el mismo año de R\$ 53,3 billones de reales.

<sup>141</sup> Brasil es el tercer socio con el que la UE establece relaciones privilegiadas. Miremos, por ejemplo, que el país ha sido invitado para liderar las “cumbres de DOA” (pretensiones comerciales más justas y igualitarias entre los países del hemisferio Sur y los emergentes con los más desarrollados) y se habilita a ser el más nuevo integrante del Consejo Permanente de Seguridad de la ONU.

<sup>142</sup> MOLTÓ, Áurea, “Por Una Relación Contemporánea con Latinoamérica”, in *Política Exterior*, nº137, Estudios de Política Exterior, Madrid, Septiembre/Octubre 2010, pp.100/116. Esta A. se refiere a un informe de un experto, LOWENTAL, Araham, “Obama and the Américas: Promise, Disappointment, Opportunity”, in *Foreign Affairs*, julio/2010, sobre la escasa atención prestada a la región y la necesidad de ajustar la política a la realidad actual latinoamericana, a lo que se comprometió la administración demócrata.

afirmación hecha.<sup>143</sup> Además, recientemente también Francia y Brasil están en proceso de firmar un importante acuerdo comercial en la rama de estrategia de defensa militar, por el que habrá transferencia tecnológica entre ambos países para construir aviones ultramodernos en suelo brasileños y con una suma de recursos financieros de varios billones de dólares. Las cifras del acuerdo comercial Francia/Brasil hablan por sí solas: 36 aviones de ataque franceses de alta tecnología, el *Rafale F3* (el primer Rafale fue incorporado a la Aeronáutica francesa en 2001 y actualmente cuenta con 70 aviones de este tipo, siendo la previsión alcanzar a medio plazo las 294 unidades), además de 51 helicópteros EC 725 Cougar (un helicóptero de largo alcance, potente y rápido, equipado con dos motores de turbina de 11 toneladas y capacidad para dos tripulantes y hasta 29 pasajeros en configuración de transporte de tropas, lo que posibilita el ataque o la evacuación rápida en operaciones militares. Fue incorporado a la armada aérea francesa en 2005). Además, serán construidos 4 submarinos convencionales de la clase *Scorpène* (con un casco mayor para acomodar el reactor nuclear desarrollado por la marina brasileña) y 6 fragatas de la clase *Fremm* (con 137 metros y una tripulación de 108 personas). Por tanto, un negocio superior a los dos billones de dólares americanos.<sup>144</sup>

Vale mencionar además, en esta cooperación institucional, económica y comercial y también académica, el relevante papel científico-cultural de algunas instituciones como la **Fundación Cultural Hispano-Brasileña**<sup>145</sup>, que ha promovido congresos, seminarios y coloquios de tan gran significación, como fue el realizado por la Universidad de Salamanca, a través de la mencionada fundación binacional, del 19 al 21 de noviembre de 2008, que bien ejemplifica un intercambio de España con Brasil, en el ámbito científico-cultural, y por consiguiente, de la Unión Europea con América Latina.

También la Cumbre UE-América Latina y el Caribe, realizada en Madrid, el 18 de mayo de 2010, consideraron la necesidad urgente de replantear la

---

<sup>143</sup> Cf. [www.estadao.com.br](http://www.estadao.com.br), accedido el 14.08.2009.

<sup>144</sup> Cfr. el periódico, *Le Monde Diplomatique Brasil*, Instituto Polis, año 3, nº 25, S. Paulo, agosto de 2009, pp.4 a 7. En la concurrencia internacional están participando los aviones suecos y americanos, *Saab* y *Boeing*; pero los *Rafales* franceses son los preferidos del Gobierno brasileño, aunque no terminaron las negociaciones. Para ello es decisiva la transferencia de tecnología por la que, por ejemplo, la empresa brasileña Helibrás montará los helicópteros EC 725 Cougar en Itajubá, Minas Gerais/Brasil, con una aportación de 400 millones de dólares en el montaje de una línea de producción brasileña y con completa transferencia de tecnología.

<sup>145</sup> La Fundación Cultural Hispano Brasileña <http://fundacion.usal.es/estudiosodobrasil> tiene como Copresidente el Rector de la Universidad de Salamanca y el Embajador de Brasil en España, que bien ejemplifica un intercambio de España con Brasil (por tanto, de la Unión Europea con América Latina).

política española hacia Latinoamérica, con vistas a un espacio “*ibero-latinoamericano*” en el que confluyan los sistemas eurolatinoamericano e iberoamericano. Es que ninguna región se ha transformado tanto como América Latina en la última década. La transformación ha sido económica y política, y ha tenido impacto en el ámbito interno así como en la posición internacional de países latinoamericanos.

Entre 2002 y 2007, AL registró un elevado y continuado crecimiento del PIB como resultado de la alta demanda y los altos precios de las materias primas agrícolas, minerales y energéticas. A este favorable escenario internacional se ha unido la buena gestión macroeconómica de muchos países latinoamericanos, que les permitió poner en marcha, durante lo peor de la crisis internacional desatada en 2008, programas de estímulos económicos y ayudas sociales inéditas en países como Brasil, México, Colombia, Perú, Argentina y Chile. Pasado lo peor de la crisis, Latinoamérica está siendo uno de los motores de la recuperación mundial.<sup>146</sup> Junto a la economía, la transformación se ha debido también a las nuevas variables de poder surgidas primero de la globalización y después de la crisis financiera originada en los EEUU y extendida mundialmente. Asuntos como el medio ambiente, las nuevas fuentes de energía, la diversidad cultural y racial, así como las alianzas Sur-Sur han multiplicado la dimensión global de países como Brasil, convertido en uno de los emergentes del planeta por su crecimiento económico, el tamaño y juventud de su población, sus recursos naturales y energéticos, así como sus relaciones privilegiadas con una amplia variedad de actores internacionales, Brasil es hoy un actor imprescindible en las negociaciones multilaterales sobre comercio y cambio climático. En cuanto a los efectos de la crisis, la substitución del G-8 por el G-20, como principal foro de discusión económica y de reforma del sistema financiero internacional, ha situado a Argentina, Brasil y México en el mismo grupo que EEUU, Francia, Reino Unido, Alemania, Japón, India y China, entre otros.<sup>147</sup>

Es significativo mencionar el Documento Estratégico País 2007-2013, con respecto al Programa de Cooperación de la Unión Europea con América Latina, que fue firmado en la cumbre realizada en Brasilia, el 21 de marzo de 2007;

---

<sup>146</sup> Según la CEPAL – Comisión Económica para América Latina y Caribe, el PIB de la región se ha incrementado en 5,2 por cien. Brasil con 7,6 por cien; Uruguay, 7 por cien; Argentina, 6,8 por cien y Perú, 6,7 por cien.

<sup>147</sup> MOLTÓ, Áurea, “Por Una Relación Contemporánea con Latinoamérica”, *Op. Cit.*, p.105. La autora destaca que, por primera vez, tres países latinoamericanos están en el grupo que lidera el debate económico mundial. Y para los intereses de ellos, la UE podría ser la clave para satisfacer las aspiraciones de brasileños, mexicanos y argentinos, en referencia a las reformas de las Naciones Unidas, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

aquella ocasión permitió profundizar en el diálogo bilateral UE-Brasil, con vistas a reforzar los vínculos estrechos de cooperación en áreas claves de interés común y la formación de diálogos sectoriales en nuevas áreas de cooperación, haciendo hincapié en la agricultura, economía, finanzas, educación y cultura, energía, integración regional y desarrollo social. Permitted también avanzar más allá en implementación de diálogos sectoriales en las áreas ya consentidas en ciencia y tecnología, medio ambiente, transporte marítimo y sociedad de información. Brasil y la UE subrayaron sus valores compartidos, como el respeto de los principios democráticos y derechos humanos y reiteraron su compromiso en reforzar el multilateralismo para defender la paz y la seguridad internacional y la promoción del desarrollo y de justicia social.<sup>148</sup> También UE y Brasil reiteraron su interés en profundizar la cooperación científica y tecnológica y reafirmaron su interés en seguir con el diálogo sobre la sociedad de información y apuntaron su voluntad de trabajar juntos hacia la implementación de resultados de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de Información, a nivel nacional, birregional y multilateral. Ambas partes acordaron además, avanzar en las negociaciones sobre la cooperación y movilidad académica en el ámbito de la educación superior y posgraduada a través del programa Erasmus Mundus.

Para la conclusión de un acuerdo de asociación UE y Mercosur fue significativa la Cumbre de Lisboa celebrada el 4 de julio de 2007 por la que se consolidó el diálogo político entre ambas partes, que asumieron el compromiso de ampliar y profundizar las relaciones comerciales e económicas y de consolidar las políticas de diálogos sectoriales.<sup>149</sup> Las dos partes convinieron en la importancia de identificar y promover estrategias comunes para enfrentar los desafíos globales, incluso paz y seguridad, democracia y derechos humanos, cambio climático, biodiversidad, seguridad energética y desarrollo sustentable, lucha contra la pobreza y exclusión social.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> Cfr. CELARE – Centro Latino Americano para las Relaciones con Europa, *Relaciones Unión Europea/ América Latina y el Caribe/Documentación de Base*, Santiago/Chile, 2007, pp.115/119.

<sup>149</sup> Los resultados del primer semestre de 2010 de las cuatro primeras empresas españolas, dependen significativamente de las actividades en América Latina; según MOLTÓ, Áurea, “Por Una Relación Contemporánea con Latinoamérica”, *Op. Cit.*, pp.110/111: “El Banco Santander obtuvo 36,6 por cien de su beneficio en Latinoamérica; el BBVA el 49 por cien y Telefónica, el 41,52. Para Repsol, su filial argentina YPF aporta el 27,6 por cien del resultado de explotación del grupo, a lo que se añaden las actividades de exploración y producción, de petróleo y gas, en el conjunto de la región, lo que eleva la participación a más del 40 por cien”.

<sup>150</sup> Cfr. CELARE – Centro Latino Americano para las Relaciones con Europa, *Relaciones Unión Europea/ América Latina y el Caribe/Documentación de Base*, *Op.Cit.*, pp.120/125, señala que la UE y Brasil reconocen en el nº 9 del Documento, que uno de los mayores desafíos de este siglo es la erradicación de la pobreza; reafirmando su compromiso en seguir trabajando juntos para promover e implementar los

En cuanto a *cooperación*, España duplicó entre 2004 y 2008 la Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD) destinada a América Latina y Caribe. Según datos de la Fundación Carolina, la región recibió en 2007, el 46,55% de la AOD bilateral española, a lo que habría que sumar la multilateral (que es el grueso de la cooperación). Latinoamérica, por las prioridades sectoriales y geográficas, es un beneficiario clave en programas de seguridad alimentaria, lucha contra la pobreza y la desigualdad, gobernabilidad democrática, salud, agua y saneamiento, educación, género, integración de pueblos indígenas, prevención de desastres naturales, etc. Junto a los países de bajos ingresos o de renta media-baja como Honduras, Ecuador y República Dominicana, el Plan Director 2009-12 de la cooperación española ha establecido una categoría denominada “*asociación para la consolidación de logros de desarrollo*”.

## **9. DERECHO AL DESARROLLO Y DERECHO A LA CALIDAD DE VIDA (AL MEDIO AMBIENTE SANO): DESARROLLO SUSTENTABLE**

La influencia del hombre se ha extendido, poco a poco, a todo el planeta tierra. Los progresos de las ciencias y de las técnicas ofrecen al hombre medios para mejorar las condiciones de vida, pero también para destruir el medio ambiente. Hoy conocemos los males y daños que se infligieron a la naturaleza a causa de su explotación e incluso por su ignorancia. Actualmente se empieza a evaluar las peligrosas consecuencias de esta explotación; de este modo, nuestra visión del mundo ha cambiado mucho y con ella también nuestra concepción de *desarrollo*, pues no comprende sólo el crecimiento económico y las mejoras de las condiciones de vida de la población, sino que también conjuga el desarrollo con la preservación del medio ambiente para proporcionar ese desarrollo en un medio ambiente sano. Ahora bien, esto sólo es posible con la idea de un *desarrollo sostenible* que permita no sólo ordenarlo exclusivamente en función de nuestras necesidades inmediatas, sino que limite el impacto de nuestra presencia con el fin de asegurar su supervivencia y la nuestra.<sup>151</sup>

---

Objetivos de Desarrollo del Milenio, con implementación de innovadoras fuentes de financiación y subrayan su interés en intensificar la cooperación en el terreno de la asistencia al desarrollo y ponen de relieve la importancia de construir una asociación global de desarrollo e implementar el plano de acción de la Conferencia de Monterrey sobre la Financiación del Desarrollo.

<sup>151</sup> BURNIE, David, *Man Changes the World*, The Reader's Digest Asociation Limited, Londres, 1997, p.87.

Se espera, por tanto, que la ciencia ecológica pueda cumplir la función moral y política de indicar los límites naturales máximos que el desarrollo no debe rebajar, y de apuntar las reglas precisas que conforman la lógica del mundo natural a la que debe someterse la actividad económica humana. Se observa, por ejemplo, según el art.45.2 de la Constitución española, que no hay contradicción entre economía y ecología, sino mutua complementación: *“El desarrollo no es solamente crecer económicamente, debiendo subordinarse las acciones económicas a la racionalidad del medio ambiente. Así, la economía es un subsistema de la ecología y debe subordinarse a sus leyes y a las reglas de funcionamiento del ecosistema”*.

La economía debe ajustarse a los ciclos y reglas naturales aprovechando con originalidad sus enormes recursos (energía eólica, solar, productos naturales y fuerzas motrices que requieren escasas inversiones de capital y producen enormes incrementos marginales de bienestar, etc.) y nunca debe perder de vista la insoslayable finitud de los recursos naturales que la componen, administrando la “escasez natural” conforme a criterios de equidad y justicia.<sup>152</sup>

El derecho al desarrollo equivale a poner los medios para crecer económicamente cuando los niveles de renta no posibilitan el acceso a una vida digna y a bienes culturales elementales. Pero cubiertas estas necesidades primarias, el crecimiento económico deja de ser un valor primario para pasar a ocupar una *posición pasiva*: únicamente hay que conservar la estructura económica que la mantiene y permite la distribución equitativa de la riqueza social.<sup>153</sup> La mitificación del valor del crecimiento económico en esta circunstancia, máxime si se entiende que éste debe ser ilimitado, equivale a la instauración de una patología dentro del sistema social y ecológico, y se traduce en saqueos ambientales insostenibles ecológicamente.

---

<sup>152</sup> LEÓN JIMÉNEZ, Fernando, “Aspectos Fundamentales del Derecho Humano a un Medio Ambiente Adecuado para el Desarrollo de la Persona” in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Universidad de Granada, Granada, 3ª época, nº 3, 2.000. El Autor asevera, en la p.429: “Entender que la ecología supone un freno a la actividad económica es sólo un acierto a medias: es un límite y se opone a una economía que persigue un crecimiento material ilimitado y obsesivo, es decir, una “economía anti-económica”, abstracta e idealista, que se evade de la realidad al no tomar en consideración los límites naturales inherentes a toda actividad humana.”

<sup>153</sup> Obsérvese que todo Estado tiene derecho de alcanzar un nivel de desarrollo que posibilite a sus ciudadanos una existencia digna, incluso si para ello es necesario un retroceso tecnológico, como ha ocurrido en Japón, que ha reducido la producción de autómatas y volvió a contratar personas ante a los problemas sociales ocasionados por el alto índice de desempleo. Recientemente, los empleados de la banca sufrieron un impacto con la informatización, lo que originó elevados índices de desempleo.

Asimismo, todo desarrollo debe ser *humano*. Esta idea excluye los modelos económicos consumistas; el consumo debe ser selectivo, suficiente pero no superfluo o derrochador, que favorezca la “calidad de vida” –criterio-guía de lo mencionado art. 45.2 de la C. E.– por encima del mero “nivel de vida”. La asunción de la idea de calidad de vida supone la afirmación de un concepto de crecimiento muy alejado de perspectivas sistémicas excluyentes, que fomenta y prioriza la idea de crecimiento espiritual y humano sobre el puramente cuantitativo y material, en el que la economía está al servicio del hombre y su calidad de vida y no viceversa.

Histórica es la Cumbre de Río de Janeiro de 1992, con participación de 159 países que firmaron compromisos de protección ambiental y de naturaleza verdaderamente ecológica. No olvidemos la importancia en esta cuestión, del compromiso asumido en torno al problema de emisión de gases con efecto invernadero y con el fin de alcanzar un desarrollo sostenible. Se tiene también en mira, el Protocolo de Kioto, de 1997, que aún no ha entrado en vigor, es el acuerdo internacional que recoge y desarrolla los compromisos asumidos en la mencionada Cumbre, también denominada simplemente de ECO 92.<sup>154</sup>

La concepción moderna con respecto a desarrollo no puede apartarse de la idea de *desarrollo sostenible* (también denominado *desarrollo sustentable*), y también que se imbrique fundamentalmente con la de *protección del medio ambiente*, de tal modo que, el límite de toda la actividad humana sea capaz de desarrollarse en un continuado respeto por el medio ambiente y termine por identificarse con el epíteto de *desarrollo sostenible*.<sup>155</sup>

El discurso del *Desarrollo Sostenible*, que surgió a partir de la Conferencia de la ONU de Estocolmo (1972) –al introducir el principio del desarrollo

---

<sup>154</sup> Para facilitar a sus países miembros el cumplimiento del Protocolo de Kioto, la Unión Europea aprobó en 2003 una Directiva que intenta integrar en una política común las de éstos. Por eso, el cumplimiento español y de los demás países de la Unión Europea, pasa por la política comunitaria. En esta Directiva se encuentra inserto el concepto del *desarrollo sostenible*, con la idea clave: *desarrollo sí, pero con límites para seguir haciéndolo posible en el futuro*. En España, el Tribunal Constitucional ha destacado el valor límite que tiene el respeto al medio ambiente con respecto al proceso de producción y de explotación de los recursos naturales.

<sup>155</sup> J. RODRIGUES, Valdemar, *Desenvolvimento Sustentável, uma introdução crítica*, Editora Princípia, Lisboa/PT, 2009, pp.5 y ss. Con resalto: “O conceito de desenvolvimento sustentável, que remonta ao último quartel do século XX, foi originalmente portador de *gérmenes* suficientes para desencadear uma mudança social bastante mais profunda do que aquela que acabou por vingar, pelo menos desde a subida do tema ao palco da agenda política global verificada no mesmo período...Essa ideia de que o conceito de sustentabilidade e de defesa do ambiente *lato sensu* permeiam toda a história humana, e em particular a da Europa desde os primórdios do Humanismo”.



sostenible en la discusión socioeconómica-ambiental, imponiendo la necesidad de repensar los conceptos y la ética existentes– no puede subsistir sin el apoyo de un conjunto de valores y de principios básicos, razonables y abarcadores, organizadores de la sociedad, de ahí que los ideales de justicia y de democracia sean inseparables del ideal de *sostenibilidad*. Las economías occidentales no han sido capaces de asegurar simultáneamente el crecimiento con el empleo, crecimiento que, sobra decirlo, continúa todavía basado en la *insostenibilidad* – o bien el crecimiento del PIB continúa sin considerar los costes externos y de oportunidad producidos por la economía – y fundado en indicadores macroeconómicos y estadísticos que no traducen o diluyen las desigualdades sociales existentes.<sup>156</sup>

La idea de *desarrollo sostenible* incluye las siguientes cinco grandes áreas temáticas: 1. Crecimiento Económico; 2. Erradicación de la Pobreza; 3. Control Poblacional; 4. Protección Ambiental y 5. Protección de los Derechos Humanos Fundamentales. Y es precisamente en este último tema donde se puede hablar, con mejor propiedad, de una contribución del Poder Judicial, porque es la función que le destinó la gran mayoría de las constituciones de los países en la actualidad.<sup>157</sup> A través de esta actuación, incumbe a la Justicia proteger cuatro grandes derechos: a) derecho a la vida; b) derecho a la salud; c) derecho a la dignidad humana y d) derecho al desarrollo.<sup>158</sup>

Por su importancia, es necesario plantearse los principios del *desarrollo sostenible*. Lo primero que se puede decir es que el crecimiento de los países no puede basarse en la alteración de la calidad de vida y de un medio ambiente ecológicamente equilibrado. En segundo lugar, el progreso económico debe atender las necesidades humanas de empleo, alimentación, energía, agua y saneamiento. También el control de la población, debe mantenerse en niveles sostenibles que permitan el desarrollo sin comprometer el medio ambiente. La humanidad debe conservar y mejorar su base de recursos disponibles disminuyendo la emisión de elementos contaminantes de la atmósfera y de la naturaleza en general y con ello adoptar mejores técnicas de producción y circulación de bienes (productos). Por último, se debe mejorar la tecnología y administrar el riesgo adoptando criterios de ecoeficiencia y de participación y para ello

---

<sup>156</sup> J. RODRIGUES, Valdemar, *Desenvolvimento Sustentavel, uma introdução crítica*, Op. Cit., pp.6 y 8.

<sup>157</sup> SÉGUIN, Elida, *O Direito do Desenvolvimento*, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2.000, p.11/12.

<sup>158</sup> Ver ítem 1 de este Capítulo II. Y de manera, especial el Capítulo IV, donde se hace contribuciones específicas y originales con respecto al tema (centro de esta tesis).

se hace necesario que el medio ambiente y la economía estén incluidos en el proceso de decisiones.<sup>159</sup>

Ante el desafío de las naciones de reducir la pobreza mundial que genera conflictos sociales gravísimos causados por el hambre, desempleo y desesperanza, se coloca, lado a lado, el *desarrollo sostenible*, que se traduce en cinco dimensiones: social, económica, ecológica, espacial y cultural. Para que sea válido el *desarrollo sostenible*, es necesario un planteamiento educacional como soporte, con énfasis en un cambio de comportamiento humanos y en la adopción de tecnologías modernas y ecoeficientes. Otro aspecto importante es la interconexión decurrente en el proceso de globalización de la economía; la revolución tecnológica establece un flujo instantáneo de información y de cambio de tecnología, pero no siempre esta modernidad está al alcance de todos. Igualmente, la economía con un consumo exacerbado se revela sólo benéfica para la minoría y perversa para la mayoría de los implicados.<sup>160</sup>

Con respecto a las naciones en desarrollo, resulta necesario que haya un gran compromiso en razón de las desigualdades de obligaciones entre los países desarrollados y los en proceso de desarrollo. Para minimizar estos impactos, la ONU elaboró un documento de progreso social y desarrollo (nº A/7630, 1969) y celebró la Convención Internacional de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Inmigrantes y de los miembros de sus familias (nº A/45/49, 1990).

Por ser demasiado relevante, se entiende que la esfera pública permite a los hombres reunirse con otros hombres (evitando la colisión de unos con otros), sólo si esta transcendencia evalúa una potencial *inmortalidad terrena*, idea también vinculada al concepto de *desarrollo sostenible*. Por otro lado, la *negación del mundo como fenómeno político sólo es posible basado en la premisa de que el mundo no durará para siempre*, esto es, en la premisa de la *no-sostenibilidad*.<sup>161</sup> E injerido en esta concepción, el discurso de la *sostenibilidad* presupone una finalidad plausible, que es seguramente, ese *mundo común* a que aludía Hannah Arendt y que resplandece tan visiblemente en el ideal de *sostenibilidad*. Un mundo que exige una pluralidad de visiones, pues *termina cuando es visto solamente bajo un único aspecto y sólo le es*

---

<sup>159</sup> CMMAD, Fundação Getúlio Vargas, 2ª ed, Río de Janeiro, 1991, p.53.

<sup>160</sup> SÉGUIN, Elida, *Op Cit.*, p.10.

<sup>161</sup> ARENDT, Hannah, *A Condição Humana*, Relógio d'água editores, Lisboa, 2001, p.69.

*consentido una única perspectiva. Es, por tanto, un fin digno de concentrar los esfuerzos para la cooperación pacífica entre los hombres.*<sup>162</sup>

La definición más común del concepto de *desarrollo sustentable* es la del Relatório Brundtland:

“[...] *Desarrollo sostenible: la capacidad de la humanidad para garantizar la satisfacción de las necesidades del presente sin comprometer que la capacidad de las generaciones futuras satisfagan sus propias necesidades. El desarrollo sostenible no es un estado fijo de armonía, mas bien es un proceso de cambio en el cuál la exploración de los recursos, la dirección de las inversiones, la orientación del desarrollo tecnológico y las alteraciones institucionales, se vuelven consistentes tanto con las necesidades del presente como con las del futuro*”.<sup>163</sup>  
(Original en lengua inglesa).

Es importante constatar que así como no es comprensible una sociedad democrática cuyos principios no se aplican a diferentes partes o grupos sociales, tampoco no se comprende una sociedad *sostenible* cuyos principios (y incluso el propio concepto) de *sostenibilidad* se aplican de forma parcial, por ejemplo, a cada uno de los sectores de actividad económica que integran esa misma sociedad. Hablar de sostenibilidad del sector de los transportes o de sostenibilidad ambiental suena en este contexto tan sumamente extraño como hablar de democracia masculina, religiosa o étnica (por ejemplo, democracia gitana o democracia islámica).

Las designaciones *desarrollo sostenible* y *sostenibilidad* son utilizadas muchas veces indistintamente y en determinadas situaciones pueden suscitar la confusión. La distinción que se puede hacer es que el *desarrollo sostenible* es un proceso social complejo, algo que está por acontecer de determinada forma, de manera que si el desarrollo se hace en dirección al ideal de sostenibilidad, entonces se puede decir que ese desarrollo es *sostenible*. La idea de “sostenibilidad” se debe a la revelación de los principios de la sostenibilidad en una determinada sociedad y en un determinado tiempo. Así, se concibe la idea de diferentes *niveles de sostenibilidad*, hasta alcanzar un nivel

---

<sup>162</sup> ARENDT, Hannah., *Op. Cit.*, p.73.

<sup>163</sup> WCED, *Our common future: World Comission on Enviroment and Development (Brundtland Comission)*, Oxford Press, Oxford, 1987, p. 8.

máximo de *sostenibilidad* al que una sociedad en su conjunto puede aspirar. Tal como sucede con la democracia y con la justicia, también la idea de *sostenibilidad* se conjetura como algo dinámico y susceptible de avances y retrocesos.<sup>164</sup>

Ya que el *desarrollo sostenible* es entendido como una cosa buena, una concepción de bien, también puede ser blanco de demagogia y de retórica con el fin de justificar infinidad de objetivos sociales. Por ejemplo, el relator del medio ambiente indio Sharachchandra Lélé hacía notar incluso antes de la CNUAD:

“[...] *El desarrollo sostenible es un «metafijo» que congregará a todas las personas: al industrial orientado hacia el lucro, al pequeño agricultor de subsistencia, al trabajador social que lucha por la igualdad, al habitante del Primer Mundo preocupado por la contaminación ambiental o amante de la vida salvaje, al tomador de decisiones que procura maximizar el crecimiento, al burócrata estatal que se orienta por objetivos, y, por tanto, al político que depende de lo votos*”. (Original en lengua inglesa).<sup>165</sup>

Para una idea abarcadora de sostenibilidad, se puede recurrir a dos autores ingleses, Andrew Basiago y Keith Pezolli, que han realizado un importante trabajo concerniente al intento de definir la *sostenibilidad* de una forma ordenada y transdisciplinar.<sup>166</sup> En la perspectiva de estos autores intervienen tres grandes fuerzas o llamamientos a las sociedades contemporáneas como son la democracia participativa, el conflicto globalismo *versus* localismo y la ecología humana. Por su parte, la transición hacia la *sustentabilidad*, resultante de una especie de *convergencia* de estas fuerzas sociales, recurre a la envoltura y la inserción de tres gran dominios de la vida social –el dominio legal e institucional, que compete al Estado y a las instituciones de la gobernación formal; el dominio cultural y de la “sociedad civil” y el dominio de la tecnología y de la economía– en cuyo seno se revelarán tendencias y discursos más o menos recientes que resultan del momento creado por las fuerzas sociales presentes. La

---

<sup>164</sup> J. RODRIGUES, Valdemar., *Desenvolvimento Sustentavel, uma introdução crítica*, Op. Cit., pp.143 y 144. Además acrescenta, p.144, que existen tantas definiciones de *desarrollo sostenible* como autores que hasta hoy se dedica con alguna profundidad con respeto del tema.

<sup>165</sup> LÉLÉ, Sharachchandra, *Sustainable development: a critical review*, World Development, 19 (6): 607-621, 1991, p.613.

<sup>166</sup> BASIAGO, Andrew, *Methods of defining sustainability*, Sustainable Development, 3 (3), Londres, 1995, pp. 109-129; PEZOLLI, Keith, *Sustainable development: a transdisciplinary overview of the literature*. Journal of Environmental Planning and Management, 40 (5); Londres, 1997, pp. 505-575.

cuestión que prevalece es la siguiente: ¿cómo puede el mundo actual, dominado por países civilizados y economías poderosas, dejar que tanto “hermanos” suyos (africanos, asiáticos y latinoamericanos) se mueran de hambre, la mayor de las miserias humanas, sin que su poder se afirme como Estado cuando el estado que impera en muchos países y regiones pobres del globo terrestre no es más que un persistente estado de la naturaleza?

Por tanto, según este pensamiento, la versión moderna es una calamidad global y la maldición de llegar a las generaciones futuras es, a su vez, evitable en su propia subsistencia y, posiblemente, en sus vidas. Si las personas realmente acreditan que tal visión de evitable holocausto es el forzoso resultado de su corrupción o pobreza, entonces la transición para la *sostenibilidad* podrá definitivamente avanzar. La especie humana todavía acredita que las prácticas corrientes de crecimiento económico pueden proporcionar protección y seguridad en presencia de este escenario y de sus síntomas presentes. En el centro del debate con respecto a la *sostenibilidad* se encuentra la idea de *auto-regeneración* que significa la vitalidad del planeta, o su capacidad para negar la entropía o desorden.<sup>167</sup>

Frente a estos riesgos, es imprescindible que el hombre desarrolle una capacidad de compromiso con el otro y con la naturaleza. Surge así el concepto de *bienestar*, no centrado en la idea macroeconómica de crecimiento sostenible – con tajadas bajas de inflación, niveles decrecientes de gasto público en relación al bienestar social, bajo desempleo y tasas crecientes de inversión en tecnologías e innovación industrial – sino en un sentido mucho más amplio que incluya cosas como tiempo para leer, para reflexionar, para estar con la familia, para la búsqueda de la espiritualidad (la búsqueda de Dios, como un ser real y vivo), en definitiva, que el hombre sienta que forma parte de un grandioso y complejo acto de creación. Parece que este concepto ahora rescatado con un enfoque ecológico por Timothy O’ Riordan y Heather Voisey<sup>168</sup>, se ha perdido en cualquier parte: para tener bienestar, todos los hombres necesitan sentirse bien y sentir una pertenencia mayor con otros, con la comunidad en la que vive y con la naturaleza

---

<sup>167</sup> J. RODRIGUES, Valdemar, *Desenvolvimento Sustentavel, uma introdução crítica*, Op. Cit., pp148 y 149. Este autor también defiende la idea de un *dominio de la sustentabilidad* que comprende una intersección de tres grandes fuerzas, la *democracia participativa* (dominio legal y institucional), la interacción de la *globalización y del localismo* (dominio cultural y de la sociedad civil) y más la *ecología humana* (dominio tecnológico y económico).

<sup>168</sup> O’ RIORDAN, Timothy & VOISEY, Heather, “Governing institutions for sustainable development: the United Kingdom’s national level approach” in *Sustainable development in Western Europe: coming to terms with Agenda 21*, Frank Cass, London, 1997, pp.24-53.

que les acompaña. La segunda fase consiste en la interiorización de un sentimiento de *privilegio* para con la naturaleza y para con las cosas que fueron heredadas y que, al no ser propiedad de ningún hombre en particular, es necesario preservar de la mejor forma posible. La tercera fase consiste en el *desarrollo del autoestima*, a través de la capacitación, con el entrenamiento y el desarrollo de las capacidades propias para resolución de problemas. Implica, pues, *educación para la sostenibilidad*. Conlleva, por tanto, la capacidad de asumir responsabilidades y de realizar legítimamente sus propios proyectos (importante para proporcionar un sentimiento de humildad basado en los puntos fuertes y frágiles de cada un y que se manifiesta en la alegría por la participación de saberes y conocimientos). La cuarta y última fase, consiste en la revelación de la *sostenibilidad* como ideal resultante del perfeccionamiento humano, es decir, como un ideal común a todos los hombres.<sup>169</sup>

Por último, vale destacar un breve esfuerzo para relacionar el tema con la jurisprudencia de los tribunales. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conectado el derecho al medio ambiente con el derecho a la vida privada y familiar para dispensar a aquél la protección que de otro modo no podía: ha interpretado que el derecho a la vida privada y familiar de los habitantes de una casa fue vulnerado por la emisión de ruidos y humos de una cercana estación depuradora de aguas y residuos.

## **10. EL DERECHO AL DESARROLLO ANTE LOS DESAFÍOS DE LA CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERA EN LA ACTUALIDAD**

La Humanidad ha vivido en estos últimos días un período de gran incertidumbre en la economía mundial, no sólo en los países desarrollados, sino también en aquellos que no alcanzarán un nivel de desarrollo satisfactorio, en razón de la crisis global que iniciada en EEUU en septiembre de 2008 con los bancos y las empresas de financiación inmobiliaria y que se extendió por todos los países: Unión Europea, Japón y países asiáticos, incluida China<sup>170</sup>. Rápidamente, billones de dólares de las reservas de muchos países se utilizaron para cubrir agujeros en muchos sectores. Bancos que

---

<sup>169</sup> O' RIORDAN, Timothy & VOISEY, Heather, *Op. Cit.*, pp.7/8.

<sup>170</sup> A partir de 2010 se convierte en la segunda economía mundial con un PIB en torno de US\$ 5.745.133 mil billones de dólares, traspasando las tradicionales economías de Inglaterra, Francia y Alemania, y también Japón, según datos del FMI. [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org) acceso el 09.02.2011.

quebraron, empresas que desaparecieron o requirieron subastas, bienes que se esfumaron y que estaban escriturados en la *Economía de Papeles o Títulos de Créditos*, mientras no se correspondían con los valores reales de los bienes e inversiones que circulaban en el mercado mobiliario; pisos sobre valorizados en el mercado americano y que servían de garantía hipotecaria para varias operaciones de créditos.

Es curioso cómo esta crisis mundial ha modificado el panorama de la *Economía Global*, ya que algunos países que no integraban el centro de las decisiones de los países más desarrollados, del grupo denominado de G 8, cuyos líderes se reúnen anualmente en una cumbre de Davos, en Suiza, pasaran a tomar parte del círculo de decisiones ampliando, por consiguiente, el número de países integrantes (denominados G 20), formado por los países emergentes y con un nivel de crecimiento económico mayor que la media mundial como son los BRIC - Brasil, Rusia, India y China (y después se añadió, en el año 2012, Sudáfrica) – junto con otros como Arabia Saudí, incluida por la fuerza de sus petrodólares. Resultan innegables los cambios que surgirán en la economía global y que cambiarán el mercado de crédito y de los movimientos globales de las inversiones financieras, con la búsqueda de inversiones en estos países emergentes y que garantizan mayores inversiones del capital. Es interesante decir, por ejemplo, que las economías de China y Brasil sorprenderán a todo el mundo, pues saldrán más rápido de la crisis y no tendrán grandes pérdidas en su PIB anual.<sup>171</sup>

Un gran desafío surge, por tanto, en el panorama económico-financiero, ya que el crédito es más difícil de obtener y los capitalistas/inversores requieren mayores exigencias a las empresas y gobiernos que necesitan esos créditos. De este modo, aparecen nuevos obstáculos que antes no se contemplaban y a los que deben enfrentarse los países en búsqueda del desarrollo socio-económico.

Principalmente después de esta crisis, no hay Estado en la actualidad, en los países desarrollados, que no intervenga de una u otra forma en el proceso económico. Las últimas cumbres de los países integrantes del G8, realizadas en 2009, 2010 y 2011, han cambiado sus orientaciones neo-liberales para defender incluso la necesidad de intervención del Estado, algo impensable diez años antes. Así, es más razonable enfrentar esta crisis mediante reformas y adaptaciones que permitan

---

<sup>171</sup> El presidente del Brasil fue reconocido como el estadista del año de 2009 en la Cumbre de Davos, en noviembre, por los jefes de Estados de los países más ricos del mundo, en razón de las políticas públicas que adoptó, con éxito para enfrentar la crisis global.

reorganizar el sistema del bienestar de acuerdo con el tipo de Estado en cuestión. La máxima de un *mercado libre* ha sufrido un gran golpe con esta crisis financiero-globalizada.

Pero, con respecto a la necesidad de intervención del Estado hoy, es necesario hacer una distinción entre el Estado Social y el Estado Constitucional Democrático de Derecho, que supone modificaciones respecto de la organización del poder, con la *cláusula social*, por la cual el Estado asume nuevas tareas como por ejemplo, salud, educación, vivienda, orden público, seguridad, etc., que no viene a sustituir sino a complementar a las antiguas, pues con ello se pretende proteger a los sectores sociales menos favorecidos a través de una determinada forma de actuar de los poderes públicos. El problema consiste en saber la intensidad y las formas de intervención del Estado en cada uno de estos tipos de Estado Social cuyas tareas sociales pueden ser mas intensas o con menor cláusula social.<sup>172</sup>

En el aspecto empresarial, la competición se ha agravado sin respetar fronteras y bloques de países, con nuevas dimensiones internacionales. No se puede dejar de reconocer que el mundo ha cambiado muchísimo. También se constata que se constata que la *mundialización comercial y financiera* que se produjo como una ola del *neoliberalismo*<sup>173</sup>, en prácticamente todos los países a finales del siglo pasado y comienzos de este, no es otra cosa que una nueva etapa expansiva del capitalismo del mercado y no puede ser confundida con el *desarrollo humano y sostenible*, modelo de desarrollo deseable como una conquista de todos los individuos y de todas las naciones a los que defendemos fervorosamente en este trabajo.

Por otro lado, no se puede de reconocer que la *solidaridad* entre los países se ha incrementado en los últimos tiempos: prueba de ello han sido los terremotos de Haití, que prácticamente destruyó el país entero, y de Chile en 2010 (se ha verificado un inicio de este fenómeno desde el gran tsunami del Índico en 2004). Así,

---

<sup>172</sup> FIGUERELO BURRIEZA, Ángela, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Social y su Eficacia en las Relaciones Privadas” in *Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp.239 a 297. Señalo la p.243 para la realidad española:”Dado el lugar que ocupa el artículo 1.1 en nuestra constitución, obligado es mantener que la vigencia del Estado Social en España no se discute y que su desaparición sólo puede llevarse a cabo por el procedimiento de revisión agravado previsto en el artículo 168 de la Constitución”.

<sup>173</sup> El modelo que está imponiendo en la mundialización del mercado acentúa el productivismo y el consumismo destructores del medio ambiente y de la cohesión social como ya denunciaba Herbert Marcuse en los años sesenta del pasado siglo. Véase MERCUSE, Herbert, *El Hombre Unidimensional*, ed. Seix Barral, Barcelona, 1972.



ocurren cambios en el escenario de los países del mundo y que, en cierta forma, implican el desarrollo de los pueblos. Es necesario incrementar mucho más el valor de la *solidaridad* entre los países con el fin de conseguir mayores niveles de crecimiento económico y un mayor índice del desarrollo humano – IDH, sobre todo en los países más pobres y mayor desigualdad y que necesitan mayores aportaciones de crédito para hacer frente a la pobreza que sufren. Los países más ricos tienen que tener mayor compromiso con esta realidad, preocuparse por reducir las injusticias sociales en un mundo que, hoy más que nunca, es una aldea global. Desde este punto de vista, los problemas de África no son apenas los de los países que allí se sitúan, sino también los problemas de los países europeos o de Estados Unidos o incluso los de China o Japón. Lo mismo puede decirse de Latinoamérica, tanto del Caribe como de América del Sur. El mundo actualmente es uno solo, a pesar de las diferencias entre pueblos y naciones, la humanidad comparte la misma suerte. Si ocurriera, por ejemplo, una guerra mundial, habría riesgo de destrucción de toda la humanidad. A todos nos preocupa la existencia de armas nucleares en países con inestabilidad política como Paquistán o la búsqueda de armamento nuclear de la Corea del Norte o de Irán. El derecho a la paz, al que todos nosotros tenemos derecho (todos los hombres en la faz de la tierra son titulares del derecho a la paz universal) es una realidad que también estriba en el valor de la solidaridad. De verificarse el uso de estos armamentos mortales, toda la humanidad podría desaparecer en un momento tan sólo con apretar un botón del centro de comando nuclear. Del mismo modo, hagamos una reflexión más: el incremento de la pobreza en África supone un riesgo para los países europeos debido a las inmigraciones ilegales y sus implicaciones negativas en el aspecto socio-económico. Por el contrario, la mejoría de las condiciones de vida de los pueblos africanos es también un factor importante para las condiciones de vida de los europeos, por eso resulta tan importante ayudar a los africanos. Y por la misma razón, los latinoamericanos de los países más pobres del Caribe y de América del Sur también deberán ser ayudados *solidariamente* por los Estados Unidos, el país más rico de la tierra en la actualidad.

En tiempos de crisis financiera, es interesante observar como algunos países han reaccionado respecto a la cooperación y la ayuda al desarrollo. Así, por ejemplo, el Parlamento Europeo, editó el 25 de marzo de 2010 una Resolución, publicada en Jornal Oficial C004 el 07.11.2010, en la cual se observan, en resumen, las siguientes posturas: a) invita a los dirigentes del G-20 a que cumplan sin demora el

compromiso asumido en la Cumbre de Pittsburgh en septiembre de 2009, para reformar la arquitectura del desarrollo a nivel mundial y, en este contexto, transferir, al menos, el 5% de las cuotas del FMI a las economías emergentes y en desarrollo y, como mínimo, el 3% de los derechos de voto en el Banco Mundial a estas economías; b) resalta la necesidad de una reforma de gobernanación económica mundial con fin de asegurar una mejor representación de los países en desarrollo en los fórums de decisión; propone que el G-20 pase a integrar, al menos, un representante de los países en desarrollo, en particular de entre los menos avanzados, que podría ser el Presidente en ejercicio del G-77 c) invita a la Comisión Europea y a los Estados miembros a que presten especial atención a la promoción y protección del trabajo digno, como una lucha contra las discriminaciones de género y en el trabajo infantil, conforme a las recomendaciones de la OIT, cuyo papel deberá ser reforzado; d) señala la necesidad de opción para un Sistema Internacional de Gobernación que proteja a las personas y a los países más vulnerables, especialmente los más gravemente alcanzados por la crisis mundial y con redes de seguridad ineficaces o inexistentes; e) observa que los miembros del FMI aprobarán la atribución de 250 mil millones de dólares en derechos de retiradas especiales (DSE) y que, de este valor, sólo 18 mil millones se destinarán a los países en desarrollo; insta los Estados miembros y la comunidad internacional a analizar la propuesta formulada por George Soros en el sentido de que los países más ricos repercutan sus DSE en un fondo para los bienes públicos mundiales, tales como la lucha contra las alteraciones climáticas o la erradicación de la pobreza; y f) aboga por el refuerzo de la cooperación macroeconómica en el seno del G-20, el fortalecimiento del papel del sistema de las Naciones Unidas y la reforma de las instituciones financieras internacionales, con el fin de responder de forma concertada a la crisis y a sus efectos en los países en desarrollo. En efecto, todos estos posicionamientos de la Comunidad Europea, a través de su Parlamento, fortalecen y contribuyen al derecho al desarrollo en la comunidad internacional.

No se puede negar la importancia de las contribuciones que las agencias internacionales como FMI y BIRD pueden proporcionar a los países que más necesitan desarrollar sus realidades socio-económicas. Deberían ser los países más ricos quienes destinaran mayores aportaciones de valores a los fondos de estas agencias internacionales responsables de financiar el desarrollo de los países más pobres en el mundo. Es precisamente aquí donde el sentido de *la solidaridad* se vuelve más fuerte y

concreto. El mundo tiene que ayudarse más los unos a los otros. La pobreza, el hambre, la mortalidad infantil, las condiciones de salud y de salud pública y el analfabetismo tienen que ser reducidos significativamente para que tengamos un mundo mejor, menos injusto socialmente hablando, con menos niños que mueren de hambre y más niños en las escuelas; con más madres que puedan dar alimentos a sus hijos. Muchas veces hemos escuchado que para una mayor solidaridad entre los pueblos sólo es necesario que las inversiones que financian las guerras se destinen a ayudar a los países más pobres y que necesitan de un mayor grado de solidaridad de los más ricos. Sólo una mejor distribución de la riqueza y de su uso con racionalidad, solucionaría este grave problema de la humanidad. Por esta razón resulta tan importante que el derecho al desarrollo sea un derecho fuerte y no una mera declaración de buenos principios universales. El compromiso de estas naciones más desarrolladas con el derecho al desarrollo de los pueblos y naciones menos desarrolladas ha de ser revisado y es preciso incrementar las ayudas internacionales para *fortalecer el derecho al desarrollo*.



## **CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL PROCESO EN LA MODERNIDAD PARA LA COMPRENSIÓN DE SU MISIÓN PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN; REFERENCIA ESPECIAL A PROTECCIÓN DEL DERECHO AL DESARROLLO**

En este capítulo se analizarán algunos de los tratamientos básicos que se han hecho con respecto a temas fundamentales del Derecho Procesal en estos tiempos de posmodernidad con el fin de hacer un planteamiento científico sobre el núcleo de nuestro trabajo, *La Contribución del Poder Judicial para la Protección de los Derechos Humanos de Tercera Generación, en especial, el Derecho al Desarrollo*.

Esta tarea exigirá sin duda esfuerzos para entender la concepción, en cierto modo original,<sup>1</sup> de un *proceso civil que se reviste de una finalidad económica* (al lado de las clásicas, política, jurídica y social)<sup>2</sup>; con lo que es posible proponer que en el funcionamiento de la administración de la Justicia se pueda asumir una misión contributiva para la promoción del desarrollo socio-económico, a través del proceso civil, como uno de los aspectos de esa concepción, del proceso civil con objetivo económico.

### **1. ACERCA DEL PROCESO MODERNO Y POS-MODERNO: CONCEPCIONES, FUNCIONES Y PERSPECTIVAS, CON VISTAS A LAS CONEXIONES ENTRE PROCESO Y ECONOMÍA**

Cuando miramos la convivencia humana en sociedad, percibimos que el Derecho tiene una función de ordenación de esta convivencia y de solución de los litigios que surgen en el medio social, pues la simple formulación de reglas de comportamiento no es suficiente para alcanzar el bien común y la paz social. Como

---

<sup>1</sup> Pues los economistas ya entienden que la Justicia, aunque relevante institución social, es importante para el éxito de la economía de una nación, sobre todo la concepción *Neoinstitucionalista*, como han demostrado los ganadores de premios Nóbel en el último decenio del siglo pasado, como Douglas North, Amartya Sen y otros.

<sup>2</sup> Como dice RANGEL DINAMARCO, Cândido, *A Instrumentalidade do Processo*, Malheiros Editores, 12ªed.(revista e atualizada), S.Paulo, 2005, pp.181 a 272.

afirmó LIEBMAM<sup>3</sup>: “*é necessário individualizar, declarar e fazer observar essas regras caso a caso e, se necessário, impor sua observância coercitivamente*”. Así, se ha establecido en la doctrina que el Derecho Procesal es la rama de la ciencia jurídica que cuida de un conjunto de normas de regulación del ejercicio jurisdiccional; cuando la materia no es de orden penal, se trata de Derecho Procesal Civil.<sup>4</sup> Esta definición de derecho procesal como un conjunto de normas jurídicas que disciplinan la actividad jurisdiccional<sup>5</sup> es una conquista del Estado de Derecho, una vez que, el Estado absolutista no se doblaba al derecho.

Uno de los rasgos que distingue al derecho procesal civil es el de ser él mismo *una categoría de derecho público* y un *derecho instrumental*. Se entiende la primera característica mencionada, al ser el derecho que disciplina una función pública, cual sea, la función jurisdiccional, en la que el Estado aparece investido de soberanía,

---

<sup>3</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Direito Processual Civil*, vol.1, Intelectus Editora, Tocantins, 2003, p. 23. Con propiedad describe el autor en las pp. 23/24, que a una rama del derecho – Derecho Procesal – le incumbe garantizar la eficacia práctica efectiva del ordenamiento jurídico mediante la institución de los órganos públicos que actúan para hacer efectiva esa garantía, disciplinando modalidades y formas de sus actividades, que son los órganos judiciales a través de la actividad jurisdiccional. Esta actividad se manifiesta en actos con contenido concreto, por ejemplo, se refieren a un hecho o caso determinado que es juzgado y dispuesto con la aplicación de reglas de derecho vigente y es, de cierto modo, una actividad que constituye una continuación y especificación de la legislación; y la norma jurídica que es el producto de la legislación, es el criterio de juzgamiento para la *jurisdicción*.

<sup>4</sup> FIDELIS DOS SANTOS, Ernane, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1, 5ª ed, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1997, p 1. Con respecto a delimitación de la materia, en Brasil, todo que no sea penal, se encuentra en el ámbito del proceso civil. Ya, en los países europeos donde existen el contencioso administrativo, la materia es restringida al derecho civil, como se puede observar, *ad exemplo*, en el concepto dos procesalistas portugueses VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel y NORA, Sampaio E., *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Ed. Coimbra, Coimbra, 1985, p.1, “*o direito processual civil, correntemente designado por processo civil, é o ramo do direito (público) funcionalmente destinado a integrar o direito civil. O direito civil abarca todo o conjunto de normas reguladoras de relações jurídicas estabelecidas entre particulares, ou entre particulares e os entes públicos (incluindo o Estado), desde que estes não exerçam na relação uma função de soberania*”; MONTALVÃO MACHADO, Antônio y PIMENTA, Paulo, *O Novo Processo Civil*, 5ª ed., Ed. Almedina, Coimbra, 2003, p. 9, *o direito processual civil constitui a aplicação prática do direito civil no quotidiano forense*. Más adelante estos AA. , a p. 11, conceptúan el derecho procesal civil como “*o conjunto de regras e dos comandos normativos que acompanham a vida de uma acção em tribunal, desde que ela é instaurada até ser proferida decisão que lhe ponha termo*”, con la imposición de una marcha y un procedimiento propio. En el mismo sentido, PAES DO AMARAL, Jorge Augusto, *Direito Processual Civil*, 4ª ed., Ed. Almedina, Coimbra, 2003: “*o processo civil é um ramo do direito que tem por finalidade integrar o direito civil*”. El A. presenta un concepto del *proceso*, con fuerte inspiración carnelluttiana, como “*uma sequencia de actos destinados à justa composição, por um órgão imparcial de autoridade (o tribunal), de um litígio, ou seja, de um conflito de interesses. Quando o conflito diz respeito a interesses privados ou particulares, estamos no domínio do processo civil*”. Se nota que en el derecho brasileño existen las justicias especiales y procesos especiales de naturaleza extra penal: proceso del trabajo y proceso electoral.

<sup>5</sup> Que disciplina tanto los actos de voluntad del juez como las partes que actúan en la relación procesal. Cotejamos entonces el siguiente concepto, que ha formulado ALBUQUERQUE ROCHA, José de, *Teoria Geral do Processo*, 7ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2003, p.34: “*o direito processual é o conjunto de normas jurídicas que tem por objeto disciplinar os atos de vontade dos órgãos jurisdicionais e partes, para a criação da norma do caso concreto (decisão do conflito) e sua eventual execução*”.

imponiendo una subordinación a las partes por el carácter vinculativo de las decisiones judiciales.<sup>6</sup>

Los principios y garantías constitucionales del proceso moderno, están insertos en las constituciones de los Estados de Derecho sensibles en cuanto a los graves problemas sociales y económicos, por lo que es posible encuadrar la ciencia procesal en un plan político bastante expresivo y resaltar la pléyade de intereses públicos perseguidos a través del proceso.<sup>7</sup> Al seguir esta línea, se puede pensar en las implicaciones socio-económicas que pueden resultar del proceso civil en el contexto social.

El *carácter público del proceso*<sup>8</sup> en la actualidad es preponderantemente mayor que el de ayer, gracias a los principios constitucionales del Estado moderno, democrático y de nítidas responsabilidades sociales y al apremio técnico de las instituciones procesales<sup>9</sup>. En apenas un siglo de ciencia, se ha pasado de la intensa concepción privada dominante en las ideas civilistas e immanentistas a un alto grado de “publicización” como se constata en la ciencia del proceso en la posmodernidad. La *publicización* del derecho procesal es, por tanto, una fuerte tendencia metodológica que aumenta los poderes del juez en la conducción del proceso y en la vigilancia de la perfecta aplicación de las normas procesales que llevan al mantenimiento del status de *due process of law*. Añadido a eso, se verifica la fuerte tendencia central de

---

<sup>6</sup> En este sentido, VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel y NORA, Sampaio E., *Manual de Processo Civil, Op. Cit.*, pp.7/10. El carácter público es resaltado por estos autores en la p.9: “ora não há dúvida de que na relação processual civil existe entre as partes e o juiz um nexo de verdadeira *subordinação*, que explica a força vinculativa especial de que gozam as decisões judiciais. O juiz exerce nessa relação uma função típica de *soberania*, que é a *função jurisdicional*. E como ramo do direito público não deixará o processo de ser considerado por quem aceite, como seu critério de distinção perante o direito privado, a *natureza* dos interesses tutelados pelas respectivas normas”. También MONTALVÃO MACHADO, Antônio & PIMENTA, Paulo, *op.cit.*, p.13 y PAES DE AMARAL, Jorge Augusto, *Op. Cit.*, p.20. Resaltamos que, para este autor, el juez ejerce una función de soberanía, cuya relación de subordinación, explica la fuerza vinculativa a las partes, de sus decisiones judiciales.

<sup>7</sup> RANGEL DINAMARCO, Cândido, *A Instrumentalidade do Processo*, 12ª ed., Malheiros Editores, S. Paulo, 2005, p. 65. Resaltamos: “*é universal a tendência à publicização do próprio direito como um todo, sendo isto visível no processo, ramo do direito público, por mérito que em grande parte pertence aos cultores do direito processual constitucional.*”

<sup>8</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p.95, disertaba que el proceso desenvuelve una *función pública*, que es la *actuación de la ley*, o sea, del derecho en sentido objetivo. En la p. 94, el A. dice de la esencialidad de la jurisdicción en el Estado moderno: “El Estado moderno, pues, considera como función esencial y propia del juez la administración de justicia. Sólo él puede aplicar la ley al caso concreto, y este poder se llama *jurisdicción*”.

<sup>9</sup> Rasgos de este carácter público del derecho procesal civil, en la realidad brasileña, en el Código de Processo Civil es demostrado por ARRUDA ALVIM, Manuel, *Manual de Direito Processual Civil*, vol.1, 2ªed, ed. Revista dos Tribunais, S.Paulo, 1986, p.34: “ a) o dever de comportamento ético (art.14) e a responsabilidade pelo dano processual (arts.16 e 18); b) o impulso oficial (art.262), em que se prescinde, fundamentalmente, da atividade dos litigantes; c) a amplitude dos poderes do juiz (art.342).”.

considerar el proceso como *instrumento* al servicio de los valores que son propios de las atenciones de la orden jurídico-material.<sup>10</sup>

La *instrumentalidad procesal*<sup>11</sup> es el aspecto positivo de la relación que une el sistema procesal al orden jurídico-material y al mundo de las personas y del Estado, destacando la necesidad de predisponerlo al integral cumplimiento de todos los fines sociales, políticos, económicos y jurídicos: es un proceso que se preocupa por servir de eficaz camino a una *orden jurídica justa*.<sup>12</sup> El proceso revestido de *instrumentalidad* actúa, pues, como importantísimo polo de irradiación de ideas y como coordinador de los diversos institutos, principios y soluciones. Es la *instrumentalidad* el núcleo y la síntesis de los movimientos, de ámbito casi universal<sup>13</sup>, por el perfeccionamiento del sistema

---

<sup>10</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil, Op. Cit.*, p. 96/97 acentúa la finalidad constante del proceso comprometida con la orden jurídico-material: “La actuación de la ley es el fin *constante* del proceso. Sea fundada o infundada la demanda del actor, la sentencia que la acepta o que la rechaza es siempre actuación de la ley, esto es, afirmación de una voluntad *positiva* o *negativa* de la ley. El proceso no sirve a una parte o a la otra; sirve a quien tiene razón, según el criterio del juez. La actuación de la ley puede realizarse en dos *estadios* o *fases procesales* diversos: de declaración (o de reconocimiento) y de *ejecución forzosa*, en el último de los cuales el Estado, o se vale de medidas que actúan sobre la voluntad del obligado para inducirlo a conformarse con la voluntad de la ley, o se subroga en su actividad, dando directamente al interesado los bienes que la ley le garantiza. A veces basta el primero (acción de declaración); otras se pasa directamente al segundo teniendo por base títulos ejecutivos diferentes de la sentencia; otras, se agotan ambos estadios.”.

<sup>11</sup> RANGEL DINAMARCO, Cândido, *A Instrumentalidade...op.cit.*, pp.67/70. Para quein, la naturaleza instrumental del proceso “impõe que todo sistema processual seja permeado desta conotação, para que realmente apareça e funcione como «instrumento do Estado» para a realização de certos objetivos por ele traçados; com o aspecto ético do processo não se compadece o seu abandono à sorte que as partes lhe derem, ou uma delas em detrimento da mais fraca, por isso desvirtuaria os resultados do exercício de uma atividade puramente estatal e pública que é a jurisdição.”. Dinamarca explicita además, en las pp.70/71, que esta visión instrumental favorece y explica las preocupaciones con numerosos puntos donde el interés público en el efectivo y adecuado ejercicio de la jurisdicción sobreleva a los individuos en conflicto y donde restringe o minimiza el valor de la autonomía de la voluntad, para que a de una de las partes no pueda perjudicar indebidamente los intereses de la otra. Es detallando esta visión *pública* y *instrumental* do proceso, ejemplifica el Autor, con las hipótesis de gran abertura para la *participación del juez en la actividad de instrucción*, y en ciertos casos, donde la indisponibilidad adviene de la propia orden pública, como en se tratando de *competencia* y de las *nulidades absolutas* y además con el *impulso oficial*.

<sup>12</sup> ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; PELLEGRINI GRINOVER, Ada y RANGEL DINAMARCO, Cândido, *Teoria Geral do Processo*, 19ª ed, Malheiros, São Paulo, 2004, p. 41. Es conveniente observar el que dicierán los autores: “falar em instrumentalidade do processo, pois não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem social turbado pela existencia de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por tres ordens de objetivos [ou talvez quatro objetivos, incluindo-se o econômico] que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídico.”.

<sup>13</sup> ABRANTES GERALDES, Antônio Santos, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Almedina, , 2ª ed. vol. 1, reimpressão, Coimbra, 1999, p.24, resalta que la reforma del proceso civil en Portugal, fue resultado de “uma convicção generalizada de que alguns princípios tradicionalmente consagrados ou determinadas normas adjectivas que lhes davam visibilidade careciam de urgente reforma que realçasse a *função instrumental* do direito processual civil face ao direito substantivo, para melhor satisfação dos interesses perseguidos pelo aparelho de administração da justiça”. Merece resalto también, en la p.25: “ A mais recente reforma do processo civil pretendeu pôr termo ou, pelo menos, reduzir aos justos limites



procesal<sup>14</sup>, a resultar en la mejoría del servicio jurisdiccional prestado a través del proceso, a conferir efectividad a sus principios formativo, lógico, jurídico, político y económico.<sup>15</sup>

Imbuido de esta concepción instrumental del proceso, el juez, como representante del Estado en la relación procesal, precisa estar iluminado por la visión de los resultados socio-económicos y políticos a que su decisión podrá conducir.<sup>16</sup> El proceso es un instrumento, pero al servicio exclusivamente del derecho sustantivo, pues su misión se revela más elevada para la sociedad, eso es, la pacificación social, en conformidad con los criterios vigentes y actuales de justicia y por estar comprometido también con la estabilidad de las instituciones.

La problemática de la *instrumentalidad del proceso* se encuentra profundamente vinculada a la efectividad. Ésta, puede ser resumirse en sus aspectos fundamentales de la siguiente forma: a) acceso a justicia; b) modo de ser del proceso; c) criterios de juzgamientos o “justicia en las decisiones”; d) eficacia práctica de derechos o utilidad de las decisiones.<sup>17</sup>

---

alguns dos *pontos negros* na tramitação judiciária dos processos, procurando interferir, em larga medida, com normas e princípios bloqueadores do processo, de modo a adequar o sistema às exigências da vida moderna e às justas aspirações dos interessados. A desformalização do processo civil, colocando em evidência os aspectos de natureza substancial e sobrepondo-os a critérios puramente formais, a fim de potencializar a efetiva resolução dos conflitos de interesse que aos tribunais são submetidos, constitui, sem dúvida alguma, uma das mais importantes inovações introduzidas pela recente reforma processual”.

<sup>14</sup> RANGEL DINAMARCO, Cândido, *A Instrumentalidade...op.cit.*, pp.22/23. Segundo este A., se faz importante la postura instrumental, como premisa para la defensa de la vía de acceso al Poder Judicial y a eliminación de las diferencias de oportunidades en función de la situación económica de los sujetos, en los estudios y proposiciones por la inafastabilidad del control jurisdiccional y efectividad del proceso, en las preocupaciones por la garantía de la igualdad de las partes y en aumento de la participación del juez en la instrucción de la causa y de la su libertad en la apreciación del resultado de la instrucción.

<sup>15</sup> Los principios informativos son en número de quatro, segundo MANZINI, Vincenzo, *Instituzioni di Diritto Processuale Penale*, 1976: “1) *Lógico*, em que o legislador deve usar forma tais que propiciem uma melhor apuração da verdade; 2) *Jurídico*, deve-se dar às partes no processo, igual oportunidade; 3) *Político*, procura-se alcançar o menor sacrifício possível da liberdade individual; 4) *Econômico*, procura-se constituir o processo com o menor dispêndio possível de tempo e dinheiro, é o princípio da economia processual.”

<sup>16</sup> Se nota que imparcialidad del juez no significa indiferencia axiológica y nem insensibilidad a los graves problemas sociales de su realidad, como bien demostró LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual ...op. cit.*, I, nº.3, nota 5, p. 9.: “não se confunde nem inclui a indiferença quanto aos valores sociais e políticos da sociedade”.

<sup>17</sup> RANGEL DINAMARCO, Cândido, *A Instrumentalidade do Processo, op.cit.*, pp.451/3. De manera más amplia, BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “Notas sobre o problema da «efetividade» do processo”, in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, ed. Saraiva, S. Paulo, 1984, pp.27/42, donde se destaca los puntos esenciales del concepto de efectividad: “a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos contemplados no ordenamento, resultem eles de expressa previsão normativa, ou inferíveis do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos, inclusive quando indeterminado o indeterminável o círculo dos sujeitos; c) é preciso assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o

Es oportuno no olvidar que el propio derecho material es también instrumento respecto a los intereses que tutela, de manera que la instrumentalidad pertenece en esencia al derecho como tal y no sólo al derecho procesal.<sup>18</sup>

Por otro lado, hay que señalar que una de las características de la relación procesal es la de ser dinámica (que sigue adelante) desde su surgimiento con la demanda, su desarrollo en actos secuenciados hasta la decisión final a través de la sentencia. En el curso de su desarrollo, el proceso atraviesa tres grandes fases lógicas: la primera, *la fase de postulación*, que comprende la actividad de las partes con fines de exposición de la pretensión (o de simplemente, en el polo del demandado, resistencia a pretensión del autor); la segunda, *la fase de probación* o de *instrucción*, en la cual son dados al juez los elementos necesarios para el conocimiento de los hechos y de las alegaciones que las partes formularan en sus actos de postulación. Para la convicción del juez, es necesario que los hechos sean probados, pues su juicio no se basa en meras alegaciones. Y, por último, la *fase de decisión*, la cual corresponde a aquella en que el juez actúa “*la voluntad concreta de la ley*”, con resolución del conflicto de intereses y, de esa forma, cumple la obligación de prestación jurisdiccional debida por el Estado.<sup>19</sup> En estas fases lógicas debe desdoblarse el procedimiento. Varios son los procedimientos, que en cada codificación procesal son definidos y deben estar de acuerdo con las normas y los valores constitucionales.

El procedimiento debe observar las denominadas garantías de justicia insertas en la Constitución, tales como son el derecho al contradictorio, a la igualdad material, a la fundamentación y razonamiento de las decisiones, a la publicidad, a la lealtad procesal... para que de esta manera y, de conformidad con las normas previamente presentadas, se alcance el status del *debido proceso legal*.

---

convencimento do julgador corresponda, tanto quanto possível, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o pleno gozo da utilidade específica a que faz jus segundo o ordenamento; e) esses resultados não de ser atingidos com o mínimo de tempo e energia”.

<sup>18</sup> ALBUQUERQUE ROCHA, José de, *Teoria Geral do Processo*, *op.cit.*, p. 34.

<sup>19</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *Teoria Geral do Processo*, 8ªed, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, p.241.

Es de gran importancia para la dinámica del proceso, el *impulso procesal oficial* (o *impulso ex officio*)<sup>20</sup>, esto es, el Estado-Juez deberá dar secuencia a los actos procesales hasta el momento culminante de la sentencia, independiente de manifestación específica en este sentido de las partes, de manera que el movimiento del proceso, a través de los actos del procedimiento, esté asegurado. Lo que se exige, para no violar el principio *ne procedat iudex ex officio*, es apenas que las partes ejerciten, respectivamente, el *derecho de acción* y de excepción (o de contestación).

¿Pero qué se entiende por *proceso*? Etimológicamente proviene del latín *processus*, de proceder, avanzar, seguir caminando hacia adelante.<sup>21</sup> Debido a esta primera concepción de proceso, relacionada, por tanto, con su raíz etimológica, se confundió con el procedimiento, es decir, con la simple sucesión de actos procesales.

Hay en el proceso, más allá del procedimiento, es decir, del conjunto de actos que le dan cuerpo y que revela el medio extrínseco por el cual él mismo se instaura, *un nexo o una conexión*, que es la relación procesal entre los sujetos del proceso, confiriendo él una serie de derechos, deberes, poderes, incumbencias y obligaciones. La noción del proceso es, en esencia, teleológica, porque él se caracteriza por su finalidad de ejercicio del poder jurisdiccional.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> COUTURE, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, ed, Depalma, Buenos Aires, 1988, p.109, conceptúa el impulso procesal: “el fenómeno en virtud de cual se asegura la continuidad de los actos procesales y el su encaminamiento a decisión definitiva”.

<sup>21</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *Teoria Geral do Processo*, *op.cit.*, p.18, esclarece que el empleo de la palabra *proceso*, con el significado actual, data de los últimos siglos de la Edad Media; los romanos usaban la expresión *iudicium*, así como se referían al *derecho* con el vocablo *ius*, VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel y NORA, Sampaio E *Manual de Processo Civil*, *op. cit.*, p.10/12 discurre a respecto de diversas acepciones del termo proceso: “A palavra *processo* compõe-se, na sua formação *etimológica*, dos vocábulos *cedere* + *pro*, e significa *caminhar para a frente, avançar para um objetivo*. Neste sentido, fala-se de processo *químico* (de certo elemento), do processo de *fabrico* ( de um produto), do processo de *cura* (de uma doença), do processo de *admissão* (a uma escola). Trata-se, em qualquer dos casos, de uma *sequência* de actos, logicamente articulados entre si, com vista a determinado fim”.

<sup>22</sup> ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoria General del Processo*, ed. Porrúa, México, 1980, que a las pp. 9/10, establece algunas diferenciaciones entre proceso y procedimiento: “No hay sinonimia entre ambas expresiones puesto que «procedimiento» es la acción o modo de obrar. Es decir, marca una serie de acaecidos en la realidad como consecuencia del desarrollo del proceso en la actuación concreta...En el proceso se previene una secuela ordenada al desempeño de la función jurisdiccional, mientras que en el procedimiento, la realidad se ha pretendido apegar a esa secuela pero con todos los matices e individualidad que impone el caso real. El proceso es el desarrollo regulado por la ley de todos los actos concatenados cuyo objetivo es que se diga el derecho a favor de quien tenga la razón total o parcial. El procedimiento es el desarrollo real de un caso en que se ha planteado una determinada controversia.” Así, verse que en la noción de *processo* se encuentra presente una pluralidad de actos con objetivo de obtener la decisión jurisdiccional. Subraya, pues, su finalidad.

Así, funcionalmente, el proceso es el *instrumento de que se sirve el Estado para, en el ejercicio de la función jurisdiccional, resolver los conflictos de intereses, solucionándolos.*<sup>23</sup>

### **1.1. EL PROCESO COMO INSTRUMENTO DE REGULACIÓN/ACTUACIÓN DEL DERECHO Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

En la modernidad, compete al Estado asegurar la *actuación del derecho objetivo* en los casos en que el mismo no sea voluntariamente contemplado por las partes envueltas en el conflicto de intereses. Cuando tal *actuación* ocurre a través de la intervención del juez, órgano estatal, la ley habla de *tutela jurisdiccional de los derechos*. El juez prosigue, en la práctica, con tal hipótesis, con la obra del legislador, aplicando los remedios necesarios para obtener, en concreto, el cumplimiento del mandato establecido por el Estado-legislador. Así, la *tutela jurisdiccional de los derechos* consiste en la actividad de determinados órganos estatales, los jueces y tribunales<sup>24</sup> que, en el ejercicio de su poder conferido por el Estado, pone en práctica, en el caso concreto, determinados “remedios” previstos en la ley, como forma de asegurar la observancia del derecho objetivo. La tutela jurisdiccional se concretiza, con la aplicación de los remedios que el ordenamiento jurídico pone a disposición del titular de un derecho.<sup>25</sup>

Tradicionalmente, la doctrina procesal ha sustentado que el órgano estatal jurisdiccional intervine en el momento de la aplicación de la norma puesta por el Estado-legislador mediante la producción de un efecto jurídico vinculado por la ley a un acto del juez, efecto éste que produce una situación por la cual se reafirma la norma, o mejor dicho, el contenido del mandato por parte del juez en un caso concreto.<sup>26</sup> Por eso

---

<sup>23</sup> Idem, p. 18.

<sup>24</sup> MONTALVÃO MACHADO, Antônio & PIMENTA, Paulo, *O Novo Processo Civil, op. cit.*, p. 9/10, explicita la función jurisdiccional, como siendo “o poder de resolver determinado conflito e de conceder uma providência adequada à reintegração do direito violado e exerce tal função através dos tribunais”. Tal definición, como dice el A., consta del art.202.º 1 de la Constitución de la República Portuguesa (CRP): “os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça...”.

<sup>25</sup> MICHELI, Gian Antonio, *Curso de Derecho Procesal Civil*, vol. 1, (trad. de Santiago Sentís Melendo de la obra *Corso di Diritto Processuale Civile*, ed Giuffrè, Milão, 1959), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, p.3/6. O A. también reconoce que la actividad jurisdiccional, tutela un interés subjetivo: “Verdad es que también esta última, en cuanto reconoce un derecho, tutela un interés y, por consiguiente, una posición de supremacía de un sujeto respecto de otro o de otros, pero la misma se diferencia de la norma que postula la intervención de un sujeto, diferente del sujeto del derecho para que sea reafirmado el contenido de otra norma que reconoce el derecho mismo”.

<sup>26</sup> MICHELI, Gian Antonio, *op. cit.*, p. 6/7, con resalto de que: “el juez prosigue a obra del legislador, ejercitando otro de los poderes fundamentales del Estado que es el jurisdiccional...El juez, por

en la actualidad se entiende que la *misión del proceso civil* consiste en asegurar la eficacia práctica a las normas del *ius positum*.<sup>27</sup>

Tal intervención del órgano estatal jurisdiccional, modernamente hablando, se hace en un *monopolio de la jurisdicción por parte del Estado*, una vez que, excluye, en principio, la admisibilidad de formas de auto tutela fuera de los casos expresamente previstos por ley. Ni siquiera el arbitraje puede ser considerado una excepción a esta regla, porque la decisión de solucionar los litigios por árbitros depende de la voluntad de las partes a través de una convención de arbitraje o de una cláusula compromisoria específica; además, no todos los tipos de tutela pueden ser alcanzados por el arbitraje, únicamente los derechos disponibles.

El *proceso civil* puede ser comprendido como “*un complejo de actos tendientes a la formación o actuación del comando jurídico concreto, en cuya característica consiste en la colaboración para tal fin, de las personas interesadas, las partes, con una o más personas desinteresadas, el juez o tribunal.*”<sup>28</sup> El proceso civil puede ser definido, teniendo en cuenta su finalidad, como indicar, “*un método para la formación o para la actuación del derecho, con vistas a garantizar la bondad del resultado, que es el reglamento justo y cierto del conflicto de intereses que obtenga realmente la paz social*”<sup>29</sup>. De esta manera, el proceso en cuanto a método para la formación o actuación del derecho (derecho objetivo), sirve al derecho; por otra parte, tal formación o actuación, en razón del conflicto de interés que tiende a regular, el proceso

---

consiguiente, es portador de un interés público en cuanto a la observancia de la ley”. Sobressai na posição deste doutrinador, que o juiz prossegue a obra do legislador, exercitando a jurisdição e de que a norma é o objeto da atividade do órgão jurisdiccional.

<sup>27</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de Direito Processual Civil*, Saraiva, S.Paulo, 1.977, p.7. El A. resalta también el carácter de protección de los *derechos subjetivos*: “Não se exclui que, ao exercer a atividade jurisdiccional, os órgãos judiciais dispensem *também* proteção aos direitos *subjetivos*, entendidos na acepção mais ampla, em ordem a abranger todas as situações jurídicas subjetivas de *vantagem*, que a lei confere às pessoas sob determinadas circunstâncias; nem se nega que, em regra, o propósito de defender tais situações é que induz os interessados a invocar a garantia jurisdiccional. Considera-se, porém, que o critério decisivo deve adotar a perspectiva do Estado;..o fim *público* do processo, destarte, sobrepara ao seu fim *privado*.”

<sup>28</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Instituições del Processo Civile Italiano*, 5ª ed., vol.1, Soc. Ed. Del Foro Italiano, Roma, 1956, p.3. Es oportuno recordar que, cuando Carnelutti se refiere al juez como persona desinteresada, debe ser entendido como imparcialidad, pues al juez está conferido el interés público de solucionar los litigios, mediante la aplicación de normas legales.

<sup>29</sup> CARNELUTTI, Francesco, *op.cit.*, p.4, con resalto: “ Come al fine di ottenere il regolamento giusto e certo è necessaria *esperienza* per conoscere i termine del conflitto, *saggezza* per trovarne il punto d’equilibrio, *tecnica* per foggare la formula idonea a rappresentare tale equilibrio, la collaborazione delle persone interessate con persone desinteressate si è dimostrata a tal fine un metodo particolarmente efficace.”

es servido por el derecho. Aquella parte del derecho que regula el proceso, recibe el nombre de *derecho procesal* o en otro término de *derecho judicial*.<sup>30</sup>

Parece oportuno destacar la clásica definición del *proceso civil*, elaborada por G. Chiovenda: “*El proceso civil es el conjunto de los actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por ésta en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria*”.<sup>31</sup>

## 1.2 SOBRE EL CAMBIO AXIOLÓGICO DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL SIGLO XXI

Defiendo la posición de la doctrina más moderna de que, en la actualidad, se encuentra sobrepasada la concepción de origen iluminista (con fuerte inspiración en las ideas de la Revolución Francesa) y consagrada por la escuela de *exegese* (interpretación de textos legales) de que el juez es un mero agente de aplicación de leyes, como si fuera un autómatas que efectuase el silogismo de subsumir los hechos que le fueran presentados en un proceso judicial (premisa menor) al sistema positivado (premisa mayor), de forma mecánica. El entendimiento asentado entre los filósofos del Derecho y entre muchos procesalistas<sup>32</sup>, es el que existe una actividad o una función creadora del derecho, como de la producción de una sentencia judicial.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> CARNELUTTI, Francesco, *op.cit.*, p. 4. Y, específicamente, con respecto al proceso de cognición, CARNELUTTI, las pp.29 e ss, asevera el eminente procesalista toscano, que el proceso se concluí con un juzgamiento, una sentencia, que iba expresar la función jurisdiccional: “A tal fine opera il giudice e al tipo de processo che vi corrisponde si dà anche il nome dil *guidizio*... Questa sostanza della funzione è espressa nella formula *ius dicere*, che è piú del *dicere rationem*; il sostantivo di questa formula è *iurisdictio* o *giurisdizione*. Giurisdizione è pertanto, letteralmente, la funzione che si esercita mediante la *dichiarazione imperativa dei rapporti giuridici*.”

<sup>31</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Princípios...*, *op.cit.*, p. 98.

<sup>32</sup> HECK, Philipp, *El Problema de la Creación del Derecho*, BELAID, Sadok, *Essai sur le Pouvoir Créateur et Normatif du Juge*, L.G.D.J., Paris, 1974; CAPPELLETTI, Mauro, *Juizes Legisladores?*, (trad. De Carlos Alberto A. de Oliveira), Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993; SICHERS, Luis Recaséns, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Porruá, 7ª ed, México, 1985; LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. de José Lamego), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989 y KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Armênio Amado Editora, 6ª ed., (Trad. João Baptista Machado), Coimbra, 1984 e *Teoria Geral das Normas*, Sérgio Antonio Fabris Editor, (Trad. de José Florentino Duarte), Porto Alegre, 1986.

<sup>33</sup> MORAES RÊGO, Nelson M. de, *Da Sentença e sua Eficácia no Processo Civil*, Trabajo de Conclusión del Curso de Expert en Derecho Civil Y Proceso Civil, Universidade Gama Filho, año 1986. En esto trabalho el autor concibe esta función creadora del derecho, en cuanto norma del caso concreto, como un derecho nuevo, *Derecho Intersubjetivo Procesal*, es que advién de una sentença tránsitada en juzgado, única fuente regladora de aquello conflicto de intereses que fue sumetido al juizo (órigen procesal, mas de eficacia material); válida para los sujetos procesales ( intersubjetivo, por tanto), es que todos deben respetar. Derecho esto, no más de carácter abstrato, mas concreto; no más norma *agendi*, mas norma

En la actualidad, la *jurisprudencia* se entiende como una forma, cada vez más relevante, de emanación de reglas jurídicas.<sup>34</sup> Y no hay por qué decir que tal fenómeno es exclusivo del sistema de *Common Law*, aunque éste sea de incontestable preeminencia. En los últimos años se ha verificado una verdadera aproximación entre los sistemas de *Civil Law* y el de *Common Law*, con una creciente importancia de los precedentes judiciales en el juicio de casos concretos por los tribunales. Veamos, por ejemplo, la frecuente utilización de jurisprudencias que orientan decisiones, por el Tribunal de Justicia Europeo y por el Tribunal Penal Internacional, como fuente de derecho.

Para lo que aquí nos interesa, es destacable la contribución de la Sociología del Derecho, sobre todo la de Erlich, en temas como el *derecho vivo* y la *creación judicial del derecho*. Respecto al primero, en el derecho vivo es central la contraposición entre el Derecho oficialmente estatuido y formalmente en vigencia y a normatividad emergente de las relaciones sociales ya que se rigen los comportamientos y se previene y resuelve la gran mayoría de los conflictos.<sup>35</sup> En cuanto al segundo, ofrece la distinción entre la normatividad abstracta de la ley y la normatividad concreta y de conformación de la decisión del juez, como transición para una nueva visión que refuerza las dimensiones procesales, institucionales y organizacionales del Derecho y de la causa, lo que comporta estudios centrados en las *relaciones del derecho y el desarrollo socio-económico* (en particular, del Proceso Civil con el desarrollo socio-económico)<sup>36</sup> y del *papel del Derecho en la transformación modernizadora de las sociedades tradicionales*.<sup>37</sup>

---

*exigendi* (de aquello caso concreto y que debrá producir todos sus efectos, tam pronto acrecido de la *Auctore Res Judicata*) y norma específica (regladora no más de hipóteses, mas de un caso concreto). No es derecho objetivo (mientras se fundamente en él) y ní derecho subjetivo, (por no ser más *facultas agendi*) es, mismo, *Derecho Intersubjetivo Procesal*. Vide además, GOMES GARCIA, Juvêncio, *Função Criadora do Juiz*, Brasília Jurídica, 1ª ed, Brasília, 1996, p 154: “O juiz, é realmente, na aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto, a figura dominante do universo jurídico, uma vez que o verdadeiro direito é aquele que emana de suas decisões, de suas sentenças, ao entregar a prestação jurisdicional. É aí que o direito se faz concreto na produção de seus efeitos, traduzindo sua eficácia na norma individualizada, suscetível de execução. É ele, portanto, quem outorga o justo, personificando a justiça animada e vivente; é o mediador que restaura a igualdade e corrige a injustiça, no uso de seu poder criador...”

<sup>34</sup> En Brasil la creciente importancia de los precedentes judiciales, como demonstram las Súmulas del STF, STJ e TST, y mientras más a tam polémica adoción de las súmulas vinculantes en el Sistema Constitucional, con la Reforma del Poder Judicial, Enmenda Constitucional nº 045/2004, se puede vislumbrar un nítido ejemplo de una creciente aproximación del sistema Continental Europeu y Latino-Americano con el sistema de lo *Common Law*, anglo-americano. Vide íten 2.2. del Capítulo IV de esta Tesis.

<sup>35</sup> Referente a célebre dicotomía presente en la sociología norte-americana, del *law in books* y *law in action*.

<sup>36</sup> Vide sub-íten nº 1 del Capítulo IV de esta Tesis.

<sup>37</sup> Oportuna la remisión a la orientación teórica de la escuela de derecho libre o de la jurisprudencia sociológica de POUND, Roscoe, “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence”, in *Harvard Law*

Es necesario no olvidar que la coyuntura intelectual que privilegiaba las cuestiones normativas y substantivas del Derecho y que en cierto modo lo hacia relativo en importancia en cuanto a cuestiones procesales, institucionales y organizacionales, fue alterada, a finales de la década de los 50 y principios de los 60 por condiciones teóricas y sociales adherentes. Entre ellas están el *desarrollo de la sociología de las organizaciones*<sup>38</sup>, el *desarrollo de la ciencia política*, con especial interés por los tribunales, en cuanto a instancia de decisión y poder político<sup>39</sup>, y por último, el *desarrollo de la antropología del derecho* o de la *etnología jurídica*<sup>40</sup>, que finalmente redescubrió su objeto de estudio en las propias sociedades de los países desarrollados, centralizado en los *procesos* y en las *instituciones sociales*, y se ocupó de los diferentes grados de formalización y de especialización y de la eficacia estructural de los comportamientos. A su vez, las condiciones sociales están representadas en las luchas sociales protagonizadas por distintos grupos sociales (con una larga tradición histórica de confrontación): los negros, los estudiantes, amplios sectores de la burguesía en lucha por nuevos derechos sociales en áreas como seguridad social, vivienda, educación, transportes, medio ambiente, calidad de vida y de desarrollo..., y también en el interés de la Sociología por el *proceso* y por los *tribunales*, sobre todo en la llamada crisis de administración de la justicia (que ha perdurado hasta nuestros días).<sup>41</sup>

---

*Review*, nº 24: 591 e 25:440, 1911 e 1912. A partir de estas concepciones, se criaram condiciones teóricas para la transição, para una nueva vision sociológica con el cietro en las dimensiones procesales, institucionales y organizacionales del derecho.

<sup>38</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade*, Edições Afrontamento, 5º ed. Porto, 1996. O A. explica, à p.143, que a *sociologia das organizações* é : “Um ramo da sociologia que tem em M. Weber um dos principais inspiradores, dedicado em geral, ao estudo dos agrupamentos sociais criado de forma mais ou menos deliberado para obtenção de um fim específico, com enfoques diversos sobre a estrutura e a forma das organizações, sobre o conjunto de interações sociais no seu seio ou no impacto delas no comportamento dos indivíduos. Este ramo da sociologia desenvolveu em breve um interesse específico por uma das organizações de larga escala dominante na nossa sociedade, a organização judiciária e particularmente os tribunais”.

<sup>39</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de, *op. cit.*, p. 144, explicita que: “a teoria dos sistemas utilizada na análise do sistema político em geral encontrou no sistema judiciário um ponto de aplicação específico e as ações dos actores do sistema, particularmente as do juízes, passaram a ser analisadas em função de suas orientações políticas.”.

<sup>40</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de, *op. cit.*, p. 144. Segundo el autor ”a *antropologia jurídica* libertou-se progressivamente de seu objeto privilegiado, as sociedades coloniais, virou-se para os países em desenvolvimento da América Latina e para os novos países afriicanos e asiáticos, até descobrir seu objeto nas sociedades capitalistas desenvolvida”.

<sup>41</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de, *op. cit.*, p.145. El sociólogo del derecho en causa, resalta., teniendo en vista la expansión de los derechos sociales y de la integración de las clases trabajadoras en los circuitos del consumo, que quedaba antes fuera de su alcance, que más : “os conflitos emergentes dos novos direitos sociais fossem constitutivamente conflitos jurídicos cuja derimção caberia em princípio aos tribunais, litígios sobre a relação de trabalho, sobre segurança social, sobre habitação, sobre os bens de consumo duradouros, etc...Acresce que a integração das classes trabalhadoras (operariado e nova burguesia) nos circuitos do consumo foi acompanhada e em parte causada pela integração da mulher no mercado de trabalho, tornada possível pela expansão da acumulação que caracterizou este período. Em consequência, o



Una importante manifestación del papel creador del órgano judicial es la relacionada con la tendencia progresiva y acentuada en los últimos tiempos, en varios sectores de la legislación, a emplear rasgos más flexibles en la configuración de los esquemas de hechos a que se atribuyen determinados efectos jurídicos. Así, para posibilitar una mayor adaptación a las mutables condiciones económicas, políticas, culturales, el legislador se abstén de bajar a minuendos en la configuraciones de las hipótesis de incidencia, limitándose a incluir en la norma legal algunos datos genéricos o elementos de referencia, componiendo un cuadro que será rellenado por quien aplica de la ley mediante la utilización de patrones variables de acuerdo con las concepciones dominantes en el ambiente histórico y social. Éste es el que con frecuencia se aplica en el uso de las *cláusulas generales*, de los *estándares* jurídicos y de los *conceptos indeterminados*; en tales circunstancias aumenta en importancia la tarea del órgano judicial.<sup>42</sup>

Valiosa es la opinión del clásico procesalista italiano Giuseppe Chiovenda al respecto de la producción del derecho a través de la sentencia emitida por el juez, en algunos casos: “*Si è osservato che spesso il giudice pronuncia ritenendo per veri fatti che non sono e vice-versa; e in questi casi il giudice non attua diritto preesistente, ma determina e crea il diritto fra le parti. Si è detto ancora, che il giudice, in caso di dubbio nella lege, non è chiamato soltanto a dichiarare la norma, ma a porla.*”

---

aumento do conjunto dos rendimentos familiares foi concomitante com mudanças radicais nos padrões de comportamento familiar (entre cônjuges e entre pais e filhos) e nas próprias estratégias matrimoniais, o que veio a constituir a base de uma acrescida conflitualidade familiar tornada socialmente visível e até mais aceite através das transformações do direito de família que entretanto se foram verificando. E esta foi mais uma causa do aumento dos litígios judiciais. De tudo isto resultou uma explosão de litigiosidade à qual a administração da justiça dificilmente poderia dar resposta.”. Para este sociólogo português, esta situación llegó a se agravar en el decenio de 70, cuando ocurrió reducción progresiva de los recursos financieros del Estado (crisis del Estado de Seguridad Social), fenómeno este manifiesto en las más diversas áreas de la actividad, incluso en la: “incapacidade do Estado para expandir os serviços da administração da justiça de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura entretanto verificada. Daqui resultou um factor adicional da crise da administração da justiça.”.

<sup>42</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de Direito Processual*, *op.cit.*, p.10. Este autor considera este fenómeno, el atribuir un mayor ámbito de aplicación del juez en el proceso civil, como una tendencia de carácter global. En la p.11 acentúa: “Essa orientação imprime fisionomia nova a amplos setores da atividade judicial, relacionadas com a *direção* do processo, não apenas no sentido *formal*, mas também no *material*.” Además, explicita, que se agiganta el trabajo del juez en el instante específico del juicio en razón de una mayor utilización de las *cláusulas generales*, *standars* jurídicos y de los conceptos indeterminados, por lo que es necesario concederle, con amplitud, los medios para formar su convencimiento que corresponda a una realidad objetiva. “Daí a propensão, hoje universal, a eliminar grande parte das restrições tradicionais à iniciativa oficial na investigação e fixação dos fatos relevantes para solução do litígio”. Exemplifica aunque com el art. 130 del Código de Proceso Civil brasileño “*Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias*”.

*Non essere quindi il processo semplice attuazione di diritto, ma determinazione, produzione di diritto.*”<sup>43</sup>.

Negar que el juez cree el derecho de un caso concreto corresponde a afirmar que las situaciones jurídico-materiales declaradas en la sentencia preexisten en ella, lo que evidentemente no se puede admitir nunca.<sup>44</sup> Pero no se puede negar que de alguna forma el juez concurre, en cada caso concreto, para contribuir o complementar el precepto de la ley, ajustándolo a las especificidades y concreciones del *fattispecie* llevado a su conocimiento y, de esta forma, componiendo el litigio. El juez es un intérprete calificado y legitimado para buscar cada uno de los valores dominantes en la sociedad, para descubrir el significado y juzgar los casos concretos en la exacta medida de esa busca e interpretación. Debe ser, por consecuencia, un profesional actualizado con el tiempo y con atención a los cambios que ocurren en la sociedad en que vive, o sea, un actor del derecho lúcidamente insertado en su contexto social, con una visión del mundo ampliada con una formación humanista.

Es de notar, además, que cada decisión judicial implica el ejercicio, en mayor o menor medida, del poder de deliberación del juez. En la confrontación de la norma, la estructura particularmente abierta ante el caso concreto, el juez resultará depositario de un mayor grado de deliberación. Deliberar entre varias opciones es equiparable al *poder*, en censo propio. Según la literatura sociológica, adquirir poder es poder elegir hipótesis, perder poder es perder capacidad de elección.<sup>45</sup> El poder de decisión de un juez, si de un lado no es un poder vinculado, de otro no es ningún poder absoluto, pero sí es correlato de la extensa función jurisdiccional, y como tal, está sujeto a límites. En efecto, el margen de decisión o de deliberación de un juez es relativo ya que opera en un determinado ámbito espacio-temporal y, por eso mismo, variable en función del ordenamiento y de su época. Un cambio normativo, una alteración de los hechos o una modificación socio-económica será suficiente para ampliar o restringir el margen de

---

<sup>43</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, “Del Sistema negli studi del processo civile”, *op. cit.* pp. 35/47. O consagrado jurista menciona, à p. 38, outros com esta mesma opinião: “ Fu primo in quest’ ordine d’idee il Bulow, vent’anni fa: poi gli tennero dietro il Kohler, il Dekengolb e altri; e in Francia tutta una schiera di scrittori si è fatta a difference un metodo di interpretazione della legge che dicesi d’ *adattamento storica*”

<sup>44</sup> RANGEL DINAMARCO, Cândido, *A Instrumentalidade do Processo*, *op. cit.*, pp.49/50.

<sup>45</sup> BARNES, *The Nature of Power*, apud PICARDI, Nicola “La vocazione del nostro tempo per la giuridizione”, *op. cit.*, pp.54/55

decisión reservada al juez. En la actualidad, esto mismo se caracteriza como una considerable ampliación del poder del juez.<sup>46</sup>

Sin duda la tarea de aplicación del derecho realizada por el juez en cada caso concreto, no es una tarea automática, limitada a simple búsqueda de la norma pensada por el legislador para este caso, sino que existe un trabajo anterior de interpretación y de reconstrucción de la hipótesis jurídica. Hay que reconocer, pues, una función de creación de la norma jurídica del caso concreto realizada por el juez. La importancia de esta función creadora del juez presupone siempre, como mínimo, la tarea de interpretación de la norma. Es que, aplicar la ley en el caso concreto supone comprenderla, entenderla en un conjunto de las demás normas disponibles y esta tarea de interpretación es anterior a la aplicación, lo que supone reconstruir la hipótesis legal cosa que nunca puede hacerse con una única norma, sino que se exige la utilización de normas variadas.<sup>47</sup>

Además, al juez compete no solamente la interpretación de las leyes positivas o de fórmulas que adviene de codificaciones, sino también la adecuación de los hechos sociales y de los intereses materiales a los principios de valoración jurídica predominantes, teniendo en consideración en primer plano a la persona humana como elemento central de una ordenación justa.<sup>48</sup>

El juez ejerce así una extraordinaria y dinámica actividad recreadora, teniendo plena soberanía en la órbita de su propia actuación. En el último análisis, se puede aseverar que el resguardo y la manutención de los principios fundamentales de la orden jurídica son hechos exclusivamente por el juez, y no por el legislador, ya que la ley no es la medida exacta que asegura la estabilidad y la continuidad del Derecho.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> PICARDI, Nicola, *op. cit.*, p.56. Señalamos lo que el autor Enfatiza en la p.57, un tema de palpitante actualidad: el intento de eliminar el poder de decisión del juez con el consiguiente peligro de abuso y de arbitrio: “Il potere discrezionale, próprio perché limitato, mira ad evitare i pericoli del soggettivismo e della degenerazione in arbitrio.”

<sup>47</sup> VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “A Jurisprudência Vinculante na «Common Law» e na «Civil Law»”, *Temas Atuais do Direito Processual Ibero-Americano*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, pp. 326/382.

<sup>48</sup> GOMES GARCIA, Juvencio, *Função Criadora ...op.cit.* p.158

<sup>49</sup> GOMES GARCIA, Juvencio Gomes, *Função Criadora...op. cit.*, pp.157/158. WOLKMER, Antônio Carlos, *Ideologia, Estado e Direito*, ed. Revista dos Tribunais, S.Paulo, 1989, pp.146/147, con el siguiente resalto: “É contribuindo para a transformação e evolução contínua da ordem jurídica positiva que o Juiz, em seu mister recriador, insere a semente perpetuadora e a fonte inspiradora do direito ideal”.

Notemos, por emblemático, que el Código Civil suizo contiene un famoso precepto que permite al juez crear la norma para el caso concreto “como si fuese el legislador” (art.1º). Este poder de creación del Derecho ha dado alas inclusive a llamada *escuela del derecho libre*, también denominada de *iudex rex*, porque concibe al juez como centro de la creación jurídica o de la escuela de la *freire Rechtsfindung*, con el que permite al juez la libre búsqueda del derecho aplicable al caso concreto.<sup>50</sup> Mientras, en los diversos sistemas de derecho positivo moderno, el juicio del juez no debe ser libre en el sentido arbitrario, caprichoso o puramente subjetivo, sino que debe ser justo objetivamente y reconocido como justo socialmente. Se rechaza, así, que el juez sea arbitrario. Pero, una vez que sean atendidos los principios informadores del sistema jurídico, se reconoce en el trabajo del juez, la tarea de aplicación o creación de las normas jurídicas del caso concreto: “la labor del juez en la aplicación o creación de las normas jurídicas no es automática sino que está siempre sometida a la dirección de los principios informadores del sistema jurídico”.<sup>51</sup>

Otro aspecto considerable es el cambio de paradigma, desde mediados del siglo XX en Europa, tanto en lo referente a la función desempeñada por los jueces como a la proclamación y, en particular, a la garantía de los derechos fundamentales que en realidad para ser efectivos requieren contar con una tutela judicial apropiada. Se ha producido lo que en la doctrina jurídica se describe como una transición del juez constitucional, que desde luego implica la transformación del juez tradicional – tan imparcial como pasivo en el proceso– en un nuevo juez activo defensor de los derechos fundamentales que se aplica, no sin problemas para la teoría tradicional, a todo tipo de jueces y jurisdicciones: no sólo a los jueces de lo penal o incluso de lo contencioso-administrativo, sino también a los jueces de lo social o de lo civil.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “A Jurisprudência Vinculante na «Common Law» e na «Civil Law»”, *op. cit.*, p.332. Com ressaltado ainda para esta escola do *direito livre*: “La escuela, que ya tuvo sus iniciadores en Büllow y Schultze, se formaliza com Erlich y a ella se adhirieron Kantorowich, Danz, Jsay, Cosack, entre otros, teniendo también en la literatura española su representante en el civilista Dualde”.

<sup>51</sup> VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, p.333.

<sup>52</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, David, *La Protección Judicial de los Derechos Fundamentales de Solidariedad, Derechos Sociales, Medio Ambiente y Consumidores*, Editorial Comares, Granada, 2006, p.273. Con resalto, a la p.274 de que: “Los anteriores cambios en la evolución del poder de los jueces y en la ampliación y la mejora de la protección de los derechos fundamentales aparecen como dirigibles o controlables desde instancias nacionales; sin embargo, el riesgo a que se desboquen y pueda perderse su control en los ámbitos internacionales y, particularmente, supranacionales, justifica que se opongan aún más reticencias y obstáculos a su consagración y a su protección jurisdiccional en especial por cuanto se refiere a los nuevos derechos, a los que se conocen como derechos de las últimas generaciones y que tienen una importante dimensión colectiva como son los vinculados al mundo laboral pero, también a otros

Así, defendemos el punto de vista que avala que al Poder Judicial compete una *función creadora del Derecho* al interpretar la norma legal aplicable a especie.<sup>53</sup> Pero, al ejercer sus funciones, es evidente que el Poder Judicial no puede proceder libremente, una vez que encuentra límites en normas expresas concernientes al funcionamiento de los demás Poderes y en los principios que nortean el ordenamiento jurídico.<sup>54</sup> No puede el juez decidir *contra legem* o de manera *a solutus legibus*, como en la escuela del derecho libre. No le es permitido suprimir principios, que están bien establecidos (muchas veces en ámbito constitucional), pero no podemos negar que le es permitido ajustar, modificar, ampliar o incluso recusar su aplicación delante de ciertas circunstancias de hecho de la causa. Lo que no debemos es confundir la misión del juez con la del legislador, principalmente desde el punto de vista procesal, porque la actividad decisoria de aquello, está en conexión con los sujetos parciales del proceso (autor y reo) y con respecto al caso concreto. Su actitud, debe ser siempre de imparcialidad y de poder, para asegurar a las partes el derecho de producir sus alegaciones en juicio de manera más amplia posible a fin de aproximar el objeto del proceso al máximo del objeto real, del mundo de los fenómenos.<sup>55</sup>

---

ámbitos en los que la globalización está teniendo efecto de extraordinaria importancia como es caso del medio ambiente, de la salud o de los consumidores”.

<sup>53</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p.5, se refiere al mensaje de Theodore Roosevelt, enviada al Congreso Americano en 08.12.1908: “os principais criadores do direito podem ser, e frequentemente são, os juizes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real ou as garantias do processo e da liberdade, emitem, necessariamente, no ordenamento jurídico, partículas de um sistema de filosofia social; com essas interpretações de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito”. Y también GRAU, Eros Roberto, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, p. 95: “A que atribuo a qualificação de ‘formal’? A direito positivo brasileiro, no caso, ou ao modo de interpretação/aplicação do (desse) direito (isto é, as normas criadas pelo juiz)? É necessário que se esclareça, a esta altura, que tomo a interpretação como atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas: a *interpretação* é meio de expressão dos *conteúdos normativos* das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as *normas* contidas nas disposições « Zagrebelsky 1990/68 e ss. e Grau, 1995/5-7, 1997<sup>a</sup>/55 e ss. e 1998/65 e ss.». Por isso, as normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, *enquanto* disposições não dizem nada – elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem. O intérprete dotado de poder suficiente para *criar* as normas, a partir delas construindo, em cada caso, a *norma de decisão*, é o «intérprete autêntico», no sentido conferido a essa expressão por Kelsen ( 1979/469 e ss.) – isto é, fundamentalmente o juiz...É função dos juizes a de produzir ‘ direito formal’...”.

<sup>54</sup>En el ámbito de las normas de contenido económico ese limite encuentra apoyo en la búsqueda del bienestar social.

<sup>55</sup> MORAES RÊGO, Nelson M. de, “ A Arte da Decisão Judicial”, *In Verbis*, Revista do IMB – Instituto dos Magistrados do Brasil, Rio de Janeiro, mayo de 1997, p. 18, o A. resalta que: “a atividade judicial não se reduz a uma simples operação lógica calcada em provas, porque participam também a personalidade do homem-juiz, sua consciência e sua vontade na proferição de uma decisão. O conhecimento do Direito é pressuposto indispensável ao Magistrado. E não basta o conhecimento técnico do Direito; é necessário sentir e prescrutar o escopo último e verdadeiro da norma ou combinação dessas e, para tanto, uma capacidade espiritual, um instinto de direito e um faro de uma decisão justa devem tomar parte; o que envolve uma tríplice investigação sobre a existência da norma, seu significado e valor e ainda sobre sua aplicabilidade. Aqui está o Direito, concretamente, como técnica científica e artística. A arte da decisão judicial”.

### 1.3 LA VISIÓN DE LA ECONOMÍA NEO-INSTITUCIONALISTA, COMO ANTECEDENTE RACIONAL PARA LA FINALIDAD ECONÓMICA DEL PROCESO CIVIL

Precipuamente urge elucidar el significado de *institucionalismo*<sup>56</sup>, en la escuela económica, con pensamientos comunes y un ritual compartido. Esto exige una busca en sus orígenes, el institucionalismo originario que aparece a inicio del siglo pasado en los Estados Unidos de América, con un paradigma propio, con su propia identidad, asiente en las convicciones de que la economía es institucional porque es procesal y evolucionista, cultural y colectiva, interdisciplinario y sin predicciones, renegando ser apenas una “ciencia de elección” y renegando también la mecánica fría, apriorística y abstracta que muchas veces estuvo íntimamente relacionada con esta rama del saber.<sup>57</sup> Así, para los institucionalistas, tratar de economía es a final, tratar del «proceso de la vida», con toda la incertidumbre y todo el experimentalismo que le constituyen, como aseverarán Veblen y Commons: lo que más cuenta es la vida colectiva, la evolución, la presencia de agentes activos y, por veces hasta irracionales; en que hay eficiencia mas también desperdicio; en que los desequilibrios acontecen y son parte de un reino de incertidumbres; en que el conflicto importa tanto como la cooperación; en un mundo que se revela construido por la experiencia e por la razón y no por un mundo de autómatas y ni de individuos metodológicamente arreglados y mucho menos revelado, es un mundo observable, con formas de encuadramiento colectivo, con procesos cumulativos de causalidad abierta y pragmática; al fin, todo que resulta de la interacción humana: las instituciones.<sup>58</sup> Para mejor entender la concepción del *institucionalismo*

---

<sup>56</sup> La expresión fue primeramente empleada por Walton H. Hamilton, cuando en 1918 presentó al *meeting* anual de la American Economic Association el *paper The Institutional Approach To Economic Theory*, en un rato en que la Asociación discutía sobre la economía y la profesión del economista, Cfr KLEIN, PH., “The Institutional Challenge: Beyond Dissent” in *Institutional Economics: Theory, Method, Policy*, Marc Toll, Boston e Londres, Kluwer Academic, 1993, p.14. Es de se resaltar que las universidades americanas de Maryland, Texas e Wisconsin se destacaran como escuelas del *institucionalismo*.

<sup>57</sup> REIS, José, “O Institucionalismo Económico: crónica sobre os saberes da economia”, in *Notas Económicas*, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, diciembre de 1998, pp 130/149.

<sup>58</sup> Con respecto a «proceso de la vida», vide VEBLEN, Thorstein, “Why is economics not an evolutionary science”, in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. XII, julho de 1898 e “Preconceptions of Economics”, vol. XII, fev de 1900, republicados, *The Collected Works of Thorstein Veblen*, Routledge/Thoemms Press, Londres, 1994. Vide además el pensamiento de COMMONS, John. R., que es también considerado como un de los fundadores de la Escuela Institucionalista, *Institutional Economics, Its Place in Political Economy*, Transaction Publishers, Londres, 1990. Para COMMONS las instituciones son determinantes para el desempeño económico. VEBLEN, subraya las funciones de reproducción de las estructuras del poder jerárquico y entiende que las fuerzas progresivas están en las tecnologías y en los comportamientos tecnológicos (por criar hábitos de pensar común, en la gran mayoría de los hombres). Es de buena oportunidad frisar en esta corriente que: “donde se agotarán leyes y los derechos naturales que sólo podrían derribar de una orden pre-fijada y inmutable, han de surgir formas de encuadramiento colectivo, procesos cumulativos de causalidad abierta y pragmática, han de surgir, en fin, todos los

*originario*, ha que recurrir a las palabras claves de la visión integracionista: hábitos, acción colectiva, regla, cultura y norma. Éstas, resultan de la idea de que todas las culturas producen significados materiales concretos que son usados con diversas finalidades, o sea, el cambio, la producción la satisfacción moral y emocional. Y como las experiencias que sirven de base para las instituciones sufren mudanzas, éstas también se alteran cuando aquellas llevan las personas a acreditar que hay una manera mejor de organizar algún aspecto de su vida.<sup>59</sup>

Para allá de los caracteres normativo (formal) y experimental, pues valoriza sobremodo los hechos de la experiencia, el *institucionalismo* es holista, sistémico y evolucionista; considera que el conflicto y el poder son centrales en la actividad humana, en la cual, tiene también lugar los comportamientos no racionales<sup>60</sup>; propio de su paradigma y de la metodología empleada, están también las características de ser dinámica (contingente) y no teleológica.<sup>61</sup> En la óptica institucionalista, las instituciones asumen importancia determinante para el desempeño económico, una vez que tiene su origen en los procesos formales e informales de resolución de conflictos;

---

artefactos que resultan de la interacción del hombre”. Se ve la nítida influencia del *pragmatismo norteamericano* en la teoría económica, por representar este empirismo del otro lado del Atlántico, la filosofía de una nación que adelantaba llena de confianza en el futuro, se sirviendo de sus mejores experiencias para proyectarlas en el futuro. Vale la remisión a PEIRCE, Charles; JAMES, William; MEAD, George Herbert Y DAWNEY, John, *Historia del Pensamiento Filosófico Y Científico*, Editorial Herder, tomo III, Barcelona, 1988, p.433 e ss.

<sup>59</sup> REIS, José, “O Institucionalismo Económico...”, *op.cit.*, pp.134/135. Para quien sirviéndose de un concepto de NEALE: “*instituições* é a palavra chave que os economistas evolucionistas(institucionais) usam para os comportamentos regulares e padronizados das pessoas numa sociedade e para as idéias e os valores associados a essas regularidades”. Distarte, se comprende que, el paradigma institucionalista originario se calca en la concepción esencial de que la actividad humana es un acto colectivo y que los individuos superan sus limitaciones a través de la construcción de convenciones. El mundo de la acción, por este prisma, es un mundo que forma parte del conflicto de distribución asimétrica de información y de poder. Por eso, para este autor los institucionalistas procuran construir modelos- patrón con los cuales explican el comportamiento humano a través de una cuidadosa inserción en su contexto institucional e cultural; el propio control social es, pues, ejercido a través de los mecanismos de acción colectiva. REIS (p.135), resalta el carácter normativo y experimental: en la noción central del *institucionalismo*, se encuentra la concepción de que el desempeño económico debe ser siempre evaluado ante valores sociales emergentes y que a los economistas compete más cambiar el mundo que contemplarlo.

<sup>60</sup> **Donde se concluye que la afinidad y compatibilidad de esta Escuela con el objeto de esta TESIS DOCTORAL, en este capítulo, que procura un diálogo del Derecho con la Economía: los conflictos sociales que son llevados a solución por el Poder Judicial son también considerados por el *institucionalismo*.**

<sup>61</sup> REIS, José, “O Institucionalismo Económico...”, *op.cit.*, p.136, se señala que “a economia é uma entidade condicionada sócio-politicamente e culturalmente; valor e preço não são categorias iguais; o *focus* na economia, e não no mercado, produz significados radicalmente diferentes; o institucionalismo é essencialmente dinâmico; os resultados que emergem do mercado são avaliados perante as normas da economia, e não o contrário; um dos principais factores condicionantes da economia política moderna é o poder económico concentrado; o quadro apropriado para olhar as economias ao longo dos tempos é o do progresso e não o do crescimento; há objetivos emergentes na sociedade que devem beneficiar do empenhamento da economia.”.

centraliza su interés en el estudio del Derecho, del derechos de propiedad y de las organizaciones.<sup>62</sup>

Nadie mejor que Allan Gruchy<sup>63</sup> para demostrar la síntesis del institucionalismo originario que ha hecho de manera magistral resumiendo siete características fundamentales: 1) la economía es una ciencia cultural; 2) el sistema económico es un producto histórico-cultural y un proceso continuo; 3) el cambio tecnológico es el motor, el alma del desarrollo económico; 4) el proceso económico es, por naturaleza, abierto y, por consiguiente, la evolución es más importante que el equilibrio; 5) la función positiva de los sistemas económicos es la provisión de bienes y servicios para satisfacer necesidades, y esto es más importante que la idea de escasez; 6) la ciencia económica es una ciencia cultural y social; 7) la definición de la ciencia económica es profundamente interdisciplinaria, se vale de la contribución de los economistas ortodoxos desde la época de los fisiócratas franceses.<sup>64</sup>

El *nuevo institucionalismo* tiene su origen en el trabajo erudito de grandes economistas del último cuarto del siglo XX, dos de ellos laureados con el Premio Nóbel, Ronald Coase (1991) y Douglass North (1993), y del no menos importante, Oliver Williamson, con las teorías *de la empresa y de las jerarquías empresariales, la economía de los costos de transacción, la de derechos de propiedad*. La consagración de esta corriente del pensamiento económico puede ser constatada a partir de la década del noventa, cuando ocurrió, efectivamente, el notable desarrollo de esta escuela económica

---

<sup>62</sup> COMMONS, John. R., *Institutional Economics...*, *op. cit* , p. 234. Se nota que el pensamiento de este autor, por concentrarse en el impacto de los derechos de propiedad, del derecho y de las organizaciones empresariales, en el poder económico, en las transacciones y en la distribución de rentas, tiene conexiones más claras con el neo-institucionalismo de R. Coase y O. Williamson. Es de conocimiento común que el institucionalismo originario es una escuela de resistencia de la visión dominante en la ciencia económica, siendo profundamente integracionista y evolucionista, pues valora el experimentalismo, la presunción de incertidumbre, la contingencia y la causalidad cumulativa.

<sup>63</sup> GRUCHY, Allan, *The Reconstruccion of Economics: An Analysis of the Fundamentals of Institutional Economics*, Greenwood, Nova York, 1987, pp. 21/23.

<sup>64</sup> Además de esta síntesis, por oportuno, conviene observar los siete conceptos centrales del *institucionalismo*, apuntados por DRUGGER, Willian, *Radical Institutionalism: Contemporary Voices*, Greenwood Press, Nova York, 1989, pp. 4 /17, que ciertamente le distingue, de forma singular, de entre las escuelas económicas: 1) proceso o causalidad cumulativa; 2) socialización y irracionalidad, con atención en el papel de los mitos y de la evolución y aunque no comportamiento ceremonial; 3) poder y *status*, en oposición a las ideas de utilidad y de equilibrio; 4) igualdad, porque el institucionalismo favorece los discapacitados y no tiene una visión no ingenua de la redistribución de riquezas; 5) valores y filosofía, por ser el institucionalismo una fusión del existencialismo y del instrumentalismo filosófico; 6) democracia, como activismo y orientación política, en participación en la sociedad; 7) visión radical, distintamente de ser incremental, por las proposiciones de reestructuraciones del capitalismo.



y su reconocimiento internacional.<sup>65</sup> Se puede afirmar, que el nuevo institucionalismo procura superar el enorme foso entre el que está en la cabeza de los economistas neoclásicos y el que existe en el mundo real. R. Coase, por ejemplo, formula una pregunta y una respuesta esenciales: “¿por qué surge y para que surge la empresa?”, y responde “porque el mecanismo de los precios relativos no es suficiente para garantizar y informar el proceso de producción y de cambio”.<sup>66</sup> Así, por esta visión, es posible tener una discreción objetiva del mundo como realmente es.

Es fundamental mencionar las ideas elaboradas por Geoffrey Hodgson<sup>67</sup>, al resaltar un aspecto importantísimo en el nuevo institucionalismo: la tarea de explicar la existencia de instituciones políticas y jurídicas en la sociedad, o en términos generales, de *instituciones sociales*, a partir de un modelo de comportamiento individual y, con base en él, deducir sus repercusiones en las interacciones humanas. Según ese abordaje institucionalista, al contrario de la concepción ortodoxa, la Economía engloba tanto la tecnología, como los gustos y preferencias individuales en el sistema económico a analizar.<sup>68</sup> Además, el término “*sistema socio-económico*” es utilizado para

---

<sup>65</sup> REIS, José, *op.cit.*, p.138/139, para quién la visión del liberalismo clásico resurge en el neo-institucionalismo, con la idea atomística de «individuo abstracto», con intereses, necesidades, voluntades y propósitos. Este A. dice que no falta quién reconozca que su abordaje es “complementar a la economía neoclásica”, como O. Williamson.

<sup>66</sup> COASE, Ronald, “The Problem of Social Cost”, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, pp. 1/44. Afirma este A. que las transacciones tienen costos, eso es, los costos y las interacciones que los agentes establecen en un mercado no son accesibles de forma instantánea, ni transparentes; entonces, son necesarios esquemas alternativos para superarla, i. é., para minimizar los costos y para reducir la incertidumbre. Es éste, para Coase, el papel de las instituciones, con el que, en consecuencia, se sobreleva el papel de la *empresa*, que completan los mercados, con respecto a mecanismos de organización de la vida colectiva y al mismo tiempo, hace descubierto que los mercados no son mecanismos homogéneos. Por este abordaje *neoinstitucionalista*, se asume una visión a respecto de las *micro-fundations* de la decisión y de la vida, i. é., del que los individuos tienen, en cuanto concepciones propias, ideas diferentes, modelos mentales alternativos acerca del modo como el mundo funciona, y es con base en los diferentes *mapas mentales*, con los cuáles los individuos confrontan el mundo, que las elecciones son hechas.

<sup>67</sup> HODGSON, Geoffrey, “Institutionalism, Old and New”, in Hodgson, Geoffrey; Samuels, Warren; Tool, Marc, *The Elgar Companion to Institutional Evolutionary*, Edward Elgar, vol. 1, Aldershot, 1994, Es de subrayar, a p.399, el siguiente: “la existencia de instituciones es vista como algo que afecta el comportamiento individual, pero apenas mientras que las elecciones; es vista como restricciones de información presentadas a los agentes, no como algo que modela las preferencias y, evidentemente, la individualidad de los propios agentes”. Para los nuevos institucionalistas, las instituciones son más características universales y elementales de la vida humana del que fenómenos históricos que resultan de procesos cumulativos – se trata de los derechos de propiedad - que son generados y aplicados conforme las necesidades económicas iban surgiendo. En este sentido también WILLIAMSON, Oliver, “The Economic Analysis of Institutions and Organization”, in *General and With Respect to Country Studies*, OCDE, Paris, 1993, p. 6.

<sup>68</sup> HODGSON, Geoffrey, *Economia e Instituições, Manifesto por uma Economia Institucionalista Moderna*, (trad. de Ana Barradas da ed. original, *Economics and Institutions – A Manifesto for a Modern Institutional Economics*, 1988, Polity Press, Cambridge), Celta Editora, Oeiras, 1994, pp.15/16, con la siguiente explicación sobre la teoría económica ortodoxa, a p.16: “a principal razão para isso é que a teoria económica ortodoxa está associada à ideologia liberal clássica, em que o indivíduo é considerado como

poner en evidencia el hecho de que la Economía es inseparable de una serie de instituciones sociales y políticas en la sociedad en general, como el Poder Judicial en su tarea de administrar justicia.<sup>69</sup> Es oportuna la advertencia de que, el alargamiento del ámbito de la investigación económica no significa una extensión del modelo mecanicista y determinista, pues para Hodgson, la excepción de la cuestión de la *endogeniedad* de gustos y de la técnica, la importancia que es atribuida a los problemas de información y incertidumbres se conjuga con de la indeterminación, una vez que existen nichos para causas sin causa. Su abordaje se caracteriza como *holística*, en el sentido de que engloba cuestiones sobre la determinación y evolución de los gustos y preferencias, como un imperativo flexible, segundo el cual las teorías económicas y sociales deben ser ampliadas de modo a abarcar todas las variables y elementos relevantes.<sup>70</sup> Se nota, así, que la perspectiva sistémica adoptada por Hodgson dirige su atención a la interconexión entre los sistemas socio-económicos y el ambiente natural, lo que ha provocado un fuerte impacto en el medio académico por representar una señal positiva del progreso de la ciencia económica.

---

unidade autônoma elementar. Ao adoptar uma perspectiva sistémica, estamos, num certo sentido, a repetir a antiga contraproposta segundo a qual o comportamento dos indivíduos é em parte formado pelo ambiente social e geral. É uma velha idéia, mas decisiva para todos os contra-ataques radicais ao individualismo e liberalismo ao longo dos séculos. Note-se, contudo, que não temos que cometer o erro contrário, frequente no passado, de que o ambiente social explica tudo. Podemos negar que os indivíduos sejam completamente autônomos e livres, mas então não temos de os acorrentar a cadeias deterministas”.

<sup>69</sup> HODGSON, Geoffrey, *Economia e Instituições...*, op. cit., p. 272, expone la necesidad de una cultura interdisciplinar: “A aplicação concreta da teoria institucionalista aos problemas práticos requer um estudo pormenorizado e cuidado das instituições e do seu desenvolvimento. Ao nível teórico, esta abordagem implica uma cultura interdisciplinar que não está em voga nem é encorajada actualmente pelas universidades, nem se enquadra na sua estrutura e nos seus objectivos. Exige um tratamento não convencional e uma abertura de espírito que nem sempre merecem a aprovação de certos especialistas de vistas curtas, quais topeiras enfiadas em seus buracos.”. Por esa perspectiva, se revela admirable el estudio de los efectos económicos del proceso civil, con respecto a instrumento a ser utilizado por el Poder Judicial o para distribuir justicia.

<sup>70</sup> HODGSON, Geoffrey, *Economia e Instituições...*, op. cit., pp. 16/17, se puede anadir la siguiente explicación de su perspectiva sistémica, a p. 17: “uma consequência importante da perspectiva sistémica que aqui adoptamos é que é possível concentrarmos a atenção nos processos de transformação tanto dos gostos individuais como da tecnologia de produção ao longo do tempo. Ao introduzir estes elementos no sistema, a sua evolução e transformação tornam-se temas de estudos legítimos e importantes. Pelo contrário, no esquema ortodoxo, somos orientados para as condições de equilíbrio que resultam da optimização com gostos e técnicas dados.” Y, en carácter de complementación: “o sistema sócioeconómico é aqui considerado como sistema “aberto” e não “fechado”, no sentido originalmente definido por Ludwig Von Bertalanffy (1950)... um sistema aberto pode atingir ou não um equilíbrio ou um estado estacionário, dependendo do seu ambiente se manter ou não inalterado. Normalmente, a teoria dos sistemas parte do princípio razoável de que o ambiente é variável e não atinge o seu próprio equilíbrio.”.

Para Douglass North<sup>71</sup>, el *neo-institucionalismo* parte de la teoría neo clásica, la altera y la desarrolla para que pueda profundizar y esclarecer una serie de problemas anteriormente fuera de su alcance. Se basa, pues, en el presupuesto fundamental de la escasez y, en consecuencia, de la concurrencia, compatible con el principio de la *teoría de la elección* subyacente a *microeconomía*. Por tanto, es su naturaleza microeconómica, individualista, lo que define la naturaleza teórica esencial del nuevo institucionalismo.<sup>72</sup> Sin sombra de dudas, el *neo-institucionalismo* es un retrato microeconómico de la dinámica de las instituciones y organizaciones y del esclarecimiento de los micro-fundamentos de la Economía. La interconexión de la microeconomía y las instituciones, se hace a través de la noción de costos de transacciones, según las importantísimas formulaciones teóricas de R. Coase e O. Williamson.<sup>73</sup>

Por consiguiente, son importantes para la comprensión del *nuevo institucionalismo*, las nociones de instituciones, de comportamiento organizacional, de

---

<sup>71</sup> NORTH, Douglass, *The New Institutional Economics and the Third World Development*, Routledge, London e N. York, 1997, p. 17/26. En otra obra, "Institutions And Economic Performance", in *Rationality, Institutions and Economic Methodology*, Routledge, London e N. York, 1993, este mismo autor, pp. 242/261, deja bien claro el concepto de *instituciones*: "restrições informais e regras formais «normas jurídicas, regulamentos» do jogo da interação humana", estando también incluídas las organizaciones con finalidad específicas como "empresas, sindicatos, grupos de agricultores, aparelhos políticos, « Órgãos do Judiciário, encarregados de administrar Justiça para a sociedade»". (inserciones nuestras). Afirma además el A. que "**as instituições estruturam incentivos que determinam a forma como as economias se desenvolverão**". North esclarece ainda que "a natureza da relação entre instituições e desempenho econômico, depende de saber como vão ser usadas as competências e os conhecimentos adquiridos pelas organizações, vez que é com isso que vão sobreviver, alterar o quadro institucional e desenhar a evolução da economia; se forem usadas para atividades redistributivas ou atividades monopolistas a economia não cresce. Somente se forem usadas produtivamente é que a economia cresce". Dessarte, entende-se, perfeitamente, que as instituições afetam sim a atividade econômica e o seu crescimento, não sendo fácil, todavia, incorporá-las na vida econômica. **É justamente aqui, que as teorias de R. Coase e O. Williamson, dos custos de transação, são empregadas para que se obtenha este nível de compreensão institucional: "as instituições são as regras do jogo de uma sociedade, i. é, as restrições criadas pelo próprio ser humano para estruturar as suas interações. Elas formam-se para reduzir as incertezas que existem na troca; são, portanto, minimizadoras dos custos da transação. São meios pelos quais se superam as falhas do mercado, ao oferecerem os mecanismos pelos quais os indivíduos racionais podem transcender dilemas sociais". Transportemos eso para el ejemplo do Poder Judicial, que al incrementar el grado de previsión de sus decisiones, estará, por cierto contribuyendo para reducir los costos de transacciones y consecuentemente, propiciar condiciones sociales más favorables para el crecimiento económico de la sociedad que se encuentra inserido.**

<sup>72</sup> En la visión paradigmática del *neo-institucionalismo*, el individuo es sofisticado, complejo, limitado y, así, más humano.

<sup>73</sup> COASE, Ronald, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics op. cit.*, pp. 1/44 e "Industrial Organization: A Proposal for Reserch, *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization*, V.R. Fuchs, National Bureau of Economic Research, Nova York, 1972, pp. 57/73 ; WILLIAMSON, Oliver, *The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets. Relational Contracting*, Free Press, Nova York, 1985 e "The Economic Analysis of Institutions and Organization" in *General and With Respect to Country Stydies*, OCDE, Paris, 1993.

interacciones cooperativas, de eficiencia de adaptación, de incertidumbre y de limitaciones de informaciones y decisiones.

En el intento de un *institucionalismo más amplio*, algunos economistas tienen pretendido transponer la visión microeconómica por una visión más amplia de cariz macro-social<sup>74</sup>, con preguntas del tipo: “¿Por qué es que no se dispone de un análisis institucionalista del Estado, visto que él es, manifiestamente, la institución de las instituciones?”. Entonces, podremos admitir la paráfrasis: ¿Por qué es que no se dispone de un análisis institucionalista del Estado Jurisdiccional, visto que él es, como uno de los poderes del Estado, seguramente la institución de las instituciones (el Estado)? Partamos del presupuesto de que las decisiones jurisdiccionales tienen efectos económicos, tanto en el límite de los sujetos en el proceso, como en la transposición de la especificidad del caso concreto, para ir más allá, y entonces visualizar un factor macroeconómico a actuación de los juicios y tribunales, como por ejemplo, el de la seguridad jurídica (previsión de las decisiones según la vigente orden legal); el del cumplimiento de los contratos, con respecto a instrumentos jurídicos de las múltiples y variadas transacciones que efectúan los agentes económicos en su espacio de actuación y el de la “imposición” de los derechos de propiedad. Por esta visión transpuesta, hay que comprender muy bien los mecanismos de coordinación de la actividad económica, en cuanto a *un conjunto plural de combinaciones institucionales*, de los que participan los mercados, las jerarquías empresariales, las comunidades o medios locales, el Estado ( y no se puede olvidar su dimensión jurisdiccional, que le es inmanente), las redes de actores socio-económicos, las asociaciones de intereses, en fin, una gama muy grande de combinaciones institucionales que establecen, relaciones con la diversidad de *sistemas sociales de producción*.

---

<sup>74</sup> Más para allá de la concepción del Estado, de D. North y de T. Eggertsson, de «establecer e impor as regras fundamentais que organizam a troca», vide HOLLINGSWORTH, J. Rogers & BOYER, Robert *Contemporary Capitalism: The Embeddedness of Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997. También REIS, José, “O institucionalismo...”, *op.cit.*, p 144/146 propone un *institucionalismo más amplio*, con una visión, macro-social, pues los muchos problemas que la interdependencia de los actores trae, dice él, tiene correspondencia en la complementariedad de las instituciones que constituyen y configuran un sistema social de producción. Además, este A. en un otro estudio, “A Economia Constitucional: o Estado e as Instituições na visão de um individualista radical (J. Buchanan)”, in *Notas Econômicas*, nº 6, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, dezembro de 1995, pp. 77/95, afirma que: “a economia constitucional oferece evidente contributos para quem queira afirmar a importância das instituições no funcionamento da economia e, mais amplamente, para quem queira defender uma noção institucional do processo económico”, p.90.

#### 1.4. EN TORNO A LA FINALIDAD ECONÓMICA DEL PROCESO CIVIL (Objetivos, Fines)

Importa aquí el problema de saber si el proceso judicial, como instrumento de actuación de los órganos jurisdiccionales en la tarea de solución de controversias, se encuentra revestido de un objetivo económico, por ejemplo, si el proceso judicial, más allá de sus objetivos jurídico, político y social, es también productor de efectos económicos.

Así, ¿en la aplicación de las leyes al caso concreto, mediante el acto culminante del proceso, de emisión de una sentencia, ocurrirían efectos económicos? ¿Qué reflejos socio-económicos serían generados con la emisión de la sentencia? ¿Adquirirían efectos macroeconómicos por la actuación institucional del Poder Judicial? ¿Se Podría vislumbrar, más allá de los efectos económicos directamente implicados con los sujetos procesales (autor y reo) otros efectos que aunque reflejados en la economía nacional fueran efectos macroeconómicos? Entonces, en caso afirmativo, ¿cuándo al emitir una decisión judicial deberían ser analizados por el juez o por el tribunal los posibles efectos económicos derivados de la sentencia? ¿Podría afirmarse que las inversiones de los agentes económicos, tanto los que ya están instalados en suelo patrio como por oriundos de nuevas aportaciones externas, deberían considerar en la toma de decisiones los costes de las demandas judiciales surgidas de sus contratos celebrados en sus actividades empresariales? ¿Y respecto a las exportaciones, ¿habría algún tipo de implicación económica relacionada con la actividad judicante?

Tales problemáticas han sido consideradas por algunos economistas, sobre todo desde la perspectiva neo-institucionalista.<sup>75</sup> ¿Y por qué no abordarlas desde el punto de vista jurídico de algunas ramas de la ciencia del derecho, como *derecho económico*, *derecho constitucional*, *derecho internacional*, *derecho comercial*, *derecho procesal*?

---

<sup>75</sup> Vide por exemplo os diversos estudos desenvolvidos por PINHEIRO, Castellar: “Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil”, in DIREITO & ECONOMIA, *op. cit.*, pp.244/283; *Segurança Jurídica, Crescimento e Exportações*, Fundação Ipea (vinculada ao Min. do Planejamento, Orçamento e Gestão da República Federativa do Brasil), Rio de Janeiro, outubro de 2005; *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?* Fundação Ipea, Brasília, fevereiro de 2003; *Credit Markets in Brazil: the Role of the Judiciary and other Institutions*, Banco central do Brasil, 2003; “*Decisões Judiciais, Desenvolvimento Econômico e Crédito no Brasil*”, Febraban, S. Paulo, janeiro de 2.003.

Observemos que la temática de los objetivos del sistema procesal y del ejercicio de la jurisdicción asume, hoy en día, la más alta relevancia en el estudio de la ciencia del proceso. No es suficiente el aspecto de la *instrumentalidad* del proceso, sin añadir los *objetivos* o *propósitos* a ser alcanzados mediante su empleo. Así es que, la doctrina reconoce en el proceso civil objetivos *sociales, políticos y jurídicos*.<sup>76</sup> De entre los primeros, está el objetivo de eliminar conflictos mediante criterios justos –el que se evidencia como el más elevado objetivo social de las actividades jurídicas del Estado– y el educativo, de concienciar los miembros de la sociedad para ser más celosos con sus derechos y más responsables por la observancia de sus obligaciones para con los otros, aspecto educativo ése que podrá se manifestar en el adecuado ejercicio de la jurisdicción, esto es, llamar la propia población a traer sus insatisfacciones a ser remediadas en juicio. Respecto al objetivo *político*, es preciso considerar el intenso compromiso del sistema procesal con la política, esto es, su inserción entre las instituciones concernientes a vida del propio Estado. Al decidir y imponer decisiones el Estado afirma su propio poder y autoridad de que se encuentra investido, en la búsqueda de fines predeterminados, es decir, el propio Estado, con el ejercicio y la jurisdicción, reafirma su condición de responsable por la organización de la vida social y reafirma la autoridad de su ordenamiento jurídico. Además, relacionada con *el objetivo político* se encuentra la instrumentación jurídico-procesal consistente en la preservación de las libertades públicas, también denominada *jurisdicción constitucional de las libertades*.<sup>77</sup>

Con respecto al *objetivo jurídico* se puede afirmar que es de fundamental importancia la definición del modo como el proceso y sus resultados repercuten en el sistema jurídico, o sea, la función que el proceso desempeña ante el derecho y en la vida de los derechos. Dos vertientes de pensamiento se encuentran presentes en los estudios procesales y en las posturas de los procesalistas: la *justa composición del litigio* (carneluttiana) y *actuación de la voluntad concreta de la ley* (chiovendiana). Esta última es la que ha prevalecido, pero sin desconsiderar la otra, despuntando para los defensores de la tesis dualista la *actuación de la voluntad concreta de la ley* como una de las características de la propia jurisdicción.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> RANGEL DINAMARCO, Cândido, *A Instrumentalidade do Processo*, *op.cit.*, pp.220/316.

<sup>77</sup> RANGEL DINAMARCO, Cândido, *A Instrumentalidade do Processo*, *op.cit.*, p.220/245. Como ejemplo de mecanismos con destinación a preservación de las libertades públicas en el derecho brasileño, o A. resalta a p.239, el *habeas corpus*, el *mandado de seguridad* y la *acción popular*.

<sup>78</sup> RANGEL DINAMARCO, Cândido, *A Instrumentalidade do Processo*, *op.cit.*, pp.246/ 316. Se resalta el posicionamiento dualista de este autor, en la p.298: “ A firmeza com que se sustenta a tese da *atuação*

Hay que hacer notar que la perspectiva exclusivamente jurídica en las investigaciones teleológicas del proceso no puede conducir a una explicación convincente de sus objetivos, una vez que el proceso no se puede limitar simplemente en función del propio derecho (ya que el propio derecho es instrumental, en el sentido de que debe alcanzar la paz social y el bien común de los ciudadanos). En la modernidad los procesalistas, fueran capaces de descubrir nuevos horizontes para la ciencia procesal, sobre todo respecto a las implicaciones sociales y políticas del sistema. La concepción del proceso como *instrumento ético* y no meramente técnico, es un marco significativo de esa tendencia.<sup>79</sup>

Es comprensible que el legislador y el juez tengan mucha más conciencia del objetivo jurídico del proceso que de sus propósitos sociales, políticos o incluso económicos.

Es posible visualizar un *objetivo económico del proceso judicial*, a partir de la premisa de que el político y el jurídico no se encuentran, en la realidad social, distanciados del económico; muy al contrario, están íntimamente relacionados, siendo casi imposible la ocurrencia aislada de uno de esos factores.

Ante el valor económico que tienen las decisiones judiciales se puede vislumbrar, consecuentemente, efectos económicos que advengan del proceso, como instrumento que el Estado dispone a los ciudadanos, para ver solucionados sus conflictos de interés. Y aunque algunas decisiones judiciales no tengan contenido económico inmediato, tan solamente por proporcionar seguridad jurídica y paz social, se admite la producción de efectos económicos en el medio social en que las mismas condiciones en que fueran pronunciadas. Este raciocinio está en conformidad con el valor reconocido a las instituciones para el éxito de la economía y, por consiguiente, podría proporcionar condiciones satisfactorias, aliado a los tradicionales factores y causas explicativas, para que el desarrollo socio-económico se verificase en una realidad social. Podría, por ejemplo, la justicia de determinado país, que se revele eficiente y que profiera decisiones en tiempo razonable (con celeridad compatible con el principio del *due process of law*), servir de estímulo para que inversiones de origen transnacional sean realizados en el país y no en otro en que la demora de la prestación jurisdiccional y la

---

*jurídica* está, portanto, apoiada sempre na idéia de que se trata de um *escopo* (que, por definição, é mesmo um «fim ideal») e não uma observação fenomênica.”

<sup>79</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *Processo e Ideologie*, apud, RANGEL DINAMARCO, Candido. *op.cit.*, p.301.

incertidumbre de la recuperación de altos valores aplicados sean la tónica de su realidad socio-económica.

Se observa que, mismo en la doctrina procesal clásica, encontramos referencia al *valor económico de la tutela jurídica*, junto al estudio de la autoridad de la cosa juzgada, que torna inmutable el valor económico expreso en la decisión judicial: “*la sentenza non vale come silogismo di giudice, ma come atto di volontà dello Stato in quanto presta la tutela al diritto; e l’ autorità della cosa giudicata consiste soltanto in ciò che il giudice del processo futuro è obbligato a non diminuire il valore economico della tutela giuridica accordata nel processo precedente*”.<sup>80</sup> Ora, en se partiendo de la premisa que la tutela jurisdiccional está revestida de valor económico, se puede admitir en consecuencia que, institucionalmente, el resultado final de la administración de la justicia, venga a generar efectos en la economía do país, interfiriendo en sus mecanismos y instrumentos de actuación, como un componente importante para el buen funcionamiento de la misma.

Por otra parte, hay que considerar que, según las modernas teorías neo-institucionales, la Economía puede contribuir para el perfeccionamiento de la formulación de normas jurídicas, como demostró Friedman<sup>81</sup>, y, ciertamente, de la misma forma, podrá contribuir a una mayor eficiencia de la administración de la justicia como es la reducción de los costos de movimiento procesal y de la propia estructura del Poder Judicial, desde el momento en que se adopten mecanismos de modernización y informatización del aparato estatal jurisdiccional. Visualicemos, v.g., el uso de *fac-símile* y de los recursos de la informática, que permiten concepciones de un proceso electrónico.<sup>82</sup>

Se nota que pertenece al campo de los estudios de *Law and Economics* la percepción de la importancia de recorrer alguna especie de evaluación o análisis económico en la formulación de las normas jurídicas que cada vez se vuelven más eficientes. Consideremos los estudios del denominado *Funcionalismo Social Económico*, que reflejan y al mismo tiempo amplifican esos efectos económicos que el

---

<sup>80</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, “Del Sistema Negli Studi del Processo Civile”, in *Scritti Giuridici, Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, ed. Jovene, Nápoli, 1954, p.46.

<sup>81</sup> D. FRIEDMAN, Daniel, *Law’ Order: What economy has to do with law and why it matters*, Princeton University Press, Princeton, 2.000.

<sup>82</sup> Por ejemplo, la gran mayoría de los procesos en los juzgados especiales de la Justicia Federal en Brasil ya son electrónicos, sin uso de hojas.



derecho posibilitaría –del que no podemos excluir el derecho procesal civil– en su expresión *análisis económico del derecho*, con su entendimiento de la sociedad y de toda la práctica social y política (teoría de la *public choice*), en que se observa la estructura del mercado, con el utilitarismo y con el postulado del «hombre racional» (en que la racionalidad es apenas la inteligencia de los intereses), con su tesis behaviorista del comportamiento humano-social. Para esas concepciones, el derecho sólo tiene sentido en la perspectiva de la *eficiencia económica* o de la *maximización de la riqueza*<sup>83</sup>. Y, siendo así, el derecho acabaría incluso por reducirse a un papel residual, de disminución de los «costos de transacción» y de ofrecimiento de condiciones para la resolución convencional de las «externalidades», mientras pueda tener complementarias intenciones distributivas, como en la teoría de Calabresi.<sup>84</sup>

En la actualidad, se ha verificado dentro de cada país la búsqueda de un modelo económico capaz de producir una integración competitiva en la economía mundial, cada vez más globalizada, un modelo que es resultado de una creciente interacción entre el derecho y la economía<sup>85</sup>, que se refleja en la regulación y en el uso más intenso de los contratos como forma de organizar la producción, de hacer viable la financiación y la distribución de los riesgos. En los años noventa del siglo pasado ocurrieron grandes reformas como, privatizaciones, apertura comercial, desreglamentación y reforma de regulación en la estructura de base y en el sistema financiero.

La influencia de los sistemas legal y judicial sobre el desempeño de una economía, se ha constituido en objeto de muchas reflexiones de estudiosos de diversas ramas del conocimiento, sobre todo merecen una atención especial de laureados economistas. Esta influencia ha sido considerada por organizaciones como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo –para quienes la reforma del Poder Judicial debe ocupar un lugar destacado, pues esta reforma se hace necesaria para dotar a las economías en desarrollo y en transición de instituciones que sustenten el buen

---

<sup>83</sup> POSNER, Richard A. , *Economic Analysis of Law*, Sixth Edition, Aspen Publishers, New York, 2.003.

<sup>84</sup> NEVES, Castanheira, “Entre o Legislador, A sociedade e o Juiz, ou entre Sistema, Função e Problema- Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXIV, Coimbra, 1998, pp. 27 e 28.

<sup>85</sup> CASTELAR PINHEIRO, Armando, *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?*, *op. cit.*, p.2, diz que “existem estudos que analisam empírica e conceitualmente como direito e economia interagem nos sistemas de *civil e common law*, não apenas indicando que o primeiro protege mais fracamente os direitos de propriedade privados, mas também avaliando as implicações práticas dessas diferenças para o crescimento e o desenvolvimento econômico dos países.”

funcionamiento del mercado— y también en las varias medidas de riesgo-país producidas por agencias de *rating*, que consideran en sus análisis una evaluación de las instituciones jurídicas del país y de la garantía que estas proveen a los derechos de propiedad. Consecuentemente, el *rating* de riesgo-país, influye en el coste de captación externa de recursos financieros y en las tasas de intereses domésticos, y a través de éstas en el volumen de crédito, en la inversión, en el crecimiento y así sucesivamente.

Castelar Pinheiro, al observar la realidad de países en desarrollo, asevera que “*se um bom judiciário é importante para o adequado funcionamento de qualquer economia, mas ainda o é para uma que acaba de passar pelas reformas que foram adotadas no Brasil e na maior parte do mundo não desenvolvido na última década*”.<sup>86</sup> Eso según la explicación del aludido economista, con las privatizaciones, el fin de los monopolios y control de los precios y la apertura comercial, muchas transacciones antes realizadas dentro de la maquinaria del Estado o coordinadas por él, pasarán a ser hechas en el mercado, que carece del apoyo de un buen Poder Judicial, pues de lo contrario esas transacciones pueden simplemente no ocurrir o darse de forma ineficiente. Concordamos entonces con C. Pinheiro cuando afirma que “*o Judiciário é uma das instituições mais fundamentais para o sucesso do novo modelo de desenvolvimento que vem sendo adotado no Brasil e na maior parte da América Latina, pelo seu papel em garantir direitos de propriedade e de fazer cumprir contratos*”.<sup>87</sup>

Conforme a esta perspectiva de fuerte influencia del Poder Judicial para lograr el éxito económico, se han apuntado cuatro vías o canales a través de los cuales la ineficiencia (o, por otro lado, la eficiencia) del Poder Judicial tiene un fuerte impacto en el desarrollo económico: 1) el progreso tecnológico; 2) la eficiencia de las empresas; 3) la inversión y 4) la calidad de la política económica. El *primer canal* está muy influenciado por la calidad de los sistemas legal y judicial, como garantizadores del derecho de la propiedad intelectual, por ser los más vulnerables a la expropiación por terceros del que activos físicos. El respeto a la propiedad intelectual estimula la inversión

---

<sup>86</sup> CASTELAR PINHEIRO, Armando, *Direito e Economia num Mundo Globalizado...op.cit.*, p.2.

<sup>87</sup> CASTELAR PINHEIRO, Armando, *Direito e Economia num Mundo Globalizado...op.cit.*, con resalto además, p.4, para los problemas actuales en que se enfrenta el Poder Judicial en la América Latina: “os problemas com que se defronta o judiciário na maior parte dos países em desenvolvimento e em transição prejudica o seu desempenho econômico de várias maneiras: estreita a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala; desencoraja investimentos e a utilização do capital disponível, distorce o sistema de preços, ao introduzir fonte de riscos adicionais nos negócios, e diminui a qualidade da política econômica”.

en P&D en el país y facilita la adquisición de tecnología avanzada de otros países. Estudios recientes muestran que la calidad del Poder Judicial es uno de los principales ítems considerados por aquellos que hacen inversiones a la hora de decidir dónde invertir. El *segundo canal* consiste en una serie de factores que determinan la eficiencia de una economía, en la medida en que introduce un riesgo jurídico en los precios, que, al incidir de forma no uniforme en los varios mercados de bienes y servicios, distorsiona los precios relativos y disminuye la eficiencia de aturdir la economía. En el mercado de crédito doméstico, por ejemplo, en el que el riesgo jurídico es un componente importante de los intereses, que contribuye a reducir la oferta de crédito, puede acontecer que un banco tenga que compensar el coste financiero extra en el *spread*, lo que sucede de no poder contar con la Justicia para obtener de vuelta rápidamente las garantías dadas en una determinada financiación (por ejemplo, en Brasil, el cobro judicial de deuda tiene una media de dos a tres años). Además, cuando los contratos no están suficientemente garantizados, las empresas pueden decidir no ejecutar determinados negocios, dejar de explorar economías de escala, combinar “insumos” ineficientemente, no alojar su producción entre clientes y mercados de la mejor forma, dejar recursos ociosos, etc. La eficiencia también es comprometida por el consumo de recursos escasos en el propio proceso de litigio (con largos procesos demandando costos con abogados, tiempo y atención de las partes y de los jueces). A través del *tercer canal*, se puede comprender que una buena Justicia es esencial también para que empresas e individuos se sientan seguros a la hora de hacer inversiones específicas, sean físicas o en capital humano.

El impacto del sistema judicial sobre inversiones en capital físico y humano será mayor cuanto más especializada y específica sea la naturaleza de esta inversión. Los agentes privados sólo harán inversiones a largo plazo, muy especializados, si están seguros de que los contratos que garantizan sus actividades serán correctamente implementados. En este caso no basta con que haya un contrato entre las partes que especifique que el pago incluye también la remuneración de capital. Es necesario que haya una justicia eficiente e independiente que haga con que ese contrato sea respetado. Cabe al Poder Judicial resolver cuestiones en abierto, respetando el espíritu original del contrato. La ausencia de un Poder Judicial eficaz hace que no se den estos tipos de inversiones o que entonces tengan de ser asumidos por el Estado. En cuanto al *cuarto canal*, cuando el sistema jurídico-judicial no funciona bien, la política económica también pierde calidad. *Ad exemplum*, el cobro de impuestos se ve dificultado por la

lentitud de las ejecuciones fiscales, el Estado acaba recurriendo a impuestos de peor calidad, más de más fácil recaudación, como fue el caso de la CPMF en Brasil. Se tiene la comprensión de que en países donde los sistemas legal y judicial no presentan buen desempeño, la política económica tiende a ser más intervencionista, comprometiendo la eficiencia y el crecimiento económico. El Poder Judicial también puede estimular el crecimiento reduciendo la inestabilidad de la política económica. Políticas económicas *volteís* y altamente arbitrarias, al desestabilizar las “reglas del juego”, descorazonan la inversión y la producción. Un buen sistema judicial contribuye a reducir la inestabilidad de políticas al garantizar el cumplimiento de compromisos legislativos y constitucionales y al limitar el arbitrio gubernamental. Por tanto, éstas son las razones que revelan por qué Poderes Judiciales eficientes estimulan el crecimiento económico al proteger la propiedad y los derechos contractuales, al reducir la inestabilidad de la política económica y cohibir la expropiación por el Estado; Justicias fuertes, independientes, imparciales, ágiles e previsibles estimulan las inversiones, la eficiencia y el progreso tecnológico.<sup>88</sup>

Se nota que la búsqueda de la *eficiencia* transpone los límites internos de la ciencia económica, en el aspecto de mercado y empresarial, para ser un objetivo de un nuevo modelo de gestión pública. En Brasil, por ejemplo, la preocupación económica, está basada en el seño constitucional, porque la Enmienda Constitucional nº 19, al modificar el *caput* del art. 37 de la Constitución Federal/88, determinó que el Estado debe ser eficiente.<sup>89</sup> Y en particular, en lo pertinente al Poder Judicial, la edición de la Enmienda Constitucional nº 45/04, al acrecentar al art. 5º, el inciso LXXVIII, aseguró a todos la “razonable duración del proceso” y “celeridad en la tramitación”. En efecto, la Constitución brasileña acoge el principio de la eficiencia procesal, expreso en la norma referida, al exigir que las decisiones judiciales sean al mismo tiempo social y económicamente tolerables para la sociedad civil.

No se puede olvidar que, en el ámbito del Derecho Constitucional - que ha de ser siempre observado en las decisiones judiciales al aplicar el sistema legal a

---

<sup>88</sup> CASTELAR PINHEIRO, Armando, *Direito e Economia num Mundo Globalizado... op.cit.*, pp.9/11. **Las reformas económicas adoptadas en los últimos diez años, al reducir la intervención directa del Estado en la Economía, aumentaron la importancia del Poder Judicial en el buen funcionamiento de la economía. En este contexto, la economía dependerá cada vez más de una justicia ágil, previsible e imparcial.**

<sup>89</sup> Esto mostró, inclusive, la conformidad de un nuevo papel del Estado en la era de la informática, de Estado Árbitro, en la perspectiva de la « *New Governance* ».

los hechos que le son encaminados con el fin de mantener la legalidad constitucional – ocurrieron significativas alteraciones como fue la de abarcar también el setor económico en concurrencia práctica con la adopción de un capitalismo jurídicamente organizado en la vida económica del Estado. El concepto de *constitución económica*<sup>90</sup> toma impulso a partir de la Primer Guerra Mundial, se incrementa con la crisis de 1929 y se refuerza con la Segunda Guerra. Diversas Constituciones adoptarán secciones o capítulos dedicados a vida económica, *verbi gratia*, la Constitución de Weimar, de 1919, la Mexicana, de 1917, la Soviética, de 1918, la de España, de 1931, la de Portugal, de 1931 y la del Brasil, de 1934. Con eso se verifica el abandono de la concepción de la liberal-democracia por la social-democracia, con la nueva tendencia constitucional de estructuración no sólo de la orden político y civil, sino también de orden económico-social.

Es menester que los derechos humanos, en especial aquí los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – DESC y el Derecho al Desarrollo de los Individuos y de los Pueblos, hayan sido garantizados en el mundo real de las relaciones entre la actividad económica y la masa de ciudadanos que componen la nación, a fin de que la legitimidad de la *constitución económica* sea algo efectivo y vaya más allá de una simple declaración programática, manteniéndose, entonces, con su aplicación concreta, los valores dirigidos a la preservación de la dignidad de los hombres, de la justicia social y de la soberanía nacional. Así, por tanto, la legitimidad de las normas de contenido económico implica tener el mismo apoyo de la mayoría de la población y que se le confieran concretamente ciertos mandamientos constitucionales en dirección a hacer efectiva la justicia social, los derechos humanos y el bienestar de la población. Ahora bien, tal encargo no puede ser atribuido sino al Poder Judicial en su *control de constitucionalidad*, al actuar como instrumento capaz de corregir los desvíos normativos que violan los derechos fundamentales relacionados con la soberanía y la dignidad humana y al reconducir los mandamientos constitucionales económicos en aras de la legitimidad del consenso social.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Se observa el concepto de *Constituição Econômica*, in MOREIRA, Vital, *Economia e Constituição: para o conceito de constituição econômica*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979: “ o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e/ou instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta”

<sup>91</sup> OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de, *Processo Constitucional*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984.

En efecto, se puede afirmar que, ante a un sistema judicial que sea eficiente y que consiga proporcionar soluciones a los conflictos de intereses de las partes en tiempo razonable, ocurriría entonces un efecto positivo y de estímulo para el crecimiento de la economía, reduciendo la inestabilidad y mejorando la calidad de la política económica y con eso, generando un incremento del desarrollo. Esos estudios económicos, jamás pueden ser ignorados por el derecho, sobre todo la rama que reglamenta la actividad prestadora de la tutela jurisdiccional a los individuos y agentes económicos, que es el Derecho Procesal Civil. Deben ser incorporados, en un esfuerzo científico interdisciplinario, para mejor reflexión y búsqueda de soluciones que tornen el sistema de justicia, ágil y eficiente.

## **2. LA VOCACIÓN DE NUESTRO TIEMPO PARA LA JURISDICCIÓN Y LA MISIÓN SOCIAL DEL JUEZ EN LA POS-MODERNIDAD**

En este tercer milenio se vislumbra, a través de las intensas y profundas transformaciones que vemos que atraviesa la humanidad, que a la función jurisdiccional le está siendo reservada una importancia sin igual en la historia de la civilización al no poder prescindir de la figura del juez como elemento fundamental del Estado de Derecho. Urge, pues, hacer una relectura, que se nota en cualquier de los grados de globalización, justamente por estar siendo reservado al Poder Judicial, al que todo indica, la clave de la legitimidad de las normas en este nuevo siglo y milenio. Urge, pues, hacer una relectura de la función jurisdiccional para allá de la clásica visión de Montesquieu.<sup>92</sup>

Retomemos el albor de la historia<sup>93</sup> para observar que al inicio del siglo XIX, Friedrich K. Von Savigny, con una feliz expresión, habló de vocación de su

---

<sup>92</sup> Vide *Del Espíritu de las Leyes*, vol. 1, libro XI, Ed. Nova Cultural, 1997. Según este autor clásico, la tripartición de los poderes pretendía asegurar el binomio certeza-seguridad del derecho con la intención de eliminar cualquier resquicio de arbitrio. Con esto se entiende que si la seguridad se encontraba en el contenido de la ley, la función del juez sería la de asegurar su observancia en el caso concreto, con imposibilidad de cualquier iniciativa del juez fuera del rigor positivista de la norma, según el clásico pensamiento liberal.

<sup>93</sup> Y con el apoyo de PICARDI, Nicola, “La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione”, in *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ed. Giuffrè, Milão, 2004, p. 41/71. El A. resalta que: “Sorge, così, una grave questione: fenomeni del genere possono segnare il passaggio dal *Gesetzstaat* al *Richterstaat*, da uno Stato a prevalente potere legislativo ad uno Stato a prevalente potere giudiziario?” El A. pasa a discurrir, resaltando el aumento de los poderes del juez y la expansión del ámbito de intervención jurisdiccional, como un fenómeno acelerado, sobretudo debido a patología de una legislación oscilante y saturada (dada su multiplicación) en algunos sectores y la inactividad del legislador en otras áreas.

tiempo para la legislación y la ciencia jurídica. En el siglo XX, al final de los años 30, Mariano D'Amelio retomó tal expresión en una nota insertada en un ensayo sobre la vocación del siglo XX para la codificación; pero, a finales de los años 70, Natalino hablaría de la era de la descodificación. Al inicio del siglo XXI, la situación aparece diferente y un poco compleja, pues podemos sintetizar hablando de vocación de nuestro tiempo para la jurisdicción y para la doctrina jurídica. Karl Popper, a mediados del siglo pasado, decía que no es tan importante el poder en sí, sino su forma de legitimación y de control del ejercicio del poder. El control impone una adecuada organización de las instituciones sociales, y por tanto, destacar la jurisdicción (el papel del juez) que es por excelencia una institución de garantía de derechos. Se tiende entonces el *momento jurisprudencial del derecho*, a adecuar el derecho a la realidad histórico-social. Se trata, por tanto, de una línea de tendencia que alcanza la civilización jurídica occidental. A través de esta visión, la magistratura judicial, en el ámbito de las cortes constitucionales, asume originariamente la competencia de la organización del Estado, dada la inercia y omisión del legislador, en las lagunas del ordenamiento positivo, como una especie de suplencia. Se puede ejemplificar además tal fenómeno, con las hipótesis de *legal standards*, de las cláusulas generales, de los conceptos jurídicos indeterminados y del concepto de deliberación, y de cierto modo, arbitrio para los jueces en los juzgamientos.<sup>94</sup>

Como observa Giuseppe Tarzia<sup>95</sup>, de modo particular en el caso de la Unión Europea, el vigente sistema jurídico y la jurisdicción iban asumiendo una dimensión europea, con una creciente normativa supranacional, con las directivas y los reglamentos. Así, en cuadro de género, no pasa desapercibido, como bien señaló Ferrajoli<sup>96</sup>, una situación no diferente de aquella del antiguo régimen, en la cual había pluralidad de fuentes jurídicas, indeterminación de la legislación y el predominio de la jurisprudencia, con que había generado, en la cultura iluminista, la exigencia de la codificación, con capacidad de unificación, que representaba entonces una barrera contra el arbitrio del juez.

---

<sup>94</sup> Ver otras consideraciones sobre el fenómeno aludido en el ítem 1.2, Capítulo III, de esta Tesis: “*Sobre el Cambio Axiológico de las Decisiones Judiciales en el siglo XXI*”.

<sup>95</sup> TARZIA, Giuseppe, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milão, 2002, pp.1 ss.

<sup>96</sup> FERRAJOLI, “Crisi del sistema político e giurisdizione”, in AA.VV., *Il potere dei giudici*, Roma, 1994, p. 53 e ss.

La ampliación del ámbito de la jurisdicción, iba a hincar sus raíces en el pasaje del Estado liberal clásico para el Estado social de derecho, sea por la extensión o profundidad de tal fenómeno. En cuanto a la extensión, Mauro Cappelletti ha sustentado que la producción del derecho por obra del juez ha conocido un aumento en todo el sistema jurídico democrático, con la confirmación de su hipótesis en los estudios socio-políticos sobre la justicia en la Italia, a través de lo que se denominó *expansión del Poder Judicial*. Acreecencia el jurista peninsular que tal fenómeno constituye una de las principales novedades en la evolución reciente de la democracia contemporánea.<sup>97</sup> En cuanto a la profundidad del fenómeno, se evidencia un indicativo de ampliación del radio de acción del juez, una acción *jurisdiccional* de toda una serie de actividades sociales, que estaban, al menos en parte, en la atribución de otro poder del Estado. La situación actual, lejos de presentarse como un carácter de coyunturas, se pone ante una perspectiva de larga duración, con asunción de la dignidad de una fase histórica.

El *poder*, en la acepción weberiana de dominio, viene hoy definido, en términos de censo común, como la capacidad de un sujeto de proceder efectivamente, influenciando el comportamiento de otros, capacidad que deriva de su posición social. El poder del juez, a su alrededor, se resuelve en el poder de decidir la controversia, que deriva de su posición social.<sup>98</sup>

A nosotros nos interesa resaltar además que la tarea de aplicación del derecho realizada por el juez en cada caso concreto, no es una tarea automática, limitada a una simple búsqueda de la norma pensada por el legislador para este caso, sino que existe un trabajo previo de interpretación y de reconstrucción de la hipótesis jurídica.<sup>99</sup>

¿Cuál la misión social del juez en la realidad contemporánea? ¿Será apenas un elaborador de deliberaciones, decisiones y sentencias? ¿O ser agente de un papel más extenso y complejo que éste? ¿Qué desafíos se colocan ante los jueces? Bien, procuremos reflexionar aquí sobre tan interesante temática.

---

<sup>97</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *Giudici Legislatori?*, Milão, 1984, p.3.

<sup>98</sup> PICARDI, Nicola, “ La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione”, *op.cit.*, p.51, con resalto siguiente: “L’incremento dei poteri dei giudice può, a sua volta, essere considerato almeno da un duplice punto di vista: *potere del giudice inteso come funzione*, cioè potere di risolvere la singola controversia a lui sottoposta; *potere dei giudici, inteso come struttura* o istituzione, cioè potere attribuito ad un complesso di organi (c. d. amministrazione della giustizia), in rapporto all’organizzazione complessiva della società.”

<sup>99</sup> VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “ A Jurisprudência Vinculante na «Common Law» e na «Civil Law””, *Temas Atuais do Direito Processual Ibero-Americano*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 326/382.



Cierto es que la jurisdicción se tornó un tema y un problema central en el universo jurídico de nuestros días. Nuestro tiempo es también tiempo de profundos cambios en todos los dominios, no siendo las del derecho las menos extensas<sup>100</sup>. Y en éstas, asume peculiar significación, las transformaciones que por medio de ellas pasan el Poder Judicial y la Administración de la Justicia en todo el mundo. Concluamos que la valorización del poder jurisdiccional y el papel del juez sobresalen en la orden del día<sup>101</sup>; por consiguiente, es posible afirmar que el siglo XXI es el siglo del Poder Judicial.<sup>102</sup>

Para tal aseveración es necesario analizar la misión social del juez, asumiendo así un papel de bastión de la legitimidad de las normas jurídicas en este nuevo modelo de estado globalizado y como institución capaz de reconducir el derecho en función de la legitimidad, en razón de la crisis por la cual el mismo pasa actualmente. Los Poderes Ejecutivo y Legislativo, con sus complejidades y peculiaridades, se encuentran distanciados de la población agravando con ello la pérdida de identificación entre los electores y los elegidos.<sup>103</sup> El Poder Judicial estará siempre al lado del caso concreto ya que no puede nunca dissociarse de una situación real que las partes le presentan a través de sus instrumentos de postulación como son el *derecho de acción* y el *derecho de excepción (de defensa)*;<sup>104</sup> y con ello se encuentra legítimamente avalado ante los postulados legales, en sus principios y en sus normas, para encontrar la solución que

---

<sup>100</sup> TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., Lex, Lisboa, 1998, p.25, ao referir-se ao novo circunstancialismo realça a “ industrialização, a expansão da classe média, litigiosidade de massas, liberalização das relações sociais, incremento do consumo”.

<sup>101</sup> Consultese, por ejemplo, NEVES, Castanheira, *Entre o Legislador, A sociedade e o Juiz, ou entre Sistema, Função e Problema- Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdiccional do Direito*, op. cit., com ressaltto à p. 1: “ Ao juiz há que «dar-se-lhe o poder e o papel que exige a nossa modernidade” (LENOBLE)”.

<sup>102</sup> **Hay un análisis que concluye que en el siglo XX los Parlamentos asumieron una cierta preeminencia frente al resto de poderes, en especial en los países con democracia parlamentária; desde finales del siglo XVIII hasta mediados del siglo XIX, sobresalió el Poder Ejecutivo dentro de una Monarquía de Estado absolutista, en el clásico esquema tripartita de Montesquiéu. Por tanto, la história reserva un papel singular al Poder Judicial, sobre todo con la delibitación del Estado por fenómenos como la Globalización y por la exigência cada vez mayor de la efetividad de los Derechos Humanos, en terminos universales.**

<sup>103</sup> SANTOS BEZERRA, Paulo César, *A Produção do Direito no Brasil*, Editora da UESC – Universidade Estadual de Santa Cruz, Ilheus/Bahia, 2003, pp. 158/175. Con resalto, a respecto del productor del derecho brasileño: “sua formação cultural, sua herança histórica destituída de solidariedade social, uma vez que constitui uma elite distanciada das comunidades concretas e uma produção de direito no Brasil, restrita quase que exclusivamente, à produção estatal, leva ao distanciamento aqui denunciado”. Al los miembros del Poder Legislativo, segundo el A., à p.159, tiene sido asociado a imagen de un político “mostrado na TV, ausente, indesejável, corrupto, do qual se quer distância, apesar de ser o representante do povo e ter a obrigação de fazer as leis de que o povo precisa para pautar suas condutas”.

<sup>104</sup> Se entiende este término en sentido técnico-procesal, del sistema procesal brasileño, como la demanda, materializada por la petición inicial del autor y el derecho de respuesta del reo, en sentido amplio: contestación, reconvenção y excepción en sentido estricto..

mejor se ajuste al caso concreto sin atenerse al rigor del formalismo positivista, sino buscando siempre la armonía con el sistema vigente, en cualquier lugar donde esté la mejor fuente de regulación de éste o de aquel otro caso concreto.<sup>105</sup> En esta función se hace patente la figura de los jueces (y de los tribunales cuando actúan en primer instancia o grado de jurisdicción), al investigar todas las cuestiones de hecho que implican las partes, al aplicar de forma directa las normas y principios jurídicos disponibles a estos hechos que más se aproximen a la realización de las pruebas, sobre todo en las pruebas orales, cuando les es posible escuchar a los testigos y a todas las partes, cara a cara, observando todas las reacciones y emociones que transmiten, en fin, con el poder de la realidad de la vida –fenómeno vivo en derecho procesal– que se presenta revestido con sus obligaciones, poderes, derechos y deberes, mezclado e intercalado entre las partes y el sujeto imparcial que es el juez en un verdadero juego democrático en busca de la verdad y de la justicia, en sucesivas y armónicas situaciones jurídicas que el debido proceso legal les posibilita: petición, contestación, réplica, requerimientos, deliberaciones y decisiones interlocutorias. Esta es la marcha del proceso en su visión extrínseca procedimental, como conjunto de actos procesales que se suceden hasta la decisión final en una sentencia.<sup>106</sup>

Siguiendo la idea anterior, un aspecto que merece ser considerado, es que los preceptos abstractos y genéricos son construidos por el legislador con vistas a situaciones normales previstas y a partir de hipótesis de hecho absolutamente claras de

---

<sup>105</sup> Cfr. Apuntes de las clases de RODILLA, M. A., catedrático de Filosofía del Derecho de la USAL – Universidad de Salamanca, el 11.05.06, con ocasión de su clase magistral de Derecho Procesal de los cursos de Doctorado de la Universidad de Salamanca, cuyo esquema didáctico, centrado en la doctrina de R. DWORKIN e R. ALEXYY, reproduzco de la siguiente forma: “LOS PRESUPUESTOS DE LA PRACTICA JUDICIAL Y LA IDEIA DE SISTEMA JURÍDICO. MAS ALLA DE UNA CONCEPCIÓN POSITIVISTA DEL DERECHO...2 *Hacia un nuevo modelo de sistema jurídico...* Necesidad de sustituir un modelo legalista de sistema jurídico integrado exclusivamente por reglas positivas por un modelo que incorpora principios (Dworkin, y Alexy). Excurso. Aclaraciones sobre los principios: diferenciación entre principios y reglas; rasgos distintivos de los principios como un tipo peculiar de norma: a) alto grado de abstracción y generalidad; b) justifican (informan) un amplio número y variedades de normas (y decisiones); c) la diferencia de la «reglas», no se aplican en la forma “ todo-o-nada” (Dworkin): no son «mandatos definitivos» sino «mandatos de optimización» (Alexy); d) mientras que en caso de conflicto, la aparición de las reglas requiere la *anulación* (derogación) de alguna de ellas, en caso de conflicto la aplicación de los principios requiere ponderación.” Y sobre la naturaleza de los principios, si son normas positivas o principios morales independientes: “ no siempre los principios están formulados en textos legales ni son introducidos deliberadamente por el legislador, a menudo «se encuentran» en el proceso de interpretación y aplicación del derecho, con vistas a la búsqueda de la solución «correcta»; el papel «informador» y «fundamentador» de los principios generales del derecho – breve referencia al proceso de «búsqueda» de los principios; los principios como normas implícitas o subyacentes al sistema jurídico”.

<sup>106</sup> En mis más de veinte años de actividad como juez, he vivido estas experiencias como actor del Derecho, que solamente la práctica forense posibilita pre escrutar. Son emociones inigualables que jamás se apartan de mi mente ni de todos aquellos que por compromiso eligieron el Derecho como profesión, como una misión social que desempeñar.

quien las establece; pero la realidad de la vida que llega hasta al juez, el drama de cada proceso, es mucho más compleja e intrincada que requiere del juez una sensibilidad muy grande para la identificación de los hechos y el encuadramiento en categorías jurídicas, para descubrir la propia verdad en cuanto a las alegaciones de hecho hechas por los litigantes y, sobre todo, para la interpretación precisa y actual de los significados de las palabras contenidas en la ley. Examinar las pruebas, intuir el correcto encuadramiento jurídico e interpretar los textos legales a luz de los principios y de las exigencias sociales de su tiempo, es la gran tarea del juez al sentenciar.

No hay que negar que la misión social del juez se ha visto alterada profundamente en el presente. Para unos, como Klein<sup>107</sup>, el juez tendría que actuar como “ingeniero social” o como “médico social”. Es verdad que el juez tiene un importante papel social en la sociedad contemporánea, pues no apenas decide sobre derechos y deberes actuales de las partes, sino que interviene en el futuro a través del comando concreto de la sentencia en las relaciones sociales de las partes.

Para cumplir esta misión social, es fundamental que el juez se sitúe más allá de los intereses profesionales y de las ideas preconcebidas de las partes, manteniéndose siempre imparcial ya que la *imparcialidad* es una de las garantías fundamentales para una eficiente prestación jurisdiccional. Por otra parte, las actuales legislaciones procesales erigen la *independencia*, frente a los poderes Legislativo y Ejecutivo, como una característica esencial del juez moderno, pues para actuar de forma objetiva y libre tendrá que actuar con independencia. Ésta no es un privilegio corporativo y no se le concede al juez para su “realización personal”, sino como garantía de una justicia imparcial y de esta forma satisfacer a quienes necesitan la justicia, los ciudadanos.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Apud JAUERING, Othmar, *Direito Processual Civil*, Ed Almedina, 25ª ed., Coimbra, 2002, p.38. Señalo la siguiente postura sobre el papel del juez en la actualidad, pp.38/39: “É verdade que o juiz do processo civil tem de agir também como assistente social, pois não se adequa mais a um processo que seja apenas « um meio para determinação do direito substantivo». Um tal juiz não decide sobre os direitos e deveres actuais das partes, mas intervém para o futuro nas relações sociais das partes.”.

<sup>108</sup> JAUERING, Othmar, *op.cit.*, p. 70, que destaca: “A independência judicial é uma conquista dos Estados civilizados modernos, possibilitada pela separação dos poderes. No século XIX foi normalmente garantida nas Constituições ( por ex., nos arts.86, 87 da Constituição prussiana de 1850)... O garante da independência é a exclusiva vinculação do juiz à lei. Aqui assenta, ao mesmo tempo, a protecção do que tem de se sujeitar ao direito perante a arbitrariedade judicial ”. Además, a las pp.72/73: “ A independência pessoal precisa doutras garantias. Delas faz parte a retribuição razoável e estável; pois a independência dos juizes sem *independência económica* é uma utopia...mesmo o mais jovem dos juizes em estágio probatório não tem de atender a qualquer directriz do seu superior no serviço, sem dúvida graças à independência material.”. Por último, en la doctrina de este autor vale la pena destacar que la exclusiva vinculación a ley y

Es indubitable que la *autonomía* y la *independencia* de la magistratura son de gran importancia en la actualidad y adquieren un fuerte significado jurídico (constitucional), que verdaderamente garantice la imparcialidad del juez.<sup>109</sup>

Un proceso civil justo y “social”, debe fundar su reconocimiento en un amplio poder de decisión basado en el juez, a quien se le debe garantizar la autonomía y independencia para servir verdaderamente como instrumento de justicia y alcanzar así la tan ansiada paz social entre los ciudadanos. Es necesario considerar que los conceptos de *justicia* y de *paz social* si bien no son idénticos, sí están muy próximos y extremadamente conexos; luego no se podrá considerar *justicia* cualquier cosa que alimente el conflicto social.<sup>110</sup>

Además, el verdadero sentido del amplio poder de decisión del juez debe entenderse insertado en el contexto de *deliberaciones y decisiones de un órgano del Estado*, relacionado con la realización de un público interés. Los poderes de decisión admitidos son una decisión *secundum legem*, eso es, vinculada a ley y a los principios constitucionales vigentes. Este poder de decisión del juez, por tanto, que se verifica en el momento de la decisión, no sólo es un acto de voluntad sino también un acto de conciencia, la cual no puede ir contra el principio de la certeza del derecho (objetividad del derecho, como sistema) y también no podrá ir contra el principio de la uniformidad de las decisiones –según el cual no se puede tratar de modo diverso situaciones idénticas o análogas– puesto que atentaría contra la certeza del derecho. Como mecanismo de control de ese poder de decisión y de elegir hipótesis legales para el

---

al derecho significa que los tribunales no están vinculados a decisión de cuestiones jurídicas a través de otros tribunales en otros procesos, las llamadas *cuestiones prejudiciales*. El juez decide según su propia convicción jurídica”.

<sup>109</sup>MONTELEONE, Girolamo, “Principi e ideologie del Processo Civile: Impresioni di un «Revisionista», in *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LVII, n° 2, ed Giuffrè, Milão, junho de 2003., pp.575 a 582 , en especial p.580.

<sup>110</sup>MONTELEONE, Girolamo, “Principi e ideologie del Processo Civile: Impresioni di un «Revisionista», in *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, op.cit., p. 577, señalamos además el siguiente: “Dà, inoltre, per scontato che solo il giudice, ma non la parti, tendano a raggiungere la giustizia, che solo il giudice sia idoneo a perseguirla, e che quindi i suoi poteri debbono acrescersi quanto più « si riempia di contenuto l ‘obiettivo giustizia». I processi che non sono autoritari e sociali, invece, non avrebbero come fine la giustizia, ma la « pace sociale». Epperò, ammesso per pura ipotesi accademica che ciò sia vero, non sembra che tra i due fini vi sia una grande differenza, dato che giustizia e pace sociale sono, se non identiche, strettamente connesse: salvo che si voglia considerare la «giustizia» qualcosa che serva ad alimentare i conflitti sociali”.

caso concreto, el juez deberá motivar sus decisiones, las cuales permitirán, en concreto, el análisis de la utilización, en la hipótesis *sub judice*, de ese poder de decisión.<sup>111</sup>

Este tiempo demanda del juez una postura como árbitro de controversias en las dimensiones sociales, económicas y políticas y exige una nueva mentalidad ante nuevas funciones que institucionalmente se le exigen, como en los procesos de intereses difusos y colectivos. Además, para alcanzar un *orden jurídico justo*, es necesario un cuerpo de jueces adecuadamente preparados, con una nueva mentalidad<sup>112</sup>, con sensibilidad para captar la nueva realidad social y sus vertiginosas transformaciones que un mundo globalizado está exigiendo. Ciertamente es que el juez no podrá desempeñar plenamente su misión si ignora otros componentes de la comunidad en la que se encuentra inmerso, como son la moral, lo social, político o económico.<sup>113</sup> La exigencia de esa nueva mentalidad debe estar insertada en el cuerpo social y en el compromiso efectivo de la realización de la justicia material.<sup>114</sup> Se exige, por tanto, en este tiempo una actuación judicial más humana, relacionada, evidentemente, con la implantación de un proceso *más humano*<sup>115</sup>, es decir, un proceso con una duración razonable, una agilización de la maquinaria de la justicia en vez de una demora excesiva de los pleitos, lo que podría significar la negación de la propia justicia.

En esa línea de pensamiento, vale la pena destacar, por oportuno, una importante contribución sobre la misión social del juez en la actualidad tomada de

---

<sup>111</sup> NUVOLONE, Pietro, "Discrezionalità Del Giudice e certezza Del Diritto", in *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*, vol. 1, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1979, pp.585 a 596. Com ressaltamento de quatro premissas relativas à discricionariedade do juiz: " a) la discrezionalità del giudice, *secundum legem*, è sempre ammissibile, allorché le situazioni concrete non possono, per loro essenza, essere disciplinate legislativamente: questo è il caso tipico dell'applicazione del precetto sanzionatorio; b) non può mai aversi discrezionalità nella determinazione del precetto di condotta, in quanto l' identificazione del precetto è operazione intellettuale di interpretazione e non può essere il risultato di una scelta della volontà, che, in tal caso, dovrebbe far ricorso, contro il principio di legalità, a criteri soggettivi e, comunque, a fonti extralegislative; c) il principio di certezza del diritto non consente mai l'esercizio di una discrezionalità pura e in senso assoluto non motivata, o motivata solo con riferimento a un generico interesse pubblico; d) il ricorso alla fonte extralegislativa dell'equità può essere concesso solo in via sussidiaria, allorché la legge imponga di risolvere una questione e, per necessità, non possa offrire lo strumento in concreto, per risolverla, attraverso la previsione di un criterio legale".

<sup>112</sup> Con el que se resalta la importancia de las escuelas de magistraturas y dos cursos de especialización, maestría y doctorado para la formación y el perfeccionamiento de los magistrados.

<sup>113</sup> FAZZALARI, Ellio, *Istituzioni di Diritto Processuale*, 6ª ed, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Pádua, 1992, p.43.

<sup>114</sup> Con ojos en la nueva realidad constitucional brasileña, vide, PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *O Processo em Evolução*, 2ª ed, ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998, pp.25 e 26. A respecto de la nueva mentalidad del juez brasileño, resaltamos del pensamiento del autora lo siguiente: "A aderência do juiz à realidade demanda, por sua vez, um constante aprimoramento, inclusive por intermédio de estudos interdisciplinares permanentes e, antes ainda, exige critérios de seleção e métodos de recrutamento que transcendam a avaliação de conhecimentos puramente técnicos".

<sup>115</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de Direito Processual*, op. cit., p.14.

Herkenhoff<sup>116</sup>, y que reproduzco en síntesis a continuación. Inicialmente, dice el destacado jurista, la misión del juez (y el papel de los juristas en general y de propia justicia), se enfrenta, al menos, a cinco desafíos: el hermenéutico, el ético, el político, el cultural y el humanista. El *desafío hermenéutico* es aquel que se concibe como intérprete de la ley y el que hace la aplicación del derecho, siendo la interpretación, actividad intelectual que consiste en comprender los comandos legales utilizándose de los procesos, métodos o momentos de la actividad hermenéutica; mientras la aplicación del derecho, es la solución de un problema concreto, teniendo como referencia la ley en abstracto. Ésta, puede ganar contornos imprevistos en el momento de la concretización de la aplicación. La interpretación es una tarea lógica, la aplicación es mucho más: es arte<sup>117</sup>, es ciencia, es conciencia, es inmersión en la vida y en el ser humano. Para enfrentar el desafío hermenéutico, el juez deberá salir de una exégesis meramente literal, prefiriendo una exégesis filológica que busque el entendimiento histórico de las palabras, dentro de una concepción estructural del lenguaje, en la estela abierta por las contribuciones de Saussure. Así, importantísimo, para una interpretación con sabiduría, será el uso del proceso teleológico que arme al juez de poderes para apreciar siempre, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, la finalidad social de la ley y las exigencias del bien común que ante la ley es puesta para proveer.

El *desafío ético*, pretende asegurar el valor *justicia* más allá del valor *ley*. El juez y los demás profesionales del área jurídica son siervos del Derecho. La ética del oficio judicial exige que el juez se ponga al servicio del derecho. Muy apropiadamente, en la magistratura común, el cargo de juez es denominado *juez de derecho*.<sup>118</sup> Cuando hay una desavenencia entre la Ley y el Derecho<sup>119</sup>, se está ante una cuestión ética, ante un choque de valores y no sólo ante una cuestión meramente jurídica y mucho menos ante una cuestión meramente legal. El caso sobre el que se va a decidir

---

<sup>116</sup> HERKENHOFF, João Batista, *O Direito Processual e o Resgate do Humanismo*, Thex Editora, Rio de Janeiro, 1997, pp.17 a 30.

<sup>117</sup> **A propósito da decisão judicial, enquanto arte, vide MORAES RÊGO, Nelson Melo de, “A Arte da Decisão Judicial”, *Op. Cit.*, p.18, aquí reproduzido su pensamiento: “A atividade de um juiz de direito, geralmente, desenvolve-se em realização forçada de um comando abstrato e jurídico previsto na norma legal...O conhecimento do direito é pressuposto indispensável ao magistrado. E não basta o conhecimento técnico do direito; é necessário sentir e prescrutar o escopo último e verdadeiro da norma ou combinação dessas e, para tanto, uma capacidade espiritual, um instinto de direito e um «faro» de decisão justa devem tomar parte; o que envolve tríplice investigação sobre a existência da norma, seu significado e valor e ainda sobre sua aplicabilidade. Aqui está o direito, concretamente, como técnica científica e artística. A arte da decisão judicial.”.**

<sup>118</sup> Denominación propia de la realidad brasileña.

<sup>119</sup> Se entiende aquí *derecho* en una acepción más amplia, en el sentido de justicia.

debe ser examinado bajo una visión hermenéutica abierta, con diversas posibilidades de interpretación (sociológica, histórica, teleológica, etc.). Una vez interpretada y aplicada con sabiduría, la ley puede ajustarse a los valores de justicia. Ante dos valores, la ética nos guía a decidirnos por el valor de mayor jerarquía, que en este caso es el culto al Derecho.

El *desafío político* consiste en realizar las expectativas sociales de una justicia que interfiera positivamente en las fuerzas presentes en la sociedad y que juegue un papel importante en el perfeccionamiento democrático, en la construcción democrática. El desafío político obliga al juez a dedicarse a las necesidades sociales. En el enfrentamiento del desafío político el juez rechaza una visión de mundo y de la sociedad naturalmente armónica; el jurista va más allá de la racionalidad jurídica formal para alcanzar la racionalidad jurídica material, buscará atender las necesidades de una mayoría desprestigiada de la población<sup>120</sup>, desatendida en sus necesidades más elementales como son la salud y la educación. Para que el Poder Judicial realice su papel político en la construcción de una sociedad menos desigual, será preciso profesionales que emerjan de las clases pobres para que tengan la posibilidad de acceso al cargo de juez. Sucede que, becas de estudios para jóvenes pobres deben ser concedidas para democratizar el acceso a la carrera jurídica.

Por *desafío cultural* se entiende que el juez es presencia cultural en la sociedad, líder, educador (especialmente en países menos desarrollados, y en éstos, tanto en las ciudades grandes cuanto en el interior, en municipios menores). Siempre que esa presencia es posible, el juez puede prestar relevantes servicios a la colectividad.<sup>121</sup>

Por último, el *desafío humanista*, el más importante de todos, por el cual se entiende que el juez no es una máquina de producir decisiones, no es un operador de silogismos que superpone premisas dentro de un cuadro lógico, ya que la tarea de juzgar no está hecha de abstracciones ni puede desplazarse del ser humano. Esto sólo se dará cuando el juez haga todo lo posible por penetrar en el alma de quienes comparecen ante la Justicia. En el ámbito del Derecho Criminal, una oportunidad

---

<sup>120</sup> Y en especial, en la realidad latino-americana, con un cuadro grave de injusticia social.

<sup>121</sup> En mi vida de juez, durante los casi trece años que pasé en las comarcas del interior del Estado de Maranhão/Brasil, siempre viví en ellas y bien reconozco **el valor cultural para una comunidad, el tener un juez presente en su vida socio-cultural**. Por tanto, no basta únicamente trabajar en una comunidad. Sino que es necesario que el juez viva en el medio en que presta su jurisdicción para poder observar las costumbres y el modo de vida social del pueblo a quien sirve.

privilegiada para esa penetración es el interrogatorio, que debe transcurrir en un clima de libertad y no de coacción. Ante la presencia del juez no llegan sólo peticiones, demandas, requerimientos...llegan también vidas y dolores, esperanzas y desesperanzas, gritos, lloros y lamentos. La humanización de la Justicia, la humanización del proceso civil y penal, la humanización del lenguaje de las partes, la humanización del propio ambiente judicial es un desafío irrenunciable. Será en la solución del desafío humanista que se coronará todo el esfuerzo hermenéutico, ético, político y cultural del oficio de juzgar.

### **3. EL PODER JUDICIAL COMO CONEXIÓN ENTRE LA SOCIEDAD Y EL ESTADO**

En el presente contexto espacio-temporal en que se insierte el Poder Judicial en los Estados de Derecho Social o Neo-Liberal, es necesario reconstruir el nudo de unión con la sociedad, es decir, el vínculo entre los valores sociales y las normas y principios jurídicos para que el poder tenga de hecho *auctores* y *legitimatío*. No basta con que sea una institución con reglas formales y con estructuras físicas, sino que para que continúe existiendo de forma satisfactoria y el ciudadano pueda decir orgulloso “en mi país existe la justicia”, es necesario que la Justicia se humanice, que analice las verdaderas necesidades de sus ciudadanos, siendo la más importante de ellas la *paz social con justicia*. Resulta reprobable todo exceso de impersonalidad del poder, como si el fundamento de su legitimidad aún reposara en el modelo clásico. Es necesario “escuchar al ciudadano”, en sus reclamos, sufrimientos y esperanzas, antes que sea tarde y se pierda por completo lo que aún queda de credibilidad y confianza en la justicia. El discurso de aquellos que se oponen al Poder Judicial, con la pega de lentitud en sus decisiones y los elevados costes económicos que la demanda procesal acarrea, suena a advertencia para que exista una verdadera reforma que enfrente estas graves cuestiones a través de una visión sociológica y humanista .<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> Apreciable, en este sentido, es la actitud de los administradores de la Justicia brasileña. En especial, me refiero al Desembargador Jorge Rachid Mubárack Maluf, cuando estuvo al frente, sucesivamente, de la *Corregedoria de la Justicia* y de la *Presidencia del Tribunal de Justicia do Maranhão*, quien puso en funcionamiento el programa de *escuchar los ciudadanos* denominado “*Telejudiciario*”, un verdadero instrumento de acción de ciudadanía y de acceso a la justicia. El programa consiste en proporcionar informaciones sobre el funcionamiento de los órganos integrantes del Poder Judicial maranhense, Tribunal, Varas y Juzgados y a la vez recibir reclamaciones sobre posibles irregularidades en la prestación jurisdiccional. Además el Programa *Themis Justicia*, actualmente denominado TJ MA Plus, proporciona a través de Internet información sobre los procesos. Se puede acceder al mismo a través de la página: [www.tjma.jus.br](http://www.tjma.jus.br)



Dentro de esta perspectiva del Poder Judicial como punto de unión entre sociedad y Estado está el tema de la *efectividad del proceso*, con el fin de propiciar la reflexión sobre la misión social del Poder Judicial de eliminar conflictos y de hacer justicia. Por tanto, se hace necesario superar algunos obstáculos que pueden ser una amenaza de la calidad de la prestación jurisdiccional. Según Cintra, Grinover y Dinamarco<sup>123</sup>, esos obstáculos se revelan en cuatro puntos: a) *la admisión al proceso* - es preciso eliminar las dificultades económicas que impidan o desanimen a las personas a litigar o que dificulten el ofrecimiento de una defensa adecuada. La *asistencia jurídica integral y gratuita* a los que carecen de recursos económicos ha de ser cumplida, tanto en el juicio civil como criminal, de modo que nadie se quede privado de ser convenientemente escuchado por el juez, por falta de recursos. Es preciso también eliminar el obstáculo jurídico representado por el impedimento de litigar para la defensa de los intereses supra-individuales, *difusos* o *colectivos*; b) *el modo de ser del proceso* - La orden legal de los actos procesales ha de observarse conforme lo dispuesto en la ley procesal (*debido proceso legal*) para que las partes tengan la oportunidad de participar en el diálogo con el juez (*contradictorio*) y que éste sea adecuadamente participativo en la búsqueda de elementos para su propia instrucción; c) *la justicia de las decisiones* - El juez debe inclinarse por el criterio de la justicia, sea al apreciar la prueba, al encuadrar los hechos en normas y categorías jurídicas o al interpretar los textos del derecho positivo. Entre dos interpretaciones aceptables, es preciso inclinarse por aquella que conduzca a un resultado más justo; d) *utilidad de las decisiones* - Todo proceso debe dar a quien tiene un derecho *todo aquello y precisamente aquello* que él tiene el derecho de obtener. Esa máxima constituye un verdadero *slogan* de los modernos movimientos en favor de la *efectividad del proceso*.

En búsqueda de esa *efectividad del proceso*, teniendo en cuenta el gran número de demandas, una realidad en nuestros días, no se puede discrepar de la asertiva de que el proceso debe solucionar, de conformidad con el derecho, el mayor

---

<sup>123</sup> ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; PELLEGRINI GRINOVER, Ada y RANGEL DINAMARCO, Candido, *Teoria Geral do Processo, op. cit.*, pp 34/35. Los autores, al explicar la utilidad de las decisiones y, así pues, de la efectividad del proceso, considerando la realidad positiva brasileña, se refieren a la importancia de la utilización de las medidas cautelares capaces de asegurar los buenos resultados de las decisiones, y medidas definitivas como es el caso de la prisión para el obligado a prestar alimentos y para el *depositário infiel* ( quien tiene la tutela de una cosa, en depósito) o la aplicación de multas diarias para el incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer.

número de litigios en el menor tiempo posible.<sup>124</sup> Es que en cada litigio, en atención al principio de la *economía procesal*, se obtenga el máximo de rendimiento con mínimo de actividad desarrollada, respetada siempre la incolumidad del derecho a acción y a la defensa.<sup>125</sup>

Inserta en esa preocupación de buscar el máximo de rendimiento con el mínimo de actividad desarrollada en el proceso, con mayor celeridad posible y pues, con mayor efectividad, se encuentra la absorción de las innovaciones tecnológicas por el proceso, con la utilización racional de la informática y de nuevas tecnologías, como condición indispensable para enfrentar los desafíos del aumento del litigios en la sociedad masificada. Se habla entonces de una *revolución tecnológica o digital en el proceso civil*, con la implementación, v. g., del *documento electrónico*, de la *desmaterialización de algunos títulos ejecutivos*, *subastas judiciales via internet*, *interrogatorio on line o por vídeo-conferencia*, *acompañamiento vía internet de los procesos por los abogados y partes*, *informatización dos registros públicos* y el *proceso virtual*.<sup>126</sup> En muchos países de la modernidad, la utilización de esas nuevas formas, ya

---

<sup>124</sup> VALCAVI, Giovanni, *Diritto Processuale: Problemi Attuali e Prospettive di Reforma del Processo Civile*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Pádua, 1994, p. Injerido en esta finalidad de componer un mayor número de litigios en menor tiempo posible, en Portugal, en el tratamiento específico de los *litigantes de masa*, fue aprobado el Decreto-Ley nº 108/2006, de 08 de junio, que disciplina el Régimen Procesal Experimental, aplicables a las acciones declarativas civiles (proceso de conocimiento).

<sup>125</sup> ARRUDA ALVIM, Manuel, *Manual de Direito Processual Civil*, *op.cit.*, p.8/9. Pertinente para la realidad brasileña, como ejemplo de atención con el principio de la economía procesal, el autor discurre a respecto de la hipótesis del *juzgamiento anticipado del litigio*, con amparo en los arts.319 y 330, II del CPC – Código de Proceso Civil, “en tratándose de revelía y, igualmente, si la cuestión sea sólo de mérito o no necesite de producir prueba en audiencia, por la suficiencia de la prueba documental, art.330, I de lo CPC, oportunidad en que se proferirá sentencia de mérito, dispensándose la realización de la audiencia de instrucción y juzgamiento”.

<sup>126</sup> GRECO, Leonardo, “A Revolução Teconológica e o Processo”, in *Estudos de Direito Processual*, Ed. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes/RJ, 2.005, pp.89 a 110. Merece destacar, algunas de esas innovaciones tecnológicas ocurridas en Brasil. En las pp.91/92, la *desmaterialização de títulos executivos*: “O Banco do Brasil, através da Circular nº 2727/96, criou o Sistema Especial de Liquidação e de Custódias para os títulos escriturais emitidos pelo governo e para os depósitos interfinanceiros. Títulos privados, como CDBs e debêntures, circulam na CETIP – Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos, que faz o seu processamento eletrônico, de acordo com a circular nº 962. A nova lei de protestos (Lei 9492/97), permite no art.8º, parágrafo único, que se proteste por indicação as duplicatas criadas por meio magnético ou de gravação eletrônica”. A las pp.93/95, quanto a *leilão judicial via internet*: “... alguns juízos do Estado do Sul vêm realizando leilões através da internet. Os bens são oferecidos à venda no site de cada juízo e os lanços podem ser oferecidos pelo canal de comunicação da própria rede. Como os lanços podem ser oferecidos a qualquer tempo até o termo final do leilão, os interessados têm o seu acesso facilitado à praça, que dispensa leiloeiro e o pagamento da respectiva comissão”. A p.98, sobre el *uso de fax e de petições eletrônicas nos processos*: “A Lei 9.800/99 passou a permitir o uso do *fax* ou de outro sistema similar de transmissão de dados e de imagens para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita. Com base nessa lei, algumas varas em alguns Estados implantaram via internet serviços de recepção eletrônica de petições. As petições e documentos podem ser remetidos para o email da Vara, inclusive arquivos gráficos, sonoros e de vídeo. A conta do email possui auto-resposta, remetendo ao peticinário email dando conta da recepção anterior. O cartório imprime

constituye una realidad. En Australia, Japón, Nueva Zelanda y en los Estados Unidos, por ejemplo, se toman con frecuencia declaraciones de testigos por vídeo-conferencia, para evitar desplazamientos de grandes distancias. En Austria, Japón y Finlandia ya funcionan sistemas de administración judicial que permiten la proposición de demandas por comunicación electrónica, especialmente en las acciones de cobro de pequeño valor. En los EUA viene ocurriendo una gran transformación en la virtualización de procesos en muchas cortes; por ejemplo, en las Cortes de Insolvencias del Distrito de Minnesota y del Distrito de Washington, fueran creados los *digital case file*.<sup>127</sup> En Brasil, en la Justicia Federal, el proceso virtual, para algunos procedimientos y en algunas varas (juicios) se tornó una realidad. En gran parte de los países del mundo occidental, ya es posible el acompañamiento de los procesos judiciales por Internet, con la implantación en los tribunales de programas o *softwares* específicos en este sentido, que permiten a los abogados y interesados obtener informaciones directamente de sus oficinas, sin importar el desplazamiento físico hasta el local donde están instalados esas cortes, con gran economía de tiempo, recursos financieros y de esfuerzos. También se puede señalar que el Sistema de Recursos para la Corte Superior de Justicia en Brasil, STJ, hoy, que la gran mayoría de los Recursos Especiales (que devuelve la apreciación de la materia de los Tribunales de Justicia de los Estados Federados para conocimiento para el Tribunal Superior, con sede en Brasilia y competencia en todo territorio nacional) ya son digitales (informatizados), con el que se observa un gran grado de informatización de esta Corte, ya que son distribuidos cerca de 900 procesos diarios para ser juzgados por 33 Ministros Judiciales.<sup>128</sup>

Por tanto, cada vez se utiliza más la informática para mejorar la calidad y la celeridad de los servicios judiciales, haciendo con ello un gran beneficio a la sociedad.

En esa línea de pensamiento sobre la efectividad y teniendo siempre en mente que el proceso es un instrumento técnico de aplicación de la ley al caso concreto, se deberá objetivar, siempre que sea posible, la simplificación de este

---

diariamente os emails, juntando aos respectivos autos. Nos termos da referida lei, a autenticidade desses atos é atestada pela apresentação da petição original, de idêntico conteúdo, no prazo de cinco dias (art.2º).”.

<sup>127</sup> GRECO, Leonardo, “ A Revolução Tecnológica e o Processo”, *op.cit.*, pp.97 e 108/109.

<sup>128</sup> Cfr. [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), a través de la Resolución n° 01/2009, fue reglamentado ese proceso electrónico en STJ, con gran economía de papeles y de gastos con otras rubricas financiera y también con la racionalidad de actos procesales, que son más rápidos y eficientes. Hoy, todos los recursos nuevos en el STJ son electrónicos vía internet.

instrumento que el Estado pone a disposición de los litigantes, a fin de administrar justicia. En la medida en que alcance esa simplicidad, sin que de ella ocurra perjuicio para las partes litigantes, en función del amplio contradictorio que adviene en el suceder de los actos procesales, que se estará adoptando la Justicia de un instrumento realmente útil y, por tanto, eficiente.<sup>129</sup>

Por tanto, se puede decir que el Poder Judicial, a través de sus representantes legales, asume el papel de conexión entre la sociedad y el Estado, al escuchar las reclamaciones, deseos y pretensiones de los ciudadanos y en el momento concreto de las decisiones judiciales proferidas, al entregar la prestación jurisdiccional mediante el proceso. El derecho, entonces, se hace concreto, en la producción plena de sus efectos, traduciendo por consiguiente su eficacia en la norma individualizada, solucionando conflictos y restableciendo la paz social que fuera violada.

#### **4. TUTELA PROCESAL DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, UN BREVE ESBOZO GENERAL PRÉ-COMPRESIVO**

Importa hacer aquí una justificación con respecto a este ítem. Se trata de un enfoque general y precomprensivo con respecto a lo que se sigue sin intención de profundizar, pues no es el objetivo de esta tesis, ya que cada uno de estos sub-ítem elegidos podría constituirse en una tesis doctoral en sí, dada la extensión de sus contenidos.

La comprensión de las libertades fundamentales es importante una vez que fue a través de ellas cuando se inició la protección judicial de los derechos humanos identificados como las libertades fundamentales: los derechos civiles y políticos. Solamente a partir de la aprobación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) en el seno de la ONU y de la subsiguiente inserción constitucional de estos derechos en el nivel constitucional de las naciones se pueden constatar discusiones en sede doctrinarias y respuestas judiciales de protección a los DESC.

---

<sup>129</sup> ARRUDA ALVIM, Manuel, *Manual de Direito Processual Civil*, op.cit., p.34.

No se puede negar la atribución constitucional a los poderes públicos de la importante función de garantizar la efectividad del ejercicio de todos los derechos fundamentales, e incluso los derechos de la tercera generación, por parte del individuo, aunque los Estados tengan que implementar nuevos procedimientos procesales. Además, la tutela procesal de los derechos humanos denominados de tercera generación, por cierto algo totalmente novedoso y con recientísimas aportaciones originales como son algunas de las reflexiones que esta tesis doctoral contiene, debe ser tenida en cuenta en este momento histórico que vivimos como una modesta contribución y que de alguna manera viene a enriquecer la cuestión.

#### **4.1 ASPECTOS GENERALES DE LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE**

Se ha afirmado, como ha dicho el jurista italiano Trocker, que “los derechos fundamentales representan uno de los patrimonios más preciosos de la civilización *occidental*”<sup>130</sup>. En verdad, no se puede negar que los derechos humanos son una idea fuerza de nuestra época, que se ha insertado en los textos constitucionales de la gran mayoría de los países existentes hoy en día, con la vestimenta de los derechos fundamentales, aunque positivados y hecho norma legal, de contenido obligatorio tanto para los propios países como para sus ciudadanos.

Bueno es no olvidar que una de las primeras obras de la Asamblea Constituyente francesa fue la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en 1789, y que sin duda, constituye el más importante documento en la historia del reconocimiento de los derechos fundamentales. En ella se acepta como corolario fundamental que “*el principio de toda soberanía reside en el pueblo*”, cuya voluntad general conforma la Ley.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> TROCKER, Nicoló, “Il Contenzioso Transnazionale e L’ Evoluzione del Diritto delle Prove” in *Studi in Onore di Vittorio Denti*, vol.1, ps 618-669, en especial p.664, nº 10 y sigs., Cedam, Pádova, 1994.

<sup>131</sup> Aunque hay quien considera que la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del Hombre, como la más importante, por ejemplo, BOBBIO, Norberto, *Teoria Geral da Política, A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, ed. Campus,, 9ª tiragem, S.Paulo, 2000, pp.248 a 246, con resalto a p.486: “...enquanto a afirmação dos direitos naturais foi uma teoria filosófica, essa afirmação teve valor universal, mas não teve uma eficácia prática: quando esses direitos foram acolhidos pelas constituições modernas, a sua proteção se tornou eficaz, mas apenas nos limites em que era reconhecida por aquele particular Estado. Depois da Declaração Universal, a proteção dos direitos naturais passou a ser ao mesmo tempo eficácia jurídica e valor universal. E o indivíduo, de sujeito de uma comunidade estatal, passou a ser também sujeito da comunidade internacional, potencialmente universal”.

Resalta entonces la importancia de la *justicia constitucional*, con la consecuente gravitación de la *revisión por los jueces* de las normas emanadas de los otros poderes<sup>132</sup> y la fijación de instituciones de protección, de las *garantías*, con vistas a que el derecho sea efectivo resultado en la actuación concreta.<sup>133</sup> Asume pues gran relieve en la actualidad, la temática de la tutela efectiva de las *garantías* con las que deben protegerse los Derechos y Libertades Fundamentales.<sup>134</sup> Hay una convicción de que los pueblos han comprendido que existen derechos humanos que son fundamentales para su desarrollo y la certeza de que a su filosofía o conceptualización de base han de congregarse, inescindiblemente, los *procedimientos* adecuados, idóneos para su resguardo jurisdiccional efectivo. Así, hubo una verdadera explosión de técnicas de protección de los derechos básicos de la colectividad; el positivismo legal en torno de los derechos fundamentales hace hincapié en la potenciación de los procesos y vías de tutela que ocurrirán.<sup>135</sup>

La concreción de determinadas garantías consiste en la protección judicial que debe explicarse tanto en una serie de condiciones o medidas (lo que mejor armonizase con el objeto de la presente tesis) como a través de un sistema de controles de los tres poderes del Estado y merced a principios que subyacen en los Derechos Fundamentales.

Dentro de las técnicas de protección hay diferencias según el tipo de derechos fundamentales que las rodean: libertades clásicas, *derechos de* con respecto a *derechos a* (económicos y sociales) y aquellos que recientemente han adquirido carta de ciudadanía, los llamados de tercera generación y que se insertan en el principio de la solidaridad.<sup>136</sup> Estos últimos derechos son muy difíciles de implementar porque su protección es más bien indirecta. La tarea de los nuevos derechos fundamentales es asegurar en concreto la libertad, la dignidad del hombre y la solidaridad.

---

<sup>132</sup> La *verfassungsgerichtsbarkeit* del derecho alemán o la *judicial review* del derecho estadounidense.

<sup>133</sup> MORELLO, Augusto M. , *Estudios de Derecho Procesal, nuevas demandas nuevas respuestas*, vol. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp.185/186

<sup>134</sup> Con ocasión de las IV Jornadas Ibero-Americanas de Derecho Procesal, en la ciudad del México, julio de 1991, hubo comunión de criterios al afirmar que la actualidad se caracterizada por: 1) un desplazamiento de lo nacional a lo transnacional; 2) de lo general y abstracto a lo concreto; 3) de la visión individualista a la dimensión social de los derechos; 4) de las construcciones marcadamente conceptualistas y formales a enfoques realistas y funcionales. La sinceridad cabal de las posibilidades del derecho para asegurar la paz y hacer verdadera la justicia.

<sup>135</sup> Como dice CAPPELLETTI, Mauro, *Op. Cit.*, p 485: “La Revolución en el mundo jurídico de fines de nuestro siglo, es la *positivización de un derecho natural*”. El impacto es hacer del derecho natural una ley, la racionalización palpable, efectiva de lo que estaba en el cielo de las buenas intenciones.

<sup>136</sup> En España y en muchos países hispanoamericanos, el procedimiento de amparo es el procedimiento para la labor del “Juez Constitucional” de estas cuestiones.

Cierto es que entre las técnicas de protección de los derechos fundamentales no existe una receta universal para saber qué procedimientos o vías son las más adecuadas o eficaces; cada país los adopta según sus peculiaridades e idiosincrasias, de ahí que se evidencie una diversidad de modelos –concretos y rígidos o bien difusos– sobre el control de la constitucionalidad y de sus circunstanciales ventajas.<sup>137</sup>

En el ámbito de la Unión Europea se debe cuidar más la idea de una protección funcional de los derechos fundamentales, con el resultado de que el Derecho Comunitario se ve matizado a la vez por transitoriedad. Los logros no son inexorables, sino que forman parte de un proceso dinámico al respetando los propósitos del derecho comunitario que es un sí mismo un sistema que tiende por su parte hacia una vocación universal.

En verdad, al Derecho Procesal le compete la enorme tarea de regular los procedimientos que tutelan la utilización de estos mecanismos de protección de los derechos humanos. Nótese que el Derecho Procesal ha evolucionado a lo largo de los años, por lo que no se puede olvidar que hay cuatro coordenadas mayores que emergieron desde los años setenta del siglo XX como vigas que soportan el edificio vivo y nuclear del Derecho Procesal, y, básicamente, del resguardo jurisdiccional en lo que concierne a su tutela específica, a saber: 1) la dilatación del elenco de los Derechos o Libertades Fundamentales; 2) la eficacia y efectividad del modelo de Acceso a la Justicia; 3) El control de constitucionalidad, asegurando el respeto competencial entre los Poderes del Estado, y en la dinámica de su accionar; 4) la importancia cada vez más notable del derecho transnacional así como la supremacía y operación directa de las normas, principios e interpretación de los órganos de Justicia transnacionales, o comunitarios, de influencia cada vez más intensa sobre los derechos y judicaturas interiores.<sup>138</sup>

Una de las características del moderno Estado Social de Derecho es la de que avanzando un paso más con respecto al Estado Liberal, no se conforma con la simple proclamación y reconocimiento de los derechos fundamentales atribuidos al

---

<sup>137</sup> La Constitución de Brasil de 5 de octubre de 1988 amplió además de los mecanismos clásicos, el hábeas corpus, el recurso de seguridad (mandado de segurança) y la acción popular mediante la adaptación funcional del hábeas corpus y la infracción disciplinaria, el recurso de seguridad colectivo e incorporó otras interesantes novedades, como son el hábeas data (la tutela del banco informático) y el procedimiento de *ingiunzione*.

<sup>138</sup> MORELLO, Augusto M. *op. cit.*, p.13/14.

ciudadano, sino que atribuye a los poderes públicos la importante función de garantizar la efectividad del ejercicio de tales derechos por parte del individuo.<sup>139</sup> Nadie ignora que la piedra angular de la protección normal de los derechos fundamentales es la de su control jurisdiccional.<sup>140</sup>

En España hay un sistema dual de protección de los derechos fundamentales, atribuido a los Tribunales ordinarios y al Tribunal Constitucional.<sup>141</sup> Y es precisamente esta dualidad de órganos a los que se atribuye la tutela de los derechos y libertades la que plantea el primero de los problemas, toda vez que es preciso distinguir, en cada caso el órgano a quien compete otorgar la protección del derecho violado; la determinación de cuándo ha de intervenir uno u otro órgano.<sup>142</sup>

Según Albácar López<sup>143</sup>, dos son los principales criterios que en este campo pueden adoptarse: el de la subsidiaridad, que supone la necesaria intervención de ambas clases de órganos, ordinarios y constitucionales, y el de la alternatividad, que permite la distribución de competencias otorgando a unos u otros la tutela de determinados derechos o en determinados supuestos. El criterio de la subsidiaridad, mientras exige la necesaria intervención de los órganos jurisdiccionales ordinarios, como previa a la del tribunal Constitucional, a quien, en todo caso, corresponde la resolución definitiva, presenta una primera y principal ventaja: la del reforzamiento de las garantías que para el ciudadano representa la intervención en vía previa de los Tribunales de Justicia ordinarios, a quienes, desde siempre compete la protección y defensa de los derechos subjetivos. Pero esta indudable ventaja se ve contrapesada por otros no menos

---

<sup>139</sup> La Constitución española en su art. 1º proclama solemnemente: “*España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho*”. Y su art. 9º atribuye a los poderes públicos: “*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. Y además, el capítulo IV del Título Primero, dedica a regular “Las garantías y las libertades y los derechos fundamentales”, aludiendo en ellos a un sistema de protección de los derechos fundamentales que encomienda a los Tribunales ordinarios y al Tribunal Constitucional.

<sup>140</sup> Pero la misma idea de control supone límites. El propio Estado de Derecho lo es mientras se limita o nace limitado.

<sup>141</sup> La previsión de doble protección jurisdiccional, ordinaria y de amparo, supone la consagración del principio de subsidiariedad en la protección de los derechos fundamentales, propio de un sistema mixto de jurisdicción constitucional (difusa y concentrada) que caracteriza el sistema jurídico-constitucional español.

<sup>142</sup> El problema no se da en los sistemas puros que, como en el mexicano, atribuyen tan sólo a los órganos de la jurisdicción ordinaria el amparo de los derechos fundamentales.

<sup>143</sup> ALBÁCAR LOPEZ, José Luis, “La Tutela Jurisdiccional de Los Derechos Fundamentales”, in *Jornadas de Derecho Procesal/Consejo General del Poder Judicial*, Gráficas Arias Montano, Madrid, 1984, pp.347/348.



evidentes factores negativos: los del retraso que la intervención acumulativa de órganos jurisdiccionales habrá de imponer a la protección de derechos fundamentales y la del embotamiento funcional que podría provocar en los órganos constitucionales. La acumulación de instancias, primeramente ante la Jurisdicción ordinaria, y luego ante el Tribunal Constitucional comporta el gravísimo riesgo de dilatar excesivamente la tutela jurisdiccional, lo que, unido a la multiplicación de gastos que además supone, pueden traer como consecuencia una disminución de la funcionalidad del mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales y por consiguiente el deterioro de su imagen social.<sup>144</sup>

Hoy en día el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales alcanza el nivel supranacional, con la operatividad de ellos con independencia de las fronteras entre los distintos Estados, por lo que se puede hablar de la superación de los dogmas clásicos de nacionalidad y soberanía o al menos de su atenuación. De esta forma, al fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales se ha unido otro consistente en su protección supranacional dentro de determinados grupos de países cuyas circunstancias políticas, económicas, sociales y jurídicas permiten un tratamiento homogéneo, como sucede en la Unión Europea y en MERCOSUR.<sup>145</sup>

Hay que destacar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, elaborado por el Consejo de

---

<sup>144</sup> La Constitución Española dice en primer lugar en el art.53 que la tutela de las libertades y del derecho se hará ante los Tribunales Ordinarios” y “en su caso a través del recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional”. El art. 161 atribuye al Tribunal Constitucional “el recurso de amparo por violación de los derechos y libertades en los casos y formas que la Ley establezca”. Así, es el legislador ordinario quien decide a favor del criterio de la subsidiaridad de la intervención de los órganos constitucionales, con respecto a los ordinarios, al establecer en el art.43, I, que “las violaciones de los derechos y libertades...podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial, procedente de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución”. El ciudadano tiene entonces una doble vía, la judicial, que admite un primer grado de tutela jurisdiccional de derechos y la constitucional, a la que podrá acudir una vez agotada la primera.

<sup>145</sup> VALLESPIN PÉREZ, David, *op.cit.*, pp.50/58, con destaque a p. 51: “Ante las dificultades que cabe apreciar en el establecimiento de un eficaz sistema universal de protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Declaración Universal y desarrollados, ya separadamente, en los pactos, el intento de lograr la aspiración de un sistema maximalista de protección se ve desplazado por el desarrollo de un grupo de subsistemas regionales establecidos en países con afinidades política, económicas, sociales y jurídicas, que parten de la aceptación de unos principios comunes (v.g. la Convención Americana sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica en 1969; la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, firmada en Nairobi en junio de 1981; la Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos, suscrita en septiembre de 1981; y el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, elaborado por el Consejo de Europa y firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que ha sido completado, posteriormente, por varios protocolos adicionales)”.

Europa y firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 ya que representa un salto de calidad en la protección interestatal de los derechos del hombre. En su texto contempla la imposición de obligaciones a los Estados y la instauración de un Tribunal (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), ante el que éstos pueden presentar sus demandas y también se confiere derechos a los individuos como tales frente a los Estados y se crean instancias de decisión supranacional cuyo uso no es monopolio de los Estados (art. 25 CEDH).<sup>146</sup> Lo mismo se puede decir de la Convención Americana (art.44), que significa un paso adelante en materia de protección.

Es oportuno señalar que en este fenómeno de internacionalización de la protección de los derechos fundamentales no sólo tienen cabida ciertos instrumentos específicos de tutela supranacional de estos derechos, sino también ciertas normas de carácter procesal contempladas expresamente en distintos textos internacionales.<sup>147</sup>

#### **4.2 ACCESO A LA JUSTICIA (derecho a la justicia), COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL**

A partir de la consideración de que la justicia es uno de los valores fundamentales que todo ordenamiento jurídico ha de perseguir, su consecución es uno de los fines primordiales del Estado. Frente a esa obligación que el Estado asume, los ciudadanos poseen un auténtico derecho subjetivo a que el Poder Público se organice de tal modo que los imperativos de justicia queden mínimamente garantizados. El fundamento básico del derecho que analizamos se encuentra en el hecho de que las personas se les ha prohibido satisfacer por sus propios medios el conjunto de derechos e intereses que constituyen su patrimonio jurídico. Sobre la base de esta prohibición de las iniciativas individuales, será necesaria una compensación que permita solicitar esa defensa al Estado poniendo en marcha el mecanismo de la justicia, gracias a lo que se denomina derecho a la jurisdicción.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> La protección de los derechos fundamentales puede considerarse como un principio general que la Comunidad Europea debe tener presente en todas sus actuaciones.

<sup>147</sup> Según PÉREZ, David Vallespin, *op. cit.* p.58, se llama *Derecho Procesal Supranacional* a: “aquella rama del Derecho Procesal encargada del estudio del conjunto de normas relativas al análisis de los requisitos, contenido y efectos del proceso supranacional, en la que tiene un especial interés el examen de los instrumentos de protección de los derechos humanos previstos en los textos internacionales”

<sup>148</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva* (Temas Claves de la Constitución Española), Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pp.49-57. Destacar la aseveración de la autora

El derecho a la justicia ha sido considerado así un derecho humano fundamental<sup>149</sup>: “*toda persona tiene derecho, en plena igualdad, que su caso sea equitativa y públicamente juzgado por un tribunal independiente e imparcial que decida sobre sus derechos y obligaciones o de las razones de cualquier acusación en materia penal que contra ella sea deducida.*” (art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos). Si no hay acceso real a la Justicia, de nada vale una hermosa construcción teórica sobre las libertades fundamentales. Las enseñanzas que brinda la comparación de las Cartas de Derechos Fundamentales, es que no puede haber concreción cuando fallan o son inoperantes las garantías destinadas a su tutela.<sup>150</sup> Allí donde se comprueba la existencia efectiva de un procedimiento tutelador de los derechos, es donde realmente existen los derechos. De lo contrario, no se trata de un *derecho* sino de una *decepción*. Ese es el deber de los procesalistas, *el gran desafío de nuestra época*, como dice Cappelletti, de tornar efectivo los derechos concedidos a los ciudadanos.<sup>151</sup>

Hay que descartar, como ha hecho Ángela Figueruelo, que este derecho a la jurisdicción no constituye una conquista del Estado de Derecho, ya que la organización del poder público para que la justicia quede garantizada le viene impuesta a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la jurisdicción existe con independencia de su reconocimiento en las Declaraciones de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales, en las Constituciones o Leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es un derecho que corresponde a todos los hombres por el mero hecho de serlo. Los ordenamientos jurídicos se limitan a positivizarlos, al igual que hacen con otros principios del Derecho natural recogidos al lado de los principios políticos y

---

cuando dice que al prohibir el ejercicio de la fuerza privada como forma de satisfacer las propias pretensiones y derechos, se podrá asegurar el imperio del Derecho.

<sup>149</sup> Como reconoció FAZZALARI, Enzo, para lo cual es imprescindible difundir cuáles son los valores principales del proceso: equitativo, breve, no costoso, razonablemente flexible y que tenga en cuenta el flujo constante de la realidad. Es preciso superar la negativa evidencia de que en la casi totalidad de los Estados no se ha conseguido todavía el logro de un proceso eficaz.

<sup>150</sup> Es lo que decía CALAMANDREI, Piero, “Processo e giustizia”, in *Revista de Diritto Procesale*, p. 148 y nota 3, 1950.

<sup>151</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *L' accesso alla giustizia e la responsabilità del giurista nella nostra epoca, Studi in Onore di Vittorio Denti I*, Pádova, 1994, p.274, Señala los obstáculos que deben ser cambiados, por impedir o dificultar el acceso a la justicia: “*el obstáculo económico*, si los interesados no estuvieran en condiciones de accederen a los tribunales por razones de pobreza; *el obstáculo de los instrumentos adecuados (de organización)*, porque la tutela de ciertos intereses colectivos o difusos impone una profunda transformación en las reglas e instituciones tradicionales del derecho procesal; *el obstáculo propiamente procesal*, pues los tipos tradicionales de procesos son inadecuados para algunas tareas de tutela de los derechos” (traducción nuestra). Me parece que este derecho de acceso a la justicia representa una evolución del clásico derecho de acción del individuo ante el Estado, comprendido en la evolución del Estado Liberal para el Estado Social de Derecho..

tradicionales. Pero a partir de esa positivización, este derecho humano, se torna también un *derecho fundamental*, con sus propias garantías y reglamento constitucional.<sup>152</sup>

Es interesante observar, por ejemplo, que en el citado texto del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de libertades fundamentales (de 4 de noviembre de 1950), el art. 6º enumera una serie de derechos que derivan de la misma idea fundamental y que en su conjunto constituyen un derecho único y que el órgano europeo ha entendido que, mientras el art.6.1 garantiza a todos el derecho a que un tribunal conozca de cualquier litigio referente a sus derechos y obligaciones de carácter civil, consagra el “*derecho a un tribunal*”, del que el derecho de acceso, es decir, el derecho de acudir a un tribunal en materia civil, no constituye más que un aspecto del mismo. Se puede decir también que es uno derecho a la *buena administración de justicia*. A ello se añaden las garantías contempladas por el propio apartado primero del precepto, en cuanto a la organización y composición del tribunal y al desarrollo del procedimiento. El conjunto constituye, por tanto, lo que se denomina de *derecho a un proceso equitativo y justo*.<sup>153</sup>

Entendamos bien que para mantener la paz social en la comunidad no es suficiente proclamar la exclusividad de la jurisdicción como forma de satisfacer las pretensiones, sino que es preciso que el Estado cree los instrumentos adecuados a ese fin que se pretende. Por eso es destacable para la estabilidad del sistema político la importancia de una verdadera tutela jurisdiccional que ha de reconocerse como un auténtico derecho de todo ciudadano que, habiendo sufrido una violación de sus derechos, pueda acudir a un órgano estatal que le asista y que haga efectivos sus derechos en el caso de que lo estime procedente.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> Por ejemplo, la Constitución Española de 1978 ha constitucionalizado el derecho a la jurisdicción en el art.24.1, inserido entre los derechos fundamentales de la Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I. La Constitución brasileña de 1988, también incuyo dentre las disposiciones de los derechos fundamentales, en el art.5º, LXXXV.

<sup>153</sup> SEGADO, Francisco Fernandez, “ El Ámbito de Aplicación del Artículo 6.1 del Convenio de Roma en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in *Los Derechos Fundamentales y Libertades Publicas II*, vol.1, Centro de Publicaciones del Ministerio da Justicia en España, Madrid, 1993, pp. 73 y ss. Además el autor esclarece, a p.46, que: “Ello no es sino la resultante obligada del destacado papel que en toda sociedad democrática desempeña el **derecho a un proceso equitativo y justo**. « En una sociedad democrática – ha firmado la jurisdicción europea, el derecho a una administración correcta de la justicia ocupa un lugar tan eminente que una interpretación restrictiva del art. 6º.1 no se correspondería con los fines que busca dicho artículo».“ (sin resaltos).

<sup>154</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, Op. Cit., p.51.

Así, no basta con asegurar a cualquier interesado el acceso a la justicia, pues tan importante como este acceso es garantizar que el proceso al que se accede se encuentra, por su propia estructura, revestido de garantía de justicia. Se trata, pues, de un derecho a un *proceso equitativo y justo*, con las siguientes garantías: imparcialidad e independencia del tribunal, igualdad de las partes litigantes, publicidad de las audiencias, del juez legal o natural y del procedimiento de la decisión o resolución en tiempo razonable.<sup>155</sup>

Hay tutela efectiva sólo cuando los derechos fundamentales cuentan con vías procesales perfeccionadas cuyo paradigma propio es el *recurso constitucional*.<sup>156</sup> Estamos de acuerdo con la aseveración de que “pesó más que la teoría de las libertades fundamentales el esfuerzo por concretar un cuadro de garantías adecuado, en vistas a un *proceso justo*”.<sup>157</sup> Si no hay acceso real a Justicia, de nada vale una hermosa construcción teórica sobre las libertades fundamentales. Las enseñanzas que brinda la comparación de las Cartas de Derechos Fundamentales, es que no puede haber concreción cuando faltan o son inoperantes las garantías destinadas a su tutela. Por eso decíamos anteriormente que los derechos se dan cuando se comprueba la existencia efectiva de un procedimiento tutelador de los derechos.<sup>158</sup>

En la organización de los Estados Democráticos actuales se pueden verificar nítidamente las diversas premisas asentadas para garantizar un efectivo acceso a la justicia, que sirvieron de base para la elaboración de un conjunto de leyes nuevas, independiente del sistema jurídico que los caracterizan, romano-germánico o de la *common law*. Los principios adoptados actualmente por el moderno Derecho Procesal, que se reflejan en esas nuevas leyes, como de la accesibilidad, de la operosidad, de la utilidad y de la proporcionalidad, muestran una nueva dirección de los fines que el proceso en la actualidad se propone como un instrumento ético, accesible a todas las

---

<sup>155</sup> TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, Ed. Lex, Lisboa, 1997, pp.39 y ss. Con el siguiente comentario del Autor, a p. 40: “Estes princípios são, todos eles, susceptíveis, de moldar o regime processual. Assim, é indispensável garantir àquele que recorre aos tribunais (ou recebe o necessário apoio para poder a eles recorrer) um julgamento por um órgão imparcial, uma plena igualdade das partes, o direito ao contraditório, uma duração razoável da acção, a publicidade do processo e a efetivação do direito à prova.”.

<sup>156</sup> Como es el recurso de Amparo en España y en muchos países hispanoamericanos.

<sup>157</sup> Conclusiones del Congreso Internacional Extraordinario de Derecho Procesal, en Bolonia, 22/24 de septiembre de 1988.

<sup>158</sup> MORELLO, Augusto M., *op. cit.*, pp. 194/195

personas: operativo, proporcional, útil desde el punto de vista práctico (eficaz) y al servicio del justo.<sup>159</sup>

Estos principios adoptados por el moderno derecho procesal tienen significados que importa tener en cuenta<sup>160</sup>, aunque con brevedad para no distanciarnos del tema elegido en esta tesis. El primer principio, el de la *accesibilidad*, presupone la existencia de personas, sujetos de derecho con capacidad de estar en juicio, sin óbice de carácter financiero, desempeñando adecuadamente los instrumentos legales judiciales y extrajudiciales existentes, para efectividad, en la práctica de los derechos individuales y sociales. Es evidente que para transformar algo en accesible es necesario el conocimiento de los derechos de que disponemos y cómo hacer uso de los mismos, de lo cual se infiere que el punto de partida es el derecho a la información, pues sin él no se podrían reclamar una serie de derechos. El siguiente paso se relaciona con la elección de personas más adecuadas para una efectiva defensa de estos derechos, tanto en el plano individual como el colectivo y difuso.<sup>161</sup> Por último, el coste financiero de un proceso no puede inhibir o dificultar el acceso a la justicia de nadie, en especial en aquellos casos de reducido valor económico y de naturaleza colectiva. El segundo principio, el de la *operatividad*, significa que las personas que participan de la actividad judicial y extrajudicial, deben actuar de la forma más productiva y laboriosa posible para asegurar el efectivo acceso a la justicia. El tercer principio, el de la *utilidad*, se traduce en que el proceso debe asegurar al vencedor todo lo que él tenga derecho a recibir y de forma más rápida y provechosa posible, con menor sacrificio para el vencido.<sup>162</sup> La utilidad del proceso pasa por el enfoque de la instrumentalidad del proceso y de su efectividad.<sup>163</sup> Por último, el cuarto

---

<sup>159</sup> VALLESPÍN PEREZ, David, *op. cit.*, pp. 66 y ss, discurre sobre el proceso justo en España: “ La Inserción del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso con todas las garantías en el art. 24 de la Constitución española de 1978, pone de manifiesto el carácter fundamental por el que nuestro constituyente optó al definir el derecho de los ciudadanos a acceder a la jurisdicción y a obtener la satisfacción de sus pretensiones mediante un proceso justo y con las debidas garantías” y también a p.70 “ Para evitar, precisamente, que el modelo constitucional de proceso justo o con todas las garantías no fuese más que una mera proclamación retórica o propagandística, a largo del siglo XX se ha difundido una especial protección de los derechos procesales básicos tanto a nivel constitucional como supranacional, convirtiéndose a éstos en derechos exigibles como garantías fundamentales”

<sup>160</sup> PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar, *Acesso à Justiça, Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999, pp.57/101.

<sup>161</sup> Con lo que se destaca la importancia del Ministerio Fiscal y de las asociaciones.

<sup>162</sup> PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar, *op. cit.*, p.79, señala: “ Esse ideal da justiça instantânea, evidentemente, é impossível de ser alcançado, na medida em que as partes precisam de tempo para postular, demonstrar seus respectivos direitos e, finalmente, é preciso também um tempo para que o juiz possa decidir. É, justamente, entre este dilema da rapidez de um lado e segurança de outro que os grandes debates sobre atividade jurisdicional vêm acontecendo através dos tempos.”

<sup>163</sup> Ver el Ítem 1, del Cap.III de esta tesis, “Del Proceso Moderno y Postmoderno: Concepciones, Funciones y Perspectivas, con vistas a las conexiones entre Proceso y Economía”.

principio, el de la *proporcionalidad*, se encuentra presente en la elección del camino más adecuado, de la interpretación más acertada o incluso entre dos normas o dos principios que están en conflicto; es entonces cuando el juez proyecta y examina los posibles resultados, las posibles soluciones y hace la opción por el interés más valioso, el que mejor se armoniza con los principios y los fines al alcance de una decisión justa y más acertada. Esta actividad judicial retrata la atención al principio de la proporcionalidad.

Los principios últimos que comunican sus características a la Jurisdicción y al Derecho Procesal son principios de carácter político. La existencia de un poder judicial independiente, de jueces con la necesaria formación y un estatuto profesional que garantice a ellos mismos y a los ciudadanos, un proceso capaz de permitir una adecuada defensa del Derecho y producir sentencias técnica y jurídicamente correctas, son los principios ideales que, dentro de la milenaria cultura occidental, se han considerado como la garantía de la seguridad jurídica, todos ellos ligados al Derecho político.<sup>164</sup>

Nótese que es el derecho procesal el que reglamenta el acceso a la justicia, si bien este derecho ya está asegurado en sede constitucional como garantía de un proceso legal (*due process of law*) y como un derecho fundamental. Así hay una aproximación tanto al derecho constitucional como, en su aspecto más general, al derecho político.

El derecho procesal no sólo está en el nexo que mantiene el conjunto de ordenación jurídica del Estado con el Derecho político, por cuanto sus normas son llamadas a regular todas las esferas de la vida individual y social, por la que también la del proceso jurisdiccional. También se ha de considerar que la Jurisdicción, cuyo ejercicio consciente es posible a través del proceso y del Derecho que regula éste<sup>165</sup>, bien como no olvidar el fin general y abstracto del proceso, *la tutela del orden jurídico*

---

<sup>164</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 2ª ed., Editorial Aranzadi, Pamplona, 1985, p.86. Además el autor, a las pp.87/88, afirma en síntesis que “se establecen en la Ley de Enjuiciamiento Civil, los primeros principios fundamentales, como son el de *legalidad*, cuando habla de que la comparecencia en juicio y el de *libre acceso a los tribunales*, acción procesal o derecho a pedir justicia, que resulta consagrado en cuantas normas establecen requisitos indispensables para el inicio de la actividad jurisdiccional, pero respetando la condición de todos los ciudadanos, sin discriminación de situación política, social o económica.; el de *libre sometimiento a los Tribunales civiles*, el de *plenitud de la jurisdicción*, que asegura la resolución de todos los asuntos sometidos a los tribunales de justicia; y, por último, el de *seguridad jurídica*, por la inalterabilidad de las sentencias que han pasado a ser cosa juzgada.”

<sup>165</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Op. Cit.*, pp.85/89

*privado* (al que afecta el derecho objetivo), pero a través de la consideración de diversos objetos materiales y procesales específicos, entre los que resalta *la protección del derecho subjetivo* en su significación genuina y estricta.<sup>166</sup>

El derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva* es un derecho reaccional e instrumental, el medio que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las personas para defender sus bienes y derechos.<sup>167</sup> Es un derecho prestacional de configuración legal, puesto que exige de los poderes públicos la dotación a la Administración de Justicia de medios materiales y personales suficientes para que la tutela judicial pueda hacerse efectiva y les exige igualmente la regulación, mediante ley, de los distintos tipos de procesos. Seguramente que la tutela judicial es garantía de los demás derechos constitucionales. Y es ella misma un derecho autónomo, con un contenido propio.<sup>168</sup>

En la efectividad de este derecho, según Torres del Moral<sup>169</sup>, participan el legislador, el juez y el ciudadano, con exigencias propias: a) *el legislador*, concretamente las Cortes, pues se trata de una competencia exclusiva del poder central; debe regularlo modulándolo según sean las jurisdicciones, los órdenes dentro de ellas, las instancias, los procesos y los recursos. Las Cámaras parlamentarias quedan vinculadas igualmente a este derecho, cuando resuelven una solicitud de procesamiento de algunos de sus miembros; b) *el juez*, porque debe enlazar el cumplimiento de la legalidad procesal con la transcendencia constitucional de este derecho, debiendo interpretar siempre la norma más favorable al mismo; c) *el ciudadano* interesado, porque, para alcanzar la efectividad de su derecho, debe utilizar la vía procesal adecuada.

El derecho de acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional a fin de llegar a una decisión sobre las pretensiones formuladas, es el primer derecho que, lógica

---

<sup>166</sup>PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo *Op.Cit.*, pp.47/48, con resalto para pp.47/48, en la visión del proceso en España: “Y puesto que la jurisdicción se ejerce en los diversos órdenes o ámbitos donde se otorga el derecho a la justicia, que son el derecho civil, el administrativo y el penal, han de existir los respectivos procesos civil, administrativo, penal y proceso (o procedimiento) para los negocios de la llamada *jurisdicción voluntaria*”.

<sup>167</sup> Supremo Tribunal Constitucional de España 50/1985, de 29 de marzo.

<sup>168</sup> Ha dicho el Supremo Tribunal Constitucional de España en 19 de julio de 1985 – STC 89/1985.

<sup>169</sup> TORRES DEL MORAL, António, “El Sistema de Garantías de los Derechos”, in GIMENO SENDRA, Vicente; TORRES DEL MORAL, Antonio; MORENILLA ALLARD, Pablo y DÍAZ MARTINEZ, Manuel, *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid, 2007, pp.595-643.



y cronológicamente, incluye la tutela judicial efectiva. También el derecho al juez ordinario, natural o imparcial. Para que un juez lo sea resulta preciso garantizar la independencia e imparcialidad: a) que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma; b) que ésta lo haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación judicial; c) que no sean especiales ni excepcionales sus regímenes orgánico y procesal, pero sí puede tratarse de jueces ordinarios con especiales competencias por razón de la materia o del territorio; d) que la composición del órgano judicial venga determinada por ley y que, en cada caso concreto, se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros; e) que el órgano que juzgue y falle sea diferente del que haya instruido.<sup>170</sup>

Esto derecho a la jurisdicción, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo tiene la persona que, en debida forma, se considera víctima de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de manera que el Derecho interno debe ofrecerle las vías correspondientes.<sup>171</sup>

Inserto de entre el derecho de acceso a la jurisdicción se encuentra el derecho a obtener *una resolución judicial fundada en Derecho*, suficiente con explicación y fundamentación de la aplicación de los preceptos legales. Debe versar sobre el fondo del problema y sobre las pretensiones formuladas. Esta resolución, no obstante, como es conocido en la doctrina de la *acción judicial*, puede ser de inadmisión, eso es, una tutela efectiva del punto de vista procesal pero de rejección del pedido material. Tendrá que ser, por supuesto, sin error en la aplicación de la norma legal y sin arbitrariedad o aún que no sea una interpretación desmesurada o rígida; por que sino el sujeto procesal podrá manejar una reclamación o deducir un recurso de amparo al Tribunal Constitucional español.<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> Cfr. las siguientes jurisprudencias españolas y europeas: SSTC 105/1985, de 7 de octubre; 66/1986, de 23 de mayo; 199/1987 de 16 de diciembre; 4, 55, 56 y 79/1990, de 18 de enero, 28 y 29 de marzo y 5 de abril; 307/1993, de 25 de octubre; 65 y 205/1994, de 28 de febrero y 11 de julio; 193/1996, de 26 de noviembre; 22 y 64/1997, de 11 de febrero y 7 de abril. Cfr. igualmente SSTEDH de 22 y 26 de octubre de 1984, casos Sramek y De Cubber, y 28 de junio de 1990, casos Mats Jacobson y Skaby. Y aún, SSTC 113 y 136/1992, de 14 de septiembre y 13 de octubre; 320/1993 de 8 de noviembre; 299/1994, de 14 de noviembre y SSTEDH de 23 de octubre de 1990, caso Huber, y 24 de agosto de 1993, caso Nortier.

<sup>171</sup> STEDH de 25 de marzo de 1983, caso Silver y otros. La Sentencia remite al caso Klass y otros.

<sup>172</sup> De entre muchos los casos que reflejan la doctrina expuesta: 66/1982, de 12 de noviembre; 68/1983, de 26 de julio; 126/1984, de 26 de diciembre; 111/1995, de 4 de julio; 76/1996, de 30 de abril, 83, 84 y 89/1996, de 20 y 23 de mayo, y 149/1996 de 30 de septiembre.

La tutela efectiva deberá promover la *contradicción y la paridad de las partes*. Por este principio general mejor sirve a la efectividad de su objeto: el derecho de defensa. Con mayor razón no debe haber condenas ni resoluciones *inaudita parte*, ni procesos clandestinos.<sup>173</sup> También prosiguiendo el mismo orden del proceso, éste debe desarrollarse *sin indebidas dilaciones*, por tanto, dentro de razonables términos temporales. El carácter razonable de la duración de los procedimientos debe ser apreciado teniendo en cuenta las circunstancias siguientes: a) la complejidad del litigio; b) la conducta de los litigantes; c) el posible exceso de trabajo del órgano judicial en esas fechas; d) la conducta de las autoridades competentes y, e) las consecuencias que de la demora se siguen para los litigantes.<sup>174</sup>

El Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entienden que incumbe a los poderes públicos el hacer las reformas pertinentes en su sistema judicial para evitar retrasos en la administración de justicia. Incluso el primer Tribunal ha dicho que el art. 24 de la Constitución española constituye un compromiso de los poderes públicos para revisar los mecanismos actuales que motivan los retrasos.<sup>175</sup>

Hay que observar también que la tutela judicial efectiva incluye el *derecho al recurso* que las normas vigentes hayan establecido para el caso. Eso es, el doble grado de jurisdicción, uno de los principios mayores de la procesalística, que ha dado conformidad al *due process of law*. Su denegación arbitraria significa una violación de este derecho y la inexistencia de todo recurso puede deparar la responsabilidad del Estado ante órganos de protección internacional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En España la constitucionalización del derecho a la jurisdicción, se constata a partir del art. 24.1 de la CE, como un derecho directamente invocable ante los

---

<sup>173</sup> SSTC 28/1995, de 6 de febrero, y 17/1997, de 10 de febrero. SSTC 156, 164 y 182/1985, de 13 de noviembre y 3 y 30 de diciembre; 147/1990, de 23 de abril y 1 de octubre. STS de 12 de noviembre de 1984.

<sup>174</sup> TORRES DEL MORAL, António, *Op. Cit.*, p. 607, con resalto: “Tan es así que el Tribunal Constitucional ha denegado el amparo solicitado por dilaciones indebidas en algunos supuestos al apreciar que fueron producidas por la conducta procesal del interesado (STC 55/1984, de 7 de mayo; 198/1987, de 14 de diciembre; 34/1988, de 1 de marzo; 41 y 43/1989, de 16 y 20 de febrero)”.

<sup>175</sup> Art. 24.1 CE: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión”. La parte que se sinta perjudicada por dilaciones indebidas ha de invocarla antes de la sentencia, para poder después recurrir en amparo por tal motivo.

Tribunales de Justicia (tanto los órganos unipersonales como los colegiados), pudiendo fundamentarse en dicha norma tanto el *petitum* de la demanda como una sentencia judicial. Hay que resaltar, además, que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.1 de la CE, en relación con la declaración general del art.9º1 del mismo texto). Para los derechos reconocidos en el apartado segundo del Título I, se ha establecido un principio de reserva de ley (sólo por ley podrá regularse su ejercicio de tales derechos, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial). Y de la relación de este precepto con el art.81.1 de la CE se desprende que se trata de una reserva de la Ley Orgánica para cuya aprobación se requiere un quórum especial. Finalmente, como derecho fundamental que es (según el art.53.2 de la CE) le corresponde una tutela jurisdiccional reforzada sólo prevista para los derechos de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Ley Fundamental: tutela judicial otorgada por los Tribunales ordinarios mediante procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (Disposición transitoria 2ª 2 de la T.O.T.C), con carácter de contencioso administrativo ordinario, o el procedimiento configurado en la Sección 2ª de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, de 26 de diciembre de 1978. Y además, en el caso de que resultaría ineficaz la reclamación de los particulares ante los órganos ordinarios de justicia, queda expedita la vía para la interposición de un recurso constitucional de amparo ante el Tribunal Constitucional, órgano con la última palabra en materia de protección y tutela del derecho fundamental a la jurisdicción.<sup>176</sup>

#### **4.3 PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA**

En la primera mitad del siglo XX las declaraciones de derechos habían pasado ya a estar incorporadas en las Constituciones nacionales, con el fenómeno jurídico que se denominó *constitucionalización de los Derechos Humanos*. Como es consabido, tras la II Guerra Mundial, como consecuencia de la voluntad de rehacer las bases comunes de la concepción de la libertad y la democracia que había triunfado gracias a la victoria militar sobre los sistemas negadores de los derechos humanos, la Organización de las Naciones Unidas aprobó el 10 de diciembre de 1948 una

---

<sup>176</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, Op. Cit., pp.54/57.

Declaración Universal de Derechos Humanos, una nueva Carta de derechos humanos, esta vez universal en todos los sentidos, puesto que ya no era aprobada por una comunidad nacional, sino por la comunidad internacional. La Declaración se formuló de acuerdo con las exigencias de la conciencia del siglo XX acerca de la dignidad de la persona y definió un marco común de legitimidad válido para toda la comunidad internacional; posteriormente, en 1966 serían los Pactos Internacionales Civiles y Políticos y los DESCs los que la desarrollaran. Estas tablas de derecho se han convertido en estándar y han influido notablemente en la configuración de los derechos fundamentales a través de las constituciones.<sup>177</sup>

Se ha producido una conversión progresiva de los derechos humanos en derechos fundamentales, entendidos como derechos subjetivos garantizados por el Ordenamiento y también se ha ampliado el número de los derechos humanos y se ha diversificado su estructura interna. Uno y otro proceso se han estratificado desde la afirmación de los derechos humanos como decisión fundamental del sistema político.<sup>178</sup>

El sistema de protección de las libertades públicas y los derechos fundamentales, surgido fundamentalmente tras el final de la 2ª Guerra Mundial, supone, pues, un notable avance en relación con las primeras declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano, que se quedaban, precisamente en eso, en una mera proclama, sin ningún tipo de protección frente a los eventuales abusos de los Poderes públicos y de los particulares.

Creo que es necesario distinguir claramente lo que es “*derechos humanos*” o “*derechos del hombre*” de “*derechos fundamentales*”<sup>179</sup>. De forma

---

<sup>177</sup> En España la Declaración de Derechos Humanos ha sido integrada en el texto constitucional, en el artículo 10.2: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

<sup>178</sup> MOLAS, Isidre, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, (1ªed.1998), 4ª ed., Madrid, 2008, p.286.

<sup>179</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Manual de Derecho Constitucional*, Tirant to Blanch, Valencia, 2007, pp.287/288 conceptua, desde el punto de vista constitucional el *derecho* como sendo “*un instituto jurídico en virtud del cual se otorga al titular del mismo un poder legítimo para obtener de terceros, tanto particulares como poderes públicos, determinadas conductas. Tales conductas pueden ser de abstención, lo que implica la configuración de una esfera de acción entregada plenamente a la disponibilidad del individuo, pero pueden ser de acción, o positivas, en cuyo caso se habilita al titular para obtener de los poderes públicos (mas raramente de terceros) una determinada actuación. En resumidas cuentas en cada derecho fundamental podemos distinguir un titular, un objeto, un contenido y un bien o unos bienes protegidos.*” Y además, complementa el constitucionalista español: “*Un derecho fundamental consiste, en primer lugar, en una regla o conjunto de reglas que determinan que seres humanos son destinatarios del mismo y, en razón de ello, devienen titulares del derecho; en segundo lugar el objeto, que es la esfera de*

magistral, el filósofo postmoderno, Recanses Siches<sup>180</sup>, al referirse a los “*derechos del hombre*”, alude con el vocablo “*derecho*” a una exigencia ideal que implica la dirección de ciertos requerimientos al legislador, fundados en normas o principios ideales, en criterios estimativos, o en juicios de valor, con el objetivo de que el orden jurídico positivo emita preceptos que vengán a satisfacer estas exigencias. Por otro lado, mientras que los *derechos humanos* son aquellos que pertenecen a la esencia del hombre por su propia naturaleza, los *derechos fundamentales* constituyen aquella clase de los derechos humanos consagrados y garantizados, que no concedidos constitucionalmente con la fuerza de superlegalidad, vienen a ser reconocidos en un determinado ordenamiento en su totalidad normativa como derechos subjetivos (civiles, políticos, económicos, sociales, procesales y culturales), valores históricos relevantes socialmente, o bien como principios jurídicamente informadores o normas puntuales.<sup>181</sup>

Ángela Figueruelo Burrieza, en contibución a esta cuestión, ha observado con objetividad, que le parece aceptable la idea que destina al concepto de *derechos humanos*, los *derechos naturales reconocidos en los Textos Internacionales* y reserva al de *derechos fundamentales aquellos positivados a nivel interno*.<sup>182</sup> La misma idea aparece en Pérez Luño con mayor claridad: “*los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que, con la noción de los derechos fundamentales, se tiende a aludir a aquellos derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada*”<sup>183</sup>. Interesante es la posición que ha adoptado Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que ha aunado las dos expresiones, *derechos humanos fundamentales* y para quien *derechos fundamentales* sería una abreviación de

---

*acción social que constituye el campo de aplicación de cada derechos; en tercer lugar el contenido, definido por el conjunto de facultades que el ordenamiento anuda al efecto de proteger bienes y valores; en cuarto lugar los bienes que se protegen, a cuya defensa esta preordenado el derecho mismo; finalmente, las grantías, que son los procedimientos e instituciones a los que el ordenamiento comete la protección del derecho y la eficacia del mismo.”*

<sup>180</sup> RECANSSES SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 1971, pp. 552/553.

<sup>181</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp.43 y ss.

<sup>182</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Social y su Eficacia en las Relaciones Privadas”, in *Congreso Internacional de Derecho Publico, Filosofía y Sociología Jurídicas... Op. Cit.* p.244.

<sup>183</sup> PEREZ LUÑO, Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, Ed. Tcnos, Madrid, 1984.

aquella.<sup>184</sup> Así, en verdad, es forzoso reconocer que la designación de *derechos humanos*, comporta una terminología utilizada en el ámbito del Derecho Internacional, donde los derechos humanos han tido pretensiones históricas de universalidad e incluso por la filosofía del derecho, la sociología del derecho y otros campos del saber humano y social, aunque el Derecho Constitucional ha preferido la denominación *derechos fundamentales*. Pero, todos ellos convergen como derechos esenciales en la *dignidad humana*.

Ante la dificultad de encontrar un concepto único para la definición de *derechos fundamentales*<sup>185</sup>, uno de los temas que más debates ha suscitado en el mundo jurídico occidental, se deja de lado el problema conceptual que ello encierra y se insiste en la necesaria efectividad de sus garantías, para una protección adecuada. Estos derechos se encuentran enmarcados en los estudios del *constitucionalismo democrático*, en la parte dogmática de las Constituciones, con una tabla variable de derechos fundamentales junto a los cuales aparecen libertades públicas, otros derechos históricos y ciertas prestaciones de carácter social. Es innegable que tales derechos son herencia directa de las grandes Declaraciones de Derechos de finales del siglo XVIII, como la Declaración del Buen Pueblo de Virginia y de la Independencia de los Estados Unidos de 1776 o la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Francia). Así, es cierto que los derechos fundamentales nacieron en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII, dando origen a lo que se conoce como derechos de la *primera generación*, con un marcado carácter individualista. Estos derechos, guiados por la idea de «libertad», se presentan como derechos de defensa de las libertades del individuo, exigiendo la autolimitación y no intromisión de los poderes públicos en la esfera privada.<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *Direitos Humanos Fundamentais*, ed. Saraiva, 5ª ed., S.Paulo, 2002, p.14: “É verdade que no diálogo político, não mais se fala em direitos do Homem, embora textos constitucionais ainda empreguem a expressão. O feminismo conseguiu o repúdio da mesma, acusando-a de “machista”. Logrou impor, em substituição, a politicamente correta terminologia de direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são uma abreviação”.

<sup>185</sup> El Supremo Tribunal Constitucional español ha definido los derechos fundamentales de la siguiente manera: “son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como un marco de convivencia humana, justa y pacífica, plasmada historicamente en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art.1.1). Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art.10.1 de la Constitución”. (FJ5) STC 25/81 de 14/7.

<sup>186</sup> VALLESPIN PÉREZ, David, *El Modelo Constitucional de Juicio Justo en el Ámbito del Proceso Civil*, Atelier, Barcelona, 2002, pp.30/31

Con las luchas sociales que caracterizaron gran parte del siglo XIX y con la formación de la sociedad industrial, surgieron como consecuencia, otros derechos, guiados por la idea de igualdad, de carácter económico, social y cultural, que dan origen a lo que se conoce como *segunda generación* de los derechos fundamentales. Estos derechos encuentran su plasmación jurídica y política en la sustitución del Estado Liberal por el Estado Social de Derecho, haciéndose necesaria una política activa e intervencionista de los poderes públicos dirigida a conseguir la garantía de su ejercicio.<sup>187</sup> Poseen así la característica de ser reconocidos como *derechos prestacionales en sentido estricto*, ya que exigen acciones o prestaciones efectivas del Estado o de otros organismos que se sitúan en una posición semejante en el sentido de prestar un servicio público.

Después, se presentan los derechos de la *tercera generación*, como derecho a la paz, derechos de los consumidores, derechos de niños y ancianos, derecho al medio ambiente saludable y derecho al desarrollo, que pretenden dar respuesta a los problemas sufridos por los derechos fundamentales como consecuencia de determinadas aplicaciones de las nuevas tecnologías. Tienen como rasgo determinante la idea de *solidaridad* y para su adecuada satisfacción requieren de la suma del trabajo y de las voluntades de todos a nivel planetario. Según David Vallespín, enfrentarse a esta nueva categoría de derechos implica la mudanza tanto de los instrumentos dirigidos a su protección, como la aparición de nuevas fórmulas de titularidad, como los intereses difusos o colectivos.<sup>188</sup>

Por último, ante la gran heterogeneidad de derechos enmarcados en la tercera generación y la constante aparición de nuevos derechos en una categoría que no contiene un listado cerrado, se empieza a hablar ya de una *cuarta generación* de derechos fundamentales<sup>189</sup>, en la que tendrían cabida, por un lado, aquellos derechos que no pueden ser encuadrados en el clásico contenido de la tercera generación, v.g. la

---

<sup>187</sup> PÉREZ NUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp.120 y ss.

<sup>188</sup> VALLESPIN PÉREZ, David, *op cit.*, p.31, destaca en su nota a pie de página 27 lo siguiente: Surge así lo que Peter Haberle denomina expresamente como «status activus processualis»; la importancia de este «status» estriba en constituir una específica manifestación del fenómeno de *procesalización* del derecho moderno.

<sup>189</sup> MATSCHER, Franz, *La Protection Judiciaire des Droits de L' Homme*, Informe General presentado en el Congreso Internacional Extraordinario de Derecho Procesal, Bolonia, 1988, vol. I, “ Sobre La Tutela Giurisdizionale dei Diritti dell' Uomo a Livello Nazionale ed Internazionale, p.12; MORELLO, Augusto M. , *El Proceso Justo. Del garantismo formal a la tutela judicial efectiva de los derechos*, La Plata, Librería Editora Platense, Abeledo-Pierrot, 1994, pp. 88 y ss.; PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, “La Evolución del Estado Social y la Transformación de los Derechos Fundamentales” in *Problemas de Legitimación en el Estado Social*, Ed. Trotta, Madrid, 1991, pp.96/97.

manipulación genética, el derecho de disfrutar del patrimonio histórico y cultural de la humanidad, y por otro, las reivindicaciones futuras de nuevos derechos.<sup>190</sup>

Una vez fundamentados positivamente los derechos, se hace más necesaria que nunca su *fundamentalización*, y ésta se logrará al incluir los derechos en una Constitución que adquiriera el rango de norma jurídica suprema (y no sólo ni necesariamente rígida) y, por tanto, de obligado respeto por cualquier otra norma estatal. A partir de entonces, los poderes constituidos se ven obligados a respetar el contenido de los derechos, que sólo pueden modificarse a través del poder constituyente-constituido.<sup>191</sup>

Desde una perspectiva estrictamente jurídico-positivista, los derechos fundamentales tienen este carácter con independencia de quien sea su titular y de cual sea la estructura en que la estén articulados, o sea, la condición jurídica de *fundamentales* no la reciben tales derechos por ser inherentes a la *persona*, no es consustancial a esos derechos que su titular sea exclusivamente el ser humano. Puede que no todas las personas físicas sean titulares de esos derechos, y puede que el *nasciturus*, las personas fallecidas y las *personas jurídicas*, privadas e incluso públicas, sí lo sean, e incluso, en teoría, también podría atribuirse capacidad fundamental a los animales. De igual modo, los derechos fundamentales no implican una determinada estructura normativa, pues pueden ser derechos fundamentales tanto los derechos de libertad o de defensa (derecho a la vida o al honor), como los derechos con un alto contenido prestacional (derecho a la educación). Otro tanto, cabe afirmar sobre la eficacia de tales derechos, que no sólo es frente al poder público, sino frente a todos, sean poder público (eficacia vertical) o particulares (eficacia horizontal). Así, los derechos fundamentales no son libertad natural retenida por el individuo frente al poder público, sino un haz de facultades de disposición atribuidas a sus titulares por la Constitución para hacer frente

---

<sup>190</sup> Mire el ítem nº 4 del capítulo II de esta Tesis.

<sup>191</sup> BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio *et al*, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, ed Tcnos, Madrid, 2004, p.27, aún con la observancia histórica: “En realidad, la primera constitucionalización de los derechos y libertades la llevó a cabo el constitucionalismo iusracionalista norteamericano del siglo XVIII, al incluirlos primero en las Constituciones de los Estados recién independizados y, más tarde, en la Constitución de 1787 (tras su reforma en 1791). Unas Constituciones que, en Estados Unidos, se concebían como normas supremas y, por tanto, vinculantes para todos los poderes, incluido el legislativo que, para tanto, no podía limitar libremente las libertades constitucionales, sino que debía atenerse al contenido constitucional...La ley no podía disponer de los derechos y libertades en un doble sentido: no podía vulnerar los derechos contenidos en las disposiciones constitucionales, puesto que la Constitución era la primera y principal emanación de la voluntad del pueblo, que la había dictado en el ejercicio de su poder constituyente al que todos los poderes constituidos del Estado se sometían; pero, además, tampoco podía conculcar derechos y libertades que, aunque no se hubiesen recogido en la Constitución, se entendían reservados por el pueblo, es decir, derechos naturales que el pueblo soberano no había cedido a los órganos estatales”.



desde la supremacía constitucional a cualquier acción u omisión ilegítima contra el disfrute del objeto del derecho, provenga de quien provenga.<sup>192</sup>

Los derechos fundamentales, como garantía de lo posible que son, protegen ámbitos exentos del poder público mediante permisos (*agere licere*) o prohibiciones (deberes de abstención de los poderes públicos) que se revisten de diversas técnicas jurídicas, cuyo fin es hacer valer unos y otras ante el Estado. Este contenido, como el poder o conjunto de poderes jurídicos, concebidos como facultades (por tanto, de uso discrecional y no obligatorio), mediante los que se hace valer frente a terceros el permiso o la prohibición iusfundamental garantizadas en cada derecho fundamental, obedece a la doble dimensión de todo derecho fundamental, de manera que hay un contenido objetivo y otro subjetivo.<sup>193</sup> Por este contenido surge para el particular el derecho a la protección y para el Estado un correlato deber de *protección efectiva* que comporta para los poderes públicos una obligación finalista: “*estos deben adoptar las normas y medidas que permitan que aquellos bienes jurídicos resulten efectivamente protegidos, de tal modo que si para dicha protección fueren indispensables las normas penales el Estado se hallará en el deber de adoptarlas, deber cuyo incumplimiento total o parcial devendría inconstitucional por vulneración del derecho fundamental afectado*”.<sup>194</sup>

Es cierto que, las garantías constitucionales son los mecanismos jurídicos de seguridad que el Ordenamiento constitucional establece para salvaguarda y defensa de la integridad de su valor normativo. Así, nos interesan, muy particularmente, los mecanismos de seguridad de los derechos y libertades que hacen plenamente normativos los preceptos que los reconocen.

La *dignidad humana* es el principio que da sentido a la construcción; debe entenderse como la “*cualidad del ser humano de ser único e*

---

<sup>192</sup> BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; *et all*, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Op. Cit, p.33.

<sup>193</sup> BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; *et all*, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Op. Cit.,pp.108/109, con resalto:”El contenido objetivo del derecho fundamental persigue la garantía de la dimensión objetiva del derecho fundamental en cuanto norma principal. Este contenido objetivo no es sino el *mandato de optimización* de la libertad individual (o colectiva) protegida en cada concreto derecho fundamental mediante un permiso o una prohibición...El *contenido subjetivo* de los derechos fundamentales consiste en el haz de facultades jurídicas atribuidas al titular del derecho para defender el objeto del derecho fundamental frente a terceros. Ese contenido subjetivo se concreta en aquellas facultades jurídicas atribuidas al titular del derecho a través de cuyo ejercicio exige la observancia de los deberes de abstención o de acción, según el caso, que pesan sobre el Estado o los particulares.”

<sup>194</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Manual de Derecho Constitucional*, Op. Cit., p. 290.

*insustituible, de tener sustantividad social por sí mismo, y, en consecuencia, de ser valioso en sí mismo, por su condición humana, y ello con independencia de la adscripción política o la posición social”*<sup>195</sup>, y como consecuencia de esta definición, el Estado, en su orden social, debe configurarse de tal modo que permita el pleno desenvolvimiento de la actividad individual en orden al completo desarrollo de cada ser humano.

Se constata que la *dignidad humana* fue elevada a la categoría de *núcleo axiológico constitucional*, ocupando en el constitucionalismo de la segunda postguerra, el centro de estas garantías constitucionales, por ser el valor supremo que se encuentra inserido en diversas disposiciones de la mayoría de las Constituciones democráticas en la actualidad. Sobresale esta importancia capital, por ejemplo, en la Constitución de España, como ha señalado Fernández Segado: “*el ordenamiento jurídico español, a diferencia del alemán, la dignidad no es un derecho fundamental; es mucho más que eso por cuanto es la fuente de todos los derechos, pues en todas y cada uno de ellos, con distintos niveles de intensidad, se manifiesta un núcleo de existencia humana derivado de la dignidad de la persona*”.<sup>196</sup>

Consecuencia lógica de la dignidad de la persona humana es el principio de libertad, pues resultaría que aquella estaría menoscabada si el desarrollo de la personalidad se impusiera a cada individuo, si dicho desarrollo no fuera producto de la autodeterminación individual. En verdad las bases del sistema constitucional es el doble principio de *libertad y dignidad*.<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Manual de Derecho Constitucional*, Op. Cit.,p. 291.

<sup>196</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Dignidad de la Persona como Valor Supremo del Ordenamiento Jurídico Español y como Fuente de todos los Derechos”, in *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, Vol.2, Università Cattolica del Sacro Coure, Milano, año L, mayo-agosto de 2003, pp.201-233. Así sobresale del pensamiento del autor, p.206 que los derechos fundamentales son “*inherentes a la dignidad del ser humano y, por lo mismo, se fundan en ella y, a la par, operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin su reconocimiento quedaría conculcado ese valor supremo de la dignidad de la persona en el que ha de encontrar su sustento toda comunidad humana civilizada*”. Es en el art.10 1 de la Constitución Española se encuentra la dignidad como valor supremo, base para el desarrollo de las libertades públicas en los artículos siguientes. Este precepto supone la *consagración de la persona y de su dignidad* no sólo como el fundamento de la totalidad del orden político, sino, y precisamente por ello mismo, también como el principio rector supremo del ordenamiento jurídico. Y adviértase que la dignidad no depende ni de nacionalidad ni de ninguna otra circunstancia personal., *persona* es todo ser humano, como ha reconocido al art.1º.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969). Además la *dignidad* ocupa el centro de la doctrina social de la Iglesia Católica, como la encíclica *Pacem in Terris*, del Papa Juan XXIII y otras.

<sup>197</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Manual de Derecho Constitucional*, Op. Cit.,p. 290-293.

Pero no se puede olvidar que las garantías jurídicas de la libertad acabaron convirtiéndose para un número creciente de ciudadanos, sobre todo asalariado, en fórmulas vacías de contenido al carecer de los presupuestos sociales de la posesión y educación necesarios para su realización concreta. Y es que, como bien dice Ángela Figueruelo<sup>198</sup>, en el Estado de Derecho liberal-burgués (donde los presupuestos de la libertad consisten en la propiedad y el trabajo), basado en la posesión y unido al desarrollo industrial, se generó el empobrecimiento de una clase asalariada cada vez cada vez más numerosa dando lugar a la formación de clases sociales desfavorecidas, en razón de que la libertad general de acción, unida a la igualdad jurídica, no relativiza la desigualdad natural y económica de los hombres, sino que permite que se desarrolle por completo porque los particulares tienen garantizada y consolidada, mediante la herencia, la propiedad adquirida a lo largo de distintas generaciones. De este modo, explica la mencionada jurista que *“la libertad jurídica, igual para todos, produce necesariamente la desigualdad social y, garantizando la propiedad, consolida las desigualdades sociales previamente generadas”*. En esta situación jurídica y social es donde se encuentran la razón de ser de los derechos económicos y sociales, a partir de una idea de la justicia que tiende al aseguramiento de la libertad. Por consiguiente, se asevera que los *derechos fundamentales sociales* tienden al mantenimiento de la participación de los bienes materiales, por ejemplo, derecho a la salud, derecho al trabajo, derecho a la educación, derecho a la vivienda y otros más, que en su conjunto pueden ser vistos como uno solo, *el derecho al desarrollo sócio-económico*<sup>199</sup> y sobre esta hipótesis deben dirigirse hacia el Estado, con una pretensión no de abstención sino de intervención. La libertad debe posibilitarse y asegurarse mediante prestaciones sociales y garantías estatales.<sup>200</sup> De ahí que, consecuentemente, se tienda al derecho al desarrollo de las gentes en relación con el Estado.<sup>201</sup>

---

<sup>198</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Social y su Eficacia en las Relaciones Privadas”, in *Congreso Internacional de Derecho Publico, Filosofia y Sociologia Jurídica... Op. Cit.*, p.247.

<sup>199</sup> Ver Cap. II de esta tesis, en especial los ítems 1 y 6.

<sup>200</sup> Según BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, “O Controle Judicial dos Atos Administrativos” in *Revista de Direito Administrativo-RDA*, Fundação Getúlio Vargas, nº 152, S.Paulo, 1983, pp.1-15, en especial p.2, es el Estado quien asume el papel de garantizar los intereses de los particulares y simultáneamente de la colectividad con las siguientes consecuencias:”a)«*admissibilidade de postulações em juízo*”; b) *delimitar-se a «extensão do controle judicial dos atos administrativos»*”. Y entre estas postulaciones en juicio están las de carácter social.

<sup>201</sup> Pero hay otras hipótesis que veremos adelante; en el escenario de este derecho se encuentra en el contexto internacional el plan de las naciones, por ejemplo, cuando los países más pobres de África plantean el perdón de sus deudas externas a los países más desarrollados, aquellos que proporcionaron recursos económicos y financieros para que éstos pudieron implementar sus políticas públicas de desarrollo humano y social.

Así, el Estado Social<sup>202</sup> ha de garantizar no sólo una libertad formal, sino una *libertad real y efectiva*, y por lo tanto deberá planificar y programar acciones públicas en esta esfera de actuación en que se hace concreta la *cláusula social* inserta en su constitución.<sup>203</sup>

Fue lo que ocurrió con las denominadas *constituciones económicas*.<sup>204</sup> A propósito, la soberanía económica del Estado aparece como condición imprescindible para que éste pueda cumplir dos funciones que le son esenciales: conservarse a sí mismo y asegurar la existencia, el orden y el bienestar de la sociedad que lo sustenta.<sup>205</sup> Consabido es que la Administración del Estado nunca ha dejado de intervenir en la economía, precisamente para potenciar el derecho de propiedad en un doble frente, *primero*, mediante la creación de infraestructuras como obras públicas, ferrocarriles, producción de energía y otras; y el *segundo*, protegiendo la agricultura y la industria frente al comercio internacional.

---

<sup>202</sup> El profesor PEREZ LUÑO, A.E., describe impecablemente el proceso de evolución de las sucesivas generaciones de derechos humanos. En el tránsito del Estado liberal al Estado Social de Derecho, in *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, (1984, 1ª ed) Madrid, 2001, p252: "1º) Una superación de la categoría de los derechos públicos subjetivos, de inequívoca inspiración individualista a través de los derechos fundamentales. En ella se integran, junto a las libertades tradicionales personales, civiles y políticas, los derechos económicos, sociales y culturales. El reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales ha comportado a su vez un cambio en: a) la fundamentación de los derechos constitucionales; que ya no se circunscriben a la protección de intereses individuales, sino que se extienden a la protección de intereses sociales y colectivos; b) la titularidad que se ampliará también a sujetos colectivos; y c) la naturaleza jurídica al dejar de ser meros derechos de defensa (lo que la doctrina germana denomina «abwehrrechte», frente a la opresión estatal, para devenir derechos de participación «teilhaberechte», y prestaciones para cuya realización no basta la abstención del Estado, sino que se hace indispensable la movilización de los poderes públicos. 2º) Esta peculiar naturaleza jurídica de los derechos fundamentales exige superar la rígida distinción entre la parte dogmática y orgánica de los textos constitucionales, ya que la participación y las prestaciones no pueden interpretarse al margen de las reglas que encauzan la organización y el funcionamiento de los poderes públicos. 3º) Por último, junto a la técnica de positivización casuística predominante en las constituciones liberales para fijar el estatuto de las libertades, los derechos fundamentales aparecen reconocidos en la actualidad también como valores o principios básicos del sistema jurídico político, lo que condiciona el método de su interpretación".

<sup>203</sup> Las primeras proclamaciones constitucionales aparecieron en las Constituciones de Querétaro (Mexico, 1917) y de Weimar (Alemania, 1919), consolidándose definitivamente en las Constituciones posteriores a la II Guerra Mundial.

<sup>204</sup> Para el concepto de *constitución económica*, puede consultarse por ejemplo las siguientes obras: GIMENO SENDRA, Vicente; TORRES DEL MORAL, Antónío; MORENILLA ALLARD, Pablo y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid, 2007, p.323: "La constitución económica puede ser definida como el marco jurídico fundamental de la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o como el orden jurídico fundamental de los bienes, fuerzas y procesos económicos". Este autor hace una interesante observación en el sentido de que aunque la elaboración de dicho concepto y los estudios de Derecho Constitucional Económico son recientes, en realidad toda Constitución contuvo siempre una constitución económica. Y así, en los primeros textos constitucionales liberales, ésta se reducía aparentemente a la garantía del derecho de propiedad y de las libertades del comercio e industria.

<sup>205</sup> GIMENO SENDRA, Vicente; TORRES DEL MORAL, Antónío; MORENILLA ALLARD, Pablo y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Op. Cit., p.323.

Pero la constitucionalización de los compromisos del Estado con la familia, con los minusválidos, con los consumidores, con el medio ambiente o con la sanidad y la salud, no tiene efectos taumatúrgicos de realización plena de estos derechos sociales. Tales derechos son efectivamente “construidos” en la realidad social de cada país, poco a poco, de forma gradual, hasta la satisfacción de los mismos con la realización del fin último del Estado, que es el bienestar de todos los ciudadanos. Pero no se puede dejar de reconocer que una vez insertos esos compromisos en el texto constitucional, tienen una clara funcionalidad, sobre todo en países de sistema jurídico continental, racionalista, con predominio del Derecho escrito.<sup>206</sup>

Además es consabido en los estudios del constitucionalismo, que las constituciones suelen incorporar el derecho internacional de los derechos humanos a sus textos, con lo cual se refunden los dos tipos de instrumentos jurídicos existentes<sup>207</sup>. En cuanto a lo primero, los derechos fundamentales pueden positivarse a través de una *cláusula general de validez*, como principio fundamental, *lex generalis*, o bien puede introducirse un catálogo más o menos amplio y detallado de particulares derechos fundamentales, *lex specialis*. La primera forma de positivación de estos derechos se presenta en la mayoría de las constituciones contemporáneas, con diferentes matices de léxico, pero proclamando la vigencia de *la libertad, la igualdad, la dignidad humana*, principios proclamados por las Declaraciones de derechos del siglo XVIII y presentes en el preámbulo de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Aún es evidente que estos instrumentos internacionales y las constituciones no optan por una u otra forma de positivación, sino que amén de las cláusulas generales, enuncian de manera casuística numerosos derechos fundamentales, e incluso intentan una cierta sistematización de los mismos. Igualmente las constituciones suelen incorporar también el *derecho internacional de los derechos humanos* a sus propios textos, con lo cual se

---

<sup>206</sup> GIMENO SENDRA, Vicente; TORRES DEL MORAL, António; MORENILLA ALLARD, Pablo y DIÁZ MARTÍNEZ, Manuel, *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Op. Cit., p. 342.

<sup>207</sup> HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991. El autor recuerda respecto a la *fuerza normativa de la Constitución*, el fenómeno que explica el gran cambio socio-político en la sociedad moderna, con lo cual se verificó la *superación de la supremacía parlamentaria por la supremacía constitucional*, destacando los derechos fundamentales que suelen ser positivados en las constituciones. A este fenómeno lo denominó MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, Coimbra, 2000, pp.31-35, *revolución copernicana*, y en la doctrina constitucional se denomina *neoconstitucionalismo*.

refunden los dos tipos de instrumentos jurídicos aludidos.<sup>208</sup> Así, por ejemplo, el artículo 10.2 de la Constitución española establece:

*“Art.10.2 Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.*<sup>209</sup>

Esta remisión al derecho internacional denota un propósito de coincidencia de los diferentes Estados, en relación con los derechos fundamentales reconocidos a sus ciudadanos y demuestran, de manera clara, que hay una gran interacción de estos derechos que están tanto en el plano internacional como en el plano interno de las naciones. La positivación de los derechos humanos en la orden constitucional, no llega a descaracterizarlos, porque se mantienen, más o menos, con sus rasgos iniciales, aunque la redacción y el reconocimiento de los mismos cambien con los diferentes léxicos adoptados; mientras tanto, los derechos fundamentales se refunden con los derechos humanos.<sup>210</sup>

Es cierto entonces que las declaraciones internacionales de derechos humanos tienen siempre vocación de ser incorporadas en los ordenamientos nacionales, a la vez que el derecho internacional se nutre de la experiencia de los ordenamientos nacionales para formular nuevas declaraciones. Existe sin duda un propósito de igualación, de escala internacional, en materia de derechos fundamentales.

Los que intentan adentrarse en la difícil tarea de la conceptualización de los derechos fundamentales, han establecido para empezar, la distinción de ellos en los distintos tipos de Estados, *liberal*, *democrático* e *social*, en razón de las diferentes ideologías que sirvieron y sirven de substrato para la afirmación de los derechos fundamentales y con los cuales se identifican más. Y también, algunos

---

<sup>208</sup> OSUNA PATIÑO, Nestor Iván, *Apuntes sobre el Concepto de Derechos Fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp.9 y 10.

<sup>209</sup> En el mismo sentido la Constitución de Colombia, en el artículo 93: “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre los derechos humanos ratificados por Colombia*”.

<sup>210</sup> LOPEZ PINA, Antonio (Cordinación), *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas-Universidad Complutense, 1991, pp.260-267.

constitucionalistas han adoptado, para consecución de tal finalidad, dos órdenes de criterios, *materiales* y *formales*.<sup>211</sup> Si bien esto no resuelve la cuestión de manera definitiva, sí supone un paso adelante. Así, según los *criterios materiales*, un derecho es fundamental si “*su vigencia tiene tal grado de necesidad, que sin él no podría desarrollarse determinada concepción del Estado y de la sociedad*”.<sup>212</sup>

Por tanto, para el *pensamiento liberal-burgués*, los derechos fundamentales son aquellos que por naturaleza corresponden al hombre individual libre (con apoyo del *jusnaturalismo racional*), y que los sujetos involucrados en la relación jurídica son dos, de un lado el individuo (*sujeto activo*) y del otro, el Estado (*sujeto pasivo*). Los derechos fundamentales se configuran así como *instrumentos para la libertad del hombre* (la libertad es un fin en sí misma). El catálogo de los derechos fundamentales sería: libertad individual, propiedad privada, seguridad, derecho de resistencia, libertades de conciencia y religión, igualdad ante la ley, inviolabilidad del domicilio, secreto de la correspondencia, derecho al debido proceso legal, libertad de movimiento, derecho a la libre manifestación de las opiniones, libertad de prensa, libertad de reunión y libertad de asociación. Por la *teoría democrática de los derechos fundamentales*, el elemento que legitima estos derechos y que determina su contenido, se encuentra en su virtualidad de permitir un proceso democrático de formación de la voluntad política; “*son normas que fundamentan competencias y funciones para permitir la libre participación del ciudadano en los asuntos públicos y en el proceso político*”.<sup>213</sup> Su catálogo contiene los derechos de participación democrática: sufragio activo y pasivo, protección del pluralismo, derecho a formar asociaciones y partidos políticos y demás formas de participación pública (y hay una cierta jerarquía entre los derechos fundamentales, en virtud de la cual tienen primacía aquellos con una mayor referencia democrática, como sucede con las libertades de prensa, asociación y reunión). La libertad aquí ya no se justifica sólo por sí misma, sino que se trata de una libertad funcional, orientada hacia el proceso político-democrático. Por último, *los derechos fundamentales en el Estado Social*, están orientados a una búsqueda de la *libertad real*, eso es, la posibilidad material de todos los ciudadanos gozar efectivamente de libertad, en condiciones de *igualdad*,

---

<sup>211</sup> OSUNA PATIÑO, Nestor Iván, *Apuntes sobre el Concepto de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. pp.13/28.

<sup>212</sup> OSUNA PATIÑO, Nestor Iván, *Apuntes sobre el Concepto de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. p.12. Para el autor el punto de partida en la tarea de definir los derechos fundamentales se encuentra en las ideologías del Estado y de la Constitución; reconoce que hay una especie de conducción para la construcción de teorías ideológicamente determinadas.

<sup>213</sup> OSUNA PATIÑO, Nestor Iván, *Apuntes sobre el Concepto de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. p.15.

siendo esta última condición la clave mestra en la definición de aquellos derechos. El catálogo de derechos se amplía para “*comprender derechos de contenido económico, social, cultural, cuya nota común se encuentra en su ingrediente igualitario, redistribuidor de la riqueza y posibilitador de la participación efectiva de los ciudadanos en el proceso social y político*”.<sup>214</sup> El Estado se ve obligado a prestaciones para tornarlos efectivos y para darles cumplimiento, con lo que se plantea un problema, el de la reserva de lo posible, por ejemplo, la disponibilidad de recursos económicos y de la igualdad y justa distribución de éstos entre los ciudadanos, frente al principio de la *isonomía*, que es determinante en el Estado Social. En este tipo de Estado, los derechos fundamentales se tornan en uno de los componentes más significativos de la *dinámica política*.<sup>215</sup>

Una asertiva que no debe ser olvidada es aquella que ha hecho Alexy, en la cual es un *contrasentido* el planteamiento de que, a partir del texto de la Constitución se puede inferir una teoría sobre los derechos fundamentales, pues es justamente la apertura del texto constitucional lo que ha determinado la elaboración de las teorías materiales de los derechos fundamentales.<sup>216</sup> Por el contrario, la fundamentación de toda la teoría material contiene argumentos que no se encuentran de manera concluyente en el texto constitucional, sino que se apoyan en una determinada teoría del Estado y de la sociedad. Así, una Constitución da ocasión a varias teorías de los derechos fundamentales, con lo cual desaparece la posibilidad de determinar el catálogo de los derechos fundamentales vigente, a partir de una de ellas. Esa teoría materialista, tiene un valor relativo, pues no es nada fácil extraer premisas generales sobre lo que son los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico.<sup>217</sup>

Se han identificado dos *dimensiones* de los derechos fundamentales: 1ª) son *derechos objetivos*, pues más allá de estar positivados en la orden jurídica y como tal generar un deber estatal de protección y promoción y vinculación a los poderes públicos, pertenecen a toda la colectividad; 2ª) son *derechos subjetivos*,

---

<sup>214</sup> OSUNA PATIÑO, Nestor Iván, *Apuntes sobre el Concepto de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. p.17. Esta concepción implica, para este autor, una transformación de considerable magnitud en la estructura del sistema jurídico y presenta varios cambios de contenido, de titulares y de exigibilidad. Y a p.18, véase además una explicación, es que el Estado Social, montado sobre la estructura del Estado liberal-burgués, al cual se exigía una restricción de su actividad en nombre de la libertad del individuo, se le encomiendan ahora, nuevas tareas de administración prestacional, de tal suerte que, se encierra en sí mismo, la *prohibición y la obligación de intervención* de la esfera pública en el ámbito social.

<sup>215</sup> OSUNA PATIÑO, Nestor Iván, *Apuntes sobre el Concepto de Derechos Fundamentales*, Op. Cit. p. 18.

<sup>216</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.547.

<sup>217</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit., p.547.



individualmente titularizados y sindicables frente a los poderes públicos y particulares e incluso justiciables, esto es, exigibles al Poder Judicial.

Conviene poner de manifiesto que las constituciones actuales suelen incorporar en sus contenidos el derecho internacional de los derechos humanos (v.g., el art.10.2 de la Constitución española, C.E.) y que además de las cláusulas generales reconocidas en sus textos enuncian de manera casuística abundantes derechos fundamentales intentando una cierta sistematización clasificatoria (arts.10 al 52 de la C.E.). Esa doble técnica de positivación (*lex generalis* y *lex specialis*) que refunde los instrumentos jurídicos citados, unida a la estructura abierta e indeterminada que caracteriza las normas reguladoras de derechos fundamentales dificultan la posibilidad de fijar con precisión cuáles son estos derechos fundamentales de un determinado ordenamiento jurídico. De ahí la necesidad de acudir a criterios materiales y formales que más allá de la simple exégesis pueda arrojar alguna luz sobre el tema.<sup>218</sup>

Pero el ordenamiento jurídico posee *categorías formales* que permiten responder, desde la óptica propia de la ciencia jurídica, a la cuestión de cuáles son los derechos fundamentales vigentes. En conformidad con este orden de ideas, la nota que distingue a estos derechos y los hace diferentes a la amplia gama de los consagrados en un ordenamiento, al punto de justificar su denominación de *fundamentales*, se encuentra en su característica de vincular a todos los poderes públicos constituidos, lo cual se logra en su positivación en un instrumento jurídico supralegal (incluso el propio Poder Legislativo, que las editó). Por consiguiente, los derechos fundamentales, por el criterio formalista, “*son aquellos positivados en normas jurídicas que se encuentran fuera del alcance del legislador, con lo cual se tiene que la Constitución y los Tratados Internacionales vigentes son la sede de los derechos fundamentales* (carácter de positivación supra-legal) *y que prevé la existencia de una garantía judicial específica*”.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Social y su Eficacia en las Relaciones Privadas”, in *Congreso Internacional de Derecho Publico, Filosofia y Sociologia Jurídica...Op. Cit.*, p.245.

<sup>219</sup> ALEXY, Robert, *Teoria de los Derechos Fundamentales,Op. Cit.*, pp.62/65 y 66/73. Los ejemplos citados por el autor alemán en el ordenamiento de su país, están los enunciados en las disposiciones de la Ley Fundamental, tanto en el título denominado de «derechos fundamentales» como en otros lugares de la misma, respeto de los cuales se admite el *Verfassungsbeschwerde*. En la realidad española, corresponde aquellos derechos que se admite el Recurso de Amparo.

#### 4.3.1 LA EFICACIA Y LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En referencia a la *eficacia de los derechos y libertades fundamentales*, esto se traduce en la característica de ser derechos directamente aplicables y, por ello, vinculantes a todos los poderes públicos y ciudadanos (como dice el art.53.1 de la Constitución española). Al vincular los poderes públicos, esto es, el legislador, el Poder Ejecutivo y la Jurisdicción, los derechos fundamentales son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, no existiendo más excepciones a este principio de aplicación inmediata que las que impone la propia Constitución expresamente, o bien las que se deducen ineludiblemente de la naturaleza misma de la norma, si bien es cierto que cuando el derecho es de configuración legal, es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la mencionada regulación se produzca, más que un contenido mínimo, que el legislador completará y desarrollará.<sup>220</sup>

Es indiscutible la característica de *derechos subjetivos* que revisten los derechos fundamentales, los cuales permiten a su titular su exigencia ante los tribunales frente a los poderes públicos cuando dicho derecho sea conculcado. Es decir, los derechos fundamentales desarrollan constitucionalmente frente al poder público una eficacia vinculante que tiene carácter inmediato y directo. Y este poder, según Francisco Balaguer, incluso en aquellos casos en los que para el ejercicio de un derecho sea necesario su desarrollo, esto es, la previa *interpositio legislatoris* para su plena eficacia y operatividad, no es posible entender, como ha dicho el Tribunal Constitucional de España, que su consecuencia sea únicamente la de establecer un mandato al legislador sin virtualidad alguna para amparar por sí mismo pretensiones individuales, de tal modo que sólo sería exigible el derecho cuando se hubiere desarrollado.<sup>221</sup> Por ejemplo, el estatuto del derecho a objeción de conciencia no se concretó hasta que el legislador decidió regularlo mediante las leyes de 1984, pero esto no pudo significar que los objetores de conciencia quedaran en desamparo, esto es, que no pudieron ejercitar del derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 30.2. Por tanto, el principio de la eficacia inmediata de tal derecho se tradujo en que ningún ciudadano que se declarara objetor podía ser obligado a ingresar en filas y cumplir el servicio militar, sino que su incorporación quedaba aplazada *sine die* hasta que el legislador estableciera el desarrollo

---

<sup>220</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, (Cordinador), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, pp.56/57.

<sup>221</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, (Cordinador), *Manual de Derecho Constitucional*, Op. Cit., p.57.

necesario para la plena operatividad y eficacia del derecho.<sup>222</sup> De esta forma se preservaba el contenido mínimo y esencial del derecho y, con ello, su eficacia inmediata y directa.

Así, no parece demasiado aclarar que en el sistema constitucional español el primer mecanismo de garantía es la especial naturaleza de los derechos fundamentales, o más en concreto, de los artículos recogidos en el Capítulo 2º del Título I de la Constitución Española. Estos preceptos son, en su propio tenor constitucional, directamente aplicables, con independencia de que exista o no norma de rango inferior a la Constitución que los desarrolle. La *directa aplicabilidad* de los artículos que nos ocupan se deriva de la propia Constitución. En efecto, es el mismo en el art. 53.1, el que establece tajantemente que los derechos y libertades reconocidas en el Capítulo 2º del Título I «vinculan a todos los poderes públicos». Esta declaración constitucional sólo tiene un sentido: el de reforzar la fuerza vinculante de los preceptos aludidos.<sup>223</sup> Por tanto, el art. 53.1 de la CE tiene el objetivo de garantizar la directa aplicabilidad, sin necesidad de mediación legislativa de los preceptos constitucionales a que se refiere.<sup>224</sup> La directa e inmediata aplicación de los derechos fundamentales constituye una garantía de mayor relevancia para su plena efectividad.

Resulta evidente que esta eficacia *inmediata y directa*, válida como principio general, ha de matizarse según la estructura de la norma concreta que regule el derecho, debiendo atenderse a circunstancias específicas de cada caso que pueden modular su eficacia. Y la eficacia constitucional *mediata* de los derechos fundamentales, con su reconocimiento y protección, del mismo modo, no sólo se trata de garantizar respeto de los poderes públicos a los derechos fundamentales, sino también de funcionalizarlos al máximo, esto es, de conseguir su plena efectividad, por lo que la acción de los poderes públicos ha de estar orientada a hacerla posible. Como ha dicho el Tribunal Constitucional: “...*Ello obliga en especial al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales los impulsos y las líneas directivas, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no*

---

<sup>222</sup> STC 15/1982. También, en relación al derecho a protección de datos personales frente al uso de la informática, ver STC 254/1993, mediante lo cual el Tribunal Constitucional determinó que este derecho debía garantizarse de manera directa por su inclusión en la norma constitucional.

<sup>223</sup> GARCÍA MORILLO, Joaquín, “Las Garantías de los Derechos Fundamentales” in LÓPEZ GUERRA, Luiz, *et all*, *Derecho Constitucional*, Vol. I, Tirant to Blanch, 7ª ed., Valencia, 2007, p.467.

<sup>224</sup> STC 21/81, el Tribunal Constitucional ha señalado, en el caso *Pitarch* que: “*los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos*”.

*establecerse los supuestos para su defensa*".<sup>225</sup> Eso es conocido por *principio de la reserva de la ley*, que se reconoce en el art.53.1 de la CE, una vez que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales se realice, forzosamente, por ley. Y con eso se impide que otro órgano que no sea el legislativo proceda a su regulación. Esta *reserva de ley orgánica* es genérica y afecta a todos los derechos reconocidos en el Capítulo 2º del Título I de la CE. Y además, los derechos regulados en los arts.14 a 29 de la CE sólo, y únicamente ellos, pueden ser desarrollados mediante ley orgánica.<sup>226</sup>

Por ello, los derechos fundamentales, son reconocidos como un elemento esencial del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia justa y pacífica.<sup>227</sup> En este ámbito opera como "*el derecho natural de hoy día*", en palabras del Tribunal Constitucional alemán.

Sin embargo, el reconocimiento de los derechos fundamentales se convierte en una declaración de carácter metajurídico si no se acompaña de las suficientes garantías que aseguren la efectividad del ejercicio de tales derechos: el reconocimiento de los derechos fundamentales debe ir acompañado de la intervención de mecanismos jurídicos que aseguren su protección efectiva. Así, la efectividad de los derechos fundamentales depende tanto de su reconocimiento formal como de la existencia de mecanismos jurídicos susceptibles de garantizar su eficacia real.<sup>228</sup>

De entre las garantías existentes en la protección de los derechos fundamentales, se destacan en nuestro estudio los mecanismos *reactivos*, que se ofrecen a los ciudadanos para que, en cada caso particular en que se produzca una vulneración de un derecho fundamental, puedan acudir a ellos y obtener la preservación del derecho o el restablecimiento del mismo. Su objeto es pues, ofrecer a cada ciudadano la posibilidad de reaccionar frente a las vulneraciones de sus propios derechos fundamentales de que pueda ser objeto en cada caso concreto. En un Estado de Derecho esa reacción tiene lugar,

---

<sup>225</sup> STC 53/1985, FJ 4 y SSTC 129/1989 y 181/2000. Y ha resaltado el Tribunal Constitucional que los derechos fundamentales son "*el fruto de una obra de siglos de construcción jurídica de nuestra civilización*" STC 75/1984.

<sup>226</sup> STC 116/99, en el caso de las técnicas de reproducción asistida. Y nótese que la ley orgánica exige para su aprobación o modificación de la mayoría absoluta del Congreso. Se introduce una garantía adicional al exigirse una mayoría cualificada.

<sup>227</sup> STC 25/1981.

<sup>228</sup> GARCÍA MORILLO, Joaquín, "Las Garantías de los Derechos Fundamentales", *Op. Cit.*, p.466. Para este autor, la CE además de reconocer los derechos fundamentales establece un *complejo y completo sistema de protección y garantía* de los mismos. Este sistema de protección, directamente derivado de la Constitución, asegura la existencia en el ordenamiento español de auténticas libertades públicas y permite, por tanto, afirmar el pleno reconocimiento de que los derechos fundamentales gozan en el sistema español.

normalmente, instando a la actuación de los órganos jurisdiccionales, bajo la denominación de *garantías jurisdiccionales*.<sup>229</sup>

En relación a *los límites de los derechos y libertades fundamentales*, es oportuno observar que la orden jurídica ofrece protección a otros bienes constitucionales y es forzoso concluir que ningún derecho fundamental puede tenerse por ilimitado. En efecto, como ya dijera el Tribunal Constitucional español, todo derecho tiene sus límites, que establece la misma Constitución en algunas ocasiones y que, en otras, deriva de una manera indirecta o mediata de ella, en tanto que es necesario proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.<sup>230</sup>

Por consiguiente, los derechos individuales y sus limitaciones, al insertarse en el ordenamiento jurídico, conviven en un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión mutua, de tal forma que, como resultado de esta interacción, y como aseveró el Tribunal Constitucional español: “*la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos*”.<sup>231</sup>

Es cierto que tales límites han de estar expresamente establecidos por la norma constitucional o estar implícitamente amparados por ella. La doctrina normalmente distingue entre *límites intrínsecos* y *límites extrínsecos* de los derechos. Los primeros, según Balaguer Callejón son aquellos que cabe deducir directamente de la propia naturaleza y configuración del derecho en orden a la función social para la cual ha sido reconocido y garantizado. Y los límites *extrínsecos* son aquellos que han sido establecidos por el propio medio del ordenamiento jurídico. Muchas veces derivan de la propia Constitución de manera inmediata y expresa. En este sentido por ejemplo, el artículo 20.4 de la CE, que establece el respeto al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia como límites frente a las libertades de expresión y de comunicación. Del mismo modo el art. 16.1 que dispone como límite de la libertad ideológica y de culto el mantenimiento del orden

---

<sup>229</sup> GARCÍA MORILLO, Joaquín, “Las Garantías de los Derechos Fundamentales”, *Op. Cit.*, p.467.

<sup>230</sup> STC 2/1982.

<sup>231</sup> SSTC 159/1986 y 254/1988.

público protegido por la ley. Y además, el art.18 determina que la comisión de un delito flagrante opera como límite frente a la inviolabilidad del domicilio. En cuanto a los *límites intrínsecos*, es bastante ilustrativo el ejemplo ofrecido por el autor mencionado, de la libertad de cátedra que ampara a los docentes en el ejercicio de su función en el sistema educativo, pero no en relación con otras manifestaciones de su pensamiento que podrían estar amparadas por la libertad de creación científica o, simplemente, por la libertad de expresión. Por otro lado desde una perspectiva subjetiva, también existen límites intrínsecos que derivan de la actitud del sujeto titular del derecho en su ejercicio y de la forma en que pretende realizarlo. Así, sería un límite intrínseco la necesidad de ejercitar los derechos de *buena fe y sin abuso*, pues éstas son cláusulas generales operantes en toda relación jurídica.

Además, en la Declaración de Derechos Humanos de la ONU/1948, en el art. 29.2 se reconoce (sobre todo con la remisión del art.10.2 de la CE) como cuestión general, límites: *“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en la sociedad democrática”*.<sup>232</sup>

Por otra parte, también existen claros límites para la propia limitación de los derechos y libertades fundamentales, pues el contenido esencial de los derechos fundamentales vincula específicamente al legislador (art. 53.1 de la CE).

Oportuna es también la consideración de que el recurso al principio de la *proporcionalidad* ha venido a completar estas orientaciones jurisprudenciales. Tal principio se proyecta sobre el establecimiento de limitaciones a los derechos en una triple dimensión: a) las limitaciones que se establezcan en relación con cualquier derecho no pueden obstruirlo más allá de lo razonable; b) las medidas limitadoras han de ser racionales, adecuadas y razonables en orden a la consecución del fin perseguido que ha de estar constitucionalmente amparado; y c) la restricción resultante del derecho ha de ser proporcional a la situación en que se halle aquel a quien se impone, incluso en los casos en los que los sujetos titulares de los derechos en cuestión se encuentren en una

---

<sup>232</sup> Del mismo modo en el art. 10 del Convenio de Roma y el art. 19.3, “b” del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, se prevé que el legislador puede establecer límites con el fin de satisfacer la protección de la moral.

situación de las llamadas de sujeción especial. (STC 53/1986, 120/1990; STC 62/1982; y SSTC 37/1989 y 120/1990).<sup>233</sup>

#### **4.3.2 LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y LOS SISTEMAS DE CONTROL JURISDICCIONAL**

Respecto a las *garantías constitucionales* se agrupan una variada serie de institutos que tienen por finalidad común el mantenimiento de la integridad y vigencia plena y efectiva de la Constitución escrita. Tales institutos, como dice Manuel Martínez<sup>234</sup>, son de naturaleza jurídica y de dimensiones políticas muy diferentes, y su configuración depende no en escasa medida de la finalidad u objetivo que mediante su uso se trata de alcanzar, de los riesgos que se tratan de minimizar o evitar. Según el constitucionalista español, las garantías constitucionales “*son el corolario lógico de la condición normativa de la Constitución siempre, y de su naturaleza de norma suprema en algunos casos*”.<sup>235</sup> Es la Constitución que define como depende la configuración de las garantías, del que si manda, permite o prohíbe, y no la existencia o no de tales o cuales institutos de garantía.

Si en ninguna sociedad se produce el cumplimiento automático de las normas, consecuentemente se entiende que, una norma de la naturaleza y transcendencia de la Constitución, los riesgos de incumplimiento o quebrantamiento, aun involuntario, de la ley fundamental son demasiado elevados como para que resulten aceptables sin más. De ahí que se haya planteado la necesidad de organizar sistemas de control de la actuación de los poderes constituídos para asegurar, en la medida de lo posible, el respeto y cumplimiento de la Constitución.<sup>236</sup> Si no existieran métodos que posibilitaran la adaptación progresiva de la Constitución misma a un entorno cambiante, la ley fundamental pronto vería afectada su vigencia real al considerarse obsoleta y no tardaría en caducar, razón por ello que para satisfacer la vocación de permanencia de la Constitución misma se haga necesario implantar institutos que permitan mantener la supremacía y vigencia de la Constitución al permitir su progresiva adaptación al cambio.

---

<sup>233</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, (Cordinador), *Manual de Derecho Constitucional, Op. Cit.*, p.62.

<sup>234</sup> MARTINEZ SOSPEDRA, Manuel, *Manual de Derecho Constitucional, Op. Cit.*, p.247.

<sup>235</sup> MARTINEZ SOSPEDRA, Manuel, *Op. Cit.*, p.247.

<sup>236</sup> MARTINEZ SOSPEDRA, Manuel, *Op. Cit.*, p.248, añadimos el pensamiento del autor: “ *La Constitución no es un documento legal salido directamente de la cabeza de Zeus, la Constitución es una ley redactada en un momento dado de la historia, por unos actores políticos concretos en una coyuntura determinada con vistas a ordenar y satisfacer intereses políticos determinables*”.

Conforme a Manuel Matinez, las garantías constitucionales pueden clasificarse del siguiente modo: *primero*, los institutos destinados a restaurar la normalidad política o social alterada por los acontecimientos. A tal finalidad obedecen los denominados “estados excepcionales”; *segundo*, las figuras destinadas a defender la Constitución mediante medios políticamente extraordinarios, lo que obedece a la llamada “dictadura constitucional”; *tercero*, los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes y otros actos de los órganos constitucionales, que buscan asegurar la supremacía constitucional; *cuarto*, los métodos de adaptación progresiva al cambio del entorno mediante la sustitución o eliminación de los defectos del texto constitucional, lo que obedece a la revisión o reforma constitucional.<sup>237</sup>

Además de las garantías genéricas, existen los mecanismos específicos de tutela de los derechos fundamentales para los casos concretos en que se pueden considerar vulnerados. Así, la realidad muestra que junto a sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad existen otros de carácter jurisdiccional. En efecto, como el resto de derechos e intereses legítimos, los derechos fundamentales son defendibles ante la jurisdicción ordinaria, ejerciendo el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta doble protección jurisdiccional, ante la justicia ordinaria y el Tribunal Constitucional, cierra el círculo del complejo y acabado *sistema de garantías* que rigen las Constituciones de la mayor parte de los países en la actualidad para asegurar la eficacia de los derechos fundamentales.<sup>238</sup>

Para determinados derechos fundamentales se diseñan garantías especiales, entre ellas acciones judiciales específicas, como son el recurso de amparo<sup>239</sup>,

---

<sup>237</sup> MARTINEZ SOSPEDRA, Manuel, *Op. Cit.*, p.249.

<sup>238</sup> LÓPEZ GUERRA, Luís *et all*, *Derecho Constitucional*, Vol.I, 7ª ed, Tirant to Blanch, Valencia, 2007, pp.489/490, destaca para la realidad española: “Esta doble protección jurisdiccional – ante la justicia ordinaria, administrada por jueces y magistrados independientes y sometidos exclusivamente al imperio de la Ley, o ante el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución – cierra el círculo del complejo y acabado sistema de garantías que la Constitución dispone para asegurar la eficacia de los derechos fundamentales...La protección judicial de los derechos fundamentales arranca, pues, del art.53.2 de la CE.”. Y complementando su raciocinio explicativo: “El art.52.2 de la CE tiene un doble efecto. Por un lado, prevé una «acción» procesal, o, para ser más exacto, da cobertura a un conjunto de acciones procesales ejercitables en defensa y protección – en tutela, según la terminología constitucional – de los derechos fundamentales, cerrando así el círculo de preceptos constitucionales que hacen los derechos fundamentales derechos subjetivos cuya protección o reparación es exigible ante los tribunales ordinarios. Por otro lado, el mismo círculo instituye, para el ejercicio de esas acciones en tutela de las libertades públicas, un «procedimiento» caracterizado in genere por dos notas: preferencia y sumariedad. Lo que distingue a este procedimiento (o procedimientos) es que el órgano llamado a realizar la protección es un juzgado o tribunal ordinario integrado en el Poder Judicial, a diferencia de lo que sucede con el amparo constitucional, que reside ante el Tribunal Constitucional”.

<sup>239</sup> En Brasil corresponde al denominado Mandado de Segurança.



la acción de tutela, la acción de inconstitucionalidad y otras más. Pero jamás el contrario es verdadero, esto es, que la existencia de una determinada forma de garantía sea lo que determine la fundamentalidad de un derecho.

Se hace oportuno observar además que el carácter fundamental de un derecho no viene definido por las garantías procesales de que se dote, ya que, sucede, que en un determinado ordenamiento jurídico, a veces, no todos los derechos fundamentales gozan de la misma protección jurisdiccional y ello puede inducir erróneamente a negarle su carácter de fundamentalidad; la solución a este problema, obviamente, pasaría por revisar tales garantías.<sup>240</sup> Por consiguiente, se quiere llamar la atención sobre la necesidad de adaptar las garantías judiciales que acompañan a los derechos fundamentales, a situaciones jurídicas de ventaja que no siempre consisten en derechos subjetivos, como por ejemplo, derecho a la vivienda o la educación o incluso a la salud, ya que no les corresponde poder de exigir al Estado el suministro de una vivienda o una plaza en la universidad o incluso la curación de una enfermedad. Pero sí consagra una situación jurídica de ventaja, en virtud de la cual los poderes públicos están obligados a atender los déficits de vivienda, a crear institutos superiores de educación y nuevas universidades y a implantar centros de salud o nuevos hospitales públicos, con la prioridad característica de un mandato constitucional de derechos fundamentales. Los ciudadanos podrán obtener del Poder Ejecutivo y del Legislativo un cumplimiento satisfactorio del derecho fundamental mediante la instrumentación de políticas adecuadas de construcción y de implantación de ciertas unidades públicas en las áreas alcanzadas por los derechos fundamentales. Pero, la cuestión se vuelve compleja cuando estos dos poderes se tornan omisos y negligentes: ¿Podrán entonces los ciudadanos exigir al Poder Judicial estos derechos fundamentales?<sup>241</sup>

Con respecto a los niveles generales de protección de los derechos fundamentales en España, es necesario observar el contenido de los artículos 53 y 54 de la Constitución española, Capítulo Cuarto del Título I, que lleva por título el «*De las garantías de las libertades y derechos fundamentales*». Ahora bien, no todas las garantías de las libertades y derechos fundamentales están contenidas en ambos preceptos; pues

---

<sup>240</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Social y su Eficacia en las Relaciones Privadas”, in *Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídica... Op. Cit.*, p.248.

<sup>241</sup> Creo que la respuesta a esta pregunta dependerá de una serie de consideraciones que serán descritas en el ítem nº 5 de este III cap., la *justiciabilidad de los derechos humanos...*

existen otras garantías reguladas en otros textos; además, las que son objeto de los citados artículos han de ser analizadas con las matizaciones que también se recogen en preceptos distintos de aquéllos.<sup>242</sup> La doctrina ya ha tenido ocasión de llamar la atención sobre el cúmulo de garantías que la Constitución articula. Así se afirma que “*la nueva Constitución, sin duda también como reacción frente a la situación precedente, pone en juego un auténtico arsenal de técnicas de control de la Administración Pública*”<sup>243</sup>.

En el artículo 53 de la Constitución española se han establecido grupos diferentes de derechos fundamentales en función de los privilegios jurisdiccionales de que se les han dotado. Algunos constitucionalistas españoles<sup>244</sup> han dicho que hay una cierta confusión en cuanto al catálogo y contenido de los mismos, ya que la incorrecta sistematización de los preceptos constitucionales que contienen estos derechos hace que en determinados casos legales el grado de garantías no se corresponda con la naturaleza de algunos derechos. Así, se verifica la existencia de un primer grupo de “*derechos fundamentales y libertades públicas*” comprendidos en los artículos 15 al 29 de la Constitución española, los cuales forman el “núcleo duro” (según la interpretación literal y restrictiva) de los derechos que la norma suprema reconoce al compás de la doctrina del máximo intérprete de la Constitución. Esta aseveración la mantiene el Alto Tribunal y algunos estudiosos del tema, basándose únicamente en el plus de garantías que para los mismos se establece: procedimiento agravado de reforma (art.81.1 de la C.E.), que puede ser impugnada en inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y una garantía jurisdiccional extraordinaria específica para este grupo de derechos (más los reconocidos en los arts. 14 y 30.2 de la C.E.), el recurso de amparo en sus vertientes ordinaria y constitucional (art. 53.2 de la C.E.). Además de estas garantías procesales, la Constitución española admite como garantía suprallegal la positivación de

---

<sup>242</sup> FERNANDEZ VILLAVERDE, Luis Frigal, *La Protección de los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Español*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1981, pp.107/108, con resalto: “Existe la vía contencioso-administrativa, cuyo procedimiento general regulado en la LJCA será de aplicación para proteger aquellos derechos y deberes cuya tutela no encuentra un acomodo específico en los medios que la Constitución articula a través del procedimiento preferente y sumario aludido en su artículo 53.2”.

<sup>243</sup> RODRÍGUEZ, Fernández, *La organización territorial del Estado y la Administración Pública en la nueva Constitución*, Lecturas sobre la Constitución Española I, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978, pp.371/372. Y añade que “en este sentido, el texto constitucional es un auténtico muestrario de instituciones y técnicas jurídicas heterogéneas por su origen y por su esencia, que, en ocasiones, se superponen unas a otras en términos no siempre claros que habrán de deslindar con cuidado las futuras leyes orgánicas para evitar enojosas confusiones”.

<sup>244</sup> PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, (10ª ed), Madrid, 2005; LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho Constitucional*, Tirant to Blanch, (7ª ed.), Valencia, 2007, Vol.I.; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Cordinador), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol.II, Editorial Tecnos, Madrid, 2005; MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Manual de Derecho Constitucional* (parte general), Tirant to Blanch, Valencia, 2007; ALONSO DE ANTÓNIO, Ángel Luis, Universitas, Madrid, 1998.

los derechos en una norma jurídica indisponible para el legislador, estableciendo un ámbito de vinculación que afecta a todos los poderes públicos y a los ciudadanos (arts. 9.1, 53.1 de la C. E.) Esta garantía se hace extensiva a todos los derechos del Capítulo Segundo del Título I de la C.E. (arts. 14 al 38) para el desarrollo de los cuales el legislador debe respetar su contenido esencial.<sup>245</sup>

Pero el elenco de garantías se disminuye cuando se trata de la protección del segundo bloque de derechos, denominados constitucionalmente “Derechos y deberes de los ciudadanos”, en los artículos 30 a 38 de la C.E., ya que el desarrollo legal se hace únicamente por ley ordinaria, por lo que cabe, en su caso, recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por tanto la protección jurisdiccional se hará únicamente por vía jurisdiccional ordinaria y no se llevará a cabo a través del recurso de amparo (art.117.3 de la C.E.). Por último, en la parte dogmática de la Constitución española (Título I), se encuentra un tercer grupo de normas calificado como “Principios rectores de la política social y económica” cuya extensión abarca los artículos 39 a 52 del texto constitucional.<sup>246</sup> Se trata, sin duda, de una positivación a nivel constitucional de una amplia gama de derechos sociales o derechos de prestación acerca de cuya protección dispone el apartado tercero del artículo 53 de la C.E.:

*“Art. 53. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”*

La doctrina constitucional española ha entendido que los *derechos fundamentales* son al mismo tiempo: a) *derechos humanos* inherentes a la dignidad de la persona, reconocidos por la Constitución; b) *derechos subjetivos del individuo* que gozan de una protección singular y superior a la de otros derechos subjetivos creados por ley, y c) *fundamento del orden político* de la comunidad constituida y, por tanto, elemento

---

<sup>245</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Social y su Eficacia en las Relaciones Privadas” ..., *Op. Cit.*, p.249.

<sup>246</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Social y su Eficacia en las Relaciones Privadas” ..., *Op. Cit.*, p.250.

estructurador del Estado a través de las normas objetivas que determinan la actuación de los poderes públicos.<sup>247</sup>

En España los derechos sociales no vinculan, sólo orientan la acción de los poderes públicos; tampoco son alegables directamente ante los tribunales de justicia, ya que es necesario proceder de acuerdo con lo que prescriba la ley que los desarrolla; se trata de derechos de configuración legal.<sup>248</sup> Y el intérprete de los derechos sociales, como bien dice Ángela Figueruelo<sup>249</sup>, se encuentra con nuevos problemas cuando se trata de lograr mecanismos eficaces de protección, debido en gran medida, a la estructura propia de las normas jurídicas que los regulan. Estas normas configuradas como principios, si bien contienen un supuesto de hecho, no prevén una consecuencia jurídica completamente determinada, porque se admiten diferentes grados en su cumplimiento y diversas formas de realización. Por consiguiente, las diferencias en su estructura implican que los derechos de libertad sean realizables directamente en el nivel de la Constitución por la vía de pretensiones jurídicas concretas. La libertad, en cuanto bien jurídico protegido, existe por sí misma y sólo requiere una delimitación negativa por parte de los poderes públicos.

No sucede lo mismo con los derechos sociales en los que la pretensión jurídica es tan general que no puede deducirse por vía de interpretación. Y, el juez si se viese compelido a la aplicación inmediata de un derecho social mediante la concesión de pretensiones jurídicas concretas y reclamables, debería desempeñar al mismo tiempo el papel del legislador y del administrador. Por tanto, la realidad española prevé importantes límites para la actuación judicial directa, en atención a una pretensión de matiz social; o en otras palabras, los derechos sociales no pueden fundamentar directamente pretensiones reclamables ante el poder judicial ante su naturaleza que lleva

---

<sup>247</sup> MOLAS, Isidre, *Derecho Constitucional, Op. Cit.*, p.289.

<sup>248</sup> MOLAS, Isidre, *Derecho Constitucional, Op. Cit.*, p.287, con resalto de que los “«derechos de prestación», aunque recogidos por las Constituciones, necesitan establecerse por ley, de la que emanan los derechos subjetivos, y exigen una actividad positiva de los poderes públicos con el fin de asegurar, de acuerdo con las disposiciones económicas y la conciencia social, unas condiciones mínimas de igualdad y libertad”.

<sup>249</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Social y su Eficacia en las Relaciones Privadas”..., *Op. Cit.*, p.251/252, con resalto, p. 252:”...la mera incorporación de los derechos sociales en los textos constitucionales no implica una adecuada protección y cumplimiento, porque se trata de instituciones jurídicas lábiles, sensibles a los equilibrios políticos y económicos del sistema en su conjunto. La bifronte estructura jurídica de estos derechos – posición subjetiva de ventaja y garantía objetiva de carácter institucional – implica que las normas que los regulan se vean a veces reducidas a garantías institucionales o a mera directrices al legislador. De ahí que sea su eficacia jurídica lo que se cuestiona”.

a que no representen derecho directamente aplicable para los ciudadanos mientras no han sido objeto de desarrollo legislativo. En el mismo sentido, Isidre Molas, para quien la amplia serie de derechos reconocidos en el Capítulo Tercero del Título I («De los principios rectores de la política social y económica», arts.39-52, CE) sólo son exigibles ante los tribunales de acuerdo con las leyes que los desarrollan; su reconocimiento constitucional se articula como un mandato abierto al legislador y como un límite negativo a su actuación.<sup>250</sup>

Una parte considerable de las constituciones modernas optó por conformar los derechos sociales como parte integrante del ideario estatal, fijando programas de realización paulatina y a merced de la voluntad política y administrativa de cada Estado. La insuficiencia de esas previsiones constitucionales y la conclusión incontornable de que, al menos en algunos aspectos esenciales, los derechos sociales no podrían producir variaciones en las disputas políticas del momento, hicieron que se proyectaran nuevas formas de contemplarlos. Así, en algunos países en que esta es la única forma de positivación (de garantizarlos), como Alemania, optaron por desarrollar nociones como de proteger un mínimo en materia social; otros países, como Brasil, sin perjuicio de formulaciones como ésta, optaron por plasmar disposiciones auto-aplicables<sup>251</sup>, proporcionando a los ciudadanos, derechos subjetivos frente al Estado, al lado de otros mecanismos de previsión y protección de estos derechos.

La Constitución brasileña de 1988 utilizó más de una estrategia de positivación que, de forma aislada o en conjunto, conserva el objetivo de conformar el contenido y la eficacia de los derechos fundamentales sociales. En materia de educación,

---

<sup>250</sup> MOLAS, Isidre, *Derecho Constitucional, Op. Cit.*, p.64. Señala la clasificación de los derechos sociales hecha por la CE: "Podemos agrupar los principales derechos sociales en cuatro grandes bloques: a) los que han producido las grandes realizaciones del Estado Social contemporáneo mediante la organización de servicios públicos de carácter general; b) los configurados al redor de las relaciones de trabajo; c) los destinados a la protección de grupos sociales básicos o especialmente marcados por su situación de inferioridad o indefensión, y d) la protección del medio ambiente."

<sup>251</sup> Por ejemplo, art. 212 de la CF/88 no tocante a educación: "A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino". Y para la salud, incisos I a III, § 2º, art.198: "§ 2º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art.155 e dos recursos de que tratam os arts.157 e 159, inciso I, alínea "a" e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art.156 e dos recursos de que tratam os arts.158 e 159, inciso I, alínea "b" e § 3º."

por ejemplo, el artículo 212 somete a todos los entes de la federación a la aplicación de porcentajes mínimos provenientes de impuestos para el mantenimiento y desarrollo de la enseñanza pública elemental. No se trata de un principio programático, sino de una regla de aplicación directa e inmediata vinculada, desde su nacimiento, a la ejecución de los presupuestos de los respectivos entes federativos. En este caso, se parte del presupuesto de que un derecho de esta naturaleza, si se priva al individuo de necesidades primarias, se traduciría en una violación tan atroz de los derechos humanos que la propia Constitución se daría prisa por filtrarlos mediante normas atributivas a derechos subjetivos, auto-aplicables y autónomamente disfrutables por todos y cada uno, de los entes a los que se atribuyó el correlato de su obligación de prestarlos. Se nota que este objetivo es claro, es decir, retirar la implementación de tales prerrogativas de los litigios partidarios de los programas ideológicos y de la disputa de intereses, comunes al desempeño de la actividad político-administrativa.

Por el contrario, en la realidad constitucional española los derechos sociales no tienen el peso, la fuerza de los derechos fundamentales, ya que no vinculan, sólo orientan las acciones de los poderes públicos; tampoco son directamente alegables ante los tribunales de justicia, pues es necesario proceder en función de lo que prescriba la ley que los desarrolla. En realidad son lo que en la doctrina se denomina derechos de configuración legal; así, una persona que quiera hacer exigibles estos derechos, se encontrará con dificultades ante los distintos grados de su cumplimiento y ante las diversas formas de su realización. Por tanto, al ser diferente estas categorías de derechos, necesariamente deben reclamar otras formas de garantía jurídica. Las diferencias que su estructura implica se ven cuando se comparan, por ejemplo, con los derechos de libertad, realizables éstos directamente en el nivel de la Constitución a través de pretensiones jurídicas concretas. Sin embargo, la pretensión jurídica de los derechos sociales es tan general, que no se pueden deducir directamente por la vía de interpretación constitucional, es decir, no pueden fundamentar pretensiones reclamables ante el Poder Judicial, pues sólo han sido objeto de desarrollo legislativo. Por consiguiente, a diferencia de la realidad brasileña<sup>252</sup>, si el juez no tuviera reglamentación legal, no podría

---

<sup>252</sup> Donde hemos enfoca nuestra atención, inicialmente, para elaborar el objeto de esta tesis. A los ciudadanos en Brasil se les permite revindicar sus derechos de matiz social directamente ante los tribunales, sólo se exige lo que está previsto en la Constitución brasileña, quer de manera explícita, le denominando o implícitamente a través de los principios constitucionales. En España y en otros países europeos como Portugal o Italia, la mera incorporación de los derechos sociales a los textos

hacer una aplicación inmediata de una pretensión jurídica social basándose únicamente en las normas constitucionales ya que de lo contrario actuaría como legislador o administrador.<sup>253</sup> En cambio, sí se dirigen con aplicabilidad inmediata a los poderes públicos (Gobierno y Administración), a los que obligan a la realización de los mandatos en ellos contenidos.

En países de Latino-América, de modo general, la tutela procesal de los derechos de los gobernados se ha ampliado respecto al sector paraestatal propiamente dicho y en relación con los grupos de presión, ya sean sociales, económicos, profesionales y culturales. En este sentido conviene citar como instrumento de protección de los derechos consagrados constitucionalmente<sup>254</sup>, la *acción, juicio o recurso de amparo* que surgió en México en la Constitución Yucateca de 1841 y que se consagró definitivamente en la Constitución Federal de 1857, extendiéndose posteriormente al ámbito centroamericano y a varios ordenamientos de América Latina. En la actualidad esta garantía procesal está reconocida en Argentina, Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. También en Brasil existe una institución denominada “*Mandado de Segurança*” que por su similitud con el Amparo ha sido calificada como “*mandamiento de amparo*”. Y, por último la Constitución de Colombia de 1991, en su artículo 86 reconoce la acción de tutela como instrumento procesal de garantía para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.<sup>255</sup> La Corte Constitucional colombiana ha ampliado el campo de protección ya que no limita los derechos fundamanteles susceptibles de protección a los consagrados expresamente en la Constitución;<sup>256</sup> y adicionalmente, ha comenzado a elaborar una jurisprudencia según la cual existen otros derechos, en particular los económicos, sociales y culturales, así como

---

constitucionales no implica una adecuada protección y cumplimiento porque se trata de instituciones jurídicas inestables, sensibles a los desequilibrios políticos y económicos del sistema en su conjunto.

<sup>253</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Social y su Eficacia en las Relaciones Privadas” ..., *Op. Cit.*, p.251.

<sup>254</sup> Excepto la libertad personal protegida por el *hábeas corpus*.

<sup>255</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Addenda a los Derechos Fundamentales en el Estado Social y su eficacia en las relaciones privadas”, *Memórias Congreso Internacional, Derecho Publico, Filosofía y Sociología Jurídica: perspectivas para el proximo milenio*”, Universidad Externado de Colombia/Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 1996, pp.288/295. Para la autora, *el amparo* surgió como remedio frente a las violaciones de los derechos humanos causados por acto de autoridad, entendida esta expresión en su sentido clásico. Varios ordenamientos latinoamericanos ya utilizan la citada garantía para tutelar los propios derechos respecto de grupos de presión y de organismos autónomos, debido a la necesidad de un procedimiento eficaz contra las violaciones causadas por poderes privados. Y ejemplifica también con el caso argentino, que con la reforma constitucional de 1994, en su art.43 establece expresamente *la acción de amparo « contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares»*.

<sup>256</sup> Sentencia T-008 del 18 de mayo de 1991 y Sentencia T-415 del 17 de junio de 1992.

los colectivos, que dependiendo de circunstancias concretas pueden llegar a ser tutelables, si con ello se protege un derecho fundamental.<sup>257</sup>

Por cierto, se percibe que existen diferencias en los sistemas de justicia constitucional europeos y latinoamericanos, en el objeto de la protección, en los procedimientos y en los efectos de las sentencias, por lo que los modelos difícilmente son equiparables.<sup>258</sup> Los textos constitucionales latinoamericanos, dados sus sistemas de justicia constitucional, modelo difuso o mixto, tienen menos reparos a la hora de reconocerlo en el marco de las propias constituciones. En los casos europeos, normalmente, no se discute la eficacia frente a terceros en el marco de grantía jurisdiccional ordinaria, sino es la protección constitucional lo que se cuestiona. Sucede que la jurisprudencia ha tenido que desarrollar doctrinas especiales creando vías indirectas, principalmente a través del amparo frente a las sentencias, para extender la protección extraordinaria del amparo a ciertas relaciones entre particulares.

Sin embargo se percibe un aspecto común entre los dos sistemas constitucionales: es que las normas constitucionales referente a los derechos sociales son plasmadas en las constituciones, sobre todo como *cláusulas abiertas* (en el sentido de su configuración como normas principiológicas), dependientes para su efectividad de la concretización legislativa, administrativa (como en los sistemas europeos) y también judicial (en muchos sistemas latinoamericanos). Por tanto, las mismas normas dependerán para ser aplicadas de quién sea su intérprete constitucional, ya que son esencialmente normas constitucionales de *aplicabilidad indirecta o mediata* y de *eficacia reducida* o incluso *normas de eficacia contida*, de aplicabilidad directa e inmediata, posiblemente todavía *no-integrales* debido a las restricciones que tales normas pueden sufrir al integrarse en el cumplimiento de la Ley. Por otra parte, incluso las normas consagradoras de derechos sociales, poseen *eficacia mínima o negativa*, es decir, impiden que el legislador revoque el núcleo o contenido esencial del derecho fundamental que ella se reviste.<sup>259</sup>

---

<sup>257</sup> Estas ampliaciones del ámbito de actuación de la Corte Suprema de Colombia, con respecto de los derechos humanos fundamentales económicos, sociales y culturales, ha aproximado tal sistema con el brasileño.

<sup>258</sup> Esto podría constituir un problema ante al objetivo de esta tesis, pero no supone un obstáculo si se conocen cada uno de ellos, sus diferencias y sus puntos de aproximación como son el *amparo* y el *mandado de segurança*.

<sup>259</sup> SILVA RAMOS, Marcelene Carvalho da, “Aplicabilidade das normas constitucionais de direitos sociais”, in *O Direito* (Director Inocêncio Galvão Telles), ano 140, II, Almedina, Coimbra, 2008, pp.405/433.



Además, el legislador constituyente puede inscribir tales derechos como *programas o metas del Estado y de la Sociedad*, a través de las denominadas normas programáticas y a través de la formulación, implementación y ejecución de políticas públicas.<sup>260</sup> También puede ocurrir que el legislador constituyente establezca una *cláusula de maximización u optimización de eficacia de los derechos fundamentales y la vinculación de los poderes públicos a estos derechos*, por medio de la cual tales derechos deben ser interpretados con uno objetivo de realización óptima de la norma, con especial aplicación a las normas constitucionales a los derechos sociales, que son dependientes de integración, sobre todo legislativa, para tener aplicación (normas de eficacia limitada o reducida).<sup>261</sup> Por ser dependientes, en su gran mayoría de la ley ordinaria, el legislador constituyente concede primacía a la configuración de los derechos fundamentales sociales y compete al juez (sobre todo en los países latinoamericanos) el control y, en última instancia su concretización, cuando no ha sido realizada por el legislador o no llevada a cabo por el administrador público o incluso si ha sido realizada de forma inadecuada o insuficiente.<sup>262</sup>

Hay que considerar que incluso en los países que admiten esta última hipótesis, la de concretizar el juez de la norma de derecho fundamental social, no realizada por el legislador o no efectivada por el administrador público, existe una *cláusula de reserva financiera o de reserva de financiación posible*<sup>263</sup>, por la cual no es posible descuidar los datos económico-financieros del Estado y las posibilidades reales

---

<sup>260</sup> Es el que ocurre con muchas normas de la Constitución brasileña de 1988, acerca del derecho a salud, educación, previdencia social, dentre otros. Ejemplo, los arts.194, 196 y 205: "Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social"; "Art.196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação"; y "Art.205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". No obstante tales derechos comporen el catálogo de derechos sociales (art.6º, cap.II, tít. II, de los Derechos y Garantías Constitucionales), sólo son ejercidos en la forma establecida en la Constitución brasileña.

<sup>261</sup> SILVA RAMOS, Marcelene Carvalho da, *Op. Cit.*, pp.413/414. Esta autora, con vistas en la realidad brasileña, observó que la cláusula de aplicabilidad directa de los derechos y libertades fundamentales inscrita en el art.5º, § 1º, CF/88 ("As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"), se aplica a los derechos fundamentales sociales como postulado de su maximización, en el sentido de la máxima realización posible de los derechos sociales. Este mandato de optimización se traduce también en la vinculación de los poderes públicos, legislativo, ejecutivo y judicial.

<sup>262</sup> Resaltamos las diferencias existentes en los sistemas judiciales de, por ejemplo, Brasil y España. En Brasil, el poder de los jueces sobre el control de los actos de gobierno (administrativos) que retratan las políticas públicas es mucho mayor y con un mayor grado de interferencia que incluso por inadecuación o insuficiencia del mismo.

<sup>263</sup> Surgió esta cláusula en la doctrina y jurisprudencia alemana y extendióse por los ordenamientos de la Europa continental y de la América Latina igualmente por la vía de la doctrina y jurisprudencia.

de exigir prestaciones materiales compatibles con los presupuestos del Estado. De esta manera sólo con un análisis del caso concreto, el Poder Judicial podrá ponderar los límites de aplicabilidad de la cláusula financiera frente a la concretización de los derechos sociales. En este sentido Böckenforde, para quien los principios formales de democracia y de la separación de los poderes se destinan a proteger la competencia del legislador –inclusive en face de investidas exageradas del control judicial– concede primacía a la configuración de los derechos fundamentales sociales y la determinación de los medio necesarios para la realización de estos derechos, estructura al margen de la acción legislativa y por ello le compete la definición de las prioridades políticas y consecuentemente la formulación de las políticas públicas.

La doctrina ha defendido que la eficacia de los derechos sociales sólo puede ser progresiva<sup>264</sup>, es decir, la concretización de tales derechos debe realizarse de forma gradual, en función de los recursos publicos disponibles y de las necesidades del caso concreto. Esto es lo que se denomina, *eficacia deferida o elastecida*, siempre en un sentido prospectivo, dirigido a la prosecución de una aplicabilidad optimizada de los derechos sociales de conformidad con las posibilidades de hecho, ya que *la dimensión prospectiva de la eficacia es propia del Estado de Derecho Social*.

Un aspecto que no se puede olvidar es que los derechos sociales tienen aplicabilidad también entre particulares (personas naturales o jurídicas, hombres y organizaciones), como ocurre, por ejemplo, en las relaciones laborales en la protección del empleado ante un despido inmotivado y arbitrario por parte del patrón y se prevé una indemnización compensatoria.<sup>265</sup>

Por último, en estas consideraciones con respecto a los derechos fundamentales, es necesario referirmonos a los *límites a la revisión y a la reforma*

---

<sup>264</sup> MERLIN CLÈVE, Clèmerson, “ A Eficácia dos Direitos Sociais”, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, nº 54, 2006, pp.28-39; MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p.399; GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “Metodologia «fuzi» e «camaleões normativos» na problemática atual dos direitos económicos, sociais e culturais”, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra editora, Coimbra, 2004.

<sup>265</sup> El art.7º de la Constitución brasileña establece:”Art.7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Entre los derechos aplicables directamente destacan los siguientes: “Art. 7º, XXX- proibição de diferença se salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI-proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão ao trabalho do portador de deficiência; XXXII-proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais respectivos”.

*constitucional de los derechos fundamentales sociales como cláusulas pétreas*<sup>266</sup>, por lo cual los derechos fundamentales constituyen límites materiales al poder de reforma (o de revisión) constitucional y no pueden ser excluidos por el constituyente derivado. Veamos como ejemplo las Constituciones de España, Brasil y Portugal.

En España la prohibición de reformar los derechos fundamentales se encuentra en el artículo 53.1 de la Constitución que al establecer que la ley regulará el ejercicio de los derechos y libertades (reconocidos en el Capítulo II del Título I) determina que sus contenidos esenciales sean respetados. También aparece en el artículo 9.3, al garantizar la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Por tanto, es importante reconocer el obstáculo constitucional para reformar los derechos fundamentales.<sup>267</sup>

Por su parte, la Constitución brasileña, prohíbe en el art. 60, § 4º, inciso IV, la Enmienda Constitucional tendente a abolir los derechos y garantías individuales; por eso la doctrina mayoritaria en Brasil incuye los derechos sociales de tal prohibición al tratarse de un modelo de Estado Democrático de Derecho, o con otras palabras, un *Estado de Derechos Fundamentales*. En defensa de estos derechos y garantías personales, la Constitución brasilena ha previsto una serie bien delimitada de acciones de origen constitucional, lo que los constitucionalistas llaman “*remédios constitucionais*”, que protegen derechos individuales, individuales homogéneos, colectivos y difusos frente al Estado o frente a todos aquellos que amenacen o atenten contra los derechos fundamentales sociales de los ciudadanos.<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup> También designada *cláusulas pétreas* o *cláusulas de eternidad* o incluso, *cláusulas de intangibilidad*.

<sup>267</sup> Art.53.1: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a) (68)”. Y el art. 9.3: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (15).”

<sup>268</sup> Entre los instrumentos constitucionales-procesuales de tutela de los derechos sociales se encuentran: 1) *Mandado de Segurança*, art.5º, LXIX, CF/88: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por «habeas corpus» ou «habeas data», quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”; 2) *Mandado de Injunção* – art.5º, LXXI, CF/88: “Conceder-se-á mandado de injunção toda vez que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”; 3) *Ação Civil Pública*, ya existente en el ordenamiento inflaconstitucional en la Ley nº 7.347/85, que fue recepcionada por la CF/88, art.129, III, sirve para la defensa de los derechos fundamentales colectivos, como patrimonio público y social, salud y educación y para la defensa de los derechos individuales homogéneos (consumidor) o difusos (medio ambiente sano); 4) *Ação Direta de Inconstitucionalidade*, para

En cuanto a la Constitución portuguesa procede de manera similar en el art. 288, “d” y “e” aunque de manera menos incisiva pues no hay una previsión expresa tendente a abolir los derechos fundamentales, lo que hay es una determinación de *respeto de las leyes de revisión constitucional a los derechos, libertades y garantías del ciudadano y también de los derechos de los trabajadores, comisiones de trabajadores y asociaciones sindicales*. En lo que respecta a los instrumentos procesales de garantía de efectividad a los derechos fundamentales no hay en la orden portuguesa lo que se denomina en Brasil remedios constitucionales, con excepción del *habeas corpus*, y el artículo 31º de la Constitución Portuguesa reservado a la tutela de la libertad en materia penal. También hay acciones de control abstracto sobre inconstitucionalidad por acción u omisión, destacando el art.20º, 1 y 5, que garantizan respectivamente tanto el acceso al derecho y a los tribunales como la tutela de los derechos, libertades y garantías personales por medio de acciones judiciales que la Ley asegura: “*caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos*”.

Los derechos fundamentales también pueden adoptar la técnica de los derechos de prestación. En unos casos, el contenido del derecho fundamental es justamente uno o varios derechos de prestación (por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva, art.24.1 de la Constitución española). En otros, los derechos de prestación son el resultado bien de un mandato dirigido a los poderes públicos (incluso a los particulares) contenido en la forma iusfundamental de manera que de ese mandato sea posible deducir un derecho a una conducta positiva del Estado (o de los particulares), o bien de una exigencia derivada de la garantía de un efectivo y real ejercicio del derecho fundamental en cuestión. No hay que olvidar que un derecho de prestación tiene por objeto no el deber de abstención de hacer algo, propio de un derecho de libertad, sino un mandato constitucional que impone al poder público (o en su caso a un particular) el deber de hacer algo; y en sentido estricto, hacer algo consiste en prestar un servicio o poner a disposición del titular del derecho un bien (obviamente, diferente a la reparación del daño causado por la violación del deber de abstención contenido en el derecho de libertad). La prestación puede consistir en el ejercicio de los poderes de creación

---

tutela del ordenamiento constitucional objetivo, en dos hipótesis, *por acción o omisión* – art.103, CF/88 y; 5) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF* – art.102 § 1º, CF/88, una acción de carácter subsidiario cuya decisión tiene efectos concretos. Estas dos últimas hipótesis son instrumentos de control abstracto y concentrado de la constitucionalidad de indiscutible importancia para la efectividad de los derechos sociales.

normativa por los poderes públicos o en el establecimiento de órganos o procedimientos indispensables para el disfrute de los derechos de libertad o de los propios derechos de prestación.<sup>269</sup>

En sentido amplio un derecho de prestación puede ser el derecho a que el Estado regule determinada realidad, lo que está íntimamente ligado a las garantías institucionales, por ejemplo, en la realidad española, el derecho a que se regule el régimen jurídico del matrimonio (art.30.2, C. E.). Pero, en sentido propio, el derecho de prestación es aquel cuyo objeto es una actividad estatal que proporciona bienes o servicios a su costa o a costa de terceros; un ejemplo es el relativo al carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza básica (art.27.4, C.E.), cuya norma encierra un mandato a los poderes públicos de garantizar esas condiciones de enseñanza, por lo que deben crear una red pública de centros educativos que aseguren esa obligatoriedad y gratuidad, o bien imponer a los particulares que posean centros educativos la obligación de ofertar enseñanzas propias de esa etapa. Por tanto, el apartado 4 del artículo 27 de la C.E. contiene un derecho de prestación a un servicio educativo gratuito.<sup>270</sup>

Por oportuno, se debe señalar (aún en relación al sistema español y de otros países europeos) que, salvo los bienes o servicios que ya están a disposición del titular del derecho fundamental al que está ligado el de prestación, el disfrute de este último, o su misma existencia, dependen de su creación y definición legal, aunque la prestación esté a cargo de un particular, ya que el obligado es siempre el Estado, siendo la Ley la que configura la prestación y sus condiciones concretas de existencia.<sup>271</sup>

---

<sup>269</sup> BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.; VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio; *et all*, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Op. Cit., pp. 112 y ss., añadimos lo que asevera el autor en la p.112: “Aunque en rigor, un derecho de prestación no puede identificarse con una garantía institucional o con una garantía de procedimiento y organización, existen entre las tres nociones lazos muy estrechos.”

<sup>270</sup> BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.; VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio; *et all*, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Op. Cit., p. 113, con acrescimo: “La configuración de ese derecho depende a su vez de una prestación consistente en la creación de las normas que definan qué sea educación básica y que establezcan, en un caso, el régimen jurídico de los centros educativos públicos y, en el otro, el régimen y obligaciones de los privados.”. Además el autor esclarece en la p.113, que esto integra varios derechos de prestación: “El derecho a la educación del art.27.4 CE integraría varios derechos de prestación e incluso una garantía institucional de una red de enseñanza básica obligatoria y gratuita, lo que permitiría afirmar que en el art.27.4 CE, en relación al apartado 1, la Constitución ha previsto una garantía de procedimiento y organización del derecho a la educación”.

<sup>271</sup> BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.; VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio *et all*, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Op. Cit., p. 115.

#### 4.3.2.1 ACERCA DE LOS SISTEMAS JURISDICCIONALES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, un breve análisis histórico-expositivo

En los Estados actuales la Constitución exige que los jueces tengan el poder de revisar la adecuación de las leyes a la Constitución; es más, en tales casos el control de constitucionalidad es propio de los jueces, por lo que se habla de un *control jurisdiccional de la constitucionalidad*. Es conocida la idea de HAMILTON de la *constitución limitada*, que en un Estado de Derecho, la Constitución impone límites al poder legislativo, tales como la existencia de derechos fundamentales o prohibiciones, y exige que los jueces tengan el poder de revisar la adecuación de las leyes al texto constitucional.<sup>272</sup> Históricamente este sistema procede de los Estados Unidos de América, en que el Supremo americano ha acogido en un precedente de 1793, consolidado más tarde con el caso *McCulloch vs. Maryland*, y el surgimiento del *judicial review*, al sistema de control difuso de constitucionalidad de la ley. Así, tal sistema nació en un sistema jurídico de *common law* administrado por jueces-patricios, un sistema difuso para todos los jueces. Pero para la adecuación al sistema jurídico *civil law*, vigente en la Europa Continental, ante la necesidad que apareció de un sistema de revisión judicial a principios del siglo XX, hubo la necesidad de adecuación, que fue formulada por primera vez por KELSEN, a través del sistema de *control concentrado de la Constitucionalidad de la ley*, en la Constitución de Austria de 1920. Así, tenemos los dos sistemas de control de constitucionalidad que están vigentes en los países en la actualidad, el *difuso* y el *concentrado*.

Muy brevemente hemos de hacer referencias a los dos sistemas. Sobre el sistema de *control difuso o control americano*, que se asienta sobre la noción clásica de Constitución como norma de ordenación de la comunidad, se pueden apuntar los siguientes rasgos fundamentales: a) *jurisdicción ordinaria*, pues al aplicar una ley del país, la competencia para enjuiciar sobre la base de la constitución corresponde a un juez federal ordinario, eso es, un juez federal individual o tribunales federales; b) opera

---

<sup>272</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Op. Cit.*, p.254, que expone la tesis hamiltoniana de que: “*La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurre que entre las dos hay una discrepancia debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios*”. Por tanto, dos son las ideas claves: la necesidad de la justicia constitucional para asegurar la vigencia efectiva de la Constitución y su encomienda a los jueces ordinarios en tanto que jueces, y que la construcción reposa sobre el principio democrático.

en el *seno de un litigio previo* ya instaurado, pues al tratarse de aplicación ordinaria del Derecho, sólo puede operar en las condiciones generales del sistema, cuando hay un contencioso entre particulares o entre estos y un poder público; c) opera por *vía de excepción*, una vez que no hay y ni puede haber un medio procesal específico para solicitar la anulación de una ley que se estime contraria a la Constitución federal; por tanto deberá hacerlo el particular por vía de excepción en el seno de un litigio ordinario al que se deba aplicar la ley que se estima inconstitucional; d) supone *control concreto de la norma*, la resolución judicial se da para el caso planteado ante los jueces y tribunales ordinarios y tendrá eficacia *inter partes*, propio de cualquier otra sentencia. Se reduce el juicio a declarar inaplicable al caso la ley en cuestión y decidir sin tener en cuenta la misma; e) la ley declarada inconstitucional apenas no se aplica en aquel caso concreto sometido a juicio; pero la generalización se da por otros medios propios del sistema, como el *stare decisis*, es decir, el fallo entonces se convierte en precedente que vincula al mismo juez o tribunal y a los tribunales sujetos a su jurisdicción.<sup>273</sup>

Por su parte, el *sistema de control concentrado o control austriaco*, cuya Constitución es una norma organizadora y habilitante de los poderes públicos, las características son las siguientes: a) el control corre a cargo de un *Tribunal Especial, ad hoc*; se fundamenta en la necesidad de preparación técnica que la labor de juez constitucional exige con la necesidad de dotar al mismo de un personal capacitado para actuar, en su caso, incluso contra la mayoría parlamentaria; permite con eso, separar al juez de la constitucionalidad de todos los poderes ordinarios, y con ello permite facultar a aquél para controlar a todos los segundos (como un control externo); b) opera por *vía de acción*, ya que no es posible la utilización de las vías procesales propias del sistema de control difuso; tal tipo de control exige la articulación de instrumentos procesales que den acceso directo al tribunal y cuyo objeto sea el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley, mediante *una acción específica* con legitimación activa delimitada a órganos constitucionales o fracciones de órganos; c) supone un *control abstrato de normas*, para la norma recurrida, que es el objeto propio de la acción de inconstitucionalidad. Es así un *juicio sobre la constitucionalidad de la norma*, sin la mediación de singulares actos de aplicación; d) supone la *nulidad de la norma*, con la

---

<sup>273</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Op. Cit.*, p.255-257. Esclarece el autor que para evitar efectos sólo locales, se utiliza el sistema de recursos que conduce a una *resolución del Tribunal Supremo*. Esta decisión sí vincula a todos los jueces y tribunales y también a la propia Corte Suprema.

declaración de inconstitucionalidad y no puede reducirse a declarar la inaplicación al caso porque éste no existe.<sup>274</sup>

El control de constitucionalidad en Brasil puede ser caracterizado como un control mixto, con aspectos del sistema americano (concentrado) y del sistema austríaco (difuso). Con todo, se han introducido muchas modificaciones a partir de la Constitución de 1988 y de las Leyes n°s 9.756/98 y 9.868/99 y de la Enmienda Constitucional n° 45/2004, que han transformado significativamente el sistema de control con peculiaridades e innovaciones muy especiales, por lo que se puede afirmar que ha habido una cierta descaracterización y restricción del control de constitucionalidad difuso y concreto por la adopción de mecanismos típicos del control de constitucionalidad concentrado y abstrato, de ahí que pueda decirse que el control muchas veces es *difuso* y *abstrato* y la tendencia legislativa y jurisprudencial es la de reducir el ámbito del alcance y actuación del control de constitucionalidad difuso, con el aspecto de la verticalización de este control por el Tribunal Constitucional (STF).<sup>275</sup>

El control de constitucionalidad que se realiza en España, el Tribunal Constitucional no siempre se basa en el canon que forman los preceptos constitucionales, pues muchas veces, dependiendo del proceso, el referido Tribunal tiene que recurrir a otras normas, como refleja el artículo art. 28.1 de la CE: “*Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieron dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas*”. Así, el «juicio de contraste» se lleva a cabo en una operación en cierto modo triangular: norma constitucional, norma legal, norma legal cuestionada. Adviértase que estas operaciones interpretativas no son excepcionales en la actividad interpretativa de los tribunales, tanto la que se refiere a la jurisdicción ordinaria como a la constitucional. Esto es frecuente: la interpretación *Constitución-ley*.<sup>276</sup>

---

<sup>274</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Op. Cit.*, p.257-259. Destaca lo que KELSEN definió como un caso de “*legislación negativa*”, el efecto de expulsión de la norma inconstitucional de ordenamiento legal mediante la declaración de inconstitucionalidad. Y con efectos similares al obtenido por una Resolución del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

<sup>275</sup> Ver el ítem 4.1.2 del Capítulo IV de esta tesis donde se dan mayores detalles.

<sup>276</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, (Coordinador), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. 1, 2ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2007, pp.247/248. El autor destaca las normas que están numeradas en el art.27.2 de CE: “a) *Los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas; b) Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley. En el caso de los Decretos Legislativos, la*



Pero este sistema de control concentrado ha sufrido tantas modificaciones que lo distancia del modelo originario kelseniano y parece que únicamente prevalece hoy en día en el país de origen. Los cambios sufridos afectan principalmente a la ampliación de la legitimación activa y a la creación de nuevos instrumentos procesales de defensa del orden constitucional. También se ha variado en algunos casos la consecuencia jurídica anudada a la declaración de inconstitucionalidad; en su versión original era la declaración de nulidad, por lo que fue sustituida la nulidad por *la invalidez* y de este modo la declaración era susceptible de extender sus efectos hasta la entrada en vigor de la ley inconstitucional. Y por último, la competencia de los Tribunales Constitucionales se extendió más allá de la mera declaración de inconstitucionalidad, arbitrando para ello *los medios procesales correspondientes*, extendiendo el control de constitucionalidad *más allá del control de la ley*.<sup>277</sup>

La doctrina<sup>278</sup> divide la declaración de inconstitucionalidad de una ley en dos criterios, formal y material, según la inconstitucionalidad se haya generado en el proceso de elaboración de la ley, afecte a las competencias de la ley, o sea inconstitucional por sus contenidos contrarios a la Constitución. En los dos primeros casos estamos ante la inconstitucionalidad formal, y en el tercero, ante la inconstitucionalidad material. En aquéllos se incumple los requisitos de forma y en éste una norma con rango de ley contraviene una norma de contenido constitucional. En realidad, la *justicia constitucional* se ha convertido en una figura de rigor en todas las constituciones democráticas del este europeo, a excepción de Estonia, que ha adaptado una peculiar variante del sistema de justicia difusa similar al existente en algunos países de América Latina, como Costa Rica, estableciendo una Sala Constitucional en el Tribunal Supremo. También es posible observar actualmente, que muchos países han evolucionado tanto desde la concepción del sistema original difuso hasta el punto de crear un sistema mixto como es el español y el brasileño, en que los jueces ordinarios pueden, en el seno de un litigio, plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, sobre cualquier norma con fuerza de ley, suspendiendo el procedimiento hasta que aquél

---

*competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 82 de la Constitución; c) Los Tratados Internacionales; d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales; e) Las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado "b" respecto a los casos de delegación legislativa; f) Los reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas."*

<sup>277</sup> Esto tiene particular importancia en los Estados Complejos.

<sup>278</sup> Por ejemplo LÓPEZ GUERRA, Luis *et al*, *Derecho Constitucional, Op. Cit.*, pp.257 y ss. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *Manual de Derecho Constitucional, Op. Cit.*, MARTINEZ SOSPEDRA, Manuel, *Manual de Derecho Constitucional, Parte General, Op. Cit.*.

no resuelva, y los particulares pueden reclamar ante el TC en el caso de violación de sus derechos fundamentales a través del amparo.<sup>279</sup>

## 5. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: SUS GARANTÍAS Y EVOLUCIÓN

Hacemos aquí algunas consideraciones respecto a la protección de los derechos sociales, sus garantías, la dificultad de exigencia y de justiciabilidad de los mismos en inicio de este siglo XXI y su evolución, aunque lo haremos de forma no muy extensa dado que no es el objeto de esta tesis (y sí el *derecho al desarrollo*), pues como a mí, a cualquiera que le incumba una tarea tan especial como esta, necesita observar los derechos sociales de manera muy atenta porque la atención y la satisfacción de ellos en su conjunto significan justamente la consecución del derecho al desarrollo. Así, se hace necesaria la observación, en conjunto, de sus rasgos y de su exigibilidad en esta era de *postmodernidad* o como ya hablan algunos, de *post-postmodernidad*.<sup>280</sup>

Las formas de garantizar los derechos fundamentales, incluso los derechos sociales, pueden ser diferentes aunque exista conformidad en su contenido e interpretación, como ocurre en el ámbito reducido de las democracias occidentales. Conrad Hesse<sup>281</sup> asevera que en ellas, las soluciones oscilan desde una minuciosa tabla regular de derechos fundamentales en la Constitución, tal como sucede en Alemania, la referencia a una Declaración histórica de Derechos Humanos, como en Francia, hasta el reconocimiento vigencia a los derechos fundamentales como garantías no escritas, como ocurre en Gran Bretaña. De la misma manera son diferentes su desarrollo concreto, la medida en que vinculan al legislador o la fiscalización judicial para garantizar su observancia. Además, hay que tener en cuenta que, en la actualidad, la protección por los

---

<sup>279</sup> En el caso español el TC previsto en la Constitución de 1978, su competencia alcanza el control de competencia de las leyes, las normas con fuerza de ley y los reglamentos parlamentarios y, además, el TC es el juez entre las Comunidades Autónomas y entre estas y el Estado-Poder Central, con la previsión en ambas las formas, de utilización del recurso ordinario de protección de los derechos fundamentales que reviste la forma de *Recurso de Amparo*.

<sup>280</sup> Para quien así opina, habría una división entre los años 1989 y 2001. En 1989 cae el muro de Berlín y se disuelve la URSS, mientras que en 11 de septiembre de 2001, el capitalismo sufre un ataque con los atentados terroristas de las torres gemelas del *World Trade Center*, un ataque al símbolo del capitalismo. De esta manera, de 1989 a 2001 se hablaría de *postmodernidad* y de 2001 hasta hoy de *post-postmodernidad*.

<sup>281</sup> HESSE, Conrad, "Significado de los Derechos Fundamentales", in *Manual de Derecho Constitucional*, BENDA, Ernest; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen, HESSE, Conrad, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2ª ed. en castellano, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Madrid, 2001, pp.83-115, en especial pp.84/85.

tribunales es decisiva para obtener una amplia garantía y efectividad de los derechos fundamentales.<sup>282</sup>

Históricamente y en su significado actual, los derechos fundamentales, sobre todo los derechos humanos, son los que ponen en juego las condiciones esenciales de la vida individual y comunitaria en libertad y de la dignidad humana, una tarea que en las circunstancias presentes no ha perdido importancia en nuestro tiempo. Si los derechos fundamentales han de asegurar eficazmente esas condiciones esenciales, no deben obstaculizar los cambios sociales, al contrario, deberán ser mantenidos y protegidos en su esencia sin reserva ni restricción alguna. Esto presupone que no se dilaten de modo inflacionario ni sean reducidos a calderilla. De ahí lo esencial y rico en consecuencias de la elaboración de su vertiente objetiva, es entoces cometido de esa interpretación reforzar la validez de los derechos fundamentales como derechos humanos; su significado como principios objetivos nunca deberá ser dissociado de esa idea nuclear.<sup>283</sup>

Es de notar que la dignidad de la persona, resaltada en las constituciones democráticas en la actualidad, exige una mayor sensibilización hacia los llamados derechos sociales. El progreso de la civilización humana se puede medir en función de la ayuda prestada por el más fuerte al más débil, en la limitación de los poderes naturales de aquél como reconocimiento de las exigencias morales de éste, en el aumento del sentido de una fraternidad humana sin la cual los derechos a la libertad se convierten en privilegios egoístas y el principio de igualdad jurídica, en una nivelación basada en el sometimiento al poder del más fuerte.<sup>284</sup> En esta afirmación se encuentra basado moralmente el derecho al desarrollo y es válido tanto en el plano interno de cada país como en el orden internacional.<sup>285</sup>

Los derechos fundamentales sociales están implicados decisivamente en la noción de la *persona social* injerida en el proceso económico y cultural. Hoy existe una conciencia social respecto a la ineludibilidad de contribuir al

---

<sup>282</sup> Según HESSE, Conrado, “Significado de los Derechos Fundamentales”, *Op. Cit.*, pp.112/113, en Alemania, la tutela judicial de los derechos fundamentales queda constitucionalmente garantizada mediante la disposición del art.19.4 G.G. Y su protección en última instancia corresponde al Tribunal Constitucional.

<sup>283</sup> HESSE, Conrado, “Significado de los Derechos Fundamentales”, *Op. Cit.*, p.115.

<sup>284</sup> FROSINI, V., “Los Derechos Humanos en la Sociedad Tecnológica”, in *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp.101 y ss.

<sup>285</sup> Recuérdese, por ejemplo, las ayudas financieras y humanitarias dadas a Haití y Chile en 2010, a partir de los terremotos ocurridos, con miles de muertes y mucha destrucción.

desarrollo integral de todo ser humano. Y es evidente que ese desarrollo integral, exige atender a todos y cada uno de los derechos de que es titular el hombre en las distintas dimensiones que su vida presenta.<sup>286</sup>

En referencia al carácter prestacional de los derechos fundamentales sociales, se encuentra ante ello el establecimiento de los servicios sociales, aunque en algunos países europeos como España y Portugal aparece la problemática en cuanto a la disociación doctrinal (o falta de concordancia) entre la ausencia de vinculación entre el mandato legal destinado al establecimiento y funcionamiento de un determinado servicio público, y el derecho del ciudadano a ejercer la acción judicial oportuna. Desde esta perspectiva, bien se puede afirmar que es indivisible el estricto reconocimiento legal a ser parte en el proceso del efectivo derecho a obtener una pretensión judicial favorable, en materia de la inobservancia de la legalidad como consecuencia de la inactividad material de la Administración. Este interés del particular en obtener una pretensión judicial favorable sólo es relevante para el Derecho, incluso desde la perspectiva del llamado «interés legítimo», una vez constituido el correspondiente servicio. Por lo demás, los servicios sociales comunitarios o de base en España, configurados en torno al modelo teórico de los servicios *uti universi*, y vinculados al ámbito municipal, pueden ser exigidos por la regulación de los mismos como servicios públicos mínimos, lo que nos lleva al reconocimiento genérico del derecho de exigir su constitución en virtud de lo dispuesto en los artículos 18.1g LBRL y arts. 151 y 152 de la LHL. Ahora bien, en la medida en que en dichos servicios sociales existe sólo una indeterminada potencialidad al uso de los mismos, la posibilidad de entablar la acción judicial oportuna surge del presupuesto procesal para ser parte en el proceso o, lo que es lo mismo, de la oportuna acción popular.<sup>287</sup>

---

<sup>286</sup> MARITAIN, J., *El Hombre y el Estado*, Madrid, 1983, p.121, destaca: "el hecho crucial de nuestro tiempo es que la razón humana ha tomado ahora conciencia, no sólo de los derechos del hombre en cuanto persona humana y persona cívica, sino también de sus derechos en cuanto persona social implicada en el proceso económico, cultural, y, especialmente, de sus derechos como persona obrera."

<sup>287</sup> GARCÉS SANAGUSTÍN, Angel Garcés, *Prestaciones Sociales, Función Administrativa y Derechos de los Ciudadanos*, Mc Graw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1996, pp.172/173, señala las siguientes consecuencias: "a) La posible exigencia de responsabilidad patrimonial como resultado de un «anormal» funcionamiento de los servicios públicos derivado de su no establecimiento, y del consiguiente incumplimiento del mandato normativo correspondiente, va a resultar imposible de articular en la práctica por la incapacidad para constatar la relación de causalidad existente entre la falta de establecimiento de los servicios públicos obligatorios y los perjuicios que de esa actitud omisiva pueden derivarse para los ciudadanos, máxime cuando éstos no pueden acreditar la condición de beneficiarios apriorísticamente; b) Reconocida la existencia de un servicio público de obligada creación en función de lo dispuesto en la normativa vigente, y existiendo la posibilidad de entablar las acciones judiciales oportunas en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.1 g) LBRL, con la interpretación efectiva de la

Enmarcado en esta línea de pensamiento, en el derecho fundamental a la prestación de servicios sociales (sobre un servicio social ya establecido), es irrelevante, por un lado, cuál es el ente público titular del establecimiento e incluso la modalidad de gestión del mismo, y por otro lado, si éste se deriva de una competencia obligatoria o voluntaria. Pues según Angel Senagustín<sup>288</sup>, la existencia del derecho cuya titularidad colma el presupuesto procesal exigido para ser parte en el proceso, no deriva directamente, con carácter general, de la normativa reguladora del servicio, sino de una infracción al principio de igualdad surgida en el momento en que se procede a decidir su admisión al servicio. Y además, una segunda cuestión, cronológicamente posterior, que aflora es en relación a la problemática que versa sobre la posibilidad de exigir un determinado *quantum* prestacional, en forma de estándar mínimo del servicio y, en su caso, sobre la aptitud para reclamar la alteración de la forma de prestación del servicio. En tal circunstancia, surge el derecho a exigir el cumplimiento de un estándar mínimo del servicio, que puede comportar incluso la modificación de algunos aspectos sobre la forma de prestar el servicio, con lo que la correspondiente declaración judicial puede no sólo perseguir por arbitraria, ilógica, abusiva y, en consecuencia, incompatible con el interés público y la actuación administrativa, sino respaldar mediante sentencia de condena la pretensión procesal de parte, si considera que está es la única solución justa. Advierte el autor en cuestión que con ello no se pretende viabilizar pronunciamientos judiciales que afecten a la oportunidad de la actuación administrativa, sino a la adecuación al Derecho, en sentido nato, de su actividad prestacional.<sup>289</sup>

---

*legitimación que acarrea los artículos 151 y 152 LHL, es obvio que el contenido del fallo, una vez constatada la existencia del núcleo de población legalmente exigido, deberá incidir en la obligatoriedad del establecimiento del servicio. Y, a tal efecto, es de aplicación lo expuesto en relación a la formulación de la posible objeción acerca de la inexistencia de habilitación presupuestaria, pues la inexistencia de créditos presupuestarios no es condición para la existencia del derecho, sino por el contrario, una consecuencia de su declaración;... c) Se ha esgrimido tradicionalmente, como argumento para evitar la imposición a los Municipios del cumplimiento de las obligaciones mínimas, lo dispuesto en el artículo 30 RSCL acerca de la plena potestad de las Corporaciones locales para construir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia...A tal efecto cabe recordar que el artículo 684.1b) en relación con el artículo 683.1.a) ambos del texto regulador de régimen local de 1955, permitían únicamente entablar reclamación ante el delegado de Hacienda cuando el presupuesto hubiera omitido los créditos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la Entidad local en virtud de precepto legal. En consecuencia, ni existía el reconocimiento de un derecho procesal estricto, ni se articulaba cauce de legitimación alguno.” (...omisis).*

<sup>288</sup> GARCÉS SANAGUSTÍN, Angel, *Prestaciones Sociales, Función Administrativa y Derechos de los Ciudadanos*, Op. Cit., pp.175/177.

<sup>289</sup> GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel, *Prestaciones Sociales, Función Administrativa y Derechos de los Ciudadanos*, Op. Cit., p.177.

No hay que olvidar que, si los derechos humanos fundamentales, además de constituir un sistema de principios y valores objetivos, son ante todo derechos subjetivos, y éstos se definen por la justiciabilidad de sus contenidos, los jueces y tribunales han de cumplir, en el ejercicio de su función jurisdiccional, un papel muy singular respecto de la eficacia de aquéllos.<sup>290</sup> Esta función de tutela jurisdiccional se encuentra, sin embargo, doblemente mediatizada por la presencia del legislador y de la jurisdicción constitucional. De un lado, a pesar de que los derechos fundamentales no requieren la *interpositio legislatoris* para ser directamente aplicables, canalizan parte de su contenido subjetivo, como la facultad de reaccionar judicialmente frente a las intromisiones ilegítimas en su objeto, a través del ejercicio de otro derecho fundamental, el de tutela judicial efectiva, que es un derecho de configuración legal que requiere la mediación del legislador para establecer condiciones de ejercicio. Así, asevera Francisco Freijedo<sup>291</sup> (con relación a realidad española y de otros países europeos), que la disponibilidad inmediata de los derechos fundamentales y su correlativa indisponibilidad para el legislador no significan la absoluta posibilidad de prescindir de éste, habida cuenta de que la actuación judicial se halla sometida al imperio de la Ley, por lo que ni el juez ordinario ni el constitucional pueden actuar más que en el marco de los procedimientos legalmente previstos.

En este sentido, es necesario observar los contenidos y las especies de las normas constitucionales para verificar cómo será la actuación práctica del Poder Judicial. En Brasil existen determinados tipos de normas constitucionales, en cuanto a su eficacia plena e inmediata y, por tanto, son aptas para generar una utilidad inmediata para los ciudadanos; pero esto puede o no dependiendo de la situación: la regla del art.22, I de la CF/88, que establece la competencia de la Unión de legislar sobre el derecho civil es una regla de *eficacia plena e inmediata* como lo es también la regla del art.206, IV de la CF/88, que trata de la gratuidad de la enseñanza en los centros públicos, no obstante apenas ésta última apenas produciría beneficio inmediato para los ciudadanos, pues se podrá exigir la gratuidad a los centros oficiales en caso de violar la regla. Por consiguiente, es necesario conocer los tipos de reglas presentes en la Constitución

---

<sup>290</sup> Vide el ítem 7 de esto Cap. y el Cap. IV, por específico.

<sup>291</sup> FREIJEDO, Francisco J. Bastida; MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde; *et all*, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, *Op. Cit.*, p. 186, con resalto de que la Constitución española de 1978 no nasce en un vacío legislativo, sino que asume un sistema legal compatible con sus prescripciones, del que forman parte esencial las disposiciones legales sobre los procedimientos judiciales.

Federal brasileña para identificar mejor la exigibilidad inmediata de los derechos fundamentales.

Así, en cuanto a la inmediata generación de derechos para los ciudadanos, BANDEIRA DE MELLO<sup>292</sup> identifica en la Constitución brasileña los tipos de normas con tres situaciones distintas, reproducidas en síntesis: A) el que se compone en su articulación de un “*Poder Jurídico*” en sentido estricto, es decir, de una situación subjetiva activa cuyo disfrute no depende de una prestación ajena, serían ejemplos de ello, el “*derecho de ir y venir*”, “*derecho de inviolabilidad de domicilio*”, “*derecho de propiedad*”, “*derecho de libre iniciativa o libre comercio*”, “*derecho a la vida*”, “*a la incolumidad física*”, etc., los cuales se han denominado “*poderes-derechos*”, que no exigen una actuación ajena, pero requieren una abstención, en general del Poder Público. Tales normas otorgan de inmediato: a) una utilidad concreta, un disfrute positivo; b) la posibilidad de exigir esta utilidad si fuera perturbada por terceros. B) Otras veces la norma constitucional compone en su redacción lo necesario y suficiente para generar en pro del ciudadano una concreta utilidad, *susceptible de fruición o disfrute positivo*, y que consiste en un *derecho en sentido estricto*, eso es, un bien jurídico cuya fruición depende de una *prestación ajena*. Para eso, tal derecho, depende que la norma constitucional haya establecido una conducta de otra persona, generalmente, el propio Estado, con el fin de reconocer el comportamiento de un tercero capaz de concretar la utilidad de tal derecho. Por ejemplo, el art.210 § 1º de la CF/88, que determina “*O ensino religioso, de matrícula facultativa, consistirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental*”. La simple existencia de ese precepto, sin necesidad de cualquier otra, ya garantiza de inmediato, el derecho a *fruir de la enseñanza religiosa y a exigir que ello sea ministrado*, en caso de omisión de las escuelas públicas. Tal norma atribuye de inmediato: a) el disfrute positivo de una concreta utilidad y b) el poder jurídico de exigir este disfrute, si se viera turbado por terceros o negado por quien tenía la obligación de satisfacerlo. Aún, puede ocurrir la *tercera situación*, c) la norma trae en su redacción *tan sólo una finalidad* a ser cumplida obligatoriamente por el Poder Público, sin apuntar los medios que deben adoptarse para alcanzarlos, esto es, sin indicar las conductas específicas que vendría a satisfacer el bien jurídico en la regla. Por ejemplo, el art. 226 de la CF/88: “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”, o art. 170,

---

<sup>292</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Eficacia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*, Malheiros Editores, S. Paulo, 2009, pp.21-29.

III, que establece ser principio de la orden económico-financiera, la “*función social de la propiedad*”. En estas hipótesis la posición jurídica de los ciudadanos es de menor consistencia, pues *no les confieren fruición alguna, ni les permite exigir* que se les dé el disfrute de alguna cosa. Mientras tales reglas no son irrelevantes, pues confiere al ciudadano: a) oponerse judicialmente al cumplimiento de reglas o a la práctica de comportamientos que lo atormente, se fueran contrarios al sentido del precepto constitucional; b) obtener, en las decisiones judiciales, interpretación y decisión orientadas en el mismo sentido y dirección preconizadas por estas normas siempre que los intereses constitucionales estén protegidos por tales normas.

Se concluye que para la actuación del Poder Judicial en Brasil (y en general en los países democráticos) hay que verificar bien las diferentes normas constitucionales que estatifican los derechos fundamentales para que se conozcan y de esta manera el ciudadano pueda recurrir a la tutela procesal y conocer también cuál es la más adecuada a sus necesidades.

Las garantías constitucionales han evolucionado a lo largo de la historia hasta hoy en día cuando se constata que las constituciones de los países democráticos presentan, en general, una doble protección jurisdiccional. La *primera* ante la justicia ordinaria, administrada por jueces y magistrados independientes y sometidos exclusivamente al imperio de la ley y; *la segunda*, ante la justicia constitucional, integrada por un órgano encargado de interpretar la constitución y representar la función de guardián de la misma, el Tribunal Constitucional (o Cortes que desempeñan al lado de otras funciones, la del control constitucional). Con esta doble protección se cierra el círculo de protección de los sistemas de garantías que están dispuestos en las constituciones democráticas de la actualidad. Normalmente, con la garantía ante la justicia ordinaria, la constitución y las leyes que complementan el sistema legal positivo de la mayoría de los países, previenen acciones procesales para la cobertura de los derechos fundamentales que reúnen, normalmente, la preferencia de tramitación en los juzgados y tribunales (órganos integrantes del Poder Judicial) y presentan mecanismos eficaces de protección, que son denominados muchas veces de tutela efectiva o de tutela de las libertades públicas.

La *Justicia Constitucional*, encargada de la defensa de la orden constitucional, asume, a su vez, la función de examinar las leyes y actos que se



aproximan en sus efectos ante las disposiciones del texto constitucional, verificando así, la conformidad normativa con las disposiciones constitucionales y en caso contrario, declarando la inconstitucionalidad con la consecuente pérdida de vigencia y de validez.

Resulta oportuno hacer mención a la declaración de la Asociación Alemana de Derecho Político (*Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*) respecto a la importancia del Tribunal Constitucional como principal garante de los derechos fundamentales: “*No es concebible una Ley Fundamental en la que desapareciera el Tribunal Constitucional, con su amplias competencias, sin que aquélla sufriera una reforma en su esencia. El Tribunal Constitucional se ha evidenciado como el más importante garante del respeto por el resto de los órganos estatales al Derecho Constitucional. La consiguiente contención de poder político en beneficio de la normatividad de la Constitución ha hecho arraigar el importante significado de la Ley Fundamental en la conciencia social y ha contribuido considerablemente a la consolidación del nuevo orden político*”.<sup>293</sup> El estatus y peso político del Tribunal Constitucional alemán sobrepasa del art. 92 GG y § 1 (Ley Fundamental), pues se trata de un tribunal autónomo e independiente respecto de la totalidad de órganos constitucionales. La declaración del Pleno, en 1952, caracteriza al Tribunal como *custodio supremo de la Constitución y órgano constitucional dotado de la máxima autoridad*.<sup>294</sup>

Con respecto al sistema de garantías y sus instrumentos de control constitucional así como la tutela judicial ordinaria de los derechos sociales en España y Brasil, remitimos al lector al Capítulo IV, epígrafe 4, donde la materia se encuentra desarrollada.

---

<sup>293</sup> SIMON, Helmut, “La Jurisdicción Constitucional” in *Manual de Derecho Constitucional*, BENDA, Ernest; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen, HESSE, Conrad, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2ª ed. en castellano, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Madrid, 2001, pp.823-860, con especial referencia a p.823.

<sup>294</sup> SIMON, Helmut, “La Jurisdicción Constitucional” in *Manual de Derecho Constitucional*, Op. Cit. p.838, señala el *status* del Tribunal Constitucional hasta tal punto que hoy nadie cuestiona que el Tribunal no depende administrativamente de ministerio alguno, dispone de una partida propia en los Presupuestos Generales del Estado, está facultado para darse a sí mismo el propio Reglamento y no son aplicables a los Magistrados ni las leyes de la carrera judicial ni las leyes de funcionarios. La garantía para el caso excepcional de defensa (art.115 “g” y “h” GG) prueba tal *status* y las expectativas y esperanzas que se asocian a la Jurisdicción Constitucional.

## 6. ASPECTOS CONCEPTUALES DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es necesario considerar previamente que el Derecho Internacional anterior a la Carta de las Naciones Unidas desconocía de forma prácticamente general las instituciones de protección de los derechos humanos, porque la protección de los intereses de los individuos había de corresponder a los Estados.<sup>295</sup> Esta situación cambia a raíz de la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas (la Carta de San Francisco)<sup>296</sup>, que tiene como fines conseguir el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y libertades fundamentales, imponiendo a los Estados el compromiso de actuar, conjuntamente o separado, con la Organización con ese fin (arts. 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas).<sup>297</sup> Así, los Estados se comprometen a tomar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades fundamentales, asumiendo la obligación de cooperar en la adopción de las medidas para asegurar y proteger los derechos humanos y la obligación general de respeto de los mismos.<sup>298</sup> Para la consecución de esos fines la Carta de las Naciones Unidas instituyó unos Órganos que han elaborado una serie de instrumentos relativos a la protección de los derechos humanos e incluso ha asumido otros instrumentos elaborados con anterioridad por la Sociedad de Naciones, en una larga lista que parece no tener fin, ya que continúan elaborándose nuevas Declaraciones y Convenios. En actualidad, junto a esa «Carta» Internacional de los Derechos Humanos

---

<sup>295</sup> La proclamación de la noción jurídica de la dignidad intrínseca de la persona en la Carta de las Naciones Unidas trajo consigo una innegable internacionalización de los derechos humanos y una extraordinaria innovación en el Derecho Internacional. Según CARRILO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a Barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p.135, la dicha innovación consiste fundamentalmente en que “a diferencia de lo que ocurría en el Derecho Internacional tradicional, el ser humano ya no puede ser considerado como un mero objeto del orden internacional pues el deber de respetar los derechos humanos constituye en el Derecho Internacional contemporáneo una obligación de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto.”

<sup>296</sup> En el preámbulo se afirma: “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas” (párrafo 2). En consecuencia, su artículo 1 incluye entre los propósitos de la Organización el “realizar la cooperación internacional en (...) el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (apartado 3).

<sup>297</sup> En el ejercicio de este mandato de promoción, las Naciones Unidas han llevado a cabo una amplia tarea, estructurada en torno de tres ejes: codificación y desarrollo progresivo, difusión (a través de cursos, publicaciones, formación de expertos, fondos fiduciarios, etc.) y asesoramiento y asistencia técnica a los Gobiernos.

<sup>298</sup> Esta obligación de los Estados miembros de la ONU de promover y proteger los derechos humanos de quienes residen en su territorio fue inicialmente genérica, pero que a partir de 1948 ha ido concretándose progresivamente. Los derechos humanos, según el sentido literal de la Carta, son ante todo una cuestión de cada Estado, respecto de la cual éstos invocan con frecuencia el principio de no intervención.

constituida por la Declaración Universal y los Pactos, coexisten una serie de Convenios que reconocen Derechos Fundamentales específicos, elaborados en el seno de la Organización de las Naciones Unidas.<sup>299</sup>

Para que el respeto y la garantía de los derechos humanos deje de tener la condición de un asunto interno de los Estados, la ONU ha desplegado una triple estrategia: 1ª) la creación de una red de compromisos internacionales por medio de los cuales los propios Estados limitan su margen decisorio en este ámbito y aceptan la jurisdicción de ciertos órganos internacionales de control; 2ª) vertebración de una serie de procedimientos institucionales constituidos al margen de la voluntad de los Estados pero cuya ejecución exige su concurso; y 3ª) el reconocimiento de la capacidad del Consejo de Seguridad para adoptar ciertas medidas de intervención en materia de derechos humanos.<sup>300</sup>

Así, ha sido desarrollado en el ámbito de las Naciones Unidas, un *sistema de protección internacional de los derechos humanos* compuesto de normas materiales y procesales. Este nuevo ordenamiento jurídico tiene más de 107 tratados internacionales y otras normas del Derecho Internacional, que es denominado de *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*<sup>301</sup>. Estos tratados internacionales de derechos humanos, establecen mecanismos de protección internacional de esos derechos, que constituyen una auténtica innovación en Derecho Internacional. Mientras, la

---

<sup>299</sup> Podemos destacar de una importante publicación de la ONU, *United Nations Action in the Field of Human Rights*, New York, 1980, los Convenios en orden cronológico, sobre los siguientes temas: 1) "eliminación de todas las formas de discriminación racial"; 2) "eliminación y represión del crimen de «apartheid»"; 3) "para la prevención y represión del crimen de genocidio"; 4) "el relativo a esclavitud y su convenio complementario"; 5) " para la represión de la trata de seres humanos y de la explotación de la prostitución ajena"; 6) "relativo a los derechos políticos de la mujer"; 7) "sobre consentimiento para el matrimonio, edad mínima para el matrimonio y registros de matrimonios"; 8) "nacionalidad de la mujer casada"; 9) "para reducir los casos de apatridia"; 10) " Estatuto de refugiados y protocolo relativo a este Estatuto"; 11) "sobre discriminación de la mujer"; y 12) "contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Y también, más reciente, los Convenios: 13) "sobre derechos de los niños" y 14) "sobre la protección de los derechos de los trabajadores emigrantes y de sus familias.". Además de estos Convenios han de señalarse los más de 149 Convenios elaborados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo – OIT (y más de 157 Recomendaciones que afectan a los derechos humanos) y de la Organización para la Cultura, la Ciencia y la Educación – UNESCO, como el Convenio sobre "discriminación en la educación" (1960) y su protocolo (1962) que instituyó la «Comisión de Conciliación y Buenos Oficios» para solucionar las disputas que puedan surgir entre los Estados parte en el citado Convenio.

<sup>300</sup> RIPOL CARULA, Santiago, "La respuesta desde el sistema universal de los derechos humanos a las violaciones graves de los derechos y libertades fundamentales" in *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. III, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2002, p.159.

<sup>301</sup> Para análisis del concepto y elementos constitutivos de este concepto, vide, por ejemplo, VIRÁN DURAN, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Lección 2, Trotta, Madrid, 2002.

invocación y la aplicación de este sector del D.I. se hace con grandes dificultades, pues a menudo pasa inadvertido a los jueces y a otros profesionales de muchos países así como a las propias organizaciones no gubernamentales nacionales en materia de derechos humanos, que necesitan más informaciones sobre este sistema internacional, por lo que resulta una escasa e insatisfactoria aplicación, a pesar de constituir un valioso sistema complementario del régimen jurídico interno de protección de los derechos humanos de muchos países. Consecuentemente, se establecieron mecanismos de información (de carácter no contencioso) y mecanismos cuasicontenciosos para mejorar la protección de los derechos humanos.<sup>302</sup> Por otra parte, los individuos y las ONGs son para los mecanismos internacionales intergubernamentales tan esenciales como lo es el combustible para los automóviles, pues en efecto, la pesada maquinaria institucional de las organizaciones internacionales no podría funcionar si se paralizara el flujo permanente de quejas e informes de violaciones de los derechos humanos que provienen de los individuos y de las ONGs, tanto nacionales como internacionales.<sup>303</sup>

Las obligaciones que se derivan para los Estados partes en estos convenios, en líneas generales, se concretan fundamentalmente en dos. Primero, la obligación de incorporar en su ordenamiento jurídico los derechos reconocidos o, en su caso, los delitos señalados en la convención tal y como están definidos y tipificados en la

---

<sup>302</sup> VIRÁN DURÁN, Carlos, “La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal y su vigencia en España”, in *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol.II, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, pp.25/55, en especial pp.29/40: “Por este procedimiento los Estados se obligan simplemente a presentar de forma periódica informes sobre las disposiciones que se hayan adoptado y que den efecto a los derechos consagrados en un determinado tratado internacional del que sean Partes, así como sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos...En este sentido, el procedimiento tiene un carácter más preventivo de la repetición de futuras violaciones, que estrictamente protector ante violaciones ya ocurridas...El procedimiento de informes periódicos está previsto en seis instrumentos convencionales hoy en vigor, a saber: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y Convención sobre los Derechos del Niño”. Y sobre el procedimiento Cuasicontencioso: “...Se pone en marcha una vez que se ha producido la violación de un derecho consagrado en las convenciones que prevén este procedimiento...Es un mecanismo de control *ex post facto* al que se puede recurrir, ante la existencia de una sola violación. En este sentido se trata de un procedimiento internacional concebido como subsidiario de los procedimientos judiciales nacionales propios de un país democrático, regido por el Estado de derecho. Agotados sin éxito los recursos internos, la víctima podrá acudir a un Comité determinado para solicitar la tutela de sus derechos violados. La finalidad de este procedimiento es que el Comité correspondiente se pronuncie si ha habido o no violación del tratado en el caso concreto y se extraigan las consecuencias jurídicas de ese procedimiento, con el fin de obtener una reparación a la víctima por parte del Estado infractor, que sea proporcional a la gravedad de la violación infringida...Pero el Dictamen del Comité sobre el fondo del asunto no es una sentencia, aunque tenga la forma de tal y tenga innegable valor jurídico; pero no tiene la fuerza ejecutiva de una sentencia. Por eso, calificamos el procedimiento de «Cuasicontencioso»”.

<sup>303</sup> VIRÁN DURÁN, Carlos, “La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal y su vigencia en España”, *Op. Cit.* pp.25/26.

misma. Esta obligación supone no sólo la adopción de las medidas legislativas y de otra índole, necesarias para «prevenir», «prohibir», «eliminar», «impedir» la comisión de determinados actos, sino también la promoción del respeto de los derechos humanos fundamentales. En segundo lugar, la obligación de asegurar que todas las personas que han sufrido una vulneración en sus derechos disponen de un recurso efectivo que les garantice el acceso a la justicia. En los casos de las convenciones de armonización en materia penal, los Estados asumen también la obligación de reprimir de forma efectiva las violaciones de tales delitos. El juez interno de cada Estado, en concreto, debería velar por el respeto de la legalidad nacional, y hacerlo controlaría también la aplicación y el cumplimiento del tratado internacional que está en el origen de la misma.<sup>304</sup>

En este sistema internacional de protección de los derechos humanos, asume un papel importantísimo el Comité de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia se ha desarrollado mucho en los últimos años. Una vez introducida una queja individual ante el mismo, el Comité de Derechos Humanos tendrá que determinar su propia competencia en razón de cuatro criterios: *ratione temporis*, puesto que los derechos denunciados debieron haber ocurrido después de que el Pacto y el Protocolo hayan entrado en vigor para el Estado contra el que se reclama; *ratione personae*, en el sentido de que el demandante ha de ser la víctima (persona física) o su representante legal; *ratione loci*, pues los hechos debieron haber ocurrido en un lugar bajo la jurisdicción del Estado demandado; y *ratione materiae*, en el sentido de que el derecho cuya violación se denuncia debe estar consagrado en la convención correspondiente. El carácter contradictorio del procedimiento implica que ambas las partes (el Estado y la víctima o su representante) se enfrentarán ante el Comité de Derechos Humanos defendiendo por escrito y sucesivamente sus posiciones, primero en cuanto a la admisibilidad de la queja y, una vez resuelta favorablemente esta primera fase procesal, en cuanto al fondo del asunto. En rigor, el procedimiento seguirá cuatro fases escritas, regladas y confidenciales: 1) *admisibilidad* (recibimiento de la queja, registro y decisión sobre la admisibilidad); 2) *determinación de los hechos* (comentarios sobre el fondo por el Estado y por la víctima); 3) *observaciones sobre el fondo* (recomendaciones y dictámenes, con votos individuales o disidentes de los integrantes del Comité DH); y 4) *publicación y seguimiento* (publicación en el informe anual del Comité DH, como un medio de sanción «moral» internacional frente al Estado violador de los derechos

---

<sup>304</sup> RIPOLL CARULLA, Santiago, *Op. Cit.*, pp.160/161.

humanos, constantes del pacto respectivo). Con respecto a la eficacia del procedimiento *causiconsensual*, se puede decir que el poder de investigación del Comité de DH es muy limitado, pues reposa en las informaciones que las partes le suministran y que la sofisticación de los mecanismos procesales internacionales, la necesidad de agotamiento previo de los recursos internos y las dificultades prácticas de acceso de las víctimas a estos procedimientos, hacen que su utilización sea escasa. No obstante, a pesar de sus limitaciones e infrutilización, el procedimiento es útil. Piénsese, por ejemplo, en que la adopción de decisiones de este tipo permite al Comité DH analizar e interpretar en profundidad el alcance de los artículos del Pacto, a la vez que tutelar internacionalmente los derechos presuntamente violados.<sup>305</sup>

También es importante considerar los mecanismos extraconvencionales que ofrecen al denunciante una vía flexible y expedita de protección, sin paralelo entre los mecanismos convencionales, y que se circunscribe por el momento a los mandatos más emblemáticos de la Comisión DH relativos a los derechos civiles y políticos; la mayoría son quejas individuales por presuntas violaciones de los derechos humanos que se encaminan procesalmente mediante las resoluciones 1235 (de 6 de junio de 1967, con su consagración definitiva en 1975, cuando se creó un Grupo de trabajo encargado de estudiar la situación de los derechos humanos en Chile después del golpe de estado de 1973) y 1503 del ECOSOC (el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas). El *procedimiento 1235* representa la primera respuesta de la Comisión de Derechos Humanos a las comunicaciones individuales remitidas a las Naciones Unidas. A partir de las quejas presentadas e incluidas en la lista no confidencial elaborada por el Secretario General, la Comisión de Derechos Humanos designa un Relator especial o un grupo de expertos para que emprendan la tarea de estudio e investigación de la situación de que se trate y presenten, en sesión pública, el preceptivo informe. En 1970, el Consejo Económico y Social estableció un segundo procedimiento para examinar las comunicaciones individuales relativas a las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales, la Resolución 1503 (de 23 de mayo, más tarde Reformada a través de la Resolución 200/3, de 16 de junio de 2000, por el mismo Consejo Económico y Social). Así como la anterior, el *procedimiento 1503* tampoco trata las comunicaciones individuales como

---

<sup>305</sup> VIRÁN DURÁN, Carlos, “La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal y su vigencia en España”, *Op. Cit.* pp. 32/40.

casos particulares, sino como situaciones que afectan a numerosas personas durante un período de tiempo significativo. Su objetivo, así como la anterior, no es la denuncia de las situaciones, sino contribuir a la identificación y solución de las causas que están en su base estableciendo al efecto un diálogo con los Estados.<sup>306</sup>

En el seno de la ONU hay distintos Órganos encargados de la aplicación y efectividad de los principios enunciados en la Carta de San Francisco. Concretamente: 1) La *Asamblea General de las Naciones Unidas*, que es un órgano esencialmente deliberante que, en el ámbito de los Derechos Humanos tiene por misión “*facilitar para todos sin distinción de raza, de sexo, de lengua o de religión, el disfrute de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales*” (art. 13.1 b y art.1.3 de la Carta), con lo que, para conseguir esta finalidad, emite «Recomendaciones» a los Estados, que incluyen las medidas adecuadas para asegurar la solución pacífica de cualquier situación que pueda dañar el bien general o que sean resultado de una infracción de las disposiciones de la Carta y de los fines y principios de las Naciones Unidas (art. 12 c/c art.1.3); 2) *El Consejo Económico y Social*, este Órgano principal de las Naciones Unidas comparte con la Asamblea General la potestad de hacer «Recomendaciones» con objeto de asegurar el respeto efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos (arts. 62.2 de la Carta). Tiene competencia para conocer los informes de los Estados miembros, y de las instituciones especializadas de las Naciones Unidas, sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de sus propias Recomendaciones y de las Recomendaciones de la Asamblea General en los asuntos de la competencia del Consejo (art. 64, Carta). La Carta expresamente autoriza al Consejo Económico y Social para «instituir Comisiones para...el progreso de los Derechos Humanos...» (art.68) y con este objetivo se crearon otras subcomisiones y Comités; 3) *El Secretariado General de las Naciones Unidas*, como reflejan los artículos 97 a 101 de la Carta, es un de los Órganos principales de la ONU. Según el art.99, por ejemplo, el Secretario General puede llamar la atención del Consejo de Seguridad Internacional sobre un problema que pueda poner en peligro la paz, la seguridad internacional. Además, le compete tanto recibir todos los informes de los Estados y trasladarlos al Organismo de Protección de Derechos Humanos correspondiente como asegurar el

---

<sup>306</sup> RIPOLL CARULLA, Santiago, *Op. Cit.*, pp 165/167. Vale resaltar que a pesar del carácter confidencial del procedimiento, desde 1978 el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos ha anunciado públicamente la relación de países, hasta un total de 80 (a 31 de diciembre de 2001), que han sido examinados por la Comisión en virtud del procedimiento 1503.

funcionamiento de los Órganos establecidos en la Carta (art.19); 4) *Consejo de Seguridad*, que es el Órgano fundamental de la ONU. Según el art. 24 de la Carta, le corresponde el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. Se compone de 15 miembros, siendo 5 permanentes y 10 temporales. Conforme el art.11.3 de la citada Carta, en materia de los derechos humanos cumple una misión de última instancia cuando la Asamblea General acuerda llamar la atención «sobre situaciones que pueden poner en peligro la paz y la seguridad». El Consejo examina el acuerdo de la Asamblea y las actuaciones practicadas con anterioridad y hace unas «recomendaciones» y, en algunos casos, adopta medidas conducentes para obligar a los Estados a cumplir con sus obligaciones internacionales respecto al mantenimiento de los Derechos Humanos.<sup>307</sup> 5) *El Tribunal Internacional de Justicia*, que según el art. 92 de la Carta, «constituye el Órgano judicial principal de las Naciones Unidas. Todos los Estados signatarios de la Carta se comprometen a conformarse con la decisión del Tribunal Internacional en todos los litigios en que sean parte (art. 95.1). Si una parte en litigio no cumple las obligaciones que le incumben en virtud de una sentencia del Tribunal, la otra puede recurrir al Consejo de Seguridad, que podrá hacer las recomendaciones necesarias o adoptar las medidas oportunas para hacer ejecutar la sentencia (art. 94). Pero, el Tribunal Internacional de Justicia no tiene ninguna competencia específica en materia de derechos humanos. Su misión es de decidir, conforme el Derecho Internacional, los conflictos que se le sometan por los Estados (arts. 36.1 y 38 del Estatuto del TIJ), que son los únicos sujetos legitimados para presentarse ante el Tribunal (art.34 del Estatuto). En consecuencia sus decisiones solamente obligan a los Estados parte en el litigio concreto entablado (art. 59 del Estatuto).<sup>308</sup>

También hay que destacar otros muchos organismos que fueron creados en el seno de la ONU a través de Resoluciones de la Asamblea General y del Consejo Económico y Social para un mejor cumplimiento de sus funciones y competencias específicas. Por ejemplo, la UNICEF, la *Comisión de Derechos Humanos*

---

<sup>307</sup> Así, se pronunció el Consejo de Seguridad sobre la política de «apartheid» en África del Sur, en Namibia y respecto de la situación de Zimbabwe.

<sup>308</sup> MORENILLA RODRIGUEZ, José Maria, *Los Sistemas para la Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Temas Constitucionales 8, Centro de Publicaciones del Ministerio de la Justicia, Madrid, 1986, pp. 27/33. Pero, según describe el Autor mencionado a las pp.32/33, el Tribunal de Justicia Internacional raramente se ha ocupado de cuestiones relacionadas con los derechos humanos, aunque *casi todos* los Convenios sobre derechos humanos elaborados en las Naciones Unidas se refieren expresamente al Tribunal Internacional de Justicia como Órgano encargado de resolver las disputas entre los Estados parte relativas a la interpretación, aplicación y cumplimiento del Tratado correspondiente. Sin embargo, el mismo Autor a la referida p. 33, resalta también que ninguno de los Pactos ni los Convenios europeo y americano, ni la Carta africana, reconocen esa competencia en los respectivos instrumentos.



de las Naciones Unidas, la Subcomisión de la Lucha contra las Medidas Discriminatorias y de Protección de Minorías y el Comité de Derechos Económicos y Sociales. Otros organismos fueran establecidos por Convenios Internacionales de las Naciones Unidas, como, *Comité de Eliminación de la Discriminación Racial*, establecido en el Convenio sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (art.18); *Comité de Derechos Humanos*, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 28 a 32) para la aplicación de este Pacto; *Comité sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, creado por el Convenio sobre eliminación de cualquier forma de discriminación contra la mujer (1979); *Comité contra la Tortura*, creado por el Convenio contra la tortura (1984). Hay también en el ámbito de la ONU, *Órganos especializados relacionados con los Derechos Humanos*, como son, la *Organización Internacional del Trabajo- OIT*, que se ha ocupado de la defensa de los derechos sociales; la *Organización para la Cultura, la Ciencia y la Educación- UNESCO*, al establecer las condiciones en que el derecho a educación es aplicado; la *Organización Mundial de la Salud – OMS*, en cuestiones relacionadas con la Salud Pública; la *Organización para la Alimentación y la Agricultura – FAO*, con respecto a la aplicación de los derechos humanos pertinentes con esos campos y *los Convenios de Ginebra (1949) para la Protección de las Víctimas de Guerra*.<sup>309</sup>

En cuanto a los procedimientos de control sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados son fundamentalmente cuatro: la presentación de informes (lo más frecuente); el procedimiento de comunicaciones entre Estados; las comunicaciones individuales y el procedimiento confidencial de investigación (que aparece recogido exclusivamente en la Convención contra la Tortura). Los procedimientos y órganos de control establecidos, en su caso, en los tratados universales de protección de los derechos humanos responden, en definitiva, a un doble objetivo. *Primero*, fomentar en los Estados parte el cumplimiento de los derechos y libertades en ellos recogidos (el procedimiento de presentación de informes persigue indudablemente este interés) y *segundo*, incorporar al Estado infractor al marco jurídico de protección establecido en el tratado.<sup>310</sup>

---

<sup>309</sup> MORENILLA RODRIGUEZ, José Maria, *Los Sistemas para la Protección Internacional de los Derechos Humanos*, *Op. Cit.*, pp. 33/56.

<sup>310</sup> RIPOLL CARULLA, Santiago, *Op. Cit.*, pp.161/164. Destaca este autor en la p.164: “Para conseguir ambos objetivos los órganos de control quedan habilitados para investigar los hechos, informar al Estado de las deficiencias en su legislación, sugerir propuestas de reformas institucionales o legislativas, promover la reparación de la víctima, etc. Estas tareas se realizan en un marco de confidencialidad que favorece el

En verdad, la reacción del sistema de las Naciones Unidas ante las situaciones que *parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y de libertades fundamentales* ha consistido en establecer nuevos medios de control internacional aptos para presionar sobre el Estado y conseguir que éste deponga en su actitud de violación de los derechos humanos y se adhiera o reincorpore, según los casos, al régimen convencional creado al efecto. Hay que observar que estos instrumentos actúan, como recuerda el apartado 1 de la Resolución 1235, *sin perjuicio de las funciones y atribuciones de los órganos ya existentes o que puedan establecerse en el marco de las medidas de aplicación incluidas en las convenciones y pactos internacionales sobre protección de los derechos humanos y libertades fundamentales*.<sup>311</sup> En este proceso de reacción de las Naciones Unidas han participado todos los órganos principales de la ONU, no sólo el ECOSOC, sino también la Asamblea General y el Secretario General. También la Corte Internacional de Justicia ha participado en este proceso gracias a la recuperación de ciertos mecanismos que, aunque inicialmente previstos en los tratados internacionales, permanecían inutilizados hasta la actualidad.<sup>312</sup> También, en el mismo sentido, el Consejo de Seguridad ha reaccionado ante determinadas situaciones de violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho internacional, con respaldo del art. IX de la Convención sobre la prevención y del castigo del crimen de genocidio.<sup>313</sup>

---

diálogo entre los Estados y los propios órganos de control. Se diría, así, que el control internacional es, en estos casos, un control político, un control de oportunidad, más que de legalidad (...) la eficacia de estos medios de control parece relativa, pudiendo señalarse, a modo de ejemplo, que los retrasos en la presentación de los informes son numerosos y significativos”.

<sup>311</sup> En el marco de las Naciones Unidas una posición de esta naturaleza halla reflejo en la respuesta de la Federación Rusa a la Resolución 2001/24 de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación en la República de Chechenia.

<sup>312</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad Frente a Barbarie, La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Ed. Trotta, Madrid, 1.999, pp.68/69, como resaltó el Autor, la Corte Internacional ya había tenido un papel importante, como por ejemplo: “En fechas cercanas a 1948, el órgano judicial principal de las Naciones Unidas contribuyó a confirmar el alcance jurídico de las consideraciones elementales de humanidad, así como la naturaleza de los principios sobre los que está basada la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. Así, por ejemplo, en su sentencia de 9 de abril de 1949 relativa al *asunto del estrecho de Corfú*, la Corte Internacional de Justicia se refirió a ciertos «principios generales bien reconocidos, tales como elementales consideraciones de humanidad, más absolutos en tiempos de paz que en tiempos de guerra»”.

<sup>313</sup> RIPOLL CARULLA, Santiago, *Op. Cit.*, p.171 y ss. Con resalto para las medidas de intervención en defensa de los derechos humanos por el Consejo de Seguridad: “La reacción del Consejo de Seguridad ante las violaciones masivas de los derechos humanos ha planteado históricamente el problema de la calificación de tal acción como una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales. Esta cuestión se suscitó específicamente en cuanto a la política de *apartheid* practicada por el Gobierno de Sudáfrica (...) en que se decidió, en 1977, a través de la Res. 418, por la imposición de un embargo de armas a Sudáfrica (...)”. Así, la doctrina considera de forma generalizada, que para el Consejo de Seguridad, las violaciones masivas de las normas de protección de los derechos humanos sobre la población de un único país quedan incluidas bajo la noción de amenaza a la paz y seguridad internacionales del artículo 39 de la Carta.

En cierto modo, la consideración de las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad para hacer cesar la violación de los derechos humanos puede llevar a concluir que es una reacción muy limitada, siendo así que la publicidad internacional de las violaciones se presenta como la forma máxima de coerción. Las medidas de embargo y otras formas de presión sobre los Estados que el Consejo pueda haber adoptado atienden otros objetivos: restablecimiento de la paz, retirada de tropas, respeto del alto fuego, etc. aunque la reacción del Consejo frente a las violaciones de los derechos humanos no puede entenderse sino como una acción de conjunto. Así, las medidas de investigación y publicitación internacional de las prácticas de violación masiva de los derechos humanos, la condena y la exigencia de cese de dichas acciones, se superponen a las tareas de asistencia humanitaria y la criminalización de los individuos responsables de los actos contrarios a la dignidad humana. La totalidad de estas medidas, a su vez, convive con las medidas de embargo armamentístico y comercial impuestas por el Consejo. Y, en su conjunto, la acción del Consejo de Seguridad somete al Estado infractor a una situación de gran presión internacional que actúa como catalizador de la reacción de la opinión pública internacional y de todos los Estados.

Se puede observar en el marco de la historia de la ONU, que desde 1948, la referida organización internacional ha procedido con la creación de una red de convenios internacionales por medio de los cuales los propios Estados limitan su margen decisorio en materia de derechos humanos y aceptan la jurisdicción de ciertos órganos internacionales de control. Después, a mediados de los años sesenta, las Naciones Unidas han establecido una serie de procedimientos institucionales (como los mencionados procedimientos 1235 y 1503 y los procedimientos especiales), en cuya creación no se ha contado con la expresa voluntad de los Estados pero cuya ejecución sí exige de su concurso. Y por fin, a partir de la década de los noventa el Consejo de Seguridad ha adoptado ciertas medidas de intervención en materia de derechos humanos, recurriendo para ello en ocasiones a la adopción de decisiones vinculantes para los Estados (art. 25 CNU). Así, todos los medios de control de la observancia de los derechos humanos por los Estados parte en los tratados internacionales de protección de los derechos humanos y de prohibición de determinadas prácticas responden a un objetivo esencial, el de incorporar al Estado infractor al marco jurídico de protección de los derechos humanos establecido por ONU. Para conseguirlo los órganos de control (convencionales y extraconvencionales) creados al efecto quedan habilitados para intervenir en las

decisiones del Estado en la materia. Pero dicha injerencia se realiza en un marco de confidencialidad que favorece el diálogo entre los Estados y los órganos de las Naciones Unidas.<sup>314</sup>

Es notable que ante las dificultades en el establecimiento de un eficaz sistema universal de protección de los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal y desarrollados ya separadamente en los Pactos, el intento de lograr la aspiración de un sistema maximalista de protección se ve desplazado por el desarrollo de un grupo de subsistemas regionales establecidos en países con afinidades políticas, económicas, sociales y jurídicas, que parten de la aceptación de unos principios comunes.<sup>315</sup>

Así, al lado del Sistema Universal hay otros internacionales de carácter regional, como el *Estatuto del Consejo de Europa*, de 1949 que establece como una de sus finalidades la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 1.b) e impone a cada uno de sus miembros el reconocimiento de los principios del imperio del Derecho y de cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, comprometiéndose a colaborar sincera y activamente con esa finalidad (art. 3). Con este fin de asegurar el reconocimiento y la aplicación universal y efectiva de los derechos humanos en el ámbito europeo, se elaboró el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, exponiendo un catálogo de derechos (que después ha ido extendiendo en sucesivos protocolos) e instituyendo una *Comisión Europea de Derechos Humanos* y un *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (art. 19).<sup>316</sup> Este Tribunal ha manifestado reiteradamente que su función ha de consistir en realizar una interpretación dinámica de la *Convención Europea para Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, constituyéndose como un tribunal «cuasiconstitucional» europeo en el campo de los derechos humanos, ante las respuestas a las demandas formuladas por individuos sujetos a la jurisdicción de un Estado parte. Ello ha permitido al Tribunal ocuparse de establecer estándares precisos de protección en el ejercicio

---

<sup>314</sup> RIPOLL CARULLA, Santiago, *Op. Cit.*, p.176/178.

<sup>315</sup> VALLESPIN PÉREZ, David, *Op. Cit.*, p.51/52.

<sup>316</sup> MORENILLA RODRIGUEZ, José María, *Los Sistemas para la Protección Internacional de los Derechos Humanos*, *Op. Cit.*, pp. 17/22.

cotidiano de los derechos fundamentales que impregnan las relaciones jurídicas de los ciudadanos.<sup>317</sup>

Para acceder al Tribunal Europeo de Derechos Humanos el individuo utiliza su derecho de petición consagrado en el artículo 25 de la *Convención Europea de Derechos Humanos*.<sup>318</sup> Actualmente se ha desarrollado una vasta jurisprudencia sobre el derecho de petición individual, que disfruta de una cierta autonomía, siendo distinto de los derechos substantivos enumerados en el título I de la Convención Europea.<sup>319</sup> En reconocimiento expreso de la relevancia del derecho de la relevancia del derecho de petición individual, la Declaración y Programa de Acción de Viena (principal documento adoptado por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993) instó su adopción, como método adicional de protección, mediante Protocolos Facultativos a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

---

<sup>317</sup> RIPOLL CARULLA, Santiago, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2007, pp.29/37, destaca para la función causiconstitucional del Tribunal p. 33: “Esta acción es propia de los tribunales constitucionales y, junto a otros elementos, permite afirmar que el TEDH ha adquirido un papel de órgano causiconstitucional en Europa en el campo de los derechos humanos. Este papel no estaba inicialmente recogido en el Convenio de Roma sino que es, como se ha indicado, fruto de la acción llevada a cabo por el Tribunal. Otra manifestación de esta función causiconstitucional del TEDH consiste en que ha asumido la tarea de garante de «un instrumento vivo que ha de interpretarse a luz de las condiciones de vida actuales»”.

<sup>318</sup> El art. 25 de la Convención Europea fue originalmente concebido como una cláusula facultativa, pero hoy en día está aceptada por todos los Estados partes en la Convención, enmendada por el protocolo nº 11 de 1 de noviembre de 1998. Según CARULLA, Santiago Ripol, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, Op. Cit., p. 13, vemos que: “Desde que España se adhirió al Convenio Europeo de Derechos Humanos y aceptó la competencia de los órganos de garantía del Convenio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dictado 52 sentencias relativas a España: en 14 ocasiones el Tribunal de Estrasburgo ha dictado una sentencia constando que no se había producido la vulneración de uno de los derechos incluidos en la Convención de Roma; en otras 33 ocasiones, en cambio, la sentencia condenaba a España, constatando la violación alegada por el demandante. El grueso principal de las sentencias condenatorias se refiere al artículo 6 del Convenio (22 sentencias); otras son relativas a los derechos al respecto a la vida privada y familiar consagrado por el artículo 8 CEDH, a la libertad y a la seguridad (art.5 CEDH) y a libertad de expresión (art.10). España, en fin, ha sido condenada en sendas ocasiones por violación de los artículos 3 (prohibición de la tortura) y 7 (no hay pena sin ley) del Convenio.”.

<sup>319</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, pp.41 y ss. Con resalto para a p.43: “La Corte Europea, a su vez, en el caso *Norris versus Irlanda* (1988), ponderó que las condiciones que rigen las peticiones individuales bajo el artículo 25 de la Convención « no coinciden necesariamente con los criterios nacionales relativos al *locus standi*», que pueden incluso servir para propósitos distintos de los contemplados en le mencionado artículo 25. Resulta, pues, clarísima la autonomía del derecho de petición individual en el plano internacional *vis-à-vis* disposiciones del derecho interno

Tampoco hay que olvidar el *Sistema Regional Americano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*<sup>320</sup>, que tiene precedentes anteriores a 1945, pero se desarrolló concretamente después, con la *Organización de Estados Americanos* con su *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* y la *Carta Americana de Garantías Sociales* en 1948 y con la creación de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* en 1959. Además se complementa con la *Convención Americana de Derechos Humanos*, denominada de *Pacto de San José de Costa Rica* en 1969 (entró en vigencia en 1978 al haber sido ratificada por once Estados) y con la creación de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* el Sistema regional se complementa. Este sistema tiene la característica de que mientras la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Estatuto y Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son aplicables a todos los Estados miembros del Sistema Interamericano (es decir, a treinta y un Estados), son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos veinticinco Estados.<sup>321</sup> Esta situación trae como consecuencia que coexistan dos regímenes de promoción y protección, uno para los Estados partes en la Convención y otro para los que no forman parte y un mismo órgano, la Comisión Interamericana, actúa con respecto a los dos regímenes, con competencia normalmente análogas, pero, no idénticas. El Sistema Interamericano encara la promoción y protección de todos los derechos humanos, es decir, tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales. Pero con respecto a los primeros hay un procedimiento específico de protección, mientras que los segundos sólo hay una referencia genérica al deber de los Estados partes en la Convención de «adoptar providencias» para lograr progresivamente su plena efectividad.<sup>322</sup>

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos también el derecho de petición, consagrado en el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha constituido en un medio eficaz de afrontar

---

<sup>320</sup> Hay otros sistemas regionales, como el proveniente de la Unidad Africana, *la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos* (firmada en Nairobi en 1981) y el de la Liga de Estados Árabes, *la Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos* (subscrita en setiembre de 1981), pero de duración más reciente y por eso mismo, menos desarrollados que los dos mencionados, el Europeo y el Interamericano.

<sup>321</sup> <http://www.cidh.org>, dispone de informaciones a respeto de la Convención.

<sup>322</sup> GROS ESPIELL, Hector, *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pp.201/224, destaca en la p.207, la siguiente característica de este Sistema,: “Una característica que debe señalarse desde ya en el Sistema Regional Americano es la posibilidad de que la Comisión Interamericana reciba comunicaciones o denuncias individuales por violaciones de derechos humanos, tanto respecto de Estados que son partes en la Convención Americana como de aquellos otros que aún no lo son”.

casos no sólo individuales sino también violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, de ahí su reconocida importancia sobre la protección de los derechos humanos en toda la América.<sup>323</sup>

## 7. JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN

En principio, la *doctrina del positivismo jurídico* considera que un derecho sólo alcanza a serlo desde el momento en que aparece reconocido en una norma jurídica fundamentalmente válida (en la Ley o en la Constitución). Sin embargo, en dicha doctrina existen posturas más exigentes, que consideran que sólo alcanzan a ser derechos aquellos que son *justiciables*, es decir, aquellos cuyo incumplimiento puede ser invocado ante un juez y éste exigir a quien lo incumple que modifique su conducta, así como a indemnizar por el daño causado por dicho incumplimiento, de conformidad con normas legislativas válidas y vigentes. En este sentido, algunos derechos humanos suelen ser reconocidos como derechos fundamentales en dichas normas supremas, en cuanto fundamento sobre cuya base descansa todo el ordenamiento jurídico. La justiciabilidad de dichos derechos humanos fundamentales se suele reforzar por medio de unas *garantías especiales*, como el recurso de amparo, por ejemplo, ante un tribunal constitucional, con objeto de reforzar su debido respeto y protección.

Pero ¿qué ocurre con los derechos humanos que carecen de esta justiciabilidad? La problemática es planteada en gran parte de los derechos económicos, sociales y culturales, así como en los derechos humanos relacionados con el medio ambiente, el derecho al desarrollo o a la asistencia humanitaria, considerados como

---

<sup>323</sup>CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *Op. Cit.*, p.44 y ss. Sobre la importancia del derecho de petición consagrado en el artículo 44 de la Convención Americana, señala el autor en las pp. 45/46: “Su importancia ha sido fundamental, y no podría jamás ser minimizada. La consagración del derecho de petición individual bajo el artículo 44 de la Convención Americana se revistió de significación especial. No sólo fue su importancia, para el mecanismo de la Convención como un todo, debidamente enfatizada en los *travaux préparatoires* de aquella disposición de la Convención, sino que también representó un avance en relación a lo que, hasta la adopción del Pacto de San José en 1969, se había logrado en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La otra Convención regional de derechos humanos entonces en vigor, la Convención Europea, sólo aceptaba el derecho de petición individual originalmente consagrado en una cláusula facultativa, condicionando la *legitimatío ad causam* a la demostración de la condición de *víctima* por el demandante individual... La Convención Americana, de forma distinta, convirtió el derecho de petición individual en obligatorio, de aceptación automática por los Estados ratificantes, abriéndolo a «cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización» de los Estados Americanos (OEA) – lo que revela la importancia capital atribuida al mismo”.

derechos humanos de tercera generación o derechos de solidaridad, y asimismo algunos derechos civiles y políticos, suelen carecer del debido desarrollo legislativo.<sup>324</sup> ¿Pero eso no lleva a la conclusión de que tales derechos no son *exigibles* o *justiciables*? Las garantías procesales pueden ser reforzadas, con medios de defensa y recursos judiciales. Además, dichos derechos pueden ser reconocidos, protegidos, promovidos y aplicados, es decir, realizados más allá del mero formalismo jurídico y de su carácter abstracto. Se puede comprobar que en aquellos países que han logrado un avanzado nivel de bienestar se ha conseguido un alto grado de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, a la par de los derechos civiles y políticos, al procurar los poderes públicos el desarrollo legislativo requerido, sin el cual ni las autoridades judiciales ni las administrativas estarían en condiciones de aplicar dichos derechos.

Es imperioso reconocer que una amplia gama de derechos económicos, sociales y culturales, como los derechos ambientales, de los usuarios y consumidores y otros derechos de tercera generación, son regularmente objeto de decisiones judiciales. Por tanto, se hace necesario citar consideraciones referentes a la exigibilidad y justiciabilidad de estos derechos.

Es oportuno observar el artículo 2.2 del PIDESC que establece:

*“cada Estado parte se compromete a adoptar...(omissis) las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto...”*

Al hablar de Justiciabilidad de los derechos humanos de tercera generación es necesario plantear primero que estos derechos, sobre todo el derecho al desarrollo, está en íntima correlación con los derechos económicos, sociales y culturales – DESC e incluso para algunos, como Aniza Morales, el derecho al desarrollo estaría injerido en aquellos.<sup>325</sup>

---

<sup>324</sup> ANGULO SANCHES, Nicolás, *El Derecho Humano al Desarrollo frente a la mundialización del Mercado*, IEPALA editorial/Universidad Complutense de Madrid, 2005, pp.88/89.

<sup>325</sup> GARCIA MORALES, Aniza Fernanda, *La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2003, pp.14 a 19.



Desde el reconocimiento del derecho al desarrollo por la Declaración de las Naciones Unidas de 1986, con carácter de indivisibilidad e interdependencia, se tiene la noción de que este especial derecho no sólo afecta a los aspectos económicos y sociales sino que conforme al artículo 1.1 de esta Declaración sobre el desarrollo, faculta a los individuos y pueblos para *participar* en el desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente *todos los derechos humanos y libertades fundamentales* (art.8.2). Y por los términos que está reconocido el derecho al desarrollo en la Declaración de 1986, se trata de un derecho que presenta tanto carácter individual como de grupo. Así, de conformidad con el artículo 1.1, este derecho tiene como beneficiario a la persona humana y a todos los pueblos. Asimismo el sujeto central del desarrollo es la persona humana, según la previsión del artículo 2.1, y debe ser el participante activo y beneficiario del mismo.<sup>326</sup> Se percibe de plano, la particular importancia que la Declaración facultó a la *participación*, activa, libre y significativa de todos los individuos en el desarrollo (art.2.3); al derecho de los individuos y pueblos a contribuir al desarrollo y a disfrutar de él (art.1.1); a las medidas eficaces para lograr que la mujer participe activamente en el proceso de desarrollo (art.8.1), y a la participación popular en todas las esferas, como factor importante para el desarrollo y para la plena realización de todos los derechos humanos (art.8.2).

Por consiguiente, el derecho al desarrollo tiene un claro sentido de *justicia social*. Se ha señalado que es fundamental asegurar una constante mejora del bienestar respecto de todos los individuos, con base en su participación no sólo en el desarrollo, sino también en la “justicia distributiva”, eso es, la justa distribución de los beneficios que del mismo resulten (art.2.3); y, a la vez, garantizar la igualdad de oportunidades para todos en lo relativo al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios sanitarios, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos (art.8.1). Con eso, se percibe claramente una estrecha relación entre su contenido y los conceptos de no discriminación, igualdad y protección de los derechos económicos y sociales en su conjunto. Esta es, en verdad, la exacta comprensión que

---

<sup>326</sup> GARCIA MORALES, Aniza Fernanda, *La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)*, *Op.Cit.*, pp. 16 y 17. Señala en la p.16 que: “El grupo de trabajo de UN sobre derecho al desarrollo – que funcionó de 1993 a 1995 – incluyó entre los beneficiarios no sólo a los individuos y pueblos sino también a los grupos, en una fórmula que puede interpretarse en el sentido de que incluye también a las minorías”. Pero estos grupos de trabajo no incluyeron los Estados, si bien en ciertos casos, los países más pobres como los de tercer mundo podrían considerarse también sujetos del derecho al desarrollo.

debe tenerse en relación al *derecho al desarrollo*, su preocupación en la erradicación de la extrema pobreza y la distribución de los ingresos.

Es cierto que el derecho al desarrollo se encuentra enmarcado entre los derechos de solidaridad, de mejor conformidad con el Estado Social, que exigen la realización de políticas redistributivas, con carácter de acciones afirmativas y de discriminación reversa. La justicia distributiva ocupa aquí un papel fundamental. Como señala B. de Castro, “*el Estado social, en vez de realizar la distribución de bienes comunes según el criterio económico estricto de equivalencia entre las aportaciones de los individuos y las prestaciones estatales (como propugna el capitalismo de mercado y su correspondiente concepción mercantilista de la justicia) lo hace siguiendo criterios éticos de ayuda al necesitado (altruismo, filantropía, solidaridad) mediante el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales*”.<sup>327</sup> Se comprende que los derechos redistributivos se justifican por principios morales de justicia distributiva; además responden al principio de la solidaridad y reciprocidad, compensan diferentes estados de necesidad en tiempo, espacio y situaciones vitales y son el referente de los actuales sistemas de solidaridad por medio de los tipos de igualación.<sup>328</sup>

Si la *libertad* fue el valor guía de los derechos humanos de primera generación, como lo fue la *igualdad* para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de tercera generación tienen como principal valor la referencia a la *solidaridad*. Los nuevos derechos humanos se hallan anudados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos los hombres y exigen para su realización la comunidad de esfuerzos y responsabilidad a escala planetaria.

Por otro lado, otro aspecto que es necesario considerar, siguiendo una postura más exigente de la doctrina del positivismo, es que sólo alcanzan a ser derechos aquellos que son justiciables, es decir, aquellos cuyo incumplimiento puede ser invocado ante un juez y éste exigir a quien lo incumple que modifique su conducta, así como a indemnizar por el daño causado por dicho incumplimiento, de conformidad con

---

<sup>327</sup> DE CASTRO CID, B., “Estado Social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales” *in Derechos y Libertades*, n°6, Madrid, 1996, p.53

<sup>328</sup> Conviene distinguir entre la *igualación redistributiva* que tiende a compensar diferencias en tiempo, espacio y situaciones vitales por medio del principio de la reciprocidad, conectando estas discrepancias y los respectivos segmentos de población entre sí, y *los derechos no recíprocos* que tienden a igualar situaciones vitales abstrayéndolas de sus rasgos y diferencias singularísimas mediante la salvaguardía de las prestaciones independientes del tiempo, el espacio y las situaciones vitales y sin consideración a las necesidades más urgentes de otros miembros de la comunidad.

normas legislativas válidas y vigentes. En este sentido, algunos derechos humanos suelen ser reconocidos como derechos fundamentales en dichas normas supremas, en cuanto fundamento sobre cuya base descansa todo el ordenamiento jurídico. Mientras tanto, la *justiciabilidad de dichos derechos se suele reforzar por medio de unas garantías especiales* con objeto de reforzar su debido respeto y protección.<sup>329</sup>

No se puede dejar de reconocer que en muchos países (incluso en aquellos con constitución democrática y con protección de derechos fundamentales), para los más vulnerables y desfavorecidos, los derechos económicos, sociales y culturales, y buena parte de los derechos civiles y políticos, tienen un nivel de incumplimiento o efectividad mucho más bajo del que presumen al presentarse como Estados democráticos y de Derecho. En cualquier caso, las exigencias del positivismo jurídico no van más allá del formalismo jurídico abstrato y, por lo tanto, aunque refuercen las garantías procesales de los derechos humanos o fundamentales en un eventual recurso judicial, esto no basta para asegurar un nivel de cumplimiento y efectividad satisfactorios de todos los derechos humanos.

En verdad, la pertinencia de la noción de efectividad de los derechos humanos, en la medida en que ésta exige que dichos derechos no sólo sean reconocidos, sino que también sean protegidos, promovidos y aplicados, es decir, realizados, es lo más importante, pues entonces los derechos humanos estarían en una posición más allá del mero formalismo jurídico y de su carácter abstracto. Por consiguiente, puede comprobarse que en aquellos países que han logrado un avanzado bienestar se ha conseguido un alto grado de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, a la par que de los derechos civiles y políticos, al procurar los poderes públicos el desarrollo legislativo requerido, sin el cual ni las autoridades judiciales ni las administrativas estarían en condiciones de aplicar dichos derechos.<sup>330</sup>

Resulta oportuno señalar la importante declaración realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que reconoce la justiciabilidad de los DESCs:

---

<sup>329</sup> Por ejemplo, el recurso de amparo ante un tribunal constitucional.

<sup>330</sup> ANGULO SANCHES, Nicolás, *El Derecho Humano al Desarrollo... Op. Cit.*, pp.88/90.

*“basta señalar la práctica en vigencia en muchos Estados para demostrar que una amplia gama de derechos económicos es regularmente objeto de decisiones judiciales”.*

Por lo tanto, las autoridades gubernamentales y parlamentarias tienen una responsabilidad primordial a la hora de llevar a cabo el desarrollo legislativo requerido. De no hacerlo así, dichos poderes públicos estatales incurren en un incumplimiento de las normas internacionales relativas a los derechos humanos y al derecho al desarrollo.<sup>331</sup>

La *justiciabilidad* puede ser una vía para favorecer la efectividad de los derechos humanos, quizás necesaria, pero con límites propios, derivada muchas veces de la gran conflictividad jurídica existente en las sociedades constitucionalmente democráticas. En tales circunstancias, la justiciabilidad apenas no se mostrará suficiente para lograr un nivel satisfactorio de protección y cumplimiento de los derechos humanos. Para que un derecho humano sea efectivo no basta con que sea justiciable, sino que debe exigirse de los poderes públicos que pongan a disposición de todos los individuos y grupos, especialmente de los más vulnerables y desfavorecidos, además de su justiciabilidad, toda una serie de medios y recursos complementarios que refuercen las garantías y aumenten el grado de efectividad de todos los derechos humanos para todos. Entre las medidas que deberían adoptarse procede destacar el proporcionar a la aplicación y realización de cada uno de los derechos humanos una cobertura presupuestaria más acorde y realista.<sup>332</sup>

Es notable que casi todo lo que se ha escrito en defensa de la Justiciabilidad de los DESCs puede aplicarse con referencia a los derechos humanos de tercera generación, en especial al derecho al desarrollo. Vale recordar las

---

<sup>331</sup> El art. 2.1 del PIDESC prescribe que: *“Cada uno de los Estados partes en el Pacto se compromete a adoptar medidas...(omissis) para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”* Y también, el art.2.2: *“cada Estado parte se compromete a adoptar...(omissis) las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto...(omissis)”*.

<sup>332</sup> ANGULO SÁNCHEZ, Nicolás, *Op. Cit.*, pp.91/92, destaca en la p.92: *“Aportar de los fondos públicos los recursos económicos, técnicos y humanos suficientes para la aplicación y realización efectiva de los derechos humanos para todos, y en primer lugar para los más vulnerables y desfavorecidos. Entre estas medidas debe figurar, en lugar destacado, el destinar la administración de justicia una cobertura presupuestaria más realista y conforme con la misión fundamental que le ha sido encomendada por las normas supremas de los ordenamientos jurídicos estatales, consistentes en hacer cumplir las leyes, con el propósito de hacer efectivos todos los derechos humanos en ellas reconocidos”*.

consideraciones de los expertos sobre derechos humanos, reunidos en París en 1978, que efectuó la siguiente reflexión:”*el derecho al desarrollo, más como derecho distinto, aparece como un conjunto de medios que permitirán hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales para la masa de seres humanos que han sido ilegalmente privados de ellos*”. Así, en este contexto, presentamos a través de las siguientes consideraciones, aspectos de esta justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

## **7.1 LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y SU CORRELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN**

La Carta de la ONU (1948) en su artículo 55 estableció una correlación entre los derechos humanos y el desarrollo sócio-económico, mientras que el artículo 56 dispone que todos los miembros de la Organización deben comprometerse a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización para la realización de los propósitos reconocidos en el artículo anterior, consistentes en: a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo sócio-económico y social; b) solución de problemas internacionales de carácter económico, social y educativo; y c) respecto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin que exista distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

Es suficientemente reconocido que el derecho al desarrollo no sólo afecta a los aspectos económicos y sociales, sino que conforme al artículo 1.1 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, de 1986, este derecho faculta a los individuos y pueblos a participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Esta Declaración, por tanto, asume la idea de indivisibilidad e interdependencia en la naturaleza de los derechos humanos (ver su art. 6.2). Es singular que este derecho al desarrollo presenta tanto carácter individual como de grupo (según el art.1.1, los beneficiarios son las personas y todos los pueblos), siendo la persona humana el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y beneficiario del

mismo.<sup>333</sup> Por lo tanto, esta Declaración concede una particular importancia a la idea de participación, por ejemplo, el art.2.3 se refiere a la participación activa, libre y significativa de todos los individuos en desarrollo y el art.8.2 a la participación popular en todas las esferas, como factor importante para el desarrollo y para la plena realización de todos los derechos humanos.

Además, es indudable el carácter de justicia social que el derecho al desarrollo consagra. Señala el art. 2.3 de la Declaración, que es fundamental asegurar una constante mejora del bienestar respecto de todos los individuos con base en su participación no sólo en el desarrollo, sino también en la justa distribución de los beneficios que del mismo resulta y el art. 8.1, a la vez, garantiza, formalmente, la igualdad de oportunidades para todos en lo relativo al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios sanitarios, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos. Así, está claro que existe, en este contexto, una estrecha relación entre el contenido del derecho al desarrollo y los conceptos de no discriminación, igualdad para todos y protección de los derechos económicos y sociales en su conjunto, siendo que la erradicación de la extrema pobreza y la distribución de los ingresos la base de esta relación.<sup>334</sup>

Otro aspecto esencial que debe resaltarse es que el derecho al desarrollo comprende no sólo políticas y programas nacionales adecuados, sino también proyectos de cooperación internacional.<sup>335</sup> Y en cuanto a estos, resulta indispensable determinar qué obligaciones específicas deben asumir los estados y las instituciones internacionales en materia de desarrollo, y, en ese mismo contexto, qué significa concretamente el derecho de los individuos y de los pueblos al desarrollo. Tal tarea es bastante compleja, véase por ejemplo, el artículo 28 de la Declaración Universal de la ONU y el PIDESC, al referirse a los derechos y obligaciones que requieren el apoyo y la cooperación internacionales. Se evidencia que un solo derecho humano específico, el derecho al desarrollo, debe entenderse como un conjunto que abarca diversos derechos

---

<sup>333</sup> El grupo de trabajo de ONU sobre derecho al desarrollo, que ha funcionado de 1993 a 1995, incluyó entre los beneficiarios no sólo a los individuos y pueblos sino también a los grupos, con el que se interpreta con sentido de inclusión de las minorías.

<sup>334</sup> GARCIA MORALES, Aniza Fernanda García, *Op. Cit.*, pp.17/18.

<sup>335</sup> La formulación de políticas públicas u obligaciones estatales específicas frente a la población constituye una idea común en materia de derechos humanos, mientras que la formulación de obligaciones específicas en el contexto de las relaciones internacionales parece más compleja.

concretos y su eficacia dependerá, por tanto, de que sea capaz de cumplir una función de planificación e implementación de políticas y programas adecuados.<sup>336</sup>

Es sabido que, en general, los derechos fundamentales sociales son dependientes de integración por parte del legislador ordinario; pero incluso en tal circunstancia no deben ser vistos como derechos legales, sino como derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y protegidos. Resulta oportuno recordar que la *vinculabilidad* de los poderes públicos a los derechos sociales garantizan su efectividad o, con otras palabras, la *garantía de efectividad* de los derechos sociales se da por medio de normas constitucionales vinculantes (de vinculabilidad normativa general), y también que estas normas no constituyen normas meramente programáticas, sin exigibilidad, ni tampoco pueden considerarse meros llamamientos políticos del legislador o del administrador público. Consecuentemente, es un error pensar que estas normas no son *justiciables*. Sí son normas constitucionales vinculadas a tareas y fines del Estado y deben ser perseguidas por los poderes públicos, en especial por el legislador y por el administrador público. Pero, ante los límites económicos-financieros del Estado hay que observar el principio de reserva del posible, con lo que la eficacia de estos derechos sociales asume un carácter progresivo, de integración paulatina y de aspecto fuertemente prospectivo.

Acerca de la prioridad de un contenido mínimo existencial, nos adherimos a juristas como Alexy, Dworkin, Habermas, Rawls y Amartya Sen<sup>337</sup> que defienden que los derechos en cuanto educación fundamental, salud básica, asistencia a los desamparados y el derecho de acceso a la Justicia, son integrantes indispensables y con posibilidades de constituirse en un derecho subjetivo individual definitivo.

### **7.1.1 ACERCA DE LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA EXIGIBILIDAD JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES**

Uno de los puntos de controversia sigue siendo la cuestión de si los derechos sociales son derechos propiamente dichos o simplemente meras expectativas.

---

<sup>336</sup> GARCIA MORALES, Aniza Fernanda, *Op. Cit.*, p.18

<sup>337</sup> ALEXY, Robert. DWORKIN, Ronald, *O Império do Direito*, (trad. Jefferson Luiz Camargo), Martins Fontes, S. Paulo, 2003, pp.271-331. HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, (trad. Flávio Beno Siebeneichler), 2ª ed., Vol. 2, ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003 pp.9-56. RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, (trad. Almiro Pisetta e Lenita Ma. R. Esteves), 2ª ed, Martins Fontes, S.Paulo, 2002. SEN, Amartya, *Desenvolvimento como Liberdade*, Cia. das L, S. PAULO, 2007.

La importancia práctica de asumir una u otra posición tampoco es menor. Si se parte del supuesto de considerar los derechos sociales como meras expectativas, su existencia y regulación dependerán de la situación social y política existente en cada país. En cambio, si se estima que los derechos sociales tienen eficacia jurídica como los demás derechos<sup>338</sup>, deben asumirse obligatoriamente como punto de referencia jurídica para los distintos operadores del derecho. Las posiciones que han señalado que los derechos sociales en realidad son normas programáticas o meras aspiraciones han defendido su inexigibilidad ante los poderes públicos y en especial respecto de los tribunales de justicia.

Incitante aportación ha hecho Laporta en España respecto a los derechos humanos. Afirma este autor que todos los derechos son como un “microcosmo”, compuestos tanto por derechos de libertad como por derechos de prestación.<sup>339</sup> Según esta opinión, en cada derecho se pueden encuadrar subderechos pertenecientes a diversas categorías con estructuras jurídicas diferentes y, en definitiva, los derechos civiles y políticos, por un lado y los sociales, por otro, no tendrían una naturaleza jurídica distinta.

Los argumentos a favor de la falta de eficacia jurídica de los derechos sociales deben ser contextualizados en la evolución histórica de los derechos humanos a la que hicimos referencia en el Capítulo I. El proceso de incorporación de los derechos sociales a los textos constitucionales fue paulatino pero, especialmente desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, en la mayoría de los países occidentales las constituciones contemplan enunciaciones más o menos extensas de los derechos económicos y sociales.<sup>340</sup> Sin embargo, a pesar de los cambios señalados en el discurso de los derechos humanos y en los textos normativos, en la actualidad en muchos lugares hablar de derechos humanos es casi sinónimo de derechos civiles y en cierta medida de derechos políticos pero no de derechos sociales. Eso se debe, al parecer, por un lado a la

---

<sup>338</sup> Posición doctrinal largamente defendida en esta tesis.

<sup>339</sup> LAPORTA, F., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, in BETEGÓN, J.; DE PÁRAMO, J.; LAPORTA, F. y PRIETO SANCHÍS, L. (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p.321. Laporta agrega también los derechos a status y los derechos bienes públicos.

<sup>340</sup> En España, la Constitución de 1978 consagra múltiples derechos económicos, sociales y culturales que se encuentran dispersos en todo el Título I, especialmente regulados en su Capítulo III. En Brasil, están previstos en el Título II, Capítulo II, arts.6º al 11, art.170 y Título VIII, , Capítulos I a III, arts.193 a 217. Y en Portugal se encuentran en el Título III – “Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, Capítulos I a III, arts.58º a 79º.



resistencia de algunos sectores a incorporar los cambios producidos en la noción de derechos humanos y, por otro, a la existencia de algunos prejuicios sobre los derechos sociales que persisten hasta el día de hoy.<sup>341</sup>

**A) Los derechos Sociales no son auténticos derechos subjetivos y responden a fines colectivos** – El economista austriaco Hayek ha planteado que la estructura de los derechos sociales no permitiría encuadrarlos como derechos subjetivos, pues mientras los “derechos individuales” pueden exigirse a personas u organizaciones determinadas, los derechos sociales tendrían como sujeto pasivo a un difuso concepto de sociedad.<sup>342</sup> Por ese motivo los derechos sociales no tendrían el carácter de derecho sino más bien la naturaleza de simples aspiraciones, posibilidades o idealidades cuya satisfacción, por tanto, no resulta exigible. Y así, para el mencionado autor, apoyado en Kelsen, la posición de que un derecho que no tiene la correspondiente protección jurídica no lo es en sentido estricto y llega a afirmar que referirse a meras aspiraciones sociales como “derechos” degradaría el verdadero contenido de este concepto.<sup>343</sup> En sentido similar, Atria, afirma que al hacer referencia a la idea de derecho subjetivo “*la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos*” y que se estaría expresando como derechos fines colectivos, pues precisamente descansa sobre una idea comunitaria y no en fines esencialmente individuales como en el caso de los clásicos derechos civiles que desde su origen fueron concebidos como derechos en contra de la comunidad.<sup>344</sup>

Existe también la postura de quienes sostienen que los derechos sociales tendrían una naturaleza diferente pues, aludiendo a su sujeto activo, serían “derechos colectivos”.<sup>345</sup> Con este apelativo se trataría de “derechos de grupos” o que tutelan intereses colectivos mientras que la expresión “derechos individuales” quedaría sólo para los derechos civiles y políticos. Un importante exponente de esta concepción es Habermas, quien ha manifestado que los derechos sociales son bienes colectivos y no

---

<sup>341</sup> LUCIANI, M., “Sui diritti sociali”, in ROMBOLI, R., *La Tutela dei Diritti Fondamentali alle Corti Costituzionali*, G. Giapichelli, Torino, 1994, p.80.

<sup>342</sup> HAYEK, F., *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol.2, *El espejismo de la justicia social*, Unión Editorial, Madrid, 1979, pp.175/176.

<sup>343</sup> HAYEK, F., *Op. Cit.*, p.180. Recordemos que para KELSEN, H., “*la esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación*”, in *Teoría Pura del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 148.

<sup>344</sup> ATRIA, F., “¿Existen derechos sociales?”, in *Discusiones*, n° 4, Año 2004, pp.15-59.

<sup>345</sup> GURVITCH, G., *La Déclaration des Droits Sociuax*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1946, p.79, para quien los derechos sociales son “*derechos de participación de los grupos y los individuos que se desprenden de su integración en conjuntos y que garantizan el carácter democrático de estos últimos*”.

auténticos derechos subjetivos.<sup>346</sup> Pero, la posición que defendemos en este trabajo no es la considerar los derechos sociales como bienes colectivos, sino como auténticos derechos subjetivos.<sup>347</sup> Si bien pueden existir derechos sociales que requieren ser ejercidos de forma colectiva, como por ejemplo, el derecho a la huelga, otra cuestión es su titularidad; ésta sólo les corresponde a los miembros del grupo. Además, no sólo el ejercicio de determinados derechos sociales puede corresponder a asociaciones o colectividades ya que muchos derechos civiles también se reconocen a entidades o grupos de individuos para la defensa de intereses comunes o difusos y la jurisprudencia constitucional de muchos países ha conocido múltiples causas de este tipo.<sup>348</sup>

Acreditamos que la justiciabilidad de los derechos subjetivo es una cuestión de grado, pues en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos todos los derechos –y no sólo los derechos económicos, sociales y culturales, como señalan algunos– tienen una realización progresiva. En el caso de los derechos sociales existen como mínimos ciertas obligaciones o principios establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional comparada que, en caso de no sean cumplidas, permiten recurrir ante los órganos jurisdiccionales. Son los siguientes: a) el respeto al contenido mínimo esencial; b) el principio de no regresividad; c) el principio de no discriminación.<sup>349</sup>

**B) Los derechos sociales son “derechos positivos”** – Amparada en la noción kelseniana que concibe los derechos sociales como meros poderes que permiten exigir el cumplimiento de una obligación jurídica ante los órganos jurisdiccionales, surge la concepción de que los derechos sociales son “derechos positivos”.

Aún es necesario esclarecer que es común en la doctrina jurídica la afirmación de que el elemento esencialmente diferenciador entre los derechos civiles y

---

<sup>346</sup> HABERMAS, Jürgen, *Factividad y validez*, Trotta, Madrid, 2001, p.190.

<sup>347</sup> A nuestro juicio los derechos humanos sólo pueden tener como sujetos activos a personas individuales, sean estas naturales o jurídicas. Creemos es necesario distinguir entre la titularidad de los derechos y su ejercicio.

<sup>348</sup> Véase como ejemplo el caso *Verbitsky*, en el cual la Corte Suprema dio lugar a un *habeas corpus colectivo* presentado en representación de aproximadamente seis mil detenidos en comisarías de Buenos Aires y dictaminó la adopción de diversas medidas con el fin de cumplir con los estándares establecidos en disposiciones constitucionales y en tratados internacionales de derechos humanos. Cfr. **Corte Suprema de la Nación Argentina: Verbitsky Horacio s/ Habeas Corpus, V.856, XXXVIII, de 3 de mayo de 2005.**

<sup>349</sup> Existen otros mecanismos y estrategias que se han utilizado para exigir el cumplimiento del respeto de los derechos sociales como son la utilización de la cláusula del Estado Social y de otros principios constitucionales y de la defensa de progresividad y de la justiciabilidad indirecta a través de la tutela judicial efectiva o de derechos civiles y políticos que tengan una conexión con algún derecho social.

los derechos sociales es que los primeros tendrían como contrapartida obligaciones negativas o de no hacer. Según ese planteamiento, al Estado se le impide quitar la vida a una persona, vulnerar el derecho de propiedad o no negar injustificadamente el derecho a sufragio. En cuanto a los derechos sociales la situación sería distinta; en el caso del derecho a la salud o del derecho a la educación, éstos se traducirían en la práctica en obligaciones positivas o de hacer del Estado hacia los individuos. De acuerdo con esta misma postura, sólo serían exigibles jurídicamente las abstenciones y, por tanto, los derechos civiles y políticos.<sup>350</sup>

Pero eso se explica en el contexto histórico en que surgieron las dos clases de derechos que estamos tratando. Las constituciones de las primeras versiones del Estado Liberal de Derecho reconocían los derechos civiles y requerían para su realización la abstención del Estado; en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, su origen está vinculado, en cambio, a la necesidad de disminuir las desigualdades existentes y a asegurar a todas las personas condiciones mínimas de vida, de lo cual se desprende que para asegurar esos derechos el Estado debe realizar acciones positivas. Sin embargo, a día de hoy la simple distinción entre derechos negativos y positivos ha perdido vigencia. Se puede concluir con los estudios actuales que los derechos civiles no implican solamente obligaciones negativas y los derechos sociales no se manifiestan sólo como obligaciones positivas o de hacer. De esta manera, por ejemplo, el derecho político al sufragio no sólo requiere que el Estado no imposibilite a los ciudadanos la posibilidad de expresar su posición política a través del voto (obligación principal negativa) sino que cumpla también con el establecimiento y la regulación de un sistema electoral que tenga la finalidad de que las elecciones se realicen en condiciones de igualdad y transparencia (obligación secundaria positiva)<sup>351</sup>; otro ejemplo es el derecho a la vida (de no matar o de no torturar – obligaciones principales negativas), ya que el Estado tiene también la obligación de establecer sistemas policiales y judiciales eficientes que contribuyan a evitar que esos delitos se produzcan y a reparar las consecuencias de un eventual incumplimiento de las obligaciones de no afectar la vida humana y a la integridad física (obligación secundaria positiva).

---

<sup>350</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (trad. de Juan L. Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp.76-78. PRINCIPATO, L., “I Diritti Sociali nel Quadro del Diritti Fondamentali” in *Giurisprudenza Costituzionali*, año 46, nº 2, marzo/abril, pp.873-901.

<sup>351</sup> Importantes leyes fueron aprobadas en Brasil, en sentido de proporcionar mayores condiciones de igualdad y transparencia; por ejemplo la ley que impide aplicarse a los que fueron condenados criminalmente por órgano colegiado de justicia

Respecto a este cuadro, se ha puesto énfasis en que la mayoría de las veces los derechos sociales exigen para su cumplimiento no sólo la realización de obligaciones principales positivas para el Estado, sino también en muchas hipótesis obligaciones negativas. Incluso si se admitiera la posibilidad de que los derechos civiles también implican obligaciones positivas, existiría de todas formas una diferencia sustancial ya que para los derechos sociales, la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho, como ha afirmado Contreras Peláez: “*en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado, la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho*”.<sup>352</sup>

Todo lo anterior se sustenta en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el caso del PIDESC, los Estados se ven obligados no solamente a *respetar* los derechos consagrados en el Pacto, sino también a *garantizar* dichos derechos.<sup>353</sup> Ello implica que los Estados deben realizar acciones positivas que permitan a las personas sujetas a su jurisdicción el disfrute de los derechos civiles y políticos, lo que tiene respaldo tanto en las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos como en las denuncias sometidas a su conocimiento, pronunciándose reiteradamente sobre violaciones a los derechos del Pacto cuando los Estados no han adoptado las correspondientes medidas que aseguren esos derechos.

### **C) Crítica de la violación del principio de separación de los poderes estatales**

– Se trata de la crítica derivada de la supuesta intromisión del Poder Judicial en asuntos de orden político. Se argumenta que tales derechos sociales envuelven una infinidad de prestaciones (objeto o contenido del derecho) y su definición legal es siempre genérica. Como los derechos sociales no apuntan, de inmediato, los medios necesarios para su realización, la definición de su contenido envolvería argumentos de naturaleza política, siendo los poderes, legislativo y ejecutivo, los únicos legitimados que realizara tal tarea.<sup>354</sup>

---

<sup>352</sup> CONTRERAS PELÁEZ, F., *Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p.21.

<sup>353</sup> Ver la página web oficial del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org>

<sup>354</sup> WOLFGAN SARLET, Ingo, *A Eficacia dos Direitos Fundamentais*, 4ªed, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004, pp.303-305.

En oposición a ella, está la contribución de las modernas teorías de los derechos fundamentales de Alexy, Dworkin, Rawls, Habermas y Sen<sup>355</sup>, las cuales aportan en conjunto, elementos éticos, epistemológicos y hermenéuticos para la superación de las dificultades en el control de la racionalidad de las decisiones judiciales que envuelven derechos sociales prestacionales. En resumen tales teorías indican el criterio positivista de legalidad restringida al texto normativo es insuficiente para la resolución de los conflictos de una sociedad cada vez más plural y compleja, siendo necesaria la asimilación de valores y principios de justicia.

**D) Los derechos sociales dependen de la disponibilidad económica (la reserva del posible)** – Otro de los argumentos más frecuentes esgrimido para sostener la falta de eficacia jurídica de los derechos sociales es el de la denominada *disponibilidad económica*. Esta idea sostiene que los derechos económicos, sociales y culturales, a diferencia de los derechos civiles y políticos, requieren para su realización del desembolso de recursos económicos. Entre sus defensores está González Moreno, que afirma que “*el derecho a un acto positivo (facere) a favor del ciudadano tropieza, en gran parte de los derechos de contenido social, económico o cultural, con numerosos condicionamientos, principalmente de orden financiero, que privan de eficacia en una medida variable al reconocimiento constitucional del derecho*”<sup>356</sup> Como consecuencia, los derechos sociales podrían ser relativizados y tendrían menor eficacia jurídica puesto que dependerían de la riqueza existente en un momento histórico determinado en cada país mientras los gobiernos siempre se encontrarían obligados a respetar los derechos civiles y políticos.<sup>357</sup>

Sobre la problemática del coste de los derechos sociales en España, la jurisprudencia constitucional ha recogido la idea de reserva de lo económicamente posible. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha sostenido en diversas ocasiones que: “*el art.41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la*

---

<sup>355</sup> ALEXY, Robert. DWORKIN, Ronald, *O Império do Direito*, Op. Cit., pp.271-331. HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Op. Cit., pp.9-56. RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, Op. Cit.. SEN Amartya, *Desenvolvimento como Liberdade*, Op. Cit..

<sup>356</sup> GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Madrid, 2002, p.128.

<sup>357</sup> Esta idea ha sido denominada por la doctrina alemana como *reserva del posible*, siendo utilizada por el Tribunal Constitucional alemán “*en el sentido de lo que el individuo de manera razonable puede pretender de la sociedad*”, in Bverf GE 33,303 y ss. En el mismo sentido, Bverf GE 43, 291. También el adoctrinador DE CASTRO CID, B., “Estado Social y Crisis de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, in *Derechos y Libertades*, Año III, N° 6, febrero 1998, pp.167-181.

que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y «en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento» y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento”.<sup>358</sup> El mismo criterio ha sido utilizado en relación con el art. 27.9 de la CE, también ubicado en la Sección I del Capítulo II de la Constitución española con el máximo de garantías que establece que: “los poderes públicos ayudarán a los Centros docentes que reúnen los requisitos que la Ley establezca” En este caso, después de señalar que “esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales” el TC expresó que debían conjugarse “también tales mandatos con «la insoslayable limitación de los recursos disponibles»”.<sup>359</sup> El caso más paradigmático es el de la Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, que declaró inconstitucional el art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social que sostenía que para acceder a la pensión de viudedad se exigía a los varones viudos un requisito adicional a las mujeres viudas; este era el de encontrarse incapacitados para el trabajo y vivir a cargo de sus esposas fallecidas. En este caso, la sentencia del TC que declaró inconstitucional la mencionada disposición eliminó el requisito para los varones, extendiendo un beneficio a un sector de la población –los viudos que no cumplían con el requisito exigido– con importantes consecuencias económicas.

## **7.2 EN DEFENSA DE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES – DESCs.**

Algunos sostienen que la realización de los DESCs no depende de meras decisiones políticas o de un orden jurídico determinado, sino de un orden social donde *progresivamente* se alcance una justa distribución de bienes; en esa medida, la exigibilidad de tales derechos se entiende condicionada por la disponibilidad de recursos y, por tanto, impone al Estado sólo *obligaciones de medio o comportamiento*. Según

---

<sup>358</sup> STC 213/2005, de 21 de julio, FJ 4º; SSTC: 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17º; 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6º; 44/2004, de 23 de marzo, FJ 4º.

<sup>359</sup> STC 77/1985, se 25 de junio, FJ 11º.

Abramovich<sup>360</sup> se puede partir de ciertos presupuestos comunes al hablar de las obligaciones estatales derivadas de los derechos, una vez que existen niveles de obligaciones estatales comunes a todos los derechos humanos, y no un tipo particular de obligación estatal que corresponda a una categoría determinada de derechos. Y que los derechos humanos no resultan, por su naturaleza, más o menos justiciables, sino que a cada derecho le corresponde una determinada categoría de derechos. Aún, para el mencionado jurista, no existe diferencia en la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos, pues se trata sólo de categorías históricas; la frontera entre una y otra categoría de derechos tiende a ser cada vez más difusa.<sup>361</sup> Por tanto, según Luigi Ferrajoli, no existe ninguna diferencia de estructura entre los distintos tipos de derechos fundamentales, con el que la tesis de la inexigibilidad judicial intrínseca de los derechos sociales pierde sentido.<sup>362</sup>

En verdad, se puede considerar que los derechos humanos imponen al Estado tres tipos de obligaciones: la de *respetarlos*, la de *protegerlos* y la de *satisfacerlos*. El *respeto* de los derechos impone al Estado la obligación de adecuar el sistema jurídico y su actuación para asegurar la efectividad de los mismos y no entorpecerlos. Ya para *protegerlos* y *satisfacerlos*, el Estado se obliga a garantizar la efectividad de los derechos, utilizando todos los medios a su alcance. Así, en este sentido, es de fundamental importancia que los individuos dispongan de medios judiciales sencillos y eficaces para la salvaguarda de sus derechos.<sup>363</sup>

Tratándose de los DESCs, el Estado debe respetar los recursos que poseen los individuos, así como la libertad para buscar un empleo de su preferencia o para emprender las acciones correspondientes y usar los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades. En ese sentido, en cuanto al derecho de propiedad, Aniza García ofrece el siguiente ejemplo: “*el Estado está obligado a adoptar las medidas pertinentes para reconocer y registrar debidamente los derechos de propiedad sobre la*

---

<sup>360</sup> ABRAMOVICH COSARÍN, Victor, “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la denuncia ante a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, in *Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en Honor a Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ed Lorena González Volio, San José/Costa Rica, 1998, p.139.

<sup>361</sup> ABRAMOVICH COSARÍN, Victor, “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la denuncia ante a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*, p.139.

<sup>362</sup> FERRAJOLI, Luigi, Prologo de *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, ABRAMOVICH COSARÍN, Victor & COURTIS, Christian, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p.10.

<sup>363</sup> Sobresale el papel de las *tutelas jurídicas y de las garantías constitucionales* en esta protección y satisfacción de los derechos humanos. Ver el ítem 3 del Cap. IV.

*tierra de los menos favorecidos y de los pequeños propietarios, cuyos títulos sean inciertos*".<sup>364</sup> Sin duda, esta función de *protección* del Estado es uno de los aspectos más importantes en el respeto de los DESCs. Algunas legislaciones reconocen componentes significativos de esta obligación de proteger, lo que hace objeto de *control judicial* y, de esta forma, destruye el argumento de que los DESCs no son justiciables.

El Estado, en un tercer nivel está obligado a *satisfacer* los DESCs de todo individuo facilitando o dirigiendo su abastecimiento, por lo que comprende tanto la obligación de *facilitarlos* como la de *proporcionarlos*. Esta obligación puede adoptar diversas formas, algunas de las cuales están recogidas en importantes instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, según el art. 11.2 del PIDESC, el Estado debe adoptar medidas para mejorar los medios de producción, conservación y distribución de los alimentos, haciendo uso de los avances técnicos y científicos, y del desarrollo o la reforma de los sistemas agrarios. Y puede consistir también en hacer accesible aquello que se requiere para satisfacer las necesidades básicas como alimentación, cuando no existan otros medios posibles.<sup>365</sup>

Se nota también que algunos de los derechos sociales exigen del Estado más que prestaciones fácticas, *prestaciones normativas* con previsión especial en Ley, pues los derechos fundamentales deben garantizar no sólo la libertad jurídica, sino la *libertad real* que permita al individuo desarrollarse libre y dignamente en la sociedad. Es decir, la libertad jurídica sin la posibilidad fáctica de elegir, carece de todo valor. Y en esa medida, los derechos sociales son *condiciones indispensables* para el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos y, por tanto, garantía de la libertad y la igualdad.<sup>366</sup>

Resulta oportuno observar la clasificación de los derechos sociales presentada por Alexy, según la cuál, los *derechos de prestación* pueden ser de tres tipos: *primero* 'derechos de protección frente a intervenciones estatales', lo cual exige del

---

<sup>364</sup> GARCÍA MORALES, Aniza Fernanda, *La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Op. Cit., p.38, señala las obligaciones del Estado en un nivel secundario: "las obligaciones estatales tienen que ver, por ejemplo, con la *protección* de la libertad de acción y uso de los recursos frente a sujetos más fuertes como los grandes intereses económicos, el fraude, las prácticas desleales en las relaciones contractuales y comerciales, etc.". Sin duda, esta función de protección del Estado es uno de los aspectos más importantes en el respeto de los DESCs.

<sup>365</sup> Ver el Comentario General nº 12 del Comité de DESC de la ONU, pár.15, Informe del Comité de DESC, doc. E/2000/22, 1999, pp.102-110.

<sup>366</sup> CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "Los Derechos Sociales como Técnica de Protección Jurídica", in *Derechos Sociales y derechos de la minorías*, CARBONEEL, Miguel; CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, p.105.



Estado meras acciones negativas y, en esta medida, constituyen derechos que encajan perfectamente en la concepción liberal de los derechos fundamentales, incluso respeto de su justiciabilidad e incluyen también la defensa por parte del Estado, frente a intervenciones de terceros. *Segundo*, ‘derechos de organización y procedimiento’ que exigen la creación de normas, a través de las cuales pueda obtener el resultado que corresponda al derecho fundamental del que se trate, lo cual entraña acciones positivas estatales, algunas veces a través de mandatos y prohibiciones objetivas. *Tercero*, ‘derechos de prestaciones en sentido estricto’, porque la libertad que los derechos fundamentales deben garantizar no es sólo la libertad jurídica, sino la libertad real que permita al individuo desarrollarse libre y dignamente en la sociedad. Eso es de fundamental importancia para estas consideraciones con respecto a la justiciabilidad de los DESCs, por cuanto esta libertad guarda íntima relación con el derecho al desarrollo.<sup>367</sup>

Entre estos derechos sociales que exigen una prestación por parte del Estado y para ejemplificar, el derecho a la educación debe garantizar en última instancia la escolarización gratuita de todos los niños en los niveles básicos, de forma que constituye un derecho social efectivamente accionable ante los tribunales. Lo mismo puede decirse respecto del derecho a la salud (a una medicación o a un tratamiento de alto precio que garanticen la vida del ciudadano).

La faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son, sin duda, las *obligaciones de hacer*, y por ello a veces se denominan “*derechos-prestación*”. Pero, cuando se observa la estructura de los derechos sociales, se puede percibir la existencia concomitante de obligaciones de *no hacer*: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente. Y se constata que muchas acciones judiciales tendentes a la defensa de estos derechos sociales se dirigen a corregir la actividad estatal cuando ésta incumple con obligaciones de no hacer. En suma, los DESCs también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las

---

<sup>367</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, (versión castellana de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, 1997, p.427. Alexy, defiende así que, los derechos sociales son indispensables para el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos y, por tanto, garantía de la libertad y la igualdad.

obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos.<sup>368</sup> Así, para los DESCs, la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho; en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho.<sup>369</sup>

Y de conformidad con el artículo 2.1 del PIDESC, cada Estado Parte debe adoptar, individualmente o mediante la cooperación internacional, las medidas para maximizar los recursos de que dispone y alcanzar progresivamente la plena realización de los derechos. Obviamente, cada Estado dispone de diferentes recursos; y más aún, ello no sólo depende de los recursos de que dispone el Estado, sino también de la proporción que destina al cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Adicionalmente, también varía la forma en que los recursos (privados) están distribuidos en la sociedad. Cuando el ingreso está justamente distribuido y las oportunidades son razonablemente iguales, los individuos están en mejor posición para hacerse cargo de sus propias necesidades, y ello puede disminuir la necesidad de asignaciones públicas, salvo aquellas que resulten mejor administradas por el Estado. En cambio, cuando el ingreso está distribuido de manera desigual, la igualdad de oportunidades y el igual disfrute de los DESCs, exigen más recursos públicos, basados en la tributación progresiva y otros ingresos estatales. Lo que está claro es que un Estado no puede argumentar pura y llanamente la escasez de recursos para dejar de garantizar a la sociedad un estándar mínimo; en todo caso, debe demostrar que ha realizado todos los esfuerzos para destinar los recursos a esos efectos, con verdadera voluntad de cumplir, prioritariamente, esas obligaciones mínimas. Esto se desprende también del mencionado artículo 2.1 del Pacto.<sup>370</sup>

La justiciabilidad de los DESCs requiere que sean identificadas las condiciones mínimas de los Estados en relación a estos derechos y éste es, quizá, el principal déficit del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, como en las

---

<sup>368</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, *Los Derechos Sociables como Derechos Exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp.24/25.

<sup>369</sup> CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos Sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994, p.21.

<sup>370</sup> GARCÍA MORALES, Aniza Fernanda, *La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Op. Cit., pp. 44/46.

elaboraciones de los órganos nacionales e internacionales encargados de la aplicación de cláusulas constitucionales o de tratados, y en los escasos aportes doctrinarios al respecto. En esta línea de pensamiento, el acreedor o titular de un derecho económico, social o cultural, sólo puede hacer la búsqueda de la protección de su derecho si, al menos en alguna medida, está en condiciones de producir, mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho.<sup>371</sup>

Así cuando ocurre una violación por parte del Estado del derecho, como en las siguientes hipótesis que se sigue, el ciudadano afectado en su derecho a la salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes, o en la violación de la vivienda, a partir del desalojo forzoso de habitantes de una zona determinada sin ofrecimiento de vivienda alternativa, o en la violación del derecho a la educación, a partir de la limitación de acceso a la educación basada en razones de sexo, nacionalidad, condición económica u otro factor discriminatorio prohibido, o en la violación de cualquier otro derecho de este tipo, cuando la regulación en la que se establecen las condiciones de su acceso y goce resulte discriminatoria, podrá perfectamente manejar una acción judicial para defensa de su derecho violado o perjudicado. En estos casos, resultan perfectamente viables muchas de las acciones judiciales tradicionales, llámense acciones de inconstitucionalidad, de impugnación o nulidad de actos reglamentarios de alcance general o particular, declarativas de certeza, de amparo o incluso de reclamo de daño o perjuicios.<sup>372</sup>

---

<sup>371</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, *Los Derechos Sociables como Derechos Exigibles*, Op. Cit., pp.37/42. Además estos autores afirman, pp.41/42, que: "las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales provienen del incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado... (omissis) este tipo de violaciones abre un enorme campo de justiciabilidad para los derechos económicos, sociales e culturales, cuyo reconocimiento pasa a constituir un límite y por ende un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa de dichos derechos. Piénsese, por ejemplo, en la violación por parte del Estado del derecho a salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes, o en la violación de la vivienda, a partir del desalojo forzoso de habitantes de una zona determinada sin ofrecimiento de vivienda alternativa, o en la violación del derecho a la educación, a partir de la limitación de acceso a la educación basada en razones de sexo, nacionalidad, condición económica u otro factor discriminatorio prohibido, o en la violación de cualquier otro derecho de este tipo, cuando la regulación en la que se establecen las condiciones de su acceso y goce resulte discriminatoria. En estos casos, resultan perfectamente viables muchas de las acciones judiciales tradicionales, llámense acciones de inconstitucionalidad, de impugnación o nulidad de actos reglamentarios de alcance general o particular, declarativas de certeza, de amparo o incluso de reclamo de daño o perjuicios". (El resaltado es nuestro).

<sup>372</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, *Los Derechos Sociables como Derechos Exigibles*, Op. Cit., pp.41/42.

Ha surgido una reciente discusión en España con respecto a la *justiciabilidad del derecho a la vivienda* y del avance de su configuración legal con el status de *derecho fundamental* a partir de dos proyectos de ley en las Comunidades Autónomas de Andalucía y País Vasco.<sup>373</sup> Es sabido que el derecho a la vivienda figura en la Constitución en el capítulo dedicado a los *Principios Rectores de la Política Social y Económica*, es decir, no es reconocido como un derecho fundamental y carece, en consecuencia, de la protección de que gozan estos últimos. Tradicionalmente, según los arts.47 y 53.3 da Constitución, se reconoce que no es un derecho directamente alegable ante los tribunales de justicia sino que únicamente “*podrá ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que disponga la ley que lo desarrolle*”. En efecto, el art. 47 de la CE proclama el derecho a una vivienda digna y adecuada, y ordena a los poderes públicos hacerlo efectivo. El precepto forma parte del Capítulo III del Título I de la Constitución, por lo que no está amparado por las garantías del artículo 53 apartados 1 y 2, ni tampoco por la del artículo 81 de la Constitución. Es en verdad, un *derecho social prestacional*, o sea, un derecho social prototípico, que ampara fundamentalmente a los más necesitados, y para el que la actividad estatal resulta indispensable. De ahí que tanto el legislador como el gobierno jueguen un papel fundamental en su implementación. Sin desarrollo legislativo ni ejecución de aquel desarrollo por la administración, el derecho no pasaría de ser un puro programa político, o a lo más un principio interpretativo.<sup>374</sup> Así, para que un juez o tribunal pueda hacer alguna cosa en materia de protección de este derecho a la vivienda digna y adecuada es necesario antes un desarrollo normativo. Y su naturaleza, fue reconocida como *un mandato o directriz constitucional*, por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 152/1998, de 20 de julio, una vez que el artículo 47 no está amparado jurisdiccionalmente, hasta que se desarrolle por el legislador:

*“la política de vivienda, junto a su dimensión estrictamente económica, debe tener señalado acento social, en atención al*

---

<sup>373</sup> Ver <http://www.elpais.com/articulo/andalucia/Derecho/vivenda/elpepiespand/20090925el...Y>  
<http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Pais/Vasco7consagra/derecho/exigir/vivenda,accedido> en 07.12.2011.

<sup>374</sup> MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, CEDESCS Editorial, Barcelona, 1997, pp.326/328, con resalto, p.327: “*El derecho a la vivienda no es justiciable. A ello se suma el hecho de que sin desarrollo legislativo es difícil entenderlo como un derecho en sentido técnico. Desde la Constitución el derecho a la vivienda digna es más bien una aspiración o programa de política social, que eventualmente alcanzará virtualidad jurídica cuando sea desarrollada por el legislador. Mientras no existan dichos desarrollos normativos poco o nada pueden hacer los jueces*”.

*principio rector que establece el artículo 47 de la Norma Fundamental, siendo así que uno y otro aspecto – el económico y el social – se revelan difícilmente separables[...omissis]. El artículo 47 constituye un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art.53 de la CE), en el ejercicio de los derechos constitucionales”.*

Aquí se encuentra la cuestión planteada: hay un desarrollo normativo, como el que se está intentando realizar en el País Vasco y en Andalucía, y ha un cambio en el sentido de las cosas porque la construcción de la norma de este derecho a la vivienda digna y adecuada, una vez atendidos sus requisitos, ofrecen la caracterización de exigibilidad y justicabilidad en el límite de validez de unas leyes que, por fortuna, van a aprobarse en estas Comunidades Autónomas. Como dice Pérez Royo: “*Cuanto más precisa sea la norma que regule el derecho a la vivienda en la definición de las condiciones de acceso a la misma, tato más se estará posibilitando que los ciudadanos puedan recurrir a los tribunales de justicia para intentar hacer real y efectivo el ejercicio de ese derecho*”.<sup>375</sup>

La regulación vasca que se pretende aprobar supone la obligatoriedad de que los vascos con rentas más bajas accedan a un piso protegido en alquiler en su comarca (no vale proporcionar a una familia de Vitoria una vivienda en Bilbao), pues si el Gobierno autónomo no puede ofrecerlo, aporta una prestación económica para que lo arriende en el mercado libre. Resulta que, si incumple cualquiera de estos supuestos, puede demandar a la Administración ante los tribunales. En Andalucía, la denuncia al juez sólo es para reclamar al municipio que elabore un plan de viviendas. En Euskadi es un *derecho individual a un piso*. Para ello debe estar empadronado en el País Vasco, carecer de una vivienda digna y llevar inscrito más de cuatro años en el registro oficial etxebide.<sup>376</sup> La Ley vasca establece su aplicación inmediata, sin esperar al reglamento, con lo que un año después de la aprobación beneficiará a familias de tres o más miembros con ingresos anuales inferiores a 15.000 euros. La Ley regula por primera vez las viviendas desocupadas, lo que han intentado otras comunidades. Establece la declaración administrativa de vivienda deshabitada para las que estén desocupadas de forma continuada durante más de dos años, salvo

---

<sup>375</sup> PEREZ ROYO, Javier, in <http://www.elpais.com/articulo/andalucia/Derecho/vivenda/>

<sup>376</sup> Etxebide es el servicio vasco de adjudicación de vivienda protegida.

excepciones como segundas residencias o traslados de domicilio por razones laborales, de salud, dependencia o emergencia social. Los Ayuntamientos podrán exigir un canon anual de 10 euros por cada metro cuadrado útil, cuyos ingresos se destinarán a patrimonio municipal de suelo, o imponer el alquiler forzoso al propietario.

Por último, hay que observar en estas consideraciones en defensa de la justiciabilidad de los derechos sociales que la violación de un derecho de libertad o, peor aún, de la integridad personal o del derecho a la vida puede ser sancionada, pero no anulada, mientras que la violación por incumplimiento de un derecho social puede ser reparada con su ejecución, aunque sea tardía. Bajo este punto de vista, las garantías jurisdiccionales de un derecho social pueden ser aún más efectivas que las de un derecho de libertad. Con esto pienso que la justiciabilidad de los DESCs se vuelve incluso de más fácil defensa y pasa a obtener mayor protección por parte del Estado Jurisdiccional que del propio Estado Administración.<sup>377</sup>

### **7.3 ¿ES POSIBLE LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO AL DESARROLLO EN EL ESTADIO ACTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS?**

Se puede empezar esta compleja cuestión con la asertiva de que La justiciabilidad del derecho humano al desarrollo, así como los derechos sociales, también se reviste de un carácter progresivo, de integración paulatina y con aspecto fuertemente prospectivo, tanto en el ámbito interno de las naciones como en el ámbito de cooperación internacional entre los países desarrollados y aquellos que aún no atingieron un nivel satisfactorio de desarrollo humano y social o entre estos y los organismos internacionales que están relacionados con el desarrollo socio-económico, como el Fondo Monetario Internacional –FMI, la Banca Interamericana de Desarrollo– BIRD, la Banca Mundial y otros.

---

<sup>377</sup> FERRAJOLI, Luigi, Prologo de *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles* ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, *Op Cit.*, p.11. Con resalto de la p.13:”La tarea de la jurisdicción, en realidad, consiste esencialmente en senalar las violaciones –ciertamente, el Poder Judicial no puede substituir al Poder Legislativo y al Ejecutivo en la formulación de las políticas sociales, tanto menos si se trata de políticas de gran escala o de largo alcance temporal–. Y de todos modos, este mismo carácter cognitivo de la jurisdicción sugiere a los autores una rigurosa ‘actio finium regundorum’ entre Poder Judicial y Poder Político, como fundamento de su clásica separación: de aquello que el Poder Judicial no puede hacer, por motivo justamente de su naturaleza cognitiva, pero también de aquello que, debido a esa misma naturaleza, ‘debe hacer’, es decir, señalar todas las violaciones de los derechos sociales cometidos por la Administración pública”

En la protección del derecho al desarrollo ante las vías judiciales se presentan algunas cuestiones de gran importancia. Una de ellas concierne a la propia admisibilidad del pleito, es decir, se reconoce que el individuo tiene una postulación susceptible de ser defendida en un juicio, o se posee legitimación para proponer la acción. Otra se refiere a la extensión de este control judicial en el comportamiento del administrador y otra más trata de la protección que se pretende frente a tribunales internacionales y conocer cuál la competencia del tribunal para el fin pretendido.

Es importante observar previamente, al tratarse de una protección de orden interno, que el Estado de Derecho asume el carácter de garantizador de intereses, simultáneamente de la colectividad y, particularmente, de cada individuo que la compone, cuando la quiebra de la legimitidad cause al administrado un agravio personal o la sustracción de una ventaja que personalmente le advirtiera que la orden jurídica se mantuviera íntegra. Pero también es conocido que el Estado de Derecho somete a las personas al poder que encarna, impidiéndoles convertirse en actos de arbitrio perjudicial y, por otro lado, las normas que encierra el poder se proponen defender intereses cuya titularidad reside en los propios individuos, por lo que se está ante un importante instrumento interpretativo que deberá regir cualquier inteligencia sobre la aceptación de ciertas normas demandadas en juicio y sobre la amplitud de investigación de los actos del administrador.

Un aspecto esencial para la concretar el derecho al desarrollo es el hecho de que la aludida Declaración de la ONU resalta la necesidad no sólo de políticas públicas y programas nacionales adecuados, sino también de proyectos de cooperación internacional; aunque la formulación de obligaciones específicas en el contexto de las relaciones internacionales parece ser más compleja, la declaración ha mencionado la necesidad de cooperación internacional. Así, resulta indispensable determinar qué obligaciones específicas deben asumir los Estados y las instituciones internacionales en materia de desarrollo. Desde la aprobación de la Declaración Universal, a través del artículo 28 y el subsiguiente PIDESC – Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – se hace referencia a los derechos y obligaciones que requieren el apoyo y la cooperación internacional. Así se evidencia que el *derecho al desarrollo*, más que un solo derecho humano específico, debe entenderse como *un conjunto que abarca diversos derechos concretos*; luego su realización práctica envuelve una serie de derechos no sólo civiles y políticos, sino también derechos económicos y sociales. Su eficacia

dependerá, por tanto, de que sea capaz de cumplir una función de planificación e implementación de políticas y programas adecuados, y del compromiso de los Estados y toda la comunidad internacional, en este siglo XXI, con la solidaridad internacional, como principio identificador de esta nueva era en la historia de la humanidad.<sup>378</sup>

La gravedad y la actualidad de este tema exigen mucho más que la definición de obligaciones y políticas por parte de la administración pública o de la actuación del legislador, es necesaria la intervención de la justicia siempre que las personas necesiten, cuando no se observan los derechos o cuando estos no son respetados bien sea por acción u omisión del propio Estado o bien por particulares. Así, el derecho al desarrollo tranquilamente podrá ser defendido, a través de las garantías y de los instrumentos de su tutela, por los ciudadanos frente al Estado o a través de reivindicaciones frente a la comunidad internacional mediante los órganos de protección internacional. Se defiende aquí la posición de que la justiciabilidad del derecho al desarrollo podrá ser manejado tanto en el ámbito interno de los Estados-Naciones como en el ámbito internacional, con un fuerte compromiso para la erradicación de la extrema pobreza y la justa distribución de los ingresos y de las riquezas en aquellas naciones que más carecen de políticas públicas sociales y de cooperación internacional.

En la medida en que el presupuesto del estado contenga epígrafes concretos en materia de desarrollo económico, condiciones laborales, salud, educación y seguridad nacional, entre otros, será posible disponer de criterios que permitan el control legislativo y, en su caso, incluso constitucional, de las acciones estatales, en el marco de sus obligaciones internacionales, constitucionales y legales.<sup>379</sup> Pero, en principio, para comprender correctamente las obligaciones estatales derivadas de los DESC y por consiguiente del derecho al desarrollo, es fundamental que se considere al individuo como sujeto activo del mismo, de esta manera podrá reivindicar su derecho al desarrollo según el orden interno del país en que resida, a través de los instrumentos y garantías disponibles en dicho orden.

---

<sup>378</sup> No es suficiente la atención prestada a aquellos derechos matizados por la libertad o por la igualdad, necesario que *la solidaridad* sea la tónica determinante, sobre todo cuando la humanidad ha sufrido dos guerras mundiales y se ve ante la posibilidad concreta de extinguirse (riesgos de una guerra atómica) o el medio ambiente se destruya por culpa de la contaminación humana

<sup>379</sup> ELIZONDO BREEDY, Gonzalo y FERRARO CASTRO, Fernando, "Efectos de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Formulación del Presupuesto Nacional", in *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Unión Europea, Vol.I, San José/Costa Rica, 1998, pp.640 y 641.



La *solidaridad* despunta como una realidad inolvidable en el actual momento histórico; es un compromiso que deben asumir todos los países, sobre todo los más desarrollados en favor de los más pobres y de los aún no desarrollados. Merece resalto que la solidaridad se perfila como una condición previa de los derechos que forma parte de la moralidad social crítica y de la legitimidad política y social y se concreta en la beligerancia contra el desorden establecido, en la lucha contra el mercado y la competitividad, en la recuperación de la primacía del bien común y del altruismo, sobre el interés egoísta y privado, de la fe (racional y utópica) en la posibilidad de un cambio de estructuras, etc. Por eso la *solidaridad* «fundamenta indirectamente derechos por medio de deberes positivos que estos sí tiene como correlativos a derechos».<sup>380</sup> Titular y sujeto activo del derecho a la solidaridad será la colectividad; más allá de cualquier vínculo de adscripción como la nacionalidad o la ciudadanía, radica en la universalidad del género humano y confirma la existencia de una solidaridad universal que justificaría la imposición de prestaciones positivas generales. Su estructura muestra la diferencia de la reciprocidad y correlatividad entre derechos y deberes. Pues, en verdad, la estructura de los derechos de solidaridad rechaza la regla del *do ut des*, que regula las obligaciones recíprocas en el derecho privado (art.1124 del Código Civil español) y reafirma el principio contrario: el *do ut no des*, y funciona al margen de las reglas que fijan los principios de la justicia conmutativa y guardan la simetría e igualdad de las recíprocas prestaciones.<sup>381</sup> En cuanto a sujetos pasivos del derecho de solidaridad, son los poderes públicos y subsidiariamente los sujetos y las instituciones especialmente obligadas. Por último, los derechos de solidaridad protegen los intereses colectivos difusos y generalizables inherentes a los derechos de tercera generación afectados por no pocos problemas en torno a su titularidad y legitimación.<sup>382</sup>

Para la defensa, la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos humanos de tercera generación, es necesario acudir a las coberturas o *garantías* que

---

<sup>380</sup> PECES BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General.*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995, p.239.

<sup>381</sup> VIDAL GIL, Ernesto J., *Los Derechos de Solidariedad en el Ordenamiento Jurídico Español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp.254-257. Para este autor, p.254, los derechos sociales limitan el sujeto a una determinada categoría de ciudadanos; funcionan mediante el principio de reciprocidad y de la regla *do ut des*, donde sólo tiene derecho a percibir una prestación o una pensión quien en el marco de una relación contractual previamente ha satisfecho las primas: "En fin el derecho, asistencial, paternalista y pasivo ampliamente superados por la obligación que el significado democrático y social del Estado impone a los poderes públicos y a los ciudadanos en el art. 9.2 de la Constitución en donde a través de los *derechos de solidaridad*, no se trata de paliar la desigualdad y atemperar las diferencias sociales, cuanto de realizar la igualdad real y efectiva, mediante la participación e implicación activa de todos (ciudadanos y poderes públicos), en una acción que supera límites de los vínculos de ciudadanía y nacionalidad."

<sup>382</sup> VIDAL GIL, Ernesto J., *op. cit.*, p.256 y 257.

deben asentarse en tres niveles: *garantías individuales* (o de la libertad); *garantías colectivas* (o del orden social y jurídico); y las *garantías de procedimientos* (acceso a la justicia). La dinámica de las relaciones individuales y sociales protagoniza el marco donde ha de suscitarse la vida de las garantías. Estas operan desde un tríplice campo de garantías, que no significa establecer compartimientos estancos e infranqueables, todo lo contrario. Pero tanto las garantías individuales, como las colectivas y las procesales tienen prolegómenos particulares que deben ser resueltos para dar efectividad y equilibrio a la actuación conjunta. Las garantías, como se afirmó en el XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, son “*derechos de todos y para todos, que no admiten interpretaciones distintas conforme se aplique un ordenamiento u otro. Son piezas claves de un engranaje que tiene como sustento el principio de igualdad*”.<sup>383</sup>

La conflictividad puede llegar de una lectura disímil planteada en términos de diferenciar “exigibilidad” de “judicialización”, o de sostener que hay derechos que por su propia naturaleza son directa o inmediatamente exigibles, respecto de otros que requieren desarrollo y evolución para poder precisar su objeto y alcance; los primeros se leen como *derechos subjetivos* y actúan en el plano de las garantías individuales; los otros, son *programas de acción*, implícitos en las garantías sociales, donde el sujeto obligado a la prestación esencial es el Estado.<sup>384</sup>

Entretanto es importante observar que, en rigor, todos los derechos son exigibles, de lo contrario, carecerían de la calidad de los derechos y no existirían, en contrapartida, auténticos deberes, aunque la exigibilidad pueda verse sujeta a modalidades de forma, tiempo o medida.<sup>385</sup> Este punto enlaza con la cuestión de la *progresividad*, dato que ha caracterizado a los DESCs. Nosotros participamos del criterio de la *justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales*, pero resaltamos el inconveniente que tienen cuando para implementar la tutela se quieren

---

<sup>383</sup> ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, “La Judicialización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” in *XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, 2009, p.408.

<sup>384</sup> PIZA ESCALANTE, Rodolfo E., *Apud* ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, “La Judicialización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales...*Op. Cit.*, p.414, afirma que;”*deselvuelve esta polaridad. En efecto, en voto separado afirmó la importancia de distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, es decir, “exigibles directamente por si mismos”, y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o interes legítimos, es decir, “exigibles indirectamente”, a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de los que le otorgue con discriminación.*”.

<sup>385</sup> GARCÍA RAMIREZ, Sergio, “Protección Jurisdiccional Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y culturales” in *Cuestiones Constitucionales*, nº 09, julio-diciembre, 2003, p.133.

utilizar los procedimientos conocidos, o técnicas más audaces como las medidas de satisfacción inmediata – que, aún basándose en las posibilidades que surge de fundamentar la actuación, en la urgencia y necesidad de resolver, rozan permanentemente con la garantía básica y esencial del *debido proceso legal*.

La garantía individual es útil y presta servicios en varios niveles de posibilidades: bien sea con la reparación *ex post facto*; actuando la tutela cautelar, u obrando en el molde de la tutela inhibitoria. Pero las garantías colectivas (o sociales) no son derechos subjetivos públicos, en la medida que en estos se considera presente una relación obligacional prevista, donde uno exige el derecho que tiene y el otro responde con el deber que lo obliga. Estas garantías colectivas se encuentran protegidas por las leyes fundamentales, una característica esencial que supera un orden jurídico ordinario. Por su parte, el poder de presentar una petición de ejecución o cumplimiento de un derecho social en el estatus del derecho subjetivo público, es la mejor forma de encuadrar las representaciones colectivas a través de organizaciones no gubernamentales, grupos ocasionales o asociaciones preconstituidas.

También las garantías sociales son producto de un tiempo preciso que las incorpora. Las cartas fundamentales, hasta entonces cartabones del liberalismo, se modifican a favor de una nueva categoría de derechos: los sociales, económicos y culturales. Nacen así nuevas garantías que no serían exclusivas, sino asignadas por correspondencia a un grupo social determinado (v.g., derecho de huelga, de agremiación, de protección a la familia, a la salud, a la educación, etc.). Tal como se sucedió con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Declaración Universal de los Derechos Humanos es fruto de esta época (1948), y condicionará el obrar futuro del mundo. Se definen así en la aludida *Declaración de la ONU*, los derechos a la preservación de la salud y al bienestar (art.XI), el derecho a la educación (art. XII), a los beneficios de la cultura (art. XIII), al trabajo y la seguridad social (arts. XIV a XVI). Luego, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (19/12/1966) establece el derecho al trabajo y los beneficios sociales, incluyendo el seguro social: la protección a la familia, el derecho a tener un nivel de vida adecuado (alimentación, vestido y vivienda); el derecho a la salud física y mental; el derecho a la educación y a participar en la vida cultural, entre otros que permiten ir relevando los contenidos esenciales a los que se tiene derecho a exigir y proteger, al igual que lo dispuesto en el artículo 26 de la *Convención Americana sobre*

\Derechos Humanos<sup>386</sup>, con el título “desarrollo progresivo” en el cual los derechos económicos son señalados en ocasiones como *derecho al desarrollo*.

De ahí la necesidad de saber no sólo qué protección tienen y ofrecen para los destinatarios, sino, al mismo tiempo, obligan a reconocer los significados y consecuencias que tenía el compromiso de cada nación para “*adoptar providencias*” (incluso Sentencias Judiciales); saber cuán significativa es la reserva de desarrollo cuando los recursos son escasos, y si la vía legislativa era el medio elegido para hacer realidad los derechos trazados en el PIDESC o se pensó que entre los “*otros medios apropiados*” estaban la exigencia de prestación del Estado, y el deber de rescate por los jueces, con lo que se destaca que la única garantía posible que actuó como reaseguro de las demás, es la garantía procesal, es decir, *el proceso*. Sin él, las garantías individuales o colectivas estarían carentes de validez y de ponderación efectiva.

En efecto, las garantías individuales como las sociales son, definitivamente, consagraciones fundamentales que obran en la más pura abstracción si no cuentan con un elemental sistema de puesta en marcha o, al menos, de la posibilidad de reclamo efectivo. Por tanto, las garantías procesales, o garantías de la seguridad jurídica, son el reducto de la eficacia y resumen la posibilidad de hacer cierta la protección judicial sobre garantías e derechos fundamentales.<sup>387</sup>

Según la doctrina defendida por Gozaíni<sup>388</sup>, las garantías procesales reposan sobre tres señalamientos: a) Necesidad de tener un *tribunal* a quien poder reclamar efectivamente (acceso a la jurisdicción); b) *el debido proceso*, bifurcado a su vez en las garantías correspondientes al sector de la magistratura –independencia e imparcialidad y al sector de defensa– derecho al abogado y derecho a una sentencia justa y c) al sector del *procedimiento* propiamente dicho – bilateralidad, contradicción, audiencia, proceso rápido (duración razonable, sin dilaciones indebidas), tutela efectiva con mecanismos urgentes como el amparo o el *habeas corpus*.

---

<sup>386</sup> Art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “*Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenida en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*”.

<sup>387</sup> ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, “La Judicialización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” *Op. Cit.* pp.420/421.

<sup>388</sup> ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, “La Judicialización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” *Op. Cit.* p.421.

Urge resaltar que entre las garantías procesales la *protección procesal específica* significa que la justiciabilidad de los DESCs depende del empleo de la noción de *debido proceso*, con el fin de obtener el *acceso a la justicia*, *el derecho a ser oído*, *el establecimiento del plazo razonable*, entre aquellos que definen la promesa de seguridad, sin analizar los resguardos técnicos del procedimiento que es donde estos derechos necesitan esclarecer y definir el alcance, como bilateralidad y contradicción; principio de congruencia; carga de la prueba; modalidades de la sentencia; extensión de la cosa juzgada; régimen de cumplimiento y ejecución de la sentencia; derecho al recurso, etc.

Un aspecto de gran relevancia con respecto a las garantías procesales es la determinación del objeto a resolver, eso es, la determinación del objeto del proceso o de la pretensión procesal, pues la pretensión individual o colectiva puede sufrir el problema de indeterminación sobre el alcance preciso, más o menos exacto, que se puede peticionar. Esto fija el límite del proceso. Cuando el reclamo es personal, inserido entre los DESCs y entre los derechos humanos de tercera generación, la ambigüedad se elude con el pedido concreto, *v.g.*, asistencia médica; provisión de medicamentos; asistencia escolar; protección ambiental o del patrimonio histórico o cultural, etc., que encuentra satisfacción simple con la prestación cumplida. En suma la determinación del objeto a resolver es imprescindible para el Derecho Procesal; con él van de la mano muchos principios, como la congruencia, el alcance de la cosa juzgada, la producción probatoria, etc. En verdad los derechos sociales tienen mejor encuadre y desarrollo que otros más vagos y genéricos, como los derechos económicos y culturales, el derecho al desarrollo o a la protección ambiental. De ahí los interrogantes derivados con demandas que señalan el derecho a cumplir pero no indican claramente cómo se pretende que la sentencia se ejecute. Por ejemplo, si alguien demanda al Estado o al dueño de la tierra que ocupa para que allí se formalice el derecho a la vivienda: ¿Está pretendiendo que el Estado le provea la casa? ¿Quiere que el propietario cuya tierra se ocupa la ceda para poder construir allí? Supongamos que si pidiera una o otra cosa, pues al plantearse desde la inteligencia particular concuerda con el sentido de “derecho a la vivienda”, se estaría obligado a la interpretación y aplicación judicial: ¿Puede, entonces, el Juez decidir en causas como éstas? O por otra parte: ¿Pueden las asociaciones o grupos, siendo legítimos, generar soluciones de igual alcance al ejercitar las pretensiones

procesales? Ya no se trata sólo de la indeterminación del derecho a tutelar, sino también de la duda fáctica para dar cabida a la demanda.<sup>389</sup>

Curiosa es la protección que confiere la Constitución Argentina en el art.43, con *respecto* a los derechos aquí enmarcados, al establecer el derecho *de amparo en defensa de los derechos constitucionales* o contra cualquier forma de discriminación, y *en relativo a los derechos que protege al ambiente, a la competencia, al usuario y consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general*. De ahí que las posibilidades de actuación sean en representación de: a) *derecho o interés del directamente afectado* (representado por sí mismo o en litisconsorcio activo, bien como parte de un grupo alterado en forma homogénea); b) *el derecho o interés que pertenece a todo un grupo o sector, unidos por un hecho que los afecta de manera indivisible* (vecinos que sufren el corte del suministro eléctrico; o que padecen el cierre de un establecimiento hospitalario; o lo cambio de una institución educativa, etc); c) *el derecho o interés afectado que no individualiza afectados más que de manera genérica* (daños al patrimonio cultural, costo exagerado del transporte; alza de precios, etc). A su vez la legitimación para la demanda: a) *una persona con representación suficiente*; b) *una entidad regularmente constituida que demuestre con sus estatutos el objeto social que lo vincula con el proceso*; c) *una entidad ocasionalmente compuesta siempre que tenga “adecuada representatividad”*; d) *el Defensor del Pueblo o la Fiscalía*. En consecuencia, tienen legitimación procesal para entablar acciones colectivas el *afectado*, que puede ser una persona física individualizada cuyo perjuicio trasciende su individualidad porque ocupa los intereses de terceros; o bien, el *grupo afectado* que puede tener o no una representación organizada con anterioridad.

Actualmente se constata que los derechos sociales avanzaron a paso firme y constante logrando tanto el reconocimiento de *procesos especiales* como de *acciones colectivas* que defendieron los derechos del trabajo y la seguridad social. Sin embargo, el progreso no fue parejo con los demás derechos del conjunto, de fondo económico o cultural, producto quizás de la indeterminación del objeto a tutelar y de la resistencia de los Estados alegando el estado de emergencia económica. Mientras,

---

<sup>389</sup> Como dice ALFREDO GOZAÍN, Osvaldo, *Op. Cit.* p.424, “*Si confiamos en los jueces y en ellos reposa el sentido y responsabilidad social que al tribunal le toca ejercer, no tenemos duda que habrá modalidades para que se ordenen las medidas tendientes a esclarecer los hechos (art.36, inciso 1º del CPCC), o que se exprese lo necesario para determinar la competencia judicial (art.337, CPCC) y en suma, se encarrile la demanda en la senda de los derechos cuya protección se dispensa*”.

muchas personas han optado en la América Latina, por el “juicio de amparo” (recurso de protección, mandado de segurança, acción de tutela) cuya naturaleza constitucional amplía notoriamente el permiso para debatir los derechos que nos interesan.

En el campo de los *conflictos colectivos* es donde con mejor definición se encuentra el problema de la protección judicial de estos derechos e intereses. En efecto, no existe aún en América Latina o en Europa un mecanismo articulado de defensa para las afectaciones de derechos e intereses difusos y/o colectivos, aunque rige desde el año 2002 (aprobado en Caracas en la reunión bienal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal), el *Código Modelo Tipo de Acciones Colectivas*.<sup>390</sup> ¿Pero qué significa *Tutela Jurisdiccional Colectiva*? Según Elton Venturi<sup>391</sup> “*trata-se da via de tutela judicial dos chamados interesses ou direitos metaindividuais, assim considerados aqueles que possuem pertinência social ilimitada (interesses ou direitos difusos) e aqueles pertinentes a individuos que integram comunidade identificáveis pela formação de grupos, classes ou categorias (interesses ou direitos coletivos)*”. Al menos en sede doctrinaria ya se constatan soluciones avanzadas que ofrecerían un tratamiento actual y eficiente sobre los derechos colectivos, diferente de aquellos modelos de procedimiento que tienen reglas adaptadas para una lucha entre partes, en condiciones de igualdad y equilibrio.

Incluso entre los derechos colectivos hay que observar que no tienen el mismo potencial de verosimilitud los derechos económicos respecto de los sociales, que se ven más claros y definidos; por ejemplo, el derecho a la salud de manifiesta connotación y necesidad, que los culturales que promueven un beneficio diverso. Entretanto, cualquiera que sea el procedimiento hay que observar las siguientes *garantías procesales*: “a) el derecho de ser escuchado; b) el derecho a formular pretensiones que si resultan para el juez o la parte contraria de contenido vago o impreciso, deberá ordenar que se indique en forma perentoria, aquello que se considera

---

<sup>390</sup> La idea del *Código Modelo Iberoamericano* surgió en 2002, con ocasión del VII Seminario Internacional “*Formazione e Caratteri del Sistema Giuridico Latinoamericano e Problemi del Processo Civile*” organizado en Roma por Centro di Studi Giuridici Latino Americani de la Università degli Studi di Roma. Su primera versión fue presentada pocos meses después por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antônio Gidi en las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal de Montevideo. El anteproyecto ha sido revisionado por una comisión de procesalistas y entregado en las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal de Caracas en 2004, convocadas por el procesalista español José Luis Vázquez Sotelo.

<sup>391</sup> VENTURI, Elton, “Introdução”, *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos*, (Coordinadores Gidi, Antonio & Ferrer Mac-Gregor, Eduardo), Ed. JusPODIVM, Salvador, 2009, p.19.

como de contenido esencial para la tutela; c) la prueba es un esfuerzo de colaboración, no una carga del que se afirma; d) la cosa juzgada dependerá del tipo de perjuicios y del núcleo central de afectados.”.<sup>392</sup>

La función del juez con respecto a los derechos sociales, económicos y culturales e igualmente con los derechos humanos considerados de tercera dimensión como el *derecho al desarrollo*, se identifica con el control de constitucionalidad y con el control de convencionalidad (esto es, la supremacía de tratados y convenciones sobre derechos humanos), por lo que la actividad judicial tiene amplias y suficientes potestades para desenvolver una tutela diferenciada en que se objetiva el caso concreto para evitar que se legisle con la sentencia; exhortar a los demás poderes a que actúen con la urgencia y necesidad que se requiere y poner plazos y consecuencias directas si hay omisión; en definitiva: son sentencias constitucionales con sus respectivas modalidades.

Defendemos, por consiguiente, que así como es perfectamente posible la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es igualmente posible la justiciabilidad del derecho al desarrollo en el estadio actual de los derechos humanos, una vez que se han considerados los aspectos y dimensiones que diferencian unos de otros derechos y observado las implicaciones que son propias de los derechos de toda la colectividad y que por eso mismo poseen su legitimación ampliada. Los tribunales y juzgados ya han protegido de forma bastante enfática y en numerosas ocasiones algunos de estos derechos de tercera generación, como son los de los consumidores y del usuario y los de cariz ambientalista, algo no muy diferente al derecho al desarrollo aunque es muy difícil verificar una jurisprudencia correspondiente. Hay que considerar que la defensa de la protección y justiciabilidad de los DESCs ha sido gradualmente admitida en muchos países democráticos, no sólo con sede doctrinaria pero también jurisprudencial. Y de la misma manera, se puede antever que el derecho al desarrollo, poco a poco, va siguiendo el mismo camino de aquellos otros derechos ya plenamente justiciables y protegidos por el Poder Judicial.

---

<sup>392</sup> Cfr. ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, *Op. Cit.* p.429.



## **LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN, EN ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO AL DESARROLLO ( el Poder Judicial y el derecho al desarrollo)**

Es de suma importancia aclarar aquí, para la comprensión de este tema, el concepto de *derecho de protección*. Previamente habrán de entenderse los *derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado* (sobre todo frente al Estado Jurisdiccional).

No olvidemos que los derechos de protección pueden tener como objeto cosas muy diferentes. El espectro, y en general, se extiende desde la protección frente a acciones de homicidio del tipo clásico hasta la protección frente a los peligros del uso pacífico de la energía atómica. No sólo la vida y la salud son bienes posibles de protección, sino todo aquello que, desde aspectos *iusfundamentales*, es digno de ser protegido, por ejemplo, la dignidad, la libertad, la familia y la propiedad. No menos variadas son las formas posibles de protección, pues ellas abarcan la protección a través de las normas de derecho penal, de acciones administrativas, de la actuación fáctica y también de normas del derecho procesal y de acciones judiciales (estas con más interés para esta tesis).

El denominador común dentro de esta variedad es el hecho de que los derechos de protección son *derechos subjetivos constitucionales frente al Estado* para que éste realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía como así también la imposibilidad y la imposición de esta demarcación.<sup>1</sup>

Los derechos de protección son, según la concepción de Robert Alexy: “*derechos constitucionales a que el Estado organice y maneje el orden jurídico de una determinada manera por lo que respecta a la relación recíproca de sujetos*

---

<sup>1</sup> Respecto a la imposibilidad e imposición de la demarcación de las esferas de los sujetos iguales, apunta la famosa formulación de KANT, Imanuel, *Metafísica dos Costumbres*, Edições 70, Lisboa, 2001, pg.37. El autor asevera que el Derecho es, pues, el concepto propiamente dicho de las condiciones bajo las cuales es posible conciliar la arbitrariedad del uno con la arbitrariedad del otro, de acuerdo con una ley universal de la libertad.

*jurídicos iguales*".<sup>2</sup> El autor asevera además que, un análisis de los derechos a protección tiene que considerar tres problemas estrechamente vinculados entre sí: la existencia, la estructura y la Justiciabilidad de estos derechos. De ahí, el problema de existencia tiene aspecto material y otro estructural. El material se refiere a la cuestión de qué y como hay que proteger. Aquí habrá de interesar, sobre todo, el aspecto estructural. Desde la perspectiva del problema de la existencia, puede dividirse en dos preguntas. La primera reza: ¿existen derechos subjetivos de protección o sólo normas que prescriben al Estado la protección de los individuos, sin conferirles un derecho subjetivo? Se trata, pues, del conocido problema: derecho *subjetivo* o (mera) norma *objetiva*. La segunda pregunta reza: en caso de que existan derechos a protección ¿se diferencian ellos real y básicamente de los derechos de defensa de tipo clásico? En esta cuestión se trata de la demarcación entre derechos de *defensa* y derecho de *protección*.

Por tanto, importa investigar en este capítulo como los jueces y tribunales están aplicando las normas internas (tanto con las matices constitucionales como en el aspecto de tutela colectiva) y las normas internacionales relativas a los derechos humanos, haciendo reflexiones de las jurisprudencias dominantes, la opinión de los expertos y las transformaciones legislativas más recientes, delimitadas sobretudo a la realidad brasileña y española, mas sin olvidar sus reflejos en los espacios de la Unión Europea y de América Latina. Esto es nuestro desafío con esta tesis, con preocupaciones de hacer aportaciones originales, a nivel de doctorado, y en sintonía con las innovaciones más recientes en la actualidad.

## **1. DE LA CONTRIBUCIÓN DE LA JUSTICIA PARA LA PROMOCIÓN DEL DERECHO AL DESARROLLO, A TRAVÉS DEL PROCESO CIVIL: EL PROCESO CIVIL COMO FACTOR DE DESARROLLO SOCIO-ECONÓMICO**

En este punto hay que investigar las repercusiones de las decisiones judiciales en el contexto socio-económico, sobre todo teniendo en cuenta la

---

<sup>2</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección *El Derecho y la Justicia*, (trad. española de lo original *THEORIE DER GRUNDRECHTEK*), Madrid, 2001, p.436. El autor dice que un análisis de los derechos de protección tiene que considerar tres problemas estrechamente vinculados entre sí: la existencia, la estructura y la Justiciabilidad de estos derechos.

contribución del Poder Judicial en el desarrollo nacional, insertado en su propio contexto social.

Preliminarmente, se nota que a los economistas muchas veces se les critica el focalizar demasiado la eficiencia y muy poco la equidad. No resulta desconocido entretanto que la desigualdad siempre ha sido objeto de atención por parte de los economistas a lo largo de la historia, pongamos como ejemplo a Adam Smith, el padre de la economía moderna, profundamente preocupado por las desigualdades entre ricos y pobres.<sup>3</sup> La verdad es que la falta de desarrollo social puede trabar drásticamente la amplitud del desarrollo económico. La economía de mercado ha florecido significativamente en países donde los fundamentos del desarrollo social son respetados. Se concluye con eso, que *eficiencia* y *equidad*, como valores a ser perseguidos, deben andar lado a lado.

Hay que observar, en la concepción de la Economía Neo-Institucionalista, el nuevo vigor que asume la Economía del Desarrollo, en razón de que, en los últimos años, la literatura de la historia y del desarrollo económico ha enfatizado el papel de las instituciones, y de entre éstas, los sistemas legales y judiciales, para entonces explicar casos de suceso y de fracaso en el proceso de desarrollo económico. Con respecto a esto, escribe Douglas North<sup>4</sup>: “*en el mundo occidental, la evolución de los tribunales, de los sistemas legales y de un sistema judicial relativamente imparcial tiene un desempeño preponderante en el desarrollo de un complejo sistema de contratos capaces de expandirse en el tiempo y en espacio, un requisito esencial para la especialización económica*”.

En verdad las nuevas teorías económicas, incluidas aquellas que han sido laureadas con el Premio Nóbel de Economía, han admitido que el buen funcionamiento de las empresas y de los mercados, y, por consiguiente, de la economía, depende de la existencia de instituciones sólidas y eficientes. A partir de estos nuevos

---

<sup>3</sup> SMITH, Adam, *Riqueza de Las Naciones*, ed. pp.119/124 e 231/262. Observemos los siguientes puntos de vista del autor, pp. 232: “Las diferencias existentes entre los salarios y los lucros monetarios son debidas, en parte, a factores compensadores y, en parte, por falta de libertad perfecta”; Y p. 119: “Cada hombre es rico o pobre conforme el grado en que le es dado usufructuar de los bienes necesarios a la vida y al confort y de las diversiones propias de los seres humanos”. Y también, en el 2º vol. p 316: “Siempre que hay mucha propiedad, hay grande desigualdad. Por cada hombre rico, habrá al menos, quinientos hombres pobres, y la prosperidad de unos pocos presupone la indigencia de muchos.”.

<sup>4</sup> NORTH, Douglas, *Transaction Costs, Institutions and Economic Performance*, Economic Center for Economic Growth, Nova York, 1992, pp. 132/135.

enfoques económicos, se han realizados estudios con una atención creciente en los últimos años sobre el papel que las instituciones desempeñan en el diseño del desarrollo económico y cuál es su importancia cualitativa. De entre los trabajos que relacionan instituciones y desarrollo, se destacan el de D. North<sup>5</sup> y de M. Olson.<sup>6</sup> Estos autores encaran las instituciones como uno de los principales determinantes del crecimiento económico y argumentan que las diferencias institucionales explican una parte importante de la diferencia de rendimientos entre países. De entre estas instituciones, asume particular relevancia el sistema de Justicia (el conjunto del sistema legal y del sistema judicial), pues según Olson, son los sistemas legales-judiciales los que garantizan los contratos y protegen los derechos de propiedad.

En efecto, se torna perfectamente posible afirmar que “*un correcto funcionamiento del sistema económico depende fundamentalmente del Sistema de Justicia instituido, tanto de la propia legislación en vigor, como del sistema judicial que asegura el cumplimiento de esa legislación*”<sup>7</sup>. Los economistas explican que es el funcionamiento del conjunto de estos dos elementos lo que determina la facilidad o la dificultad de obtención de una correcta afectación de los recursos de un país, dado los propios mecanismos de mercado, esto es, para que los cambios entre los agentes económicos funcionen de forma correcta y eficiente, permitiendo un aprovechamiento eficaz de la especialización y una exploración eficiente de las economías de escala, es esencial la existencia de una adecuada protección de los derechos de propiedad y de los derechos contractuales. Esto equivale a decir que el mal funcionamiento del Sistema de Justicia perjudica el desempeño económico, disminuyendo el alcance de la actividad económica, sin estímulos hacia la especialización y dificultando la exploración de economías de escala; con perjuicios a las inversiones y la correcta utilización del capital disponible; distorsionando el sistema de precios, al introducir las fuentes de riesgo adicionales en los negocios y disminuyendo la calidad de la política económica.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> NORTH, Douglas, *Structure and Change in Economy History*, Cambridge University Press, 1990 y del mismo autor, *Transaction Costs, Institutions and Economic Performance*, *Op. Cit.*.

<sup>6</sup> OLSON, M. *Distinguished Lecture of Economics in Government – Big Bills Left on the Sidewalk: Why Some Nations are Rich and Others Poor*, Journal of Economic Perspective, Nova York, 1996.

<sup>7</sup> COSTA CABRAL, Célia da & CASTELAR PINHEIRO, Armando, “A Justiça e seu Impacto sobre as Empresas Portuguesas”, in *Os Custos da Justiça, acta do colóquio internacional*, Almedina, Coimbra, 2003, pp.362/363.

<sup>8</sup> COSTA CABRAL, Célia da & CASTELAR PINHEIRO, Armando, “A Justiça e seu Impacto sobre as Empresas Portuguesas”, *op.cit.*, p.363. Los AA.alicerzan su pensamento, a la p.363, en la referida obra de D. North, con la constatación histórica de que “no mundo ocidental, a evolução dos tribunais, dos sistemas legais e de um sistema judicial relativamente imparcial tem desempenhado um papel preponderante no

Un trabajo que refuerza y cuantifica el pensamiento arriba expuesto es el de Castelar y Cabral<sup>9</sup>, que afirma que la eficiencia del sistema judicial tiene un fuerte impacto en el desarrollo de los mercados. Estos autores estudiaron las diferencias de preformas judiciales en los distintos estados miembros brasileños y establecieron una correlación entre las tasas y el volumen de crédito en el mercado, constatando que el volumen de crédito en América Latina es significativamente menor que el de los países industrializados o incluso de ciertos países asiáticos (Singapur, Taiwán y Corea del Sur).<sup>10</sup>

Este mismo esfuerzo de comprensión del papel de las instituciones en el desempeño económico, teniendo en cuenta el papel fundamental que el sistema jurídico-legal está ejerciendo para el éxito económico, fue realizado por Célia Cabral y Castelar Pinheiro en otro importante estudio<sup>11</sup>, con el objetivo de determinar el impacto del actual funcionamiento de las instituciones del sistema judicial en el desempeño de la economía portuguesa, considerando los procesos de decisión de los agentes económicos que más decisivamente contribuyen a ese desempeño, las empresas. Por otra parte, se

---

desenvolvimento de um complexo sistema de contratos capaz de estender no tempo e no espaço, um requisito essencial para a especialização económica”.

<sup>9</sup> CASTELAR PINHEIRO, Armando & COSTA CABRAL, Célia, *Credit Markets in Brazil: The Role of the Judiciary and Other Institutions*, Ed. Pagano M., Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2001, pp.11 a 43. Con resalto à p.41: “A prime objective of the paper was to assess the impact of poor judicial enforcement on the development of the Brazilian credit market. We analyzed this issue by testing whether differences in judicial performance explained cross-state differences in credit market size. Although the legislation protecting creditor rights is the same throughout the country, there is a lack of uniformity in the quality of judicial enforcement across the states. There are differences in the training of judges, in corruption levels and in the independence from the government and/or influential groups. In addition, court fees are independently fixed by each state. The interpretation of the law, too, frequently accommodates the judges’ policies views, which also often differ among states. To measure judicial performance, we created an index of judicial inefficiency that builds on a survey conducted by IDESP with businessmen in different states regarding slowness, fairness and costs of the judiciary.”

<sup>10</sup> CASTELAR PINHEIRO, Armando & COSTA CABRAL, Célia da, *Credit Markets in Brazil... op. cit.*, pp. 41/42: “The first main result of this paper concerns the link between judicial enforcement quality and credit market size. We present persuasive evidence that lack of proper judicial enforcement significantly reduces the ratio of credit to GDP, even after controlling for the level of per capita income. Regression results show that judicial inefficiency has a distinctive negative impact on the volume of both rural and non-rural credits. They also show that the ratio of credit to GDP increases with per capita income, which may at least partly explain why the size of credit markets in Latin American countries is smaller than industrialized economies – as well as Asian countries (such as Singapore, Taiwan and Korea). A one-standard-deviation increase in per capita income is shown to raise the ratio of credit to GDP by 11.9 percentage points, or about 28.2%. Similarly, raising the index of the judicial inefficiency by one-standard-deviation (deterioration in the quality of the judicial enforcement) causes the ratio of credit to GDP to fall by 8.5 percentage points. This is equivalent to a contraction of 23.9% in the volume of the credit, keeping per capita GDP and population constant. These regression results suggest that differences in the quality of judicial enforcement are as important as per capita income differentials in explaining cross-state differences in the ratio of credit to GDP”.

<sup>11</sup> COSTA CABRAL, Célia da & CASTELAR PINHEIRO, Armando, *A Justiça e seu Impacto sobre as empresas portuguesas*, financiado pelo Ministério da Justiça Portuguesa, in *Os Custos da Justiça...*, op. cit., pp.361 a 400.

evaluó el impacto del funcionamiento del sistema judicial en las decisiones de las empresas portuguesas, con una investigación junto a diversas ramas empresariales a nivel nacional, con vistas a la comprensión de los factores que más afectan las decisiones de producción, de las inversiones y de *pricing* de esas empresas y, a partir de esa medida, procuraron obtener una medida de este impacto sobre el desempeño económico del país. Como primer desafío, el de como caracterizar el que es un buen sistema judicial, del punto de vista del funcionamiento de la economía, ante los diferentes criterios que son presentados en la literatura especializada. Para Hay, Shleifer y Vishny un buen sistema es aquel al que los individuos recurren para estructurar sus actividades económicas y solucionar sus disputas. Shihata defiende que un buen sistema judicial es aquel que asegura que la justicia sea accesible y aplicada a todos, que derechos y deberes sean respetados y aplicados con un bajo coste para la sociedad. Hay un *trade-off* entre bajo coste, rapidez de las decisiones y amplio derecho de defensa. Castelar argumenta que un sistema judicial que lleve a muchos litigios no es eficaz por dos razones: una porque consume muchos recursos, otra porque litigios en exceso indican que las leyes y los derechos no están suficientemente bien definidos y/o respetados. Un número escaso de litigios es también señal de que el sistema judicial no está funcionando bien, ya que indica que las empresas y los individuos no confían en que el sistema judicial pueda proteger sus derechos de manera eficiente. Mientras, para evaluar la importancia cuantitativa del sistema judicial, como institución que hace interacciones económicas, es preciso ir más allá de los conceptos generales y definir indicadores que permitan reflejar la calidad del sistema judicial a partir de sus impactos sobre el funcionamiento de la economía. Se exige entonces criterios objetivos y mensurables para evaluar el desempeño del sistema judicial. Sherwood *et al* sugieren la evaluación considerando los servicios que el sistema procura a la sociedad, su calidad, en términos de acceso, y la previsión y presteza de resultados más allá de remedios adecuados. Por consiguiente, asociando indicadores de productividad a los costes incurridos por la justicia, se derivan indicadores de eficiencia que también pueden ser comparados con *benchmarks* internacionales o en otras jurisdicciones en el mismo país o acompañados en el tiempo.<sup>12</sup> La dificultad de esta metodología es que se centra principalmente en la cantidad. Por su parte, Castelar desarrolla un modelo que permite evaluar el impacto de la calidad de los servicios

---

<sup>12</sup> Muchos tribunales ya utilizan indicadores de productividad para monitorear el trabajo de sus magistrados, como es la hipótesis de los Tribunales de Justicia de los Estados-Federados brasileños, a través de sus *Corregedorías* (órganos gestores y de fiscalización del trabajo de los jueces), con la exigencia de envío de relatos mes a mes de productividad (sentencias producidas y audiencias realizadas).

proporcionados por el sistema judicial sobre la utilidad de las partes y, por tanto, con respecto a su propensión a litigar, es decir, la utilidad esperada de recurrir a la justicia depende, positivamente, del valor líquido que se espera recibir y, negativamente, de la variación de esta ganancia, que refleja la incertidumbre cuanto a ganar o perder la disputa y el tiempo en que una decisión es tomada. En este sentido, un sistema que funciona bien debe ostentar cuatro propiedades: 1) bajo coste, 2) decisiones justas, 3) rápidas y 4) previsibles (en términos de contenido y de plazo). Así, según el criterio apuntado por Castelar, un sistema de resolución de conflictos se caracteriza como justo cuando la probabilidad de victoria es próxima a uno para el lado que tiene razón y a cero para el lado que no la tiene.<sup>13</sup>

El cuestionario utilizado en el estudio antes referido, mostró que el principal problema del sistema judicial portugués, de conformidad con las empresas consultadas, es su falta de agilidad, pues todas las empresas consultadas consideraron la justicia mala o muy mala con respecto a este atributo. Negativa también en cuanto a la previsión de las decisiones judiciales, más relativamente positiva en cuanto a la imparcialidad de las decisiones judiciales.<sup>14</sup> Explican Cabral y Castelar que la morosidad de los procesos desacredita el sistema judicial como mediador y órgano de solución a la libre actuación de los agentes económicos en los mercados. Los efectos de la morosidad son bien conocidos: los derechos y garantías dejan de ser asegurados, las partes sufren perjuicio y aceptan frecuentemente acuerdos menos que justos (toda vez que la alternativa al sistema de justicia no les garantiza una solución mejor); cuando la Justicia es lenta, el valor esperado de la ganancia o de la pérdida de las partes se reduce substancialmente y los costes de recurrir a la Justicia aumentan. Consecuentemente, los agentes económicos incorporan el conocimiento de estos resultados a sus acciones; hay que calcular el riesgo acrecentado al incumplimiento cuando los costes de recurrir a la Justicia son elevados y hay que compensarlos. Y es de esta forma, que las empresas, como agentes racionales, son afectadas por el mal funcionamiento de la justicia y se ven obligadas a alterar sus comportamientos. Ocurre entonces una distorsión de las

---

<sup>13</sup> COSTA CABRAL, Célia da & CASTELAR PINHEIRO, Armando, “A Justiça e seu Impacto sobre as Empresas Portuguesas”..., *op. cit.*, pp.366/370.

<sup>14</sup> COSTA CABRAL, Célia da & CASTELAR PINHEIRO, Armando, “A Justiça e seu Impacto sobre as Empresas Portuguesas”, *op. cit.*, pp.370/372. En el conjunto, 88% de las empresas apuntó el desempeño del sistema judicial portugués como insatisfactorio. Dicen los AA. que la ineficiencia del sistema judicial no preocupa apenas por las injusticias que causa, mas también por resultar costos económicos elevados, en especial para una economía como la portuguesa, que camina en dirección a la liberalización y la disminución de la influencia del Estado.

decisiones empresariales, que podrán reducir los sus niveles de inversión, evitar ciertas áreas de negocio, cobrar precios muy altos. Se crean, pues, obstáculos al crecimiento de las inversiones y se limita la competitividad internacional de las empresas. Finalmente, como aseveran Cabral y Castelar “*o próprio crescimento e desenvolvimento económico do país pode ser posto em causa...se o sistema for ineficiente, os custos de transacção entre os indivíduos aumentam significativamente uma vez que os litígios terão mais difícil resolução quanto mais não seja por esta ser mais prolongada, o que desencorajará os agentes económicos a aceitar contractos sem pesadas cláusulas penais em caso de incumprimento com o objetivo de desincentivar condutas fraudulentas de uma parte incumpridora...O sistema judicial tem, assim, um forte impacto no desempenho económico, actuando por vários canais. Quatro destes canais são: o progresso tecnológico, a eficiência das empresas, o investimento e a qualidade da política económica*”.<sup>15</sup>

Castelar y Cabral concluyen que diferencias en el desempeño de la justicia son tan importantes como diferencias en el rendimiento *per capita* para explicar la variación interestatal en el volumen porcentual de crédito/PIB. Los resultados de la investigación conducida por ellos, demostraron que la justicia tiene un importante papel en el desempeño económico portugués, yendo al encuentro de los estudios que procuran relacionar la justicia con el papel que ésta desempeña sobre la actividad económica. En términos cuantitativos, este estudio permitió evaluar que el desempeño del sistema judicial puede ser considerado una causa importante para la contracción de las inversiones en Portugal, siendo un obstáculo para el crecimiento del país; el resultado es una reducción del empleo y mayores *spreads* que a su vez generan mayores tasas de intereses y precios más elevados. En suma, mostró que el desempeño del sistema judicial provoca una distorsión en las decisiones de las empresas y que un mejor desempeño judicial, implicaría un incremento en el volumen de negocios en 7,7% y un aumento de inversiones del orden de 8,33% y el empleo también sería afectado con un aumento de 5%.<sup>16</sup>

En Brasil, igualmente, fueron realizadas investigaciones con empresarios que demostraron el descontento con el Poder Judicial. La Justicia en Brasil

---

<sup>15</sup> COSTA CABRAL, Célia da & CASTELAR PINHEIRO, Armando, “A Justiça e seu Impacto sobre as Empresas Portuguesas”, *op. cit.*, p. 372/373.

<sup>16</sup> COSTA CABRAL, Célia da & CASTELAR PINHEIRO, Armando, “A Justiça e seu Impacto sobre as Empresas Portuguesas”, *Op. Cit.*, p.376 y 396.



es vista como algo muy lento y una parte relevante de empresarios se queja de los costes de acceso. Las pequeñas empresas, en particular, consideran prohibitivo el coste de acceso a la Justicia y sólo acuden en ella cuando accionadas, mientras que las empresas de gran porte procuran estructurar sus operaciones de forma que se evite el contacto con la Justicia.<sup>17</sup> Se nota que este fenómeno no es reciente y ni restringido a Brasil, sino un sentimiento antiguo y diseminado de manera muy amplia. Para una mejor comprensión de esta realidad, es preciso partir de la presuposición, presente tanto en el Derecho como en la Economía, de la aspiración a que el Poder Judicial esté siempre listo y capacitado para resolver rápidamente las disputas contractuales de forma imparcial y previsible y ateniéndose a los términos originales del contrato y al texto legal, pues esta es una de las razones que explican el uso generalizado de los contratos como instrumento organizador de la actividad económica, en especial, de las transacciones realizadas a través del mercado. Mientras, el hiato existente entre el desempeño teórico del Poder Judicial y lo observado en la práctica es una de las razones por que la actividad económica, algunas veces, se organiza de forma no ortodoxa y busca reducir los costes de transacción así como preservar relaciones que envuelven inversiones específicas. Como ejemplo está la imposibilidad de elaborar contratos suficientemente completos, la dificultad de garantizar su aplicación en los tribunales y el interés de las empresas en proteger relaciones a largo plazo del inevitable desgaste de una demorada y imprevisible disputa judicial, lo que hace que la propia actividad económica se organice de manera que evite los conflictos y permita la adaptación de los contratos.<sup>18</sup> Sadeck y Vianna realizaron investigaciones en Brasil con 570 jueces de las justicias estatales y federal de los Estados de S. Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul, Goiás y Pernambuco, que dieron como resultado un foco de opinión sobre la llamada “crisis del Poder Judicial”.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Posteriormente publicada, siendo como organizador, CASTELAR PINHEIRO, Armando, *Judiciário e Economia no Brasil*, Op. Cit.

<sup>18</sup> CASTELAR PINHEIRO, Armando, “Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil” op. cit, pp. 244 a 283. O A. discurre, a p.245, sobre as implicações decorrentes desse hiato de atuação do judiciário: “se a organização da atividade econômica reflete, em parte, a necessidade de adaptações ao hiato de desempenho do Judiciário, quanto maior ele for, maiores devem ser as adaptações necessárias e, a princípio, o seu impacto sobre o desempenho da economia”.

<sup>19</sup> SADEK, Maria Teresa “A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes: Resultados da Pesquisa Quantitativa”, in *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*, ed. Sumaré, S.Paulo, 1995 y VIANNA, L. W., et al, *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*, ed, Revan, S. Paulo, 1997. Estas investigaciones demostraron que el magistrado en Brasil no acredita lo que cabe a la Justicia de ser neutra en la aplicación de la ley, no se identifica con el papel clásico, del sistema de *civil law*, de intérprete de un derecho producido por el Poder Legislativo, sino que mayoritariamente acredita que su papel es también “producir” derecho y que ese papel le lleva a actuar de manera que produzca justicia social, aunque apenas una minoría acredita que ese objetivo debe sobreponer a la aplicación de la ley.

De modo general, de estas dos investigaciones se concluye que la evaluación que los magistrados hacen de la justicia brasileña difiere de la realizada por los empresarios en cuanto al grado, pero no en cuanto a la ordenación de los problemas. En conjunto, la evaluación que hacen los jueces es de regular a buena, en contraste con la visión general negativa por parte del empresariado. Ambos grupos apuntan la falta de agilidad como el principal problema del Poder Judicial brasileño, seguido del elevado coste de acceso (despejas y tasas de la justicia) y de la falta de previsión, mientras que como aspecto más positivo se señala la imparcialidad.<sup>20</sup> En cuanto a la morosidad de la Justicia, se analizaron dos causas; la primera se señala respecto al gran número de casos llevados a los tribunales por personas, empresas y grupos de intereses, no con el fin de luchar por un derecho, sino para explorar la morosidad judicial, es decir, aplazar el cumplimiento de una obligación. Esta es una práctica muy habitual en el área tributaria, sobre todo en la esfera federal, según los jueces entrevistados. También es frecuente en causas que envuelven préstamos, rentas y disputas comerciales y laborales, considerando el 75% de los jueces esta actitud de retraso y posposición como algo muy común por parte de la propia Unión Federal. Esto sugiere que hay espacio para desobstruir el Poder Judicial, penalizando ese tipo de comportamiento y evitando el mal uso de la Justicia. El segundo tipo de causa de la morosidad incluye factores directamente relacionados con la actividad del Poder Judicial tales como la falta de recursos, la legislación y la forma de actuar de jueces y de otros operadores del Derecho. Las causas más importantes de este tipo son la insuficiencia de recursos, las deficiencias del ordenamiento jurídico, el formalismo procesal exagerado y la forma de actuación de los abogados. En cuanto a la insuficiencia de recursos, los magistrados apuntan la falta de jueces como el problema más importante, seguido de la falta de informatización y, en tercer lugar, la precariedad de las instalaciones. Se nota que 80% de los magistrados entrevistados considera que el gran problema con el ordenamiento jurídico vigente en el país está en la legislación procesal, tanto en los medios de postergar decisiones como en

---

<sup>20</sup> En la investigación de VIANNA, L. W., *et al, op. cit.*, 35% y 42% de los magistrados entrevistados considera como problema esencial y mucho importante, respectivamente, el hecho de que “o acesso à justiça é oneroso, ocasionando uma seleção social de seus beneficiários”, señalando que el coste puede ser un importante obstáculo de acceso al Poder Judicial. A su vez, en la investigación realizada por SADEK, M. T., *Op. Cit.*, la informatización de los servicios judiciales fue apuntada por el 93.2% de los magistrados entrevistados como muy o extremadamente importante para agilizar la Justicia. Mientras el 91% de los empresarios evaluaron la Justicia como mala o pésima en lo que concierne a su agilidad. Los magistrados evaluaron la Justicia del Trabajo de primer grado como el mejor ramo/grado del Poder Judicial brasileño, seguida de la Justicia Electoral. Por otra parte, la Justicia de los Estados miembros es vista como la rama de la Justicia con peor desempeño.

lo que respecta a la posibilidad de recurso a un número excesivo de instancias, siendo entonces causas muy importantes de la morosidad de la Justicia en Brasil.

Otro significativo estudio relaciona la actuación del Poder Judicial brasileño con la seguridad jurídica, el crecimiento y las exportaciones;<sup>21</sup> analiza la importancia de la seguridad jurídica para fomentar la inversión y la eficiencia económica y, por tanto para estimular el crecimiento y la mejora del bienestar social. También explora los efectos de la seguridad jurídica sobre exportaciones y, en especial, sobre las inversiones hacia el mercado externo. El argumento subyacente es que si Brasil tuviese mayor grado de seguridad jurídica la economía crecería más rápidamente, pues las tasas de inversión y de crecimiento de la productividad aumentarían. En consecuencia, un mayor crecimiento generaría más empleo, se mejorarían las condiciones sociales y se favorecería la estabilidad política lo que, a su vez, contribuiría a promover la seguridad jurídica, creando así un círculo vicioso. C. Pinheiro explora, así, cuatro canales a través de los cuales la seguridad jurídica contribuye a estimular el crecimiento: a) la reducción de los costes de transacción; b) el menor riesgo de las inversiones, en especial de aquellos en activos específicos; c) la estabilidad de las “reglas del juego”, y en particular, de las políticas públicas y d) la mayor competitividad de las exportaciones, a través de la reducción de los costes de transacción, de la mayor especialización y del uso de activos más orientados hacia el mercado externo. La seguridad jurídica, en el Estado de Derecho, viene dada por la estabilidad, certeza, previsión y cálculo del ordenamiento jurídico positivo, sino también por el respeto a esos preceptos generales en su interpretación y aplicación por el Poder Judicial. Esto es, la seguridad jurídica requiere que esos preceptos sean respetados en cuatro dimensiones de la actuación de la Justicia: 1) en la fiel e imparcial aplicación de la ley por parte de los magistrados; 2) en la propia construcción de la norma, cuando la Justicia interpreta reglas generales y abstractas creadas por el

---

<sup>21</sup> CASTELAR PINHEIRO, Armando, *Segurança Jurídica, Crescimento e Exportações*, Op. Cit., pp. 1 a 22. Importa señalar la concepción de seguridad jurídica, en las pp. 2/3, como un de los más importantes pilares sobre los cuales se encuentra enbasado el estado de derecho: “ Ele tem como objetivo facilitar a coordenação das interações humanas reduzindo a incerteza que as cerca, tanto em relação às interações já consumadas quanto aos efeitos jurídicos futuros das condutas e relações que são decididas no presente. Esse princípio se inspira, portanto, na confiança que deve ter o indivíduo em que os seus atos, quando alicerçados na norma vigente, produzirão os efeitos jurídicos nela previstos....A certeza das relações jurídicas é outro objetivo importante buscado pelo princípio da segurança jurídica...A segurança jurídica também objetiva permitir aos indivíduos programar, em bases razoáveis de previsibilidade, suas expectativas em relação às implicações futuras de sua atuação jurídica.”. En lo derecho positivo la seguridad jurídica es garantizada por un amplio conjunto de principios como la irretroactividad de la ley, la cosa juzgada, el respeto a los derechos adquiridos y al acto jurídico perfecto. En síntesis, la seguridad jurídica se traduce por una norma jurídica estable, cierta, previsible y calculable, tanto en las relaciones jurídicas entre particulares como en aquellas que participa el Estado.

legislador, estableciendo jurisprudencias. Éstas, han asumido un papel estabilizador de la aplicación y interpretación de la norma; 3) en la uniformidad de la interpretación y aplicación de la norma por los diferentes tribunales; 4) en el control del arbitrio estatal, frenando las acciones de la Administración Pública que vayan contra la norma lo que examinen, modifiquen o invaliden sus actos pretéritos. En este caso la Justicia actúa como el mayor guardián del principio de seguridad jurídica y, en efecto, son varios los canales a través de los cuales la seguridad jurídica estimula el crecimiento económico.

Hay que observar que en la presencia de derechos de propiedad bien definidos, la mejor forma del derecho de estimular la eficiencia económica es reduciendo los costes de transacción. Por el contrario, al permitir transacciones económicas más inciertas, la inseguridad jurídica aumenta los costes a la hora de realizar negocios. Esa es claramente una de las funciones de la seguridad jurídica, en la medida que ella reduce los costes incurridos en la transacción.<sup>22</sup> La seguridad jurídica también reduce los costes de transacción en el caso de que algunos riesgos no explicitados se materialicen en el contrato; por consiguiente, la importancia de una jurisprudencia estable y previsible que ayude a las partes a remediar el contrato en vez de romperlo y facilite la obtención, es una solución para el conflicto sin necesidad de recurrir al Poder Judicial. Se observa que los agentes económicos, cuando toman sus decisiones, procuran minimizar la suma de los costes de producción y transacción, así como tomar en consideración los riesgos que implica, inclusive aquellos que están presentes en contratos incompletos. Unos costes de transacción y elevados riesgos pueden, por tanto, estimular un uso ineficiente de recursos y de tecnología. En especial, las empresas pueden optar por no desarrollar ciertas actividades; dejar de especializarse y explotar economías de escalas, combinar insumos y distribuir la producción entre clientes y mercados ineficientemente, e incluso mantener recursos productivos ociosos. En los sectores más afectados la reacción natural a la falta de seguridad jurídica es la elevación de precios, como forma de compensar los costos de transacción y los riesgos más altos. Consecuentemente, la evidencia empírica sugiere que países con menor grado de

---

<sup>22</sup> COASE, Ronald *The Firm, the Market and the Law*, *op.cit.*, p.36, observa que estos costes de transacción son a la Economía lo que el roce a la Física, pues cuanto mayores fueran, mayores esfuerzos habría que hacer para obtener el mismo resultado: “De manera a realizar una transacción en el mercado es necesario descubrir con quien se quiere hacer transacción, informar a las personas que se quiere negociar y en que términos, conducir negociaciones que lleven a un acuerdo, redactar un contrato, monitorear el su cumplimiento de forma a garantizar que sus términos están siendo respetados, y así por delante”.

seguridad jurídica, se distancian más de las mejores prácticas de producción y, así, crecen más vagamente.<sup>23</sup>

Según la línea de investigación de C. Pinheiro<sup>24</sup>, un elevado volumen de exportaciones es ingrediente básico para conseguir acceso a capitales externos a bajo coste, en la medida en que eso facilita la reacción a choques externos, haciendo con que variaciones relativamente pequeñas de cambio y en el nivel de actividad produzcan cambios relevantes en los costos de sus cuentas externas. El volumen de las exportaciones depende del tamaño de la deuda externa y de la economía. En esa cuestión, se revela de fundamental importancia, la estabilidad de la norma y de las políticas públicas, para dar al exportador previsión y capacidad de calcular suficientes para él decidir por inversiones tan específicos como esos. Y para eso, la indecisión jurisdiccional perjudica la competitividad: a) indirectamente, por la elevación del coste del capital, la escasez de financiación, la falta de buenos servicios de infraestructura, etc.; b) directamente, a cuenta del aumento del riesgo y de los costes de transacción resultante de la “indecisión de carácter difuso que ocurren en las decisiones del Ejecutivo, Legislativo y Judicial”, incluyendo la inestabilidad de las reglas tributarias. Así, de modo positivo, la función económica de la seguridad jurídica se realza, particularmente en este caso, en lo referente a la promoción de las exportaciones y en conferir estabilidad a la norma. Se concluye entonces que, sin seguridad jurídica, la actividad exportadora queda perjudicada tanto por la falta de previsión y de capacidad de calcular *ex-ante* (esencial para dar racionalidad económica a las decisiones del exportador), como por la ausencia de estabilidad y continuidad *ex-post* de las políticas de incentivo a las exportaciones.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> CASTELAR PINHEIRO, Armando, *Segurança Jurídica, Crescimento e Exportações, op. cit.*, pp. 8/9, ejemplifica que el *spread* bancario en Brasil en 2004 en cuanto a la financiación en la adquisición de vehículos nuevos, protegido por la garantía de alineación fiduciaria, una garantía bien aceptada por el Poder Judicial, obtuvo una media del 18% frente a un *spread* de 45,5% en la financiación para la compra de otros bienes de consumo.

<sup>24</sup> CASTELAR PINHEIRO, Armando, *Segurança Jurídica, Crescimento e Exportações, op. cit.*, pp. 16/19. Señala en las p.16/17 “las exportações brasileiras em 2001-2003 foram pequenas, a razão dívida externa/exportações era uma das mais altas entre os países de renda média. Além disso, em 2003, o Brasil foi apenas o 25º maior exportador mundial (1% das exportações mundiais), em que pese ser a 14ª maior economia do mundo (1,5% do PIB mundial)... Já em 2003-2005, o excelente desempenho das exportações brasileiras contribuiu para melhorar os indicadores de vulnerabilidade externa, mas ainda sem reverter o quadro descrito anteriormente. A participação do Brasil nas exportações mundiais também aumentou, chegando a 1,2% em 2004 e 1,3% em 2005”.

<sup>25</sup> CASTELAR PINHEIRO, Armando Castelar, *Segurança Jurídica, Crescimento e Exportações, op. cit.*, pp. 19. Señalo el discurso del autor respecto a la competitividad internacional: “O problema maior em termos de competitividade, surge quando uma empresa exportadora baseada em um país onde a segurança jurídica é precária tem de competir com outra instalada em um país onde há uma boa segurança jurídica. Isso porque vai operar com menores custos de transação, maior especialização e contando com investimentos em ativos específicos voltados para a exportação...Não surpreende, portanto que as empresas

## 1.1 LA EFICACIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD JURÍDICA Y SUS IMPLICACIONES SOCIO-ECONÓMICAS, CONSIDERÁNDOSE EL PROCESO CIVIL HACIA A UN PATRÓN DE EXCELENCIA (efectividad, duración razonable y protección contractual)

Desde la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU en 1948, el derecho humano y fundamental a la seguridad jurídica pasó a constar en los principales documentos internacionales y a formar parte de las Constituciones modernas, como por ejemplo, las Constituciones española de 1978, la portuguesa de 1976 y la brasileña de 1988. En esta última, el derecho general a la seguridad jurídica y algunas manifestaciones específicas de un *derecho a la seguridad jurídica*, fueron expresamente previstos en el artículo 5º de la Constitución, así como en otras disposiciones de la Ley Mayor brasileña. La magistrada de la Corte Suprema, Carmen Lucia Antunes Rocha, ha afirmado que el alcance del derecho a la seguridad jurídica es un proceso abarcador, lo que implica hacer un análisis profundo de la cuestión y abordar todas las dimensiones que de él se derivan, incluyendo no sólo la comprensión del significado y del contenido del derecho a la seguridad jurídica, sino también el problema de su efectividad y de su eficacia, así como la protección contra el retroceso en materia de derechos fundamentales (lo que la doctrina denomina principio de *la proibición del retroceso social*).<sup>26</sup>

Sin adentrarnos en la investigación histórica de los documentos internacionales y constitucionales (que no es el objeto de esta tesis), se observa a partir de un análisis superficial que el *derecho fundamental a la seguridad jurídica* ha sido contemplado por éstos, si bien de manera general las Constituciones y la normativa internacional, en su gran mayoría, no han especificado los contornos y límites de este derecho a la seguridad jurídica. En efecto, la utilización del término genérico *seguridad* hace que el *derecho a la seguridad* pueda ser también considerado como una especie de

---

exportadoras brasileiras encarem competição no mercado internacional como um fator de risco importante.”. Por importante además, p.21: “ A competitividade exportadora do país sofre diretamente as consequências da insegurança jurídica. Para serem competitivas, as empresas exportadoras necessitam especializar-se e investir em ativos específicos, voltados para mercados em que as regras e as preferências dos consumidores podem ser muito diferentes das que se observam domesticamente. A falta de segurança jurídica aumenta, porém, o risco e o custo das exportações que se especializam e fazem este tipo de investimento...Aumentar a segurança jurídica vai ajudar a tornar o Brasil um país mais próspero e a prevenir algumas injustiças”.

<sup>26</sup> ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia, *Consttuição e Segurança Jurídica*, ed. Fórum, Belo Horizonte, 2004. Se percibe que la posición de la jurista brasileña se encuentra en la esfera de los derechos sociales por las intensas y muchas veces indispensables actuaciones del legislador infraconstitucional en lo concierne a su reglamentación e implementación y donde se concentra el mayor número de problemas, como es la interrelación entre el *derecho a seguridad social* (derecho a uno conjunto de derechos sociales, positivos y negativos, garantizadores de una vida con *dignidad*) y el derecho a la *seguridad social*.

*cláusula general* que abarque una serie de manifestaciones específicas como *seguridad jurídica*, *seguridad social*, *seguridad pública*, *seguridad personal*, estas sólo para referirse a las expresiones correlacionadas más conocidas. Así, es posible ejemplificar, a través de las Constituciones mencionadas en el párrafo anterior, que a todas las personas se les asegura un *derecho a la libertad personal y a la seguridad*: la Constitución española, en los arts.17.1 y en el art.39.1, al referirse a los principios rectores de la política social y económica; la Constitución portuguesa, en los arts.27/1, 53 y 63/1, referentes al orden social y reconocimiento del derecho a la *seguridad del empleo* y del derecho a la *seguridad social* de todos los ciudadanos; y la brasileña art. 5º, *caput*, y en diversos incisos de este mismo artículo, que guardan conexión con la noción de la *seguridad jurídica* (v. g., inciso II « principio de legalidad»; inciso XXXVI «protección al derecho adquirido, cosa juzgada y acto jurídico perfecto y ya realizado» ; inciso LIV « garantía del debido proceso legal»; y inciso LV « garantía del contradictorio y de la amplia defensa» y otros más).<sup>27</sup>

A su vez, en el plan internacional se verifica que los principales documentos en materia de reconocimiento y protección de los *Derechos Humanos Fundamentales* no contienen referencia expresa a uno derecho a la *seguridad jurídica*, sino únicamente a la *seguridad personal del individuo*, como es, el caso ilustrativo de la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU/1948 (art. 3º), del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de la ONU/1966 (art. 9º), de la Convención Europea de Los Derechos del Hombre (art. 5º) y de la Convención Americana de San José de Costa Rica/1969 (art. 7º, nº 1). En estas normas de protección en el ámbito internacional, la *seguridad jurídica* se encuentra contemplada en el ámbito de algunas garantías contra la irretroactividad de determinados actos estatales (de la Administración Pública) sobre todo en materia penal, mediante el reconocimiento del principio de que nadie podrá ser condenado por un delito que previamente no haya sido tipificado por la ley (principio de legalidad, art. 9º de la Convención Americana y art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el art. 11 de la Declaración de la ONU).

---

<sup>27</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, “A Eficacia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro”, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, (Cordinación de PAULO BONAVIDES), nº 4, ítem 15, Livraria Del Rey Editora, Belo Horizonte/São Paulo, 2005, pp.317-366. Se percibe en el estudio de este constitucionalista brasileño que el legislador español, a diferencia del portugués, se refiere expresamente a la *seguridad jurídica* en la misma disposición que protege la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de los derechos individuales (art. 9.3).

Entretanto, tal ausencia de previsión expresa de un artículo a la *seguridad jurídica*, o incluso de protección de los derechos adquiridos, no constituye, todavía, obstáculo al reconocimiento de algunas manifestaciones del principio de la *seguridad jurídica* en el ámbito del derecho convencional regional y en las esferas de la jurisprudencia de las instancias judiciales supranacionales, destacando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>28</sup>

Es inegable que en el pensamiento constitucional contemporáneo<sup>29</sup>, habiendo o no mención expresa a uno *derecho a la seguridad jurídica*, se enraizó la idea de que un auténtico *Estado de Derecho* es también aquel de un *Estado de la Seguridad Jurídica*, donde el “gobierno de las leyes”, y por ser en estas, la expresión de la voluntad política de un grupo mayoritario (democráticamente considerando), sin el cual se podría incurrir en despotismo y en toda una suerte de iniquidades. Es decir, la doctrina constitucional contemporánea, sin entrar en grandes controversias respecto a este punto de vista, considera la *seguridad jurídica* como expresión del *Estado del Derecho*, de tal manera que, la *seguridad jurídica* posee el *status* de subprincipio concretizador del principio fundamental y estructurante del *Estado del Derecho*. Pero más allá de asumir la condición de derecho fundamental de la persona humana, la *seguridad jurídica* constituye simultáneamente el principio fundamental de la Orden Jurídica Estatal y, más allá de esta, de la propia Orden Jurídica Internacional.<sup>30</sup>

Además, el derecho a la seguridad jurídica no se restringe a estas dimensiones y abarca, sin ninguna duda, más que un derecho a la seguridad jurídica y social, *un derecho general a la seguridad*, en el sentido de un derecho de protección que

---

<sup>28</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, “A Eficacia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica...”, *Op. Cit.*, pp.321/322. Este autor resalta también en la nota 5, segunda parte, p.322, que: “...*Importa consignar que a doutrina, de um modo geral, refere que a proteção outorgada no plano do direito europeu é em geral bem mais frágil do que as soluções desenvolvidas na esfera interna (Constitucional) de cada Estado, até mesmo em respeito às circunstâncias específicas de cada país e diante da necessidade de uma ampla liberdade de cada legislador interno nesta seara*”.

<sup>29</sup> Cfr. entre otras, las contribuciones de GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 252 y ss.; SCHULZE-FIELITZ, Helmuth, “Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips”, in *Grundgesetz Kommentar* (Organización de Horst Dreier), Vol II, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, pp.184 y ss; y BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed, Malheiros Editores, S.Paulo, 2002, pp.112 y ss.

<sup>30</sup> El Tribunal Constitucional de Alemania, en una reciente sentencia, ha votado la idea de que la *seguridad jurídica* constituye uno de los elementos nucleares del principio del Estado de Derecho, con el sentido de que el ciudadano se encuentra protegido contra las leyes retroactivas que afecten sus derechos subjetivos ya protegidos y que han producido todos sus efectos, evitando así, que venga a ser frustrada su confianza en la Orden Jurídica, ya que la *seguridad jurídica* significa, en primer lugar, protección de confianza y, a su vez, constituye jerarquía constitucional (BverfGE, Coletánea Oficial de las Decisiones de la Corte Constitucional de Alemania, vol 105, 2002, p.57).



se hace efectivo por medio de prestaciones normativas y materiales contra actos del Poder Público y de otros particulares, en cuanto violadores de diversos derechos personales o subjetivos. Esta comprensión deriva tanto de varias disposiciones constitucionales expresas y específicas –hay que señalar, por ejemplo, la formulación genérica del legislador constituyente brasileño en el *caput* del art.5º de la CF/88– como del reconocimiento de deberes generales y especiales de protección que resultan directamente de la dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales, como condición de expresiones de un orden de valores comunitario y que, por el ángulo subjetivo en que sucede, proporcionó a buena parte de la doctrina el reconocimiento de la existencia de correspondientes derechos de protección.<sup>31</sup>

Ante tal circunstancia apuntada, parece oportuno afirmar que la *seguridad jurídica*, jamás será estrictamente “jurídica”, ya que se considera una condición principal de la propia seguridad personal y como un todo de la orden comunitaria. De esta manera, teniendo en cuenta estas exposiciones, pensamos que el *derecho a la seguridad* se reviste de principios y de derecho fundamental y que la eficacia y la efectividad de este derecho a la seguridad jurídica asumen, cada vez más, un papel destacable en la constelación de principios y de derechos fundamentales.<sup>32</sup>

Además, el reconocimiento del derecho de seguridad jurídica es imprescindible para asegurar protección a los derechos fundamentales, al menos en cuanto a su núcleo esencial y/o su contenido de dignidad de la persona humana. Ya que los derechos fundamentales constituyen explicitaciones de aquella, de manera que en

---

<sup>31</sup> ALEXY, Robert, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit., pp. 49 y ss.; *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994, pp. 410 y ss, esta última obra del gran jurista alemán trata de la doble dimensión objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales; WOLFGANG SARLET, Ingo, *A Eficacia dos Direitos Fundamentais*, 3ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, p.145 y ss.

<sup>32</sup> La *seguridad jurídica* no puede ser vista a partir de un prisma demasiado formal y además no significa la absoluta previsibilidad de los actos del poder público y la imposibilidad de su alteración. Sigue siendo erróneo propugnar el fin del control de constitucionalidad difuso (verificado en cada proceso), como han hecho algunos respecto a la realidad brasileña, atribuyendo los errores verificados a este tipo de control existente ante las diferentes decisiones en determinadas materias comunes, acarreado con ello distintos entendimientos en la interpretación de la orden constitucional. También hay algunos que critican la adopción de las Súmulas Vinculantes por el Supremo Tribunal Federal, pues con la argumentación de estar sirviendo a la causa de la *seguridad jurídica*, estaría, en verdad, sirviendo a una determinada concepción de seguridad jurídica comprendida como absoluta previsibilidad de las decisiones judiciales y de una completa sujeción de los jueces y de otros Tribunales de los Estados miembros o Regionales Federales, al entendimiento de los Tribunales Superiores; algo que no sería deseable. Ver FERREIRA MENDES, Gilmar, *Jurisdição Constitucional*, ed. Saraiva, S. Paulo, 1999 y CLÉVE, Clémerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, S, Paulo, 1999. Y además, STRECK, Lenio, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002.

cada derecho fundamental se hace presente un contenido, o al menos, una proyección de la dignidad de la persona humana. Y un nivel mínimo de seguridad jurídica sólo estará asegurado cuando el propio Derecho también asegure la *protección de la confianza del individuo* en la propia orden jurídica y, de modo especial, en la orden constitucional vigente.<sup>33</sup>

No se puede dejar de abordar en este contexto, aunque de forma superficial<sup>34</sup>, el problema de la prohibición del retroceso social en el derecho constitucional, con lo cual, la dignidad de la persona humana no exige únicamente una protección frente a actos retroactivos, sino también dispensa una protección contra medidas retrocesivas, aunque no pueden ser tenidas como propiamente retroactivas, ya que no alcanzan las figuras de los derechos adquiridos del acto jurídico perfecto (que han producidos sus efectos válidamente) y de la cosa juzgada. Insertas en estas consideraciones se encuentra la posibilidad del legislador, bien a través de una enmienda constitucional (reforma constitucional) bien por medio de una reforma en el ámbito legislativo (infraconstitucional), de suprimir ciertos contenidos de la Constitución o de revocar normas legales destinadas a reglamentar disposiciones constitucionales, sobre todo en materia de derechos sociales, aunque con efectos meramente prospectivos. Es lo que la doctrina concibe como *la prohibición de retroceso*, que impide al legislador constitucional volver hacia atrás en cuanto a la implementación de los derechos sociales fundamentales, así como los objetivos del Estado de Derecho establecidos en la Constitución.<sup>35</sup>

La prohibición de retroceso asume, entonces, la característica de ser verdadero principio constitucional fundamental (sea explícito o implícito), que puede

---

<sup>33</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, "A Eficacia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica...", *Op.Cit.*, pp.328/329.

<sup>34</sup> Para no apartarnos del objeto de esta tesis.

<sup>35</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar; MARTIRES COELHO, Inocêncio y GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 2000; SCHAFER, Jairo Gilberto, *Direitos Fundamentais, proteção e restrições*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001; TOLEDO BARROS, Suzana, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritiva de Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 1996 y GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *Op. Cit.*, pp.474/475. Este autor sustenta que después de su concretización en el nivel infraconstitucional, los derechos fundamentales sociales asumen, simultáneamente, la condición de derechos subjetivos en determinadas prestaciones estatales y de garantía institucional, de manera que no se encuentran más en la esfera de poder del legislador, en el sentido de que los derechos adquiridos no pueden ser nunca suprimidos o reducidos, sob pena de flagrante infracción al principio de protección de la confianza, y con insconstitucionalidad de todas aquellas medidas que amenacen el patrón ya alcanzado de prestaciones sociales.

ser reconducido tanto al principio del Estado de Derecho, en el ámbito de protección de confianza y de la estabilidad de las relaciones jurídicas inherentes a la seguridad jurídica, como al Estado Social, en la condición de garantía de manutención de grados mínimos de seguridad social ya alcanzados, siendo corolario de la máxima eficacia y efectividad de las normas de derechos fundamentales sociales y del derecho a la seguridad jurídica, así como de la propia dignidad de la persona humana. Según la doctrina de Dworkin, Alexy y Canotilho<sup>36</sup>, la prohibición de retroceso social, en cuanto principio y no regla general y absoluta, no admite solución basada en la “*lógica del todo o nada*”, aceptando determinadas reducciones en el ámbito de conquistas sociales al nivel infraconstitucional, se encuentra, pues, vedada su supresión pura y de forma sencilla.

La *seguridad jurídica*, en su dimensión objetiva, exige un mínimo de continuidad del Derecho, al lado de la dimensión subjetiva, que significa la protección de la confianza del ciudadano en esta comunidad del orden jurídico en el sentido de una seguridad individual de sus propias posiciones jurídicas. Así, según Gomes Canotillo<sup>37</sup>, el principio de la *seguridad jurídica* exige tanto la confiabilidad, claridad, racionalidad y transparencia de los actos del Poder Público, con respecto a la *seguridad del ciudadano* en lo concerniente a sus disposiciones personales y efectos jurídicos de sus propios actos, de manera que tanto la *seguridad jurídica* como la protección de confianza chocan contra los actos de cualquier órgano del Estado.

Según la exposición de Ingo Wolfgang<sup>38</sup>, se verifica en el ámbito del *derecho constitucional brasileño*, que el principio de prohibición del retroceso deriva implícitamente del sistema constitucional, principalmente de los siguientes principios y argumentos de matriz jurídico-constitucional, sintetizados así: a) el principio del Estado Democrático y Social de Derecho, que impone un mínimo de seguridad jurídica, con protección de la confianza y del mantenimiento un nivel mínimo de seguridad contra medidas retroactivas y, en cierta medida, contra actos de retroceso del Estado; b) el principio de la dignidad de la persona humana, que exige la satisfacción por medio de prestaciones positivas de una existencia digna para todos y que tiene como efecto la

---

<sup>36</sup> GOMES CANOTILHO, Joaquim José, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Op.Cit; DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona, 1998; ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

<sup>37</sup> GOMES CANOTILHO, Joaquim José, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Op. Cit., p.252.

<sup>38</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Op. Cit. Y *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica*, Op. Cit., pp.349/351.

inviabilidad de medidas para que estean aquien de esto patamar (su perspectiva negativa); c) el principio de la máxima eficacia y efectividad de las normas definidoras de derechos fundamentales contenido en el art.5º, § 1º y que abarca también la maximización de la protección de los derechos fundamentales; d) las manifestaciones específicas y expresas en la Constitución, concernientes a la protección contra medidas de carácter retroactivo (la protección de los derechos adquiridos, de la cosa juzgada y del acto jurídico perfecto), previstas en el art.5º, *caput* y en la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; e) el principio de la protección de la confianza, en cuanto elemento nuclear del Estado de Derecho, e impone al Poder Público, como exigencia de la *buena fe* en las relaciones con los particulares, un cierto respeto a la confianza depositada por los individuos en relación a una cierta *estabilidad y continuidad de la orden jurídica* como uno todo y de las relaciones jurídicas específicas; f) los órganos estatales se encuentran vinculados no sólo a las disposiciones constitucionales en el ámbito de su concretización en el plano infraconstitucional, sino también están obligados a una cierta auto-vinculación en relación a los actos suyos antes practicados, lo que alcanza tanto al legislador, al administrador y hasta, en cierta medida, a los órganos jurisdiccionales; g) negar el reconocimiento al principio de la prohibición de retroceso, significaría admitir que los órganos legislativos dispondrían del poder de tomar libremente sus decisiones sin observar la voluntad expresa de la Constitución, lo que sería contrario al principio de la efectividad constitucional, cosa que no se puede aceptar.<sup>39</sup>

Estas breves consideraciones con respecto de la seguridad jurídica como uno derecho fundamental sirven también para demostrar la importancia que *la seguridad jurídica*, en el amplio sentido del término, ha asumido en la actual orden jurídica de muchas Constituciones modernas, ocupando un lugar destacado junto a la *seguridad social*.

Por otro lado, con las consideraciones de los economistas, fundamentalmente la corriente *neoinstitucionalista*<sup>40</sup>, que sobrevaloran las instituciones sociales en el contexto económico, se añaden importantes aportaciones que hacen crecer

---

<sup>39</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, *A Eficacia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica*, Op. Cit., p.251, presenta una importante decisión del Tribunal Constitucional portugués, un *leading case*, de autoría del Consejero Vital Moreira, versando sobre el Servicio Nacional de Salud, que obliga al Estado no únicamente a crear ciertas instituciones, sino también a no abolirlas una vez creadas.

<sup>40</sup> Ver ítem 1.3 del Cap. III, Tesis.

en importancia este principio constitucional. Algunos estudiosos como Amartya Sens, Douglas North, Hodgson y Richard Posner, ofrecen un sustrato, de base pragmatista socio-económica, que reflejan las diferentes repercusiones que puede haber en los efectos resultantes de la *seguridad jurídica*, por ejemplo, el crecimiento de la economía de un determinado país, o los efectos impulsores en la exportación, la reducción de los costes de transacción de las empresas, o incluso el efecto en el desarrollo socio-económico que puede derivarse de ello. Esto sólo refuerza la necesidad por parte de los estudiosos de la realidad social de realizar estudios interdisciplinarios y multidisciplinarios, sin los cuales no es posible ver nitidamente el fenómeno social que es, al mismo tiempo, político y económico, y sin dejar de ser social y por tener su base fundamental en ello, proporciona una visión holística de la realidad, o al menos, una mejor visibilidad de sus contornos existenciales.<sup>41</sup>

El proceso civil, en cuanto instrumento que el Estado dispone para hacer Justicia a los ciudadanos, más allá de su función redistributiva y de reintegración social al aplicar normas jurídicas a situaciones factuales, ha asumido, modernamente, una función de cooperador de la economía, ante justamente, el papel adyuvante del desarrollo socio-económico, que la *seguridad jurídica* puede proporcionar en el contexto social. Así, *seguridad jurídica* y *seguridad social* se complementan ante la activación mutua y recíproca que despiertan una a otra. Es así, como un círculo vicioso que se mueve en casi un interminable flujo de acción y reacción.

En la actualidad y en los países de la modernidad, el proceso civil debe comportar algunas características y jamás apartarse de ellas, tales como duración razonable, efectividad de las medidas judiciales concedidas (de cualquier tipo procesal, conocimiento, ejecutivo y cautelar), para producir todos los efectos a los que se suele aspirar y para proteger los contratos que sirven así a la causa de instrumentos de las más diversas combinaciones e interacciones de los agentes económicos en sus actividades de generación de riquezas y de crecimiento de la economía y sin descuidar la protección de los recursos naturales y del medio ambiente, que es la exigencia del concepto de *desarrollo sostenible*.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Ver también ítem 1.4 del Cap.III, Tesis.

<sup>42</sup> Con el que nos comprometemos aquí irrenunciablemente.

## **2. LA DIMENSIÓN DEL PODER JUDICIAL EN BRASIL DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL, SUS CONSECUENCIAS SOCIO-ECONÓMICAS Y SU CORRELACIÓN CON EL DERECHO AL DESARROLLO (Doctrina, Legislación y Jurisprudencias).**

En Brasil, por los poderes constituídos, han firmado dos *pactos republicanos de Estado por un Sistema de Justicia más accesible, ágil y efectivo*, es decir, por una Justicia mejor, más democrática y más eficiente, que ha exigido la edición de nuevas leyes, de nuevas medidas tomadas por el Presidente de la República Brasileña y por el Presidente de la Corte de Justicia mayor, el Supremo Tribunal Federal – STF. El *primer pacto* data de 2004 y el *segundo pacto* del 13 de abril de 2009 y representan una gran y nueva dimensión para la Justicia en Brasil; tanto es así, que cinco años después del primer pacto, los brasileños hemos podido disfrutar en la práctica de once medidas que han cambiado mucho el aspecto de la Justicia brasileña, como es el caso de la reforma constitucional del Poder Judicial, el Consejo Nacional de Justicia, la actualización de los Códigos del Proceso Civil y Penal y la expansión de los Juzgados Especiales, con su revolucionaria instancia que juzga causas de menor valor.<sup>43</sup>

Con el segundo pacto, los Poderes Ejecutivo y Judicial se comprometieron a presentar nuevos proyectos de ley respecto a temas de gran relevancia para la modernización de la Justicia brasileña y, a su vez, el Poder Legislativo se comprometió a priorizar la votación de estas proposiciones.

Gracias al primer pacto, se están llevando a cabo importantes proyectos de informatización y de mejoras en el sistema de producción de datos estadísticos. Según Flávio Dino, 20 de los 39 proyectos presentados al Parlamento Nacional brasileño se han transformados en leyes, como es el caso del que cambió el procedimiento del Tribunal de Jurado Popular o del que reglamentó el instituto de

---

<sup>43</sup> Los Juzgados de los Estados Federados tienen competencia para juzgar procesos de hasta 40 salarios mínimos, esto es, R\$ 24.880,00 (vinte y cuatro mil, oitocientos y oitenta reales). Y los Juzgados mantenidos por la Unión Federal, competencia en procesos de hasta 60 salarios mínimos, esto es, R\$ 37.320,00 (treinta y siete mil, trecentos y veinte reales), con atribución de aquellos procesos en los que hay participación de la Unión Federal.

repercusión general, contribuyendo en gran medida a desobstruir la agenda del STF.<sup>44</sup> Con el segundo pacto, las nuevas metas prevén la revisión de las leyes respecto a la violencia, el abuso de autoridad, el crimen organizado (bandas criminales), el blanqueo de capital y la pérdida de bienes aprehendidos por la Justicia con el objetivo de proporcionar mayor eficiencia en la investigación criminal y en el proceso penal. El fortalecimiento de la *Defensoria Pública* (Defensores del Pueblo) y de mecanismos destinados a garantizar asistencia jurídica integral a la población de baja renta, es otro de sus objetivos. Se prevé que con este segundo pacto haya un nuevo sistema en cuanto a las medidas cautelares y prisión provisional (en abril de 2009 el 46% de los 462.000 presos en Brasil eran provisionales que aguardaban sus juicios en prisión). Este segundo pacto también ha previsto la aprobación de una nueva Ley de Acción Civil Pública para racionalizar el proceso y el juzgamiento de los conflictos de masa (multirepetidos en su objeto, cambiando apenas el autor), como la discusión con respecto a la tarifa de telefonía convencional. Solamente este cambio eliminaría un millón de procesos que actualmente tramita la Justicia. La deuda de los ciudadanos y empresas con el Gobierno también recibirá nuevos métodos de cobro, con el fin de reducir el ingreso de nuevas acciones judiciales (en cuanto a eso, el Gobierno brasileño ya envió al Parlamento un proyecto de ley para la creación de una Cámara General de Transacción y Conciliación, que tratará de estas negociaciones y eventuales disminuciones y perdones de deudas). Por fin, como resultado de este segundo pacto, se hicieron modificaciones en el Código del Consumidor para conferir eficacia ejecutiva a las transacciones y decisiones del órgano de defensa y protección del consumidor – PROCON, administrado por las Secretarías de Gobierno de los Estados Miembros, fortaleciendo así los derechos de los consumidores contra prácticas abusivas.

Un aspecto que hay que considerar en la aplicación de las leyes por la justicia brasileña, con influjos socio-económicos, es la aplicación práctica de los principios, sobre todo los de asiento constitucional, pues se observa que, paso a paso, los cambios entre los operadores del derecho y entre los estudiosos del derecho, en cuanto a este tema, ha incrementando la atención hacia los principios jurídicos que rigen el sistema, una vez que son precisamente ellos los que constituyen la base de todo el ordenamiento jurídico. Un ejemplo bastante ilustrativo de esta sumisión a los principios

---

<sup>44</sup> DINO, Flávio, “Novo Pacto por Uma Justiça Melhor”, in *Periódico Pequeno*, Cuaderno General, edición de 22.04.2009. Este autor fue Juez Federal y después Diputado Federal, con una reconocida actuación a favor de la reforma del Poder Judicial en Brasil.

son las recientes jurisprudencias del Superior Tribunal de Justicia (la corte mayor en materia infra-constitucional) al declarar como no suceptibles de adjudicación el bien inmueble de familia de un fiador (el que garantiza el contrato de alquiler), incluso ante la expresa regla del art.3º, VII de la Ley Federal nº 8.009/90. En este caso el STJ se ha pronunciado contra el texto de la ley, pero a favor del principio constitucional que estipula el derecho a la vivienda como un derecho social, previsto en el art.6º, *caput* de la Constitución Federal de 1988 (con la redacción de la Enmienda nº 26/2000, no se habría recibido el permiso legal del embargo procesal).<sup>45</sup>

En verdad los principios no constituyen letra muerta en el ordenamiento jurídico. La dignidad de la persona humana y los valores sociales de la libre iniciativa no están previstos en el artículo inaugural de la Constitución por casualidad. Si la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, la erradicación de la pobreza y la reducción de desigualdades son objetivos de la República brasileña, tanto es que las leyes y las decisiones del Poder Judicial deben colaborar para la concretización de estos. Otro ejemplo que se convoca es el del principio de la buena fe objetiva. Si la propiedad obliga y si hay en ella una función social, también es verdad que el contrato es propiedad circulante y que él también debe lograr más esta función. No podemos olvidar que la buena fe objetiva es un patrón concreto de buena conducta, proba, íntegra, verdadera, con la cual los contrayentes deben tener en cuenta todo lo acordado so pena de incumplimiento de contrato en caso de no hacerlo.<sup>46</sup>

En cuanto a los derechos de los consumidores, considerado uno de los derechos de tercera generación, se pueden resaltar importantísimos principios concernientes a la materia, destacados en el sistema positivo brasileño, los cuales tienen pautados la conducta de los jueces: 1) *principio de la ciudadanía y de la dignidad de la persona humana*, el ciudadano como participante de la vida política del país posee

---

<sup>45</sup> Recurso Especial nº 2005.0068634-5, 5ª Turma, Relator Min. Felix Fischer, 18.08.2005, STJ.

<sup>46</sup> NERY, Nelson & ANDRADE NERY, Rosa Maria de, *Código Civil anotado e legislação extravagante*, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2003 definen la buena fe objetiva: "A boa fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos estes atributos que decorrem da boa fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta relação contratual, deve ser proposta a regra jurídica de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar". En el mismo sentido, MORAES RÊGO, Nelson Melo de, *Da Boa Fé Objetiva nas Cláusulas Gerais em Matéria de Direito do Consumidor e outros Estudos Consumeristas*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2.009, pp. 23/24 conceptúa la buena fe objetiva así: "Constitui um princípio norteador da conduta das partes, um padrão objetivo de comportamento e, concomitantemente, um critério normativo da sua valoração", de lo que resulta que la buena fe objetiva importa una actuación según la buena fe.



derechos y obligaciones y el Estado debe garantizar condiciones para que tenga vida digna satisfaciendo sus necesidades en cuanto a salud, educación, alimentación, seguridad, etc., (art.1º, II y III CF/88) c/c *caput* del art.4º del CDC); 2) *Principio de la Legalidad*, mediante el cual ninguén será obligado a hacer o dejar de hacer algo si no en virtud de la Ley (art.5º, II CF/88); 3) *Principio del Equilibrio (o de armonía) en las Relaciones entre los Consumidores y los proveedores (comerciantes), en razón de la vulnerabilidad del consumidor*, el Estado debe intervenir en el equilibrio de la relación jurídica de consumo, dotando al consumidor de derechos como la inversión del impuesto de la prueba y de la responsabilidad objetiva por el hecho del producto o servicio; 4) *Principio de la Información y de la Transparencia*, con el que el comerciante debe actuar de manera clara, informativa en cuanto a las condiciones necesarias y adecuadas, como la cantidad, la cualidad y satisfacción del producto (incluso con la entrega de un manual del fabricante), conforme el art. 4º, *caput* y 8º del CDC; 5) *Principio de la Equidad*, las relaciones de consumo deben tener prestaciones ecuánimes, igualitarias, compatibles y proporcionales con el bien vendido o con el servicio prestado. Ocurre entonces la búsqueda de la justicia contractual, el precio justo, un equilibrio entre derechos y deberes de los contratantes (arts.4º, III, 6º, V y § 2º del art.20 del CDC; 6) *Principio de la Buena Fe Objetiva*, se trata de un patron objetivo de comportamiento y, simultáneamente, un criterio normativo de su valoración que viene a corresponder a la noción de lo que se espera legítimamente de la otra parte en una relación de consumo, por ejemplo, que se entregue el producto o se preste el servicio, conforme a lo anunciado y sin frustrar esa expectativa (art.4º, III y 51, IV, CDC). Así, los principios son importantísimos en esta sociedad postmoderna, por proporcionar el norte de las acciones de protección de las relaciones del consumo que el juez deberá observar al juzgar las causas que le son sometidas.<sup>47</sup>

## **2.1 REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA DEL PODER JUDICIAL EN BRASIL: ¿UNA NUEVA JUSTICIA?**

Desde hacía mucho tiempo se venía hablando de la idea, insertada en los renovados aires democráticos, de una reforma del Poder Judicial, sobre todo entre

---

<sup>47</sup> MORAES RÊGO, Nelson Melo de, *Da Boa Fé Objéiva nas Cláusulas Gerais em Matéria de Direito do Consumidor e outros Estudos Consumeristas*, Op. Cit., pp.85/86. El autor demuestra que la tutela jurídica protectora de los consumidores se ha insertado en la Constitución y en Código de los Consumidores, a través de la consagración de principios fundamentales y orientadores de las políticas públicas para la defensa de los consumidores en Brasil, la parte más frágil y vulnerable de la relación jurídica de consumo (así como también ocurre en muchos países democráticos y de respeto acentuado a los derechos humanos).

los actores de la justicia; pero más recientemente, este debate se extendió a toda la sociedad civil brasileña, a través de los medios de comunicación reclamando una mayor transparencia, la reducción de la morosidad y el incremento de la seguridad jurídica.<sup>48</sup> Por consiguiente, en la nación brasileña se ha producido una gran reforma en el seno de este Poder, con la alteración del texto constitucional, a través de la Enmienda Constitucional n° 45/2004<sup>49</sup>, que implantó la reforma del Poder Judicial en Brasil y de 18 (dieciocho) Leyes sucesivas, con importantísimas modificaciones en la Orden Constitucional.

En verdad, desde los años 90 del pasado siglo la agenda política brasileña ha estado marcada por propuestas de reformas constitucionales e infraconstitucionales que han modificado el perfil del Estado y su relación con la economía y la sociedad. De este modo y en este contexto, se ha producido la reforma del Poder Judicial, una de las más importantes funciones que ha llevado a cabo el Estado moderno. Los cambios ocurridos son tan profundos y, por qué no decir tan revolucionarios, que la actual Constitución, con cincuenta y ocho enmiendas constitucionales, poco se parece a la del inicio de su vigencia allá en octubre de 1988. Y con respecto a la reforma del Poder Judicial, es correcto decir que la misma ganó contornos y rasgos más complejos que superan los límites del paradigma de la eficiencia administrativa y se vio forzada a ecuacionar el problema de la prestación jurisdiccional en referencia a los costes de funcionamiento de la maquinaria administrativa y de desempeño de la Justicia. Como bien afirmó Maria Tereza Sadeck, se pueden ver tres dimensiones principales de la reforma: 1ª) el problema de la jurisdicción política constitucional; 2ª) la existencia y efectividad de mecanismos de control y fiscalización de los órganos del Sistema de Justicia, especialmente por medio de la creación del polémico Consejo Nacional de Justicia; 3ª) los aspectos organizacionales y estructurales, según su

---

<sup>48</sup> FALCÃO, Joaquim, “Uma Reforma Muito Além do Judiciário”, in *Interesse nacional*, Sérgio Fausto Editor/Asociación Interesse Nacional, S.Paulo, 2008, pp.56 a 64, habla de esta difusión: “...O debate sobre a reforma da Justiça extrapolou o círculo restrito dos especialistas em Direito Processual, dos desarticulados interesses dos usuários da Justiça e dos articulados interesses corporativos dos profissionais e de alguns setores econômicos. A evidência de que, numa Democracia, o Poder Judiciário detém a palavra final no cotidiano das instituições, empresas, comunidades e cidadãos, despertou e mobilizou a opinião pública.”

<sup>49</sup> La Constitución brasileña, promulgada el 5 de octubre de 1988, en razón de su carácter flexible, ha tenido en su más de veinte años de vigencia, cincuenta y seis Enmiendas Constitucionales (hasta el 20 de diciembre de 2007).

capacidad de ampliar o reducir el acceso de los ciudadanos a la Justicia y la democratización del Poder Judicial.<sup>50</sup>

El nuevo papel político del Poder Judicial en Brasil, que permite confrontar las decisiones de los demás Poderes del Estado, se vio reforzado por la incidencia de dos principios: por una parte, el proceso de modernización económica, marcado además por la intervención del gobierno en el ordenamiento jurídico (sobre todo a través de las tan criticadas *Medidas Provisoriaes* que el Ejecutivo usa para editar normas jurídicas de carácter provisional y urgente, mientras el Legislativo no edita una Ley correspondiente). Y por otra, la vigencia de una nueva Constitución ( la de 1988 y sus enmendadas), llena de nuevos derechos humanos que fueron positivados, los derechos fundamentales y garantías procesales individuales y de orden colectiva, que han hecho que el Poder Judicial se convierta en un gran palco de conflictos de elevada intensidad que envuelve a diferentes sectores sociales o grandes agrupamientos de individuos descontentos o perjudicados por las acciones del gobierno, muchas de ellas de fuerte cariz económico, como por ejemplo, la privatización de empresas públicas, los planes económicos para combatir la perversa inflación y desvaloración de la moneda brasileña, las restricciones que implican la actualización financiera de una reserva económica que garantice derechos en cuanto a las pensiones que se originan de la relación del trabajo, denominada FGTS etcétera. A esto puede añadirse el hecho de que la Constitución de 1988 ha ampliado sensiblemente las formas individuales y colectivas de acceso a la Justicia, al mismo tiempo que se le ha entregado la difícil tarea de velar por los derechos constitucionales de los ciudadanos. Con esto, parece más que evidente que el papel político del Poder Judicial en Brasil se ha incrementado considerablemente y ha quien habla hasta del nuevo papel que se le ha atribuído a la Corte Suprema brasileña, el de ocupar el espacio político-institucional que el Emperador Don Pedro II tenía en el siglo XIX, cuando Brasil era una Monarquía Constitucional.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> SADEK, Maria Teresa (organización), *Reforma do Judiciário*, Fundación Konrad Adenauer, S. Paulo, 2001, pp.7 a 21.

<sup>51</sup> LIMA LOPES, José Reinaldo, *Derechos Sociales, Teoria y Practica*, Ed. Método, S. Paulo, 2006, pp.5 y 19/32. Señalamos en la p. 30: "Com a República o Judiciário foi, desde 1891, encarado como o árbitro possível dos grandes conflitos de poderes e lhe foi dado, no Supremo Tribunal Federal, conscientemente, uma parte das atribuições do extinto Poder Moderador". Y también, p.22: "Com o fim do Império aparecia outra vez o problema de quem viria a arbitrar tais conflitos. Minha idéia é a de que tal papel veio a caber ao Supremo Tribunal Federal. Não foi apenas um acaso, um resultado indesejado, mas a meu ver os constituintes tinham clareza de que tal função seria mesmo de nosso Tribunal e creio que se pode interpretar assim nossa história com pelo menos três linhas de fatos a seu favor.". Y entre estos hechos que el Autor describe, están: la similitud que el modelo de los Estados Unidos proporcionaba a Brasil; las manifestaciones de los constituyentes del 1891, que se referían al Tribunal Supremo con esto rasgo y que

En verdad, lo que ha ocurrido en Brasil ha sido una modernización de la administración de la Justicia cuya Constitución de más de veinte años de vigencia ha cambiado como ninguna otra institución social, con significativas mejoras y con un aumento de poder y de competencias. En este contexto, las mayores transformaciones que se han realizado están vinculadas a la Enmienda Constitucional nº 45. Los cambios operados en la estructura de la Justicia brasileña en estos veinte años son significativos, no sólo por el gran interés que despierta este tema y por las transformaciones que operan ya en el país, sino porque revolucionaron el concepto de Justicia en Brasil y, ciertamente, hoy tenemos otra Justicia, que va perfeccionándose y presentando relevantes innovaciones en el seno de este gran país del hemisferio Sur.<sup>52</sup> Para ejemplificar, basta citar los casos de la Justicia Electoral, considerada la mejor del mundo, con un sistema de votación totalmente informatizado que va de norte a sur del país y que cuenta con más de 110 millones de electores, y la creación de un inédito órgano de fiscalización funcional y administrativo, de control y de planeamiento, de magistrados y tribunales, el CNJ – Consejo Nacional de Justicia, que ha implantado muchas y significativas modernizaciones en la infra-estructura ética y gerencial del Poder Judicial brasileño.

También el Superior Tribunal de Justicia ha avanzado en el proyecto de la era virtual de digitalización de los procesos, participando en más de trecentos mil procesos virtuales y con un modelo de gestión administrativa que han colocado a este Tribunal como referente internacional. La *expertise* de la Corte en estas áreas ha provocado protocolos bilaterales de cooperación técnica con diversos países, como el que fue firmado entre STJ y la Suprema Corte de la República Dominicana en agosto de 2009, y lo mismo ocurre con los tribunales de España, Portugal, Mozambique, Líbano y Rúsia que también han firmado protocolos de cooperación técnica con el STJ.<sup>53</sup> Son iniciativas de vanguardia y de apoyo al desarrollo, con políticas públicas judiciales eficientes. El Banco Mundial ha querido aprovechar el modelo de desarrollo del STJ para ayudar en la modernización de las cortes de América Latina, Caribe y África, dentro del eje de cooperación conocido como “Sud-Sud”. Estas cooperaciones con instituciones de

---

el Tribunal siempre fue llamado a intervenir en cuestiones mayores y de defensa de los individuos ante los poderes elegidos.

<sup>52</sup> Brasil es el país más grande y de mayor PIB Económico en todo el Hemisferio Sur, viene asumiendo en los últimos años un papel más relevante en el escenario internacional, siendo incluso invitado a participar en las últimas reuniones de los países más desarrollados (el grupo del G 8) y escuchado en su defensa de políticas públicas de tentativa de erradicación de la pobreza absoluta en el mundo contemporáneo.

<sup>53</sup> Para Hussein Ali Kalout, Director de Informática del STJ: “os esforços do STJ têm como meta tanto o posicionamento do Judiciário brasileiro no cenário internacional como a promoção da necessária integração das políticas judiciais dos países”.

países en desarrollo han sido valoradas por este importante organismo internacional de políticas de desarrollo. Además, el intercambio tecnológico, el análisis comparativo de los bloques regionales y la cuestión de los derechos humanos y de las migraciones han sido objeto de acciones internacionales por parte del STJ, logrando insertar a esta Corte en la comunidad jurídica internacional. Otros órganos internacionales que han propuesto cooperaciones con el STJ han sido la oficina de las Naciones Unidas sobre drogas y crímenes (UNODC) para la articulación de proyectos de cooperación técnica entre tribunales y el programa de la ONU para el medio ambiente (PNUMA), en la protección del medio ambiente.<sup>54</sup>

Dentro de esta perspectiva reformista, los constitucionalistas hablan de un desarrollo de la justicia constitucional en los últimos decenios en Brasil. Los indicadores son notables. Primero se reconquistó, ejerció y consolidó la independencia política perdida durante el régimen militar (sin ella, no hay Estado de Derecho y ni Democracia). La independencia se concentra en la Corte Suprema del País y tiene en ella su mayor símbolo.<sup>55</sup>

Pero la *reforma judicial brasileña*, a pesar de haber proporcionado importantísimos cambios en la Justicia, no acaba de estar preparada, pues existen puntos que deben ser completados que dependen de iniciativas del Poder Ejecutivo, en el sentido, por ejemplo, de dirimir o al menos disminuir significativamente los fenómenos prejudiciales que causan “*costes de transacción endógenos*”, como veremos a continuación.

En efecto, el *acceso a la Justicia* de un número mayor de ciudadanos y la capacidad de dotar los procesos de una *mayor agilidad*, con disminución del tiempo en los pronunciamientos de las decisiones judiciales, visto desde una perspectiva económica, ha dado lugar a la preocupación de la reducción de los “*costes de transacción endógenos*” a la Justicia, costes atribuidos al Poder Judicial que afectan directamente los incentivos para los cambios entre los agentes económicos, con repercusión en las inversiones de los empresarios en determinadas áreas o dominación de

---

<sup>54</sup> Consulta en 21.06.2010 [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

<sup>55</sup> En dos mandatos presidenciales de Luis Inácio Lula da Silva, el STF ha conocido la renovación de nueve ministros (incluyendo la renovación más reciente del Ministro Antônio Dias Toffoli, en septiembre de 2009) de un total de once, sin que con eso haya supuesto una “partidarización” política, se llevando en cuenta muchas de las decisiones hasta desfavorables a los intereses del Partido de los Trabajadores.

influencia de ciertos tribunales y jueces. Se puede decir que los cambios entre estos agentes económicos buscan maximizar la riqueza en la sociedad. Y a medida que su percepción es negativa, a causa de los altos costes transaccionales incluso asociados a la justicia brasileña actualmente –pero que van disminuyendo considerablemente con la reforma judicial– se da una disminución de los incentivos en los cambios entre estos agentes económicos con perjuicio para la sociedad y para el mercado económico.<sup>56</sup>

De esta manera, el fenómeno denominado de *uso patológico de la Justicia por el Poder Ejecutivo*, disminuye la eficiencia operacional y provoca la pérdida de legitimidad ante los ciudadanos. Y cuando se da este fenómeno, se produce entonces una nociva reducción de la *seguridad jurídica* y de la *creencia en la Justicia*, tan importante y fundamental para el crecimiento económico y para el desarrollo socio-económico de la sociedad brasileña.<sup>57</sup>

Con el *uso patológico de la Justicia por el Poder Ejecutivo* en Brasil, que no es apenas una práctica en la administración pública, sino un verdadero hábito cultural, una vez que el Ejecutivo tenta disminuir sus costes transaccionales u operacionales transfiriéndolos para el Poder Judicial, por lo que el sociólogo Joaquim

---

<sup>56</sup> Pero, como bien admitió FALCÃO, Joaquim, in *Uma Reforma Muito Além do Judiciário*, *Op. Cit.*, p.58: “No entanto, reconhecer a existência de «custos transacionais endógenos» não significa dizer que a redução de tais custos não depende de fatores externos ao Poder Judiciário. Parte importante deles depende sim. Essa é a nossa hipótese. E queremos, hoje, colocar luz em apenas um desses fatores exógenos”, que el autor en seguida describió, a las pp.58 a 64, como siendo el *uso patológico del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo*, cuando, por ejemplo, transfiere sus propios costos transaccionales o operacionales para la Justicia, en una verdadera *judicialización del déficit público*, haciendo la *estatización de la pauta (o agenda de los juzgamentos) del Poder Judicial* a través de miles de demandas que son llevadas para la justicia y que no debería ser pues se trata de una deformación del funcionamiento de la máquina pública estatal, cuando no quer atender derechos individuales y, muchas veces, de carácter fundamental (derechos humanos positivados en la Constitución), en materia, por ejemplo, de derecho administrativo, tributario o previdenciario y de interés de la Unión Federal, en actitud a retardar los reconocimientos y deferimientos de derechos inquestionables de los ciudadanos brasileños. Así, los tribunales federales, reciben una enormidad de procesos que no deberían ser encaminados al Poder Judicial, pero deberían ser reconocidos por la Administración Pública Federal por simples requerimientos administrativos; pero, infelizmente, no lo son, con que obliga los ciudadanos a bater la puerta de la justicia para ver reconocidos estos derechos.

<sup>57</sup> Se resalta que la *estatización de la agenda judicial* y la *financiación compulsoria de la Justicia por el Ejecutivo*, están presentes en la historia jurídica, política y financiera de la administración de la Justicia brasileña desde hace varios decenios, sin ser responsabilidad de un o otro gobierno, ya que todos los últimos gobiernos se han beneficiado de ello. Así lo dice FALCÃO, Joaquim, *Op. Cit.*, p. 59: “Mais do que um ato, é uma cultura. São práticas e crenças institucionais que precisam ser mudadas. Modelo a ser recriar em nome do interesse nacional...Nem mesmo o Supremo detém, tecnicamente, o controle total de sua pauta decisória. Quem o detém são os litigantes. O Executivo é o principal deles. Estes, quando propõem uma ação, detém a exclusiva iniciativa de fazer o Judiciário decidir. Acionam o sistema.” Y en razón del principio de la *inercia de la Jurisdicción*, el Poder Judicial no actúa, sino reacciona, por lo tanto no controla, al menos en principio, ni la cantidad ni la calidad de su demanda. Cuestiona además FALCÃO: “O que ocorre, então, se esta demanda for inadequada? Temerária? De má-fé? O que ocorre se o Judiciário” .

Falcão le denomina *judicialización del déficit público*<sup>58</sup>. En la concepción de Falcão hay dos indicadores muy evidentes: el primero, “*la estatización de la agenda de trabajo de la Justicia*”<sup>59</sup>, que sobrecarga indebidamente la administración de Justicia con efectos económicos nocivos para el Poder Judicial, ya que constituye un verdadero subsidio de un Poder para otro; el segundo son las *financiaciones obligatorias de la Justicia por el Ejecutivo*, que la Justicia y las partes de los procesos judiciales son obligadas a conceder al Tesoro Nacional para fortalecer un siempre incipiente flujo de caja financiera-contable, con transferencia de renta del Poder Judicial y de los usuarios de la Justicia para el Poder Ejecutivo, con innegable carga de deslegitimación política del Poder Judicial.

Como ejemplos del primer indicador referido, se puede mencionar las hipótesis en que la hacienda estatal (en sus tres niveles de gobierno, municipal, estadual y federal), cuando en la fiscalización, tanto la hacienda Federal o las Secretarías de Hacienda de los Estados miembros y municipales, constata irregularidades, instaura procedimientos para el cobro de impuestos, necesita un tiempo para su conclusión, el cual no puede exceder de cinco años en virtud del art. 174 del Código Tributario Nacional, que prescribe este plazo de prescripción para el crédito fiscal ¿Entonces qué hacen los representantes jurídicos (procuradores) de las haciendas públicas cuando este plazo está a punto de agotarse? Promueven acciones ejecutivas fiscales que interrumpen estos plazos prescripcionales enjuiciando miles de nuevas acciones que sobrecargan la agenda de trabajo de los magistrados brasileños.<sup>60</sup> Se percibe entonces que muchas de estas acciones son temerarias, pues no hay la menor posibilidad de que los intereses de la hacienda sean reconocidos por la Justicia, tanto en el ámbito federal o de los estados miembros (y los tribunales estatales tienen competencia tanto para los impuestos

---

<sup>58</sup> FALCÃO, Joaquim, *Op. Cit.*, p.58, que también acuñó en la misma p. la expresión *uso patológico de la administración de la Justicia*. Dice el sociólogo brasileño: “O atual modelo permite ao Poder Executivo fazer aquilo que denomino «uso patológico da administração da Justiça». Esse uso patológico acaba por impor ao Judiciário pelo menos dois tipos de custos que não são seus. São do Executivo. Por um lado, velado custos financeiros. Por outro, deslegitimadores ônus políticos.”.

<sup>59</sup> Fue ampliamente divulgado en Brasil, por la AJUFE – Asociación de los Jueces Federales, en expediente OF nº 166 de 04 de agosto de 2005( [www.ajufe.org.br](http://www.ajufe.org.br)) dirigido al Presidente del STF y señala que algunas empresas y el propio Gobierno Federal contribuyen decisivamente a la indeseada morosidad de la Justicia, pues condensa más de 70% de la demandas: “ O Poder Público é o maior cliente do Judiciário hoje, responsável por mais de 70% do volume de processos, nos quais figura tanto como réu quanto como autor.”

<sup>60</sup> sólo en Estado de S.Paulo, en el año 2005, el 51% de los procesos en tramitación del Tribunal de Justicia eran de naturaleza tributaria (más de ocho millones). En el segundo mayor tribunal estatal (estado miembro), del Rio de Janeiro, en 2006, el número era de 36,8% y en Rio Grande do Sul, 24%. La agenda del Poder Judicial podría tener más procesos de naturaleza familiar, comunitaria y negocial, si la agenda no estuviese cargada de estos procesos tributarios de cobro de impuestos.

estaduales como municipales).<sup>61</sup> Así, se puede afirmar que falta mayor eficiencia, límites y transparencia de las Administraciones Públicas en el trato con la materia fiscal. Otro ejemplo se dio antes de la vigencia de las *Súmulas Vinculantes* y de la *repercusión general*, en Supremo Tribunal Federal y Superior Tribunal de Justicia (los dos tribunales de mayor jerarquía del Poder Judicial brasileño), en referencia a los recursos en procesos similares, con la repetición de la materia, pero apenas con el cambio de uno de los sujetos procesales.<sup>62</sup>

El segundo indicador, la *financiación y subsidios compulsorios* ocurre en la hipótesis de la remuneración de cuantías en metálico que hacen los bancos para garantizar la defensa de los ciudadanos *contribuyentes* (polo pasivo de la relación tributaria) o para interponer recurso de *embargos a la ejecución*, en los procesos de ejecución de impuestos (con regulación del art. 8º de la Ley nº 6.830/80 y del art.621 del Código de Proceso Civil), hasta que se conozca la decisión final, y solamente el supuesto deudor tributario podrá sacar el monedero en caso de ser el vencedor en la demanda procesal. Como estos procesos llevan años hasta conocer la decisión judicial, entonces ocurre que los mismos despierta la atención de muchos bancos debido a su elevado valor monetario, ya que la suma corresponde con millones de *reales*, y porque proporcionan un gran lucro.<sup>63</sup>

Hoy la experiencia judicial alcanza cada día a un mayor número de brasileños. Sólo en el Estado de São Paulo, mientras la población creció, en 2004, un 1,14%, el número de procesos creció un 12,49%, o sea, diez veces más. Y por cada grupo de diez personas, existen tres procesos. De esta manera, la reforma de la Justicia se convierte en una tarea prioritaria de interés nacional tal vez mucho más que la reforma fiscal o laboral.

---

<sup>61</sup> Lo que se podría haber hecho, en opinión de FALCÃO, Joaquim, *Op. Cit.*, p. 60 era "legalizar sistema de compensação de dívidas entre Estado e contribuinte [ciudadano], estimular a conciliação administrativa e pré-judicial, desburocratizar e racionalizar o processo administrativo, criar um contencioso administrativo custeado pelo Executivo mas dele independente etc." Es verdad que estos cambios de políticas públicas en Brasil interfieren en los costos financieros del Ejecutivo y exigen nueva formación de los abogados que defienden los intereses públicos e incluso, una nueva legislación con respecto a responsabilización del funcionario público.

<sup>62</sup> En estas hipótesis de *repercusión general*, los Tribunales mencionados pueden elegir los procesos que han tenido mayor repercusión general y juzgar algunos aplicando las decisiones a los demás o elaborando la Súmula Vinculante (jurisprudencia), que tendrá el efecto de un precedente judicial como en el Sistema de la Common Law.

<sup>63</sup> Sólo en Rio de Janeiro, por ejemplo, en el año de 2008, se hizo una estimación de que los mismos eran superiores a seis billones de reales, con un lucro de más de 225 millones de reales al permanecer estos valores en las cajas fuertes de los bancos oficiales. Por tanto, el Poder Judicial actúa de manera anómala, como agente responsable de estas transferencias de rentas; y el Poder Ejecutivo se beneficia con la remuneración de la transferencia de sus costes de captación.



Para el control del STF y CNJ se creó un índice para medir estadísticamente los movimientos de entrada y de salida de los procesos en los tribunales y juzgados brasileños, que pretendía verificar la eficiencia en los juicios de cada una de las unidades administrativas denominado de “*Taxa de Congestionamento*”, constituido a partir de una relación entre el número de decisiones que ponen fin al proceso (ofertas de sentencias), por una parte, y la adición de nuevos procesos al número de procesos existentes en un determinado año. Estos estudios estadísticos son conocidos con el nombre de “*A Justiça em Números*”, apareciendo en seminarios específicos a través de la divulgación de los datos estadísticos de cada uno de los juicios y tribunales brasileños. Así, por ejemplo, en 2004, en la Justicia Estadual de primera instancia, la *tasa de congestionamiento* se quedó en 80% y en la Justicia Federal, en 84,36%.<sup>64</sup>

En verdad, no se puede negar que con la Constitución Federal de 1988, el gran avance se ha obtenido en relación a la independencia política y eficiencia operacional del Poder Judicial en Brasil, pero para ser consolidados, se torna necesario que se amplíe la reforma de la Justicia, con atención tanto a reformas internas como a reformas extrajudiciales, las cuales habrán de ocurrir en otros sectores profesionales, de intereses sociales y Poderes de la República brasileña, que también participan directa o indirectamente en la administración de la Justicia. Así, es importante en este sentido, que la reforma también alcance al Poder Ejecutivo, para impedir que él, en los tres niveles de gobierno, se verifique la transferencia de costos de presupuestos públicos y costos de legitimidad política. No se puede admitir más una *cultura de judicialización del déficit público del Poder Ejecutivo*, o el fenómeno de la *estatización de las agendas de trabajo de los diversos tribunales y juicios* en Brasil o incluso la *financiación compulsoria invisible del tesoro*, verdaderos impuestos transversos (o recónditos) en beneficio del Poder Ejecutivo y con desgaste político del Poder Judicial. Por consiguiente, la reforma de la Justicia, debe continuar, para mejorar y complementarse con mayores avances en la búsqueda de mayor eficiencia de la administración de la Justicia. Mientras tanto,

---

<sup>64</sup> Estos números fueron presentados en un artículo del periódico *Folha de S.Paulo* publicado el 07/05/2005, al que se puede acceder en: [www.folha.com.br](http://www.folha.com.br). La diferencia entre las tasas de las Justicias Estaduales y Federales se explica en virtud de las hipótesis de que el volumen de trabajo de la Justicia Federal decae y decaerá más en los próximos años en la medida que, con la estabilidad económica, disminuye el número de acciones, lo que implica consecuencias jurídicas en el plano económico del gobierno. En la misma línea, también puede consultarse el reportage “*Sem Planos Econômicos, Justiça tem Menos Ações*”, in *Valor Econômico*, 24 de febrero de 2006, con aportaciones de datos y conclusiones del CNJ. Además, estos datos fueron expuestos en el Panel “*Informações e Estudos Sobre o STF*”, en Seminario “*A Justiça em Números*”, realizado en el STF, el 12 de Mayo de 2005 y publicados en la página: [www.stf.jus.br/noticias](http://www.stf.jus.br/noticias).

tampoco se puede olvidar que es necesario utilizar más las *ADRs – Alternatives Disputes Resolutions*, mecanismos alternativos para la solución de litigios en la sociedad, como por ejemplo, la conciliación y mediación, la negociación empresarial y el arbitraje, con vistas a disminuir el gran acervo de procesos existentes en todos los tribunales y juicios de Brasil.<sup>65</sup>

Hay que reconocer que un importante aspecto de la reforma del Poder Judicial en Brasil es justamente el enfrentamiento del problema de ineficiencia gerencial, que felizmente, al no depender de una reforma legislativa procesal morosa y ajena al control del propio Poder Judicial, sigue más de prisa y ha presentado significativos resultados en el sentido de modernización administrativa de tribunales y de juicios brasileños y la intensa y creciente informatización gerencial de la Justicia brasileña en su totalidad (en algunos casos con iniciativas innovadoras y con pequeños costos), ya que es una realidad palpable en cualquier tipo de Justicia, común (Estadual o Federal) o especial (electoral, de trabajo o militar) el incremento de este aspecto puede ayudarse de los recursos informáticos más avanzados, tanto en la gerencia de tribunales y juicios, como en la virtualización de los procesos jurisdiccionales.<sup>66</sup> En este sentido, el CNJ Consejo Nacional de Justicia ha firmado un convenio con la FGV para la elaboración de un modelo de gestión y modernización administrativa de los tribunales brasileños, estableciendo la tarea de elaborar un plan estratégico de gestión de tribunales, con metas de eficiencia que han de ser alcanzadas de acuerdo con la especificidad en 91 tribunales en todo el país, siendo cortes estatales, regionales federales y también para los Tribunales Superiores. El programa creó indicadores de desempeño. En febrero de 2009, en la segunda cita de presidentes de 27 (vinte y siete) Cortes estatales se establecieron diez metas de gestión administrativas (plan de trabajo) para ser cumplidas por estas cortes; resalta la Meta 2, pues significa el desafío de juzgar todos los procesos existentes

---

<sup>65</sup> Pero eso es un tema que refulge a esta Tesis Doctoral y que merece abundantes consideraciones, propias de otra tesis.

<sup>66</sup> FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando & ARGUELHES, Diego Werneck, “Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito, in *Revista de Direito Administrativo RDA* nº 243, Ed. Atlas, S.Paulo, Dez. De 2006, pp.79 a 112. Los autores en la p.85, nota 13, hablan respecto a esta reforma del sistema judicial brasileño de que las Cortes y los Juicios han encontrado una solución al problema de la ineficiencia gerencial con el trabajo que denominan de *un front silencioso*: “os membros do Poder Judiciário vem percebendo que a reforma do sistema judicial tem um *front silencioso*, cotidiano, que independe da reforma legislativa processual: a modernização gerencial e a informatização da administração da justiça. Diversas iniciativas inovadoras e de baixo custo, de juizes e tribunais em todo o país, começam a ser identificadas e reproduzidas, e as associações de magistrados começam a investir na capacitação e formação gerencial dos magistrados que representam”. En este sentido también se puede consultar, *A Reforma Silenciosa da Justiça*, Organização Centro de Justiça e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV, Rio de Janeiro, 2005.

en todo territorio nacional que tuvieran inicio antes de 31.12.2005, hasta septiembre de 2009, el 70% de los magistrados se comprometieron a hacer su parte de cumplimiento de la misma, dirigiendo informaciones de su unidad administrativa al CNJ. Además del encuentro de presidentes de tribunales referido, se informatizaron todas las unidades judiciales, con datos procesales disponibles en la red mundial de internet y en un sistema de gestión electrónica de ejecución penal y prisión provisional y la capacitación de personal para la gerencia de tareas administrativas de estos tribunales estaduais.<sup>67</sup> Con estas medidas administrativas y de optimización se pretende alcanzar una *prestación jurisdiccional eficaz, en un tiempo razonable de duración de los juicios y la reducción del riesgo de prescripción de los procesos*. Así, mecanismos gerenciales adecuados son capaces de contener el desperdicio y promover el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles.

Otro aspecto de este avance en la disminución de la morosidad de los procesos judiciales, es el combate de la litigación abusiva, de la mala fe, para impedir recursos sin fundamentación (meramente protelatórios), con la aplicación de multas (penalidades pecuniarias), cuando se constate el *abuso del derecho de recurrir* o otra conducta que tenga como objetivo el retraso del término del proceso. Por lo tanto, los jueces brasileños empiezan a concienciarse de que su utilización es un mecanismo de autodefensa de la propia Justicia. Así, se ha mostrado eficaz la aplicación de multas, por elevar el coste de la estrategia de prórroga y reducir los incentivos en cuanto a la adopción de conductas que la morosidad propicia.

Además, se puede afirmar que el Poder Judicial brasileño ha implantado medidas concretas y ampliamente transformadoras de la realidad, comprometidas con el aumento de la eficiencia de la Justicia, revistiéndose él mismo de una mayor *seguridad jurídica* y, por tanto, de una mayor *previsibilidad*, por lo que el

---

<sup>67</sup> Cfr. Editorial publicado en el periódico, *Folha de S. Paulo*, p.A2, día 21.09.2009, S. Paulo. También electrónicamente: [www.folha.com.br](http://www.folha.com.br). En esta materia periodista se ve la crítica que algunos jueces han hecho a la meta 2, como es el caso de un integrante del STF, el Ministro Marco Aurélio, según el cual el CNJ estaría “atravessando a Constituição...pois em vez de se limitar ao controle externo do Judiciário, tarefa que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional nº 45, teria se convertido num super órgão, tentando enquadrar todos os tribunais do País. Com isso, concluiu o Ministro, o CNJ estaria assumindo uma posição superior à do próprio STF na hierarquia judicial”. Mientras, la iniciativa del CNJ es absolutamente necesaria para la administración de la Justicia en Brasil. Esto no impide que el establecimiento de los planes de trabajos sean ejecutables, pues de lo contrario estaría provocando tensiones innecesarias entre los órganos que componen el Poder Judicial brasileño.

fenómeno aludido<sup>68</sup> permite la ocurrencia de ser un componente más para el éxito de la economía nacional y una actuación importante e indispensable para el desarrollo socio-económico del Brasil.

## **2.2 LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BRASIL, A TRAVÉS DE LA SÚMULA VINCULANTE, COMO INSTRUMENTO VALIOSO DE INCREMENTACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA (Sus Efectos Económicos Reflejos de Contribución al Desarrollo del Pueblo Brasileño)**

En primer lugar es necesario para la comprensión de esta subtema entender el sentido de *jurisprudencia vinculante*, hipótesis que ocurre cuando los juzgados de los tribunales superiores se vuelven obligatorios para otros tribunales y jueces de primero grado - y en determinadas condiciones para la administración pública - en la observancia de las normas de carácter constitucional, desde que hubieran sido interpretadas por el Tribunal Superior (de tercera instancia), con fuerza de vinculación.

Es necesario considerar también que el problema de eficacia vinculante de las decisiones proferidas en *recurso extraordinario* no guarda relación con la circunstancia de las decisiones proferidas en el control objetivo produzcan cosa juzgada *erga omnes* e eficacia vinculante. La fuerza obligatoria de los precedentes constitucionales obviamente no deriva de que las decisiones proferidas en acción directa produzcan cosa juzgada *erga omnes* e eficacia vinculante. Los precedentes constitucionales siempre deben tener fuerza obligatoria, sin importar si hay control concentrado (directo por el STF). La eficacia vinculante es instituto que, antes de relacionarse con el control objetivo, proviene de la necesidad de dar fuerza obligatoria a los fundamentos determinantes de la decisión, y, así, la circunstancia de las decisiones por el Supremo Tribunal Federal pasan a ser vistas como *precedentes constitucionales*. Así, tratándose de la interpretación de la Constitución, la eficacia de la decisión debe trascender al caso particular, de manera tal que sus fundamentos determinantes sean observados por todos los tribunales y juicios en los casos futuros. La no observancia de

---

<sup>68</sup> Presentado en el punto 1 de este Capítulo IV, como *De la Contribución de la Justicia para la Promoción del Derecho al Desarrollo, a través del proceso civil: el proceso civil como factor de desarrollo socio-económico*.

las decisiones del STF debilita la fuerza normativa de la Constitución. Y la fuerza de la Constitución está ligada a la estabilidad de las decisiones del STF.<sup>69</sup>

Con respecto a las *Súmulas Vinculantes* editadas en Brasil por el Supremo Tribunal Federal - STF, de carácter obligatorio a otros Órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública brasileña, en sus tres niveles (Federal, Estadual y Municipal), es interesante observar en primer lugar el significado del termo *Súmula*, lo que llevó a Sandro Gilbert Martins a hablar de su originalidad; asevera él que la EC/45 creó un nuevo mecanismo vinculativo, pues aunque el efecto vinculativo ya venía siendo aplicado, poco a poco, por el legislador infraconstitucional, el reformado Código de Enjuiciamiento Civil brasileño empezó a valorar la fuerza de la *jurisprudencia*, bien a través de las *Súmulas Ordinarias o No Vinculantes*<sup>70</sup> (que funcionan como directrices para los jueces y para la Administración Pública brasileña, ex.:art.4º da Ley 9.469/1997 y art. 13 da Ley 8.213) bien por los entendimientos dominantes de los Juzgados de las Cortes Superiores en Brasilia (v.g., art.518, § 1º; art.544, § 3º; art. 557, *caput* y § 1º-A), que también sirve de referencia en las decisiones judiciales de otros tribunales y juicios.<sup>71</sup> Así, en la práctica, la vinculación a los efectos de la Súmula Vinculante será una novedad sólo en el ámbito de la Administración Pública y no, propiamente de los demás órganos del Poder Judicial.

---

<sup>69</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes Obrigatórios*, Ed. Revista dos Tribunais, S.Paulo, 2010, pp.458/459. El autor complementa su doctrina, pp.467/468: "Deixe-se, claro, porém que nem só a decisão proferida em sede de controle difuso constitui precedente constitucional. Ou melhor, não são apenas os motivos determinantes da decisão tomada em controle difuso que importam para a racionalidade do controle da constitucionalidade. Embora a decisão proferida em sede de controle abstrato produza coisa julgada *erga omnes*, os seus motivos determinantes ou a sua *ratio decidendi* também têm relevância para que o Supremo Tribunal Federal possa dar efetiva tutela à Constituição. A adequada tutela jurisdiccional da Constituição e a autoridade do Supremo Tribunal Federal dependem da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão proferida no controle abstrato das normas. E é na medida em que se admite esta eficácia vinculante que a decisão, até então vista apenas como produtora de coisa julgada *erga omnes* – e, assim, como definidora de se a norma expressamente invocada na ação direta é ou não constitucional –, passa a também ter a qualidade de precedente constitucional. A atribuição de eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão proferida em controle concentrado confere, por consequência lógica, maior latitude à incidência da reclamação, que passa a abranger a não observância dos motivos determinantes ou essenciais da decisão, deixando de se limitar à sua parte dispositiva".

<sup>70</sup> Desde 1964, por iniciativa del Min. Victor Nunes Leal, que el Sistema Simular fue creado.

<sup>71</sup> MARTINS, Sandro Gilbert, "Súmula Vinculante" in *Revista de Processo* (Publicación Oficial del IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual), Revista dos Tribunais, RePro 172, año 34, S. Paulo, junio de 2009, p.316. En cuanto a su origen y apoyándose en este autor, se puede decir que en 1995 el Presidente Sepúlveda Pertence, en razón de la acumulación de procesos en los Tribunales Superiores y su consiguiente morosidad, pasó a defender reformas en la Justicia, entre ellas, la adopción de las *Súmulas Vinculativas*, a lo que siguió un intenso movimiento legislativo que llevaría a una reforma del Poder Judicial con la inclusión de súmulas con efecto vinculante. Este movimiento legislativo culminó en la edición de la Enmienda Constitucional nº 45/2004 que adoptó en el art.103-A de la CF/88 la *Súmula Vinculante*. A su vez, la Ley nº 11.417 de 19.12.2006 reglamentó la aprobación de *Súmulas Vinculantes* por el STF.

De esta manera, en Brasil tras la *Reforma del Poder Judicial*, con la creación de la *Súmula Vinculante*, surgieron los Juzgados de la Corte Suprema, de carácter constitucional, con votación de 2/3 de los Ministros Juzgadores del STF, esto es, por ocho magistrados, con acento constitucional y con respecto a reiteradas decisiones en materia constitucional.

La Súmula Vinculante ha dado respuesta a la cuestión del retraso de las decisiones judiciales, principalmente en ámbito de los Tribunales Superiores de la Unión Federal, en la medida en que ha propiciado el estancamiento de acciones parelas (semejantes), que envolviendo milliares de personas interesadas, irían tornar los juicios y tribunales llenos de procesos cuasi que repetidos, con asoberbamiento de las agendas de juzgados.<sup>72</sup>

La utilización de las Súmulas Vinculantes en matéria procesal se presenta como una manera adecuada de poner fin a muchas cuestiones sobre los recursos y de procrastinación de la Justicia que frecuentemente congestionan el Poder Judicial en Brasil. Y esto es así porque buena parte de las cuestiones sobmetidas a los tribunales son de naturaleza procesal.<sup>73</sup>

No se puede olvidar que esta cuestión refleja la necesidad de adecuar la estructura organizacional del Poder Judicial a la carga de trabajo que la sociedad le impone, de forma que se compatibilice el número de procesos con la capacidad de trabajo de cada juez en todos los niveles o instancias (juez, juez de un tribunal “desembargador”, o ministro), incluso si esto exige la creación de más tribunales y juicios. Pero como esto es muy costoso y exige recursos financieros que el Estado brasileño no dispone, entonces la solución más racional es que el propio Poder Judicial estimule en el seno de la sociedad la creación de mecanismos alternativos que solucionen los conflictos, como son los órganos de conciliación y mediación entre los propios

---

<sup>72</sup> Mientras perdure una situación de desigualdad social y de iniquidad en la distribución de la riqueza nacional en Brasil, la búsqueda de la tutela jurisdiccional deberá crecer cada vez más, lo que exigirá la adopción de otros medios de solución de conflictos, como son la conciliación, la mediación o el arbitraje. Solamente el proceso no es suficiente como solución para atender las demandas de Justicia de la sociedad. Importa dotar al proceso y sus normas, y su exacta dimensión, vinculada a su instrumentalidad.

<sup>73</sup> ARMELIN, Donald, “Uma Visão da Crise Atual do Poder Judiciário” in *A Reforma do Poder Judiciário*, Ed. Quartier Latin, S. Paulo, 2006, p.129.

demandantes y de tribunales de arbitraje para los litigios cuando se trate de derechos disponibles o transaccionables.<sup>74</sup>

Sucede que hasta hoy los medios alternativos de solución de litigios adoptados en Brasil no han logrado una gran adhesión por parte de los ciudadanos, pues no han conseguido contribuir eficazmente con la Justicia representada por el Poder Judicial. El arbitraje instituido por la Ley nº 9.307/96, tiene más de una década y todavía no ha conseguido imponerse como una solución alternativa adecuada para la minoración de procesos al examinar los derechos disponibles aportados al Poder Judicial. En verdad, este mecanismo de solución de conflictos está infrautilizado en Brasil, quizás porque todavía no ha obtenido la suficiente confianza por parte de la gente para verlo como un medio útil, eficaz, económico y rápido para la solución de las lides. Pero sus inmensas ventajas aún no han sido absorbidas por la sociedad, por eso defendemos la idea de que el propio Poder Judicial, a través de su administración central, debe estimular programas de solución alternativas para ser desarrolladas en el seno de las comunidades brasileñas y para que los ciudadanos utilicen mecanismos alternativos en su propio beneficio, dirimiendo los conflictos en los que se vean envueltos. Habrá que se estimular *multipuertas de justicia*, canales disponibles como diferentes medios de acceso a la Justicia y no sólo de acceso al Poder Judicial.<sup>75</sup>

Hasta que se amplie la utilización de diversos mecanismos de solución de conflictos, urge ampliar la especialización de los jueces, cámaras (segmentos de una Corte de Justicia de Apelación) o grupos (partes especializadas de los tribunales superiores, que en Brasil llamase “Turma”) y incluso de tribunales para que el desideratum de la prestación jurisdiccional efectiva pueda ser alcanzado. Actualmente no es posible que el magistrado acredite el conocimiento de toda materia jurídica vigente. Si en el área penal las innovaciones son más restrictas, considerando la propia especialidad de actuación jurisdiccional, en el plano civil, *lato sensu* (incluso, en Brasil, en materia tributaria, administrativa y de previdencia, es decir, todo lo que no es de naturaleza penal, encuentrase en el ámbito del proceso civil), la amplitud de las relaciones jurídicas

---

<sup>74</sup> MORAES RÊGO, Nelson Melo de, *Sistema Integrado de Jurisdições Pública y Privada*, Ed. Tjaem, Brasília-DF, 2009. En este libro, el autor propone la creación de un verdadero sistema integrado de jurisdicciones pública y privada, un diálogo entre el *proceso* y la *arbitraje*, con resalto de los puntos de contacto entre el trabajo del juez y del árbitro. Así, se podrá enfrentar mejor la cuestión de retraso y de ineficiencia del proceso que decorre del gran número de procesos en tramitación.

<sup>75</sup> Importante proyecto se encuentra en instalación por Tribunal de Justicia del Estado de Maranhão. Pero ya es una realidad en Argentina, Colombia, Costa Rica y otros países latino-americanos.

sobmetidas a apreciación del magistrado comprende un nivel incompatible con la aptitud humana para conocerlas, tanto en el plano horizontal como en el plano vertical. Son cuestiones de toda índole y naturaleza: societárias, familiares, de registro, de posesión y propiedad, administrativas, relativas a la propiedad inmaterial, a la informática, al derecho marítimo y otras más. Un universo que desafía la capacidad humana de comprender y, lo que es más grave, de resolución de los litigios de ello se derivan. Por tanto, el juicio adecuado para estos litigios exige un conocimiento mínimo de las materias discutidas en estos procesos, de ahí que implique la necesidad de especialización de los jueces.<sup>76</sup>

Es conveniente observar algunas posiciones contrarias a las Súmulas Vinculantes. El gran jurista alemán, Friedrich Müller<sup>77</sup>, entiende que este instituto es insostenible en terminos de Estado del Derecho y de Democracia; el hecho de vincular todos los jueces y tribunales del país, en todos los sectores del derecho, es contrario al sistema constitucional brasileño. Así, contrariando dicho sistema constitucional, las Súmulas Vinculantes transfiere al sistema codificadorio brasileño (*statute law*) una idea (*stare decisi3n*) del sistema del *case law* (derecho judicial) anglosaj3n. Tambi3n su implantaci3n se hace inadecuadamente autorit3ria, ya que procura someter a todo el Poder Judicial brasileño a la direcci3n y al control indirecto del gobierno central - a causa de la proximidad tradicional del STF con el gobierno presidencialista y en raz3n del mecanismo de elecci3n de los ministros del STF. Por consiguiente, concluye el constitucionalista mencionado, que el Poder Judicial brasileño pierde su autonomía: “*Cuando la interpretaci3n de las leyes, democr3ticamente elaboradas, no estuviera a cargo de una Justicia independiente, sino se hiciera autocr3ticamente «de arriba abajo», entonces el pa3s caería en el absolutismo*”.<sup>78</sup>

Sin embargo, no estamos de acuerdo con la postura arriba señalada, al menos en lo que se refiere a la supresi3n de la independenciam de los jueces, aunque 3sta tenga sus razonables argumentos, pues la realidad demuestra que tras más de

---

<sup>76</sup> ARMELIN, Donald, “Uma Vis3n da Crise Atual do Poder Judici3rio” in *A Reforma do Poder Judici3rio, Op. Cit.*, p.133, señala: “Juizes versados em um segmento desse universo, ou seja, magistrados que já contem com o saber da experi3ncia feito, como já destacava Cam3es, ter3o condiç3es de, com a necess3ria segurança e com o dom3nio dos fatos e do direito aplic3vel à esp3cie, prestar a efetiva tutela jurisdiccional aos que a reclamam”.

<sup>77</sup> MÜLLER, Friedrich, “Dez propostas para a reforma do Judici3rio na Rep3blica Federativa do Brasil”, (Traducci3n de Peter Naumann) in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, (Coordinaci3n de Paulo Bonavides), Vol. 4, Livraria Del Rey Editora, Belo Horizonte/S3o Paulo, 2005, pp.13-22

<sup>78</sup> MÜLLER, Friedrich, “Dez propostas para a reforma do Judici3rio na Rep3blica Federativa do Brasil”, *Op. Cit.* p.21.



seis años de vigencia de estas SÚmulas Vinculantes no se ha dado lo que de manera amplia y negativa previó el consagrado jurista alemán, antes de la vigencia de las mismas, a través de la Enmienda Constitucional nº 45/2004. En verdad, las SÚmulas no se aplican a todas las materias de derecho, sino que tiene un ámbito de aplicación más restricto y delimitado y la creación de las mismas, hasta hoy, se ha hecho con mucha reserva y coherencia y, además, con la suficiente fundamentación que no representó en la práctica la supresión o reducción de la independencia de otros tribunales y jueces brasileños. Y, además, las que se crearon tuvieron una aplicación más enfocada a las materias tributarias y de previdencia, con una mayor aplicación (sino exclusivamente) a los juzgados de la Justicia Federal, que deja fuera, por no alcanzar hipótesis concretas, a los Juzgados existentes en los 27 Estados miembros de la Federación.

Otro aspecto que no se puede olvidar respecto a la complementación de la Reforma del Poder Judicial es la existencia de un proyecto en tramitación en el Parlamento Nacional brasileño, que pretende crear de otro tipo de sÚmula, que es la *SÚmula Impeditiva de Recurso*. Esta se constituye en la hipótesis habida en el Superior Tribunal de Justicia –STJ y en Tribunal Superior del Trabajo– TST, ambas Cortes con cobertura en todo el territorio nacional y sede en Brasilia, cuando se establece una jurisprudencia, de materia infraconstitucional, que en razón de reiteradas decisiones en el mismo sentido, se tornan jurisprudencias consolidadas y, por eso, entonces, impiden la apreciación de recursos especiales o de revisión dirigidos a las Cortes referidas. Mientras estos recursos sean los más utilizados como acceso a estos Tribunales Superiores, la redacción del plan de Ley, establece que la SÚmula “...constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra a decisão que a houver aplicado...”. La votación de la misma es una necesidad para la Justicia brasileña, en atención al principio administrativo de la eficiencia (art.37 da CF/88) y ante el innegable asalto de racionalidad en los juicios de muchos procesos similares con el mismo tratamiento material. La diferencia con la primera SÚmula (vinculante) es que ésta (impeditiva de recursos) no vinculará a los jueces de las instancias ordinarias ni la Administración Pública, restringiendo la posibilidad a las partes procesales de interponer recursos. Así, se ve que la primera SÚmula es más amplia, tiene un efecto mayor en la realidad jurídica, pues tanto las instancias ordinarias como la Administración Pública están obligadas a observar su contenido; en caso de que esto no

se verifique, el STF es llamado a intervenir mediante una Reclamación de algún interesado, imponiendo su decisión sumulada y vinculante en *Auctores Res Iudicata*.

No es posible ignorar en las discusiones referentes a la Súpula Vinculante, por ser demasiado importante, lo que se refiere a la vinculación de la Administración Pública con lo “sumulado”; al mismo tiempo, se combaten los recursos de mera prorrogación y infundados y se frena la irracional multiplicación de procesos, cuyos temas ya fueran pacificados con reiteradas y definitivas decisiones. Si un acto administrativo ignora la orientación simular, deberá ser atacado por medio de una *Reclamación* directamente en el STF; con eso, una eventual acción judicial en la 1ª instancia, versando tema de súpula vinculante, deberá ver su petición inicial (el acto de la demanda, su pieza escrita) denegada por falta de interés procesal.<sup>79</sup>

En la doctrina hay un consenso de que las técnicas de uniformización jurisprudencial –como es la Súpula Vinculante– son capaces de proporcionar dos grandes efectos en la orden jurídica. El primero es el incremento de la *previsibilidad* de la aplicación del derecho, aumentando su *estabilidad y certeza*. El segundo es un incremento en el carácter de *justo, de justeza* misma de la decisión y de su alcance, por imponer la obligación del mismo juicio a las várias instancias judiciales y administrativas. Además, se suma la reducción de las demandas por prestación jurisdiccional resultante de la eliminación de procesos similares en materia ya pacificada en la Corte Constitucional.

Por consiguiente, hay que considerar que la *Súpula Vinculante* proporciona los siguientes efectos: 1) contribuir a disminuir la sobrecarga de procesos, especialmente en la excesiva proliferación de procesos repetitivos; 2) dar mayor seguridad jurídica (binomio Justicia & Certeza), posibilitando una contestación judicial isonómica (y no por el factor suerte), en tiempo razonable. Su implantación se hace por medio de un proceso (reglamentado por la Resolución del STF nº 381, de 29.10.2008 y por la Ley 11.417/2006), pero se intentará evitar otros tantos más, con la uniformización vinculativa. También es oportuno mencionar su reglamentación y su procedimiento específico: a) el procedimiento es sumario; b) necesita el visto bueno del jefe de la fiscalía federal brasileña, con atuación en el STF (Procurador General de la República)

---

<sup>79</sup> El art. 161, § único del Reglamento Interno del STF, dispone con respecto a Reclamación, que el Relator podrá juzgar la reclamación cuando la materia sea objeto de jurisprudencia consolidada por el Tribunal”.

cuando la formulación de la Súpula no parta de él; c) admite la manifestación de terceros, eso es, personas legitimadas para representar ciertas entidades de la sociedad civil brasileña; d) el Reglamento Interno del STF es su fuente subsidiaria; e) para la revisión y/o cancelación se deberá formular un mismo tipo de proceso.<sup>80</sup>

Recientes estudios de los constitucionalistas, como por ejemplo, *El Efecto de Vinculación y la Protección de los Derechos Fundamentales en Brasil*<sup>81</sup> o *Supremocracia*<sup>82</sup> o además *Súpula Vinculante*<sup>83</sup>, han mostrado las repercusiones de las súpulas vinculantes en la nueva orden constitucional brasileña. En el primero, sus autores hacen un paralelismo entre los controles de constitucionalidad contemporáneos en la Civilización Occidental, el *Sistema Concentrado*, con vigencia, por ejemplo en España, Portugal y Francia, en el cual el Tribunal Constitucional detiene el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, que es hace efectiva a través de un proceso distinto de los procesos judiciales ordinarios y el *Difuso o Mixto*, con vigencia por ejemplo en los Estados Unidos, Brasil, Perú, Colombia, Ecuador y Méjico, en el cual no hay este monopolio de control de constitucionalidad, lo que permite en cualquier litigio, un examen de la constitucionalidad de la norma aplicable por el Juez o Tribunal (depende del caso), que asume, entonces, la tarea de decidir respecto a la compatibilidad o incompatibilidad de esa norma con la Constitución y teniendo como referencia la protección de los derechos humanos y, sobre todo, de los derechos fundamentales.

Afirman Scaff & Maués<sup>84</sup> que en el *sistema difuso* de control de la constitucionalidad de algunos países latino-americanos, por ejemplo, Brasil y Colombia, el juez tiene competencia para dejar de aplicar la ley al caso concreto, ante el examen de su inconstitucionalidad, decisión válida para las partes en caso de ser confirmada por la instancia superior; esta amplia protección de los derechos fundamentales, acarrea problemas para la igualdad y seguridad jurídica, pues la competencia difusa en el control de la constitucionalidad puede hacer que un mismo texto normativo sea considerado válido por algunos jueces o tribunales y nulo por otros.<sup>85</sup> De esta manera, se crearon

---

<sup>80</sup> MARTINS, Sandro Gilbert, "Súpula Vinculante" in *Revista de Processo, Op. Cit.*, pp. 315 y ss.

<sup>81</sup> FACURY SCAFF, Fernando & MOREIRA MAUÉS, Antonio G., in "Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais", Dirección de PAULO BONAVIDES, n° 05, 2005, pp.527 a 555.

<sup>82</sup> VILHENA VIEIRA, Oscar, "Supremocracia" in *Revista Direito GV* , vol.4, n° 2, S.Paulo, julio a diciembre de 2008, pp.441 a 463.

<sup>83</sup> MARTINS, Sandro Gilbert, "Súpula Vinculante" in *Revista de Processo, Op. Cit.*, pp. 313 a 324.

<sup>84</sup> FACURY SCAFF, Fernando & MOREIRA MAUÉS, Antonio G., *Op. Cit.*, pp.529 y 530.

<sup>85</sup> Esto no ocurre en los EUA, donde existe el instituto del *Stare Decisis*, que impone límites a estas variaciones.

mecanismos que posibilitan la armonización de la jurisprudencia constitucional con los más diversos juicios existentes en casi todo el territorio brasileño, como en *primera hipótesis*, el recurso extraordinario para las vías procesales normales<sup>86</sup> y, *en segunda*, por medio de las acciones constitucionales de declaración de *inconstitucionalidad*, simplemente ADI (con actuación de negar la conformidad constitucional) o de *constitucionalidad*, simplemente ADC (con vistas a la afirmación del carácter constitucional a la norma invocada) y además en 1999 fue creada también la *Acción de Descumplimiento de Precepto Fundamental - ADPF*.<sup>87</sup>

### 2.2.1 LA REPERCUSIÓN GENERAL DE LOS JUZGADOS SUPERIORES COMO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIALES

Desde que se instituyeran mecanismos o obicies recursales en hipótesis del *recurso extraordinario*<sup>88</sup>, que han pasado décadas y ha habido innumerables tentativas inexitórias de vencer (el invencible) la gran acumulación de recursos interpuestos en procesos subjetivos que transpasan todas las fases recursales hasta llegar a la Corte Suprema brasileña, ya que en Brasil el STF no es solamente una Corte Constitucional sino que funciona como una Corte recursal de última instancia.<sup>89</sup>

La Enmienda Constitucional nº45/2004 introdujo un cambio significativo en el perfil del recurso extraordinario fijando que para su admisibilidad es indispensable la alegación y la demostración de la “*repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso*”, según el art.102, § 3º, CF/88. Y el Código de Proceso Civil, art. 543-A, *caput*, esclareció que: “*o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo*”. En relación al significado de “*repercussão geral*” dice que será considerada la existencia o no de cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico,

---

<sup>86</sup> Hipótesis en que el sistema de recursos posibilita que la Corte Constitucional, el STF, juzgue con carácter definitivo las decisiones tomadas por las instancias inferiores en materia constitucional, aplicando la constitución a los casos que implican violación de los derechos fundamentales por actos infra legales.

<sup>87</sup> Ver en el ítem 4.1.2, Cap. IV, de esta Tesis, estas acciones constitucionales.

<sup>88</sup> Es una modalidad recursal que se interpone en caso de violación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Federal de 1988, en la cual el STF aprecia, en tercera o cuarta instancia, y limitado a un caso concreto, la falta de respeto de estos derechos o principios constitucionales.

<sup>89</sup> Y también como Foro Especial, conforme el artículo 101 da CF/88, a diferencia de la realidad española y de la de otros muchos países europeos, como Portugal y Francia, em que la Corte Constitucional es sólo de guardia de la Ley Mayor.

que sobrepasen los intereses subjetivos de la causa (§ 1º, art.543-A, CPC) y además, habrá repercusión general siempre que el recurso impugne decisión contraria a la Súmula o Jurisprudencia dominante del Tribunal (§ 3º, art.543-A, CPC).

Transcribimos y adaptamos a continuación la explicación de este instituto realizada por Marinoni & Mitidiero<sup>90</sup>: existe repercusión general cuando la cuestión constitucional debatida en el recurso extraordinario presenta relevancia y trascendencia. La relevancia de la causa debe ser aquilatada desde el punto de vista económico, político, social o jurídico. Es preciso que la causa sea relevante desde cualquiera de estos puntos de vista, sin que sea necesario que lo sea desde todos ellos. Hay relevancia desde el punto de vista jurídico, por ejemplo, cuando la decisión recurrida establece como inconstitucional una determinada norma infraconstitucional. Entonces, la trascendencia de la controversia constitucional llevada al conocimiento del Supremo Tribunal Federal puede ser caracterizada por una perspectiva tanto cualitativa como cuantitativa. En la primera, interesa para la individualización de la trascendencia el importe de la cuestión debatida para la sistematización y desarrollo del derecho; en la segunda, el número de personas susceptibles de alcance, actual o futuro, por la decisión de aquella cuestión por el Supremo así como también la naturaleza del derecho puesto en causa.<sup>91</sup>

Así pues, la *Repercusión General*, como nuevo filtro recursal, se encuentra íntimamente relacionado con la función específica de la jurisdicción constitucional del STF. La creación de este nuevo óbice recursal se justifica con el fin de evitar el exceso de litigios, para impedir que cuestiones de menor repercusión en las que el litigante únicamente por el placer de litigar u obtener más tiempo hasta la solución final y definitiva de la demanda, hace uso de todas las instancias recursales, incluso las del STF, causando un daño no sólo a su adversario procesal, sino también a toda la

---

<sup>90</sup> MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel, *Repercussão Geral no recurso extraordinário*, Ed Revista dos Tribunais, 2ª ed, S.Paulo, 2008, ítem 1.1.

<sup>91</sup>MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel, *Repercussão Geral no recurso extraordinário*, *Op. Cit*, ítem 1.1. Estos doctrinadores observan que eventuales cuestiones envolviendo la correcta observancia o la formal violación de derechos fundamentales, materiales o procesales, teniendo en consideración la dimensión objetiva de esos, presentan, a principio, la trascendencia. Constituyendo los derechos fundamentales, una tábula mínima de valores de determinada sociedade en determinado contexto histórico, con interés a todos, natural que se les reconescan en un primero momento, la trascendencia de cuestiones envolviendo, por ejemplo, afirmaciones relativas a violaciones o amenazas de violaciones de las limitaciones al poder constitucional de tributar, o a los derechos fundamentales inherentes al proceso justo. Son ejemplos de trascendencia cualitativa, demandas pertinentes a los derechos individuales homegeneos, derechos colectivos o difusos, tanto en sus aspectos materiales o procesales.

comunidad que se sirve de la prestación jurisdiccional. Por esta razón y teniendo en cuenta el gran número de recursos extraordinario que juzgaba la Corte Suprema brasileña juzgaba hasta la Enmenda Constitucional nº 45/2004, esta medida se considera más allá que necesaria; por tanto, se comprende que la función de este instituto de *repercusión general* es la de seleccionar los recursos que deben ser conocidos por el STF, permitiendo así el desempeño de una misión que otorga unidad al derecho mediante la comprensión de la Constitución. Se trata de una búsqueda de unidad prospectiva y retrospectiva. En última hipótesis, la compatibilidad de las decisiones judiciales y, en la primera hipótesis, el desarrollo del derecho de manera constitucionalmente adecuada a los nuevos problemas sociales. Ciertamente que el STF, para poder desempeñar su función, debe examinar apenas las cuestiones que le parezcan de mayor impacto para la obtención de la unidad del derecho, y es que la simple intención de justicia en cuanto a la decisión del caso concreto no justifica, por sí sólo, la apertura de una tercera (y eventualmente una cuarta) instancia judicial. En síntesis, lo que subyace en la *repercusión general* es el interés por concretar la unidad del derecho, de ahí pues, la necesidad y la oportunidad de instituir la *repercusión general de la controversia constitucional* hecha en sede de recurso extraordinario como requisito para su admisibilidad. Este nuevo *status* de la decisión de la Corte Suprema contiene, naturalmente, la idea de *precedente constitucional obligatorio o vinculante*.<sup>92</sup> Eso es, el instituto de la *repercusión general*, al subrayar la importancia de las cuestiones constitucionales con relevancia y trascendencia, y, por consiguiente, demostrar la importancia del Supremo Tribunal Federal para garantizar la unidad del derecho, confirió un nuevo énfasis a la indispensabilidad de que la Corte Suprema tomara decisiones como *precedentes constitucionales dotados de eficacia vinculante*.<sup>93</sup>

Por consiguiente, hay que resaltar esta especial consecuencia de la adopción del instituto de la *repercusión general* al referir la importancia de las cuestiones constitucionales con relevancia y trascendencia, y con eso, demostrar la importancia del STF para garantizar la unidad del derecho, mediante la comprensión de la Constitución; es una nueva énfasis a la indispensabilidad de tener las decisiones de la Corte Suprema como *precedentes constitucionales* dotados de eficacia vinculantes. Así, se trata de una búsqueda de la unidad prospectiva y retrospectiva – en última hipótesis la

---

<sup>92</sup> La decisión de la cuestión constitucional dotada de repercusión general y con efectos no vinculantes constituye una contradicción.

<sup>93</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes Obrigatórios*, Op. Cit., p.473

compatibilización de las decisiones judiciales y, en la primera, el desarrollo del derecho de manera constitucionalmente adecuada a los nuevos problemas sociales.<sup>94</sup>

Mientras, hay una crítica a este mecanismo impeditivo de recurso extraordinario: la posibilidad de una casi aniquilación o prácticamente la extinción de esta modalidad recursal debido a su dificultad de manejo, por lo que el ciudadano titular de un derecho subjetivo y con la pretensión de discutir la decisión por los jueces o tribunales locales (en instancia inferior, de los Estados Federados o de las representaciones de la Justicia Federal en los Estados), en nivel de su (in) constitucionalidad, difícilmente vería apreciado su recurso por el STF, de ahí que algunos autores consideren la casi aniquilación del recurso extraordinario.<sup>95</sup> De acuerdo con el art.543-A, § 5º del Código de Proceso Civil brasileño, si se niega la existencia de la repercusión general, la decisión valdría para todos los recursos con idéntica materia y que irán ser indeferidos liminarmente a excepción de la revisión de la tesis, según los términos del Reglamento Interno del STF y, por tanto, la norma consagra la eficacia vinculante de la decisión negativa de repercusión general.

El tema de la *repercusión de la cuestión constitucional*, mientras el consenso sobre su naturaleza de presupuesto recursal y operando en sede de juicio de admisibilidad de recurso extraordinario<sup>96</sup>, ha presentado vacilaciones en la doctrina con respecto a su concepto o definición.

Siguiendo el consenso se puede decir que la *repercusión general de la cuestión constitucional* es “*um pressuposto específico, ou seja, determinado*

---

<sup>94</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes Obrigatórios*, Op. Cit., p.471

<sup>95</sup> HARTZHEIM MACEDO, Elaine, “Os Tribunais Superiores e os Novos Óbices Recursais” in *A Reforma do Poder Judiciário*, Ed. Quartier Latin, S.Paulo, 2006, pp.164/165. Señalo en la p. 165: “Por isso mesmo não é precipitado concluir que a repercussão geral ganhará no futuro importância maior do que a própria súmula vinculante, numa proporção inversa ao debate jurídico que antecedeu a reforma constitucional ao longo da década de noventa e início dos anos 2000. Isso porque a súmula vinculante voltar-se-á para decisões reiteradas. Portanto, exigirá repetições no mesmo sentido, proferidas no passado. Mas decisões no futuro só serão prolatadas se tiverem demonstrado, no seu bojo, a repercussão geral. Em outras palavras, não há se falar em súmula, e, via de consequência súmula vinculante, em temas sem repercussão geral, porque em tais casos os recursos extraordinários sequer serão conhecidos, porque se trata de óbice recursal.”

<sup>96</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, “Recursos Extraordinário e Especial”, in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Ed. Síntese, , v.6, nº 34, mar/abr., Porto Alegre-RS, 2005, p. 147; BERMUDEZ, Sérgio, *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, pp.55/56; STRECK, Lenio Luiz, “A repercussão geral das questões constitucionais” e a admissibilidade do recurso extraordinário: a preocupação do constituinte com as “causas relevantes” in *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*, Coord. Walber de Moura Agra, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, pp.132/133 y MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 17ªed, Ed. Atlas, S.Paulo, 2005, p.502.

*recurso extraordinario somente poderá ser analisado em seu mérito se a matéria nele contida apresentar o que se deva entender como «dotada de repercussão geral»*”.<sup>97</sup>

Entre las materias que pueden, en teoría, ser consideradas de repercusión general están los siguientes ejemplos: a) *reflejos económicos*, corrección monetaria de salarios de determinada categoría; b) *relevante interés (valor) social*, la legitimidad de la fiscalía en defensa de los intereses homogéneos individuales dotados de repercusión social, tales como la cuestión del crédito educativo, el aumento de costos escolares, cláusulas generales de contrato, etc; c) *reflejos políticos*, políticas económicas en general; d) *reflejos sociales*, que alcanzan a una colectividad amplia y genérica y con amparo en las normas constitucionales; e) *reflejos jurídicos*, las jurisprudencias reiteradas del STF.<sup>98</sup>

Pero lo cierto es que la competencia del legislador constitucional reformador es determinar *in concretum* de la *repercusión general de las cuestiones constitucionales* conforme al artículo 102, § 3º, CF/88. Ocurre que la Ley siempre cuida en abstracto las hipótesis y nunca aparta al juez de la actuación de su concretización, de su definición de los rasgos de hecho y del tiempo del caso en concreto. Esta tarea es del juzgador constitucional, la Corte Suprema, como órgano colegiado, que decidirá si la causa submetida a examen de (in) constitucionalidad es de *repercusión general*, o no admitido el recurso por mayoría cualificada de 2/3, afirmando la ausencia de la *repercusión general* de la cuestión debatida en plenário.<sup>99</sup>

El efecto práctico en la *repercusión general* es semejante al de las *cláusulas generales*, o sea, cualquier decisión referente a ella alcanza a personas que se agrupan en sujetos individualmente identificados, de modo que una única decisión puede actuar por sí misma de manera pedagógica, paradigmática, con repercusión y validez para otros casos semejantes al conflicto solucionado. Se nota así, el objetivo de valorizar y concretar la norma constitucional puesta en causa, que a todos vincula. Esta situación conlleva una nueva posición de la ciudadanía, una nueva lectura de la Constitución, no

---

<sup>97</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, “Recursos extraordinário e especial”, in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v.6, nº34, Ed. Síntese, Porto Alegre, 2005, p.147.

<sup>98</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, *Op. Cit.*, pp.101/102.

<sup>99</sup> Según la opinión de STRECK, Luiz Lenio, *Op. Cit.*, p.134, no hay que apartar el trabajo de hermenéutica de los órganos juzgadores, pues aumentaría el riesgo de quedar al arbitrio de la Corte Suprema, como un super poder sin cualquier control, el subestablecimiento de causas relevantes, delineando el espacio jurídico de su actuación y creando un círculo vicioso que impide la oxigenación de la jurisprudencia constitucional.



sólo por parte de los ciudadanos sino también por todas las instituciones, públicas y privadas. Así, el instituto de la *repercusión general* se llena de una grandeza jurídica que podrá generar lucro político, social y jurídico. Mientras que cuando se niega el reconocimiento de la repercusión general, el STF estará diciendo que el conflicto no tiene dignidad constitucional y entonces esta causa deberá ser juzgada por los tribunales locales o regionales (art.102, III, § 3º y art.93, IX, CF/88).

### **2.2.2 LAS SÚMULAS IMPEDITIVAS DE RECURSO ESPECIAL ANTE EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA**

La reforma del Poder Judicial en Brasil contempla también el recurso especial para la Corte Superior de Justicia, con competencia en todo territorio nacional, en la perspectiva de restringir la interposición del mismo, cuando la decisión recurrida haya juzgado como válido un acto del Gobierno local, no más con la inclusión del juzgamiento de validez de ley local. Esta proposición se quedó en la Propuesta de Enmienda Constitucional – PEC nº 29A/2000, que retornó al Parlamento brasileño (Cámara de los Diputados), con una nueva redacción de lo que sería el artículo 105-A de la CF/88. Su origen proviene de un grupo de trabajo multidisciplinario sobre estudios constitucionales de la Asociación de Jueces del Río Grande del Sur –AJURIS, que fue aprobada (como ante-proyecto) en el ámbito del XV Congreso Nacional de Magistrados–AMB, realizado en la ciudad de Recife-PE en 1997 y posteriormente presentada al Parlamento brasileño.

Con la *Súmula Impeditiva de Recurso*, que trata sólo de materia de derecho, se quedarán en mera resistencia las decisiones que acompañan la interpretación de los Tribunales Superiores vencida, porque se impedirán los recursos de carácter protelatórios que contra esto consenso se mueven, sin entrementes, vincular las instancias inferiores, con posibilidad de discutir su inaplicación, con eso, ocurriendo la saludable oxigenación del debate y de la creación jurisprudencial.<sup>100</sup> Si se aprueba esta propuesta,

---

<sup>100</sup> PEC nº 29A/2000 tiene la siguiente redacción: "Art.105-A O Superior Tribunal de Justiça poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra decisão que a houver aplicado, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier ser estabelecido em lei, a aprovação,

se transformará en norma constitucional, cualificando la decisión que aplica la sùmula como irrecorrible, pero liberando a las instancias inferiores de decidir contrariamente a la *sùmula impeditiva de recurso*, lo que no impediría la interposición de otros recursos. Pero, con esta sùmula, solamente sería admitido recurso especial para el STJ si la decisión proferida por los tribunales de origen negase la incidencia o aplicación de la sùmula. Mientras que, de acuerdo con el § 3º del art.105-A, no sólo los recursos están impedidos, sino también cualquier forma de impugnación o incidente procesal (incluso el Mandado de Seguridad «writ», Acción Rescisoria o de nulidad), y es irrelevante la instancia en que la decisión ha sido proferida, con validez incluso para la interpretación dada a un tratado internacional pactado por la Unión.

Esperamos, por tanto, que el Parlamento brasileño apruebe también este instituto en el ámbito del recurso especial para el Superior Tribunal de Justicia (la última intância en materia infra-constitucional y con jurisdicción en todo el territorio nacional), como parte integrante de la reforma judicial, que aún no ha sido concluida, pero también demuestra que será de extrema valía para incrementar la *seguridad jurídica*, a través del perfeccionamiento de la unidad del derecho infra-constitucional en todo el territorio brasileño.

### **2.3 LA MISIÓN DEL CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA – CNJ Y DE LA ESCUELA NACIONAL DE FORMACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DE JUECES EN BRASIL – ENFAM, COMO ÓRGANOS FUNDAMENTALES HACIA A UN MODELO DE EXCELENCIA EN EL PODER JUDICIAL**

El Consejo Nacional de Justicia – CNJ, fue implantado por el legislador constituyente derivado del ámbito del Poder Judicial, a través de la Enmienda Constitucional nº 45/04, atribuyéndole hacer efectiva la supervisión de la actuación administrativa y financiera del Poder Judicial en Brasil. Sus características son semejantes al modelo nórdico europeo. Se trata de una institución federal de ámbito nacional inserta en el Poder Judicial, su naturaleza jurídica es *órgano administrativo-*

---

revisão ou cancelamento de sùmula poderá ser provocada originariamente perante o Superior Tribunal de Justiça por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º São insuscetíveis de recursos e de quaisquer meios de impugnação e incidentes as decisões judiciais, em qualquer instância, que dêem a tratado ou lei federal a interpretação determinada pela sùmula impeditiva de recurso.”.

*constitucional* de este Poder y posee una relativa autonomía. Constitucionalmente, está considerado como órgano componente de la estructura del Poder Judicial.<sup>101</sup>

Su composición es mixta y democrática, posibilitando la participación popular, pues además de los miembros de la magistratura federal y estadual, tiene miembros que provienen de la abogacía, de la fiscalía y de la participación popular, representantes elegidos por el Senado Federal y por la Cámara de los Diputados. Está compuesto por quince miembros de entre 35 y 66 años cuyo mandato dura dos años (admitida una permanencia de más dos años) y según el artículo 103-B de la Constitución Federal su composición es la siguiente: un ministro del STF, un ministro do STJ, un ministro do TST, un desembargador de Tribunal de Justicia de cualquiera de los estados miembros y un juez de derecho; un desembargador federal y un juez federal, un desembargador federal del trabajo y un juez federal del trabajo, un miembro de la Fiscalía de la Unión Federal y un miembro de la Fiscalía Estadual, dos abogados (elegidos por el Colegio de Abogados de Brasil) y dos ciudadanos de notable saber jurídico y de renombrada reputación, estos elegidos, respectivamente, por la Cámara Legislativa Federal y por el Senado Federal. Todos ellos son nombrados por el Presidente de la República, después de la aprobación de la mayoría del Senado Federal. La Presidencia del CNJ compete al Ministro del STF y al “Corregedor” General de Justicia, el Ministro del STJ. Tiene actuación junto al CNJ, el Jefe de la Fiscalía Federal y el Presidente del Colegio de Abogados de Brasil (OAB).<sup>102</sup> Pero no se trata de un órgano jurisdiccional, ya que su actuación es nítidamente administrativa, correccional y de fiscalización en el seno del Poder Judicial Brasileño.

Las competencias del CNJ son las siguientes: 1ª) velar por la autonomía del Poder Judicial y por el cumplimiento del Estatuto de la Magistratura, con el poder de expedir *Actos Reglamentares* o *recomendar providencias*; 2ª) hacer observar el art.37 de la CF/88 y apreciar la legalidad de los actos administrativos practicados por los miembros u órganos del Poder Judicial, pudiendo desconstituirlos, revisarlos o fijar plazos para que se adopten providencias necesarias al exacto cumplimiento de la Ley; 3ª) recibir y conocer reclamaciones contra miembros u órganos del Poder Judicial, incluso contra sus servicios auxiliares, cartorarios y órganos prestadores de los servicios

---

<sup>101</sup> Art.92 CF: “São órgãos do Poder Judiciário:I- o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça;...(omissis).

<sup>102</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio y GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed, Ed. Saraiva, S.Paulo, 2008, pp. 988 a 991.

notariales y de registros (cartórios), sin perjuicio de las funciones disciplinarias y correccionales de los tribunales, pudiendo *avocar (convocar) procesos* disciplinarios y determinar la retirada y la disponibilidad o jubilación con subsidios o saláridos proporcionales en función del tiempo cotizado y también aplicar otras sanciones administrativas; 4ª) representar a la Fiscalía en caso de delito contra la Administración o de abuso de autoridad; 5ª) revisar los procesos disciplinarios de jueces y miembros de tribunales juzgados con menos de un año; 6ª) elaborar semestralmente un informe estadístico sobre procesos y sentencias dictadas, por la unidad de federación, en los diferentes órganos del Poder Judicial; 7ª) elaborar un informe anual que proponga las providencias necesarias sobre la situación del Poder Judicial en el País y las actividades del Consejo, el cual debe contener un mensaje del Presidente del STF que será remitido al Congreso Nacional en Brasilia, con ocasión del inicio de la sesión legislativa federal. Se trata de múltiples atribuciones concernientes a la supervisión administrativa y financiera de las actividades del Poder Judicial nacional.<sup>103</sup> En síntesis, entre sus atribuciones destacan: a) *planeamiento estratégico*; b) *defensa de la soberanía* de del Poder Judicial; c) *reglamentar* la actuación de los miembros del Poder Judicial.<sup>104</sup>

Hay que considerar una cuestión de gran relevancia respecto al CNJ, la competencia, prevista en el art. 102, I, “r” de la CF/88, del STF para procesar y juzgar las eventuales acciones que puedan ocurrir contra el CNJ, en ejercicio de su competencia. Eso se explica para resguardar el carácter del STF como órgano supremo por encima del cual no hay ningún otro órgano, de ahí que se le denomine *Supremo*, en el sentido de la posición que ocupa entre los tribunales y juicios.

---

<sup>103</sup> Como ejemplo de Acto Reglamentario, la *Resolución de Combate al Nepotismo*, nº 07 de 18.10.2005, presentado por FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio y GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Op.Cit.*, pp. 989/990. Para estos autores es de gran importancia el poder expedir Actos Reglamentarios, mientras que este poder de expedición es objeto de crítica por autores constitucionalistas como son STRECK, Lenio Luiz; WOLFGANG SARLET, Ingo y CLÈVE, Clemerson Merlin, “Os limites Constitucionais das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNPM)”, in *Revista de Doutrina*, [www.revistadoutrina.trf4.gov.br](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br), (acceso el 21.09.09) manifiestan que: “no Estado Democrático de Direito, é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc.) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais...que parece de pronto, inconcebível que o constituinte derivado, ao aprovar a Reforma do Judiciário, tenha transformado os Conselhos em órgãos com poder equiparado ao legislador. Ou seja, a menção ao poder de expedir «atos regulamentares», tem o objetivo específico de controle externo, a partir de situações concretas que surjam no exercício das atividades de Judicatura e de Ministério Público. Aliás, no se pode esquecer que é exatamente o controle externo que se constituiu na «*ratio essend*» da criação de ambos os Conselhos”.

<sup>104</sup> El § 7º, art.103-B de CF/88, prevé la creación, por la Unión Federal, de *ouvidorias de justicia* en los Estados, Distrito Federal y Territorios, con la finalidad de facilitar la reclamación de los ciudadanos. Se trata de una *longa manus* del CNJ.

La creación del CNJ ha comportado en el seno nacional importantes cambios éticos y la modernización de carácter administrativo. Basta citar, como ejemplos éticos, los siguientes: 1º) el término del nepotismo en el Poder Judicial brasileño; 2º) establecimiento de límites en los salarios de jueces, desembargadores y ministros de tribunales superiores y la eliminación de salarios adicionales que aumentaban considerablemente los valores que el Estado pagava a los magistrados. En el aspecto de la modernización gerencial de los órganos que integran la Justicia brasileña, el avance de la informatización es muy grande. Por ejemplo, desde 2010 en la Justicia Federal, con sus cinco grandes Tribunales Regionales Federales y centenas de varas (unidades jurisdiccionales monocráticas)<sup>105</sup>, muchas clases de procesos nuevos como “*Mandados de Segurança*”, ya son totalmente virtualizados o digitales, siendo pionero en el mundo postmoderno. Y en muchos Tribunales de los Estados, el nivel de informatización ya es también muy elevado, por lo que la Justicia brasileña se reviste de indiscutibles rasgos de modernidad. También ahora han aparecido relevantes estadísticas respecto a las “Corregedorias de Justicia”<sup>106</sup>, con la divulgación de datos sobre la productividad de los jueces brasileños para toda la población, una verdadera rendición de cuentas y de su responsabilidad político-social a la hora de juzgar los procesos que les son encomendados.

La implantación del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), con tarea de ejercer el control administrativo y financiero de los tribunales y juicios brasileños, ha contribuido a la implantación de medidas transparentes y democráticas, como son el presupuesto participativo (con la participación de los interesados y afectados directamente por el presupuesto), la exigencia de la optimización de los gastos, el fin del nepotismo, la disciplina en el uso de coches oficiales para los magistrados y las decisiones que determinan la reestructuración profesional de los empleados de la Justicia (servidores públicos del Poder Judicial). Según esta visión, la *gestión administrativa* es la vía más eficaz para tornar el conjunto de la magistratura (los jueces, en todos los niveles y justicias, común y especializada) partícipe de las políticas judiciales y acelerar los cambios indispensables para la construcción de un Poder Judicial aún más eficiente, así

---

<sup>105</sup> En Brasil la mayor parte de la estructura de los juicios se compone de jueces singulares, órganos monocráticos con diversas competencias, pero sólo en grado de recurso (o de competencia original de los tribunales), ya que la estructura es plural, con tres o más magistrados que integran el órgano juzgador.

<sup>106</sup> Órganos regionales de control, fiscalización y gestión de los jueces.

como conferir legitimidad a los elegidos (internamente, en el seno de la corporación) para dirigir sus destinos.<sup>107</sup>

Así, han surgido muchas voces en Brasil que piden justamente *democratizar el Poder Judicial en Brasil*, para que éste realice su mejor elección y, a partir de ella, dé inicio a la solución de gran parte de los problemas que aún nos preocupan, que es precisamente la cuestión de la gestión y optimización de los procedimientos intrínsecos a su actividad-fin, es decir, el juicio de los procesos.<sup>108</sup> Hay casi consenso nacional en cuanto a que el Poder Judicial necesita planificar mejor, dar prioridad a sus gastos para la prestación jurisdiccional, incorporar en su que hacer cotidiano herramientas que dinamicen sus actividades, distribuyendo los esfuerzos entre las instancias judiciales, pues ya no es posible continuar la tradicional política de perpetuación de la estructura actual – con más funcionarios públicos, más recursos financieros y más obras físico-estructurales, por ejemplo, nuevos foros. Con un plan de trabajo más racional es posible obtener mejores resultados de los que hoy se alcanzan y es preciso decir que no será con el aumento de la carga de trabajo de los jueces que llegaremos al patrón de excelencia en la prestación jurisdiccional y, al contrario, el juez en Brasil ya trabaja mucho.<sup>109</sup> Pero, nosotros nos afiliamos a aquellos que defienden que la solución está en la mejora de la organización administrativa de los tribunales y juicios, en la disminución de las trabas de orden legal, en la reducción de los procedimientos excesivamente burocráticos (el formalismo procesal y el garantismo excesivo), y en la interacción con el resto de actores de la justicia (los fiscales, los abogados etc...); pero, sobre todo en la manera de administrar los tribunales y juicios en Brasil. Y así, para alcanzar el profesionalismo en la gestión de la maquinaria judicial es necesario tener al frente de los tribunales a magistrados con aptitudes para gerenciar y capacitados también para la administración de las cortes. Esta proposición aún encuentra resistencia en

---

<sup>107</sup> DOS SANTOS, Gervasio Protásio, *La Democratización de la Justicia*, Periódico “Estado de S.Paulo”, edición de 19/09/2009. También se puede consultar en: [www.oestadodesaopaulo.com.br](http://www.oestadodesaopaulo.com.br). Según su autor muchas de estas conquistas democráticas de la Justicia brasileña son frutos del movimiento asociativista de los jueces, que, de manera independiente y sin corporativismo, se puso al frente de las discusiones, reclamando estos radicales cambios éticos.

<sup>108</sup> Basta consultar en la página de la Asociación Nacional de los Magistrados brasileños (AMB): [www.amb.org.br](http://www.amb.org.br) para se encontrar voces que piden la *democratización del Poder Judicial*, en sus actividades asociativas.

<sup>109</sup> La Banca Mundial ha hecho estudios a través de los cuales se llegó a la conclusión de que el volumen de trabajo en Brasil es excesivo si consideramos el trabajo de otros jueces en el mundo. Por ejemplo, en 2004 fueron juzgados por lo STF más de 22 millones de procesos con apenas 11 Ministros ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)), mientras que en los EEUU, la Corte Suprema ha juzgado aproximadamente 300 procesos.

muchos tribunales brasileños, si consideramos que los elegidos son los jueces más antiguos de la carrera funcional, incluso aunque no tengan ninguna inclinación hacia la gestión. Por consiguiente, la *gestión democrática* en el Poder Judicial brasileño es una necesidad del nuevo milenio.<sup>110</sup>

No se puede negar que aún queda mucho por hacer, en especial respecto de la disminución de la lentitud al juzgar los procesos y se procura finalizarlos en el menor tiempo posible, en virtud de la norma constitucional de *duración razonable del proceso*.<sup>111</sup> Hay que tener siempre presente que una Justicia lenta suena a una justicia sin compromiso con las necesidades de las partes (sujetos procesales), además de considerarla fría, altiva, elitista y siempre costosa, que conduce a pensar que es cosa únicamente de pocas personas, de aquellos privilegiados que pueden aspirar a ella mientras que otros no. ¿Pero cual sería la causa de la lentitud de la Justicia? Tal vez, la respuesta esté en una leyes retrógradas, atrasadas, antiguas, complejas e incompetentes o como dice João Batista da Silva,<sup>112</sup> leyes que amparan la maldad y la indignidad, que favorecen el error y a quién erra, dificultando la investigación de los hechos en que ocurrió la violación de los derechos y adormeciendo la Justicia; leyes que abrigan una infinidad de recursos casi interminables o incluso, leyes que maniatan al Juez y el Juicio y los rebajan, a la par que dificultan las sentencias.

---

<sup>110</sup> Sensible a esta causa, la Asociación de los Magistrados en Brasil (AMB) realizó en octubre de 2009, un Congreso Nacional, el 20º en su edición, con esta temática de la *democratización de la Justicia*. Fue una gran oportunidad de discusión y de reafirmación de la convicción de que sólo una gestión planeada estratégicamente con la optimización de sus recursos estructurales, financieros y humanos, podrá hacer posible el desarrollo del Poder Judicial brasileño, favoreciendo la relación con los ciudadanos y asegurando una prestación jurisdiccional de excelencia.

<sup>111</sup> Cfr. PELEJA JUNIOR, Antônio Veloso, *Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira*, Ed. Juruá, Curitiba, 2009, pp.259/296, en especial p.263, “a duração razoável do processo constitui um direito fundamental instrumental em prol da efetivação dos direitos fundamentais de cunho material. É *direito prestacional* (direito fundamental a prestação, de cunho positivo), em oposição a direito de defesa que exige uma abstenção do Estado (cunho negativo) – porque exige uma conduta positiva do Estado para sua implementação”. Para el autor, este derecho tiene un carácter de *concepto jurídico vago y indeterminado*, no obstante ha sido considerado como *norma programática*, como dice Paulo Rangel, se trata de una norma de aplicación inmediata, visto como un derecho fundamental social. Además, no se puede olvidar que el *proceso civil* obedece al mandamiento constitucional cuando “*se desenvolve em condições de normalidade dentro do tempo requerido e em que os interesses litigiosos podem receber pronta satisfação*”.

<sup>112</sup> SILVA, João Batista da, *Reforma do Judiciário*, Ed. Líder, Belo Horizonte, 2004, p.56. Este autor, que escribió su libro en el año en que se estaba implantando la reforma de la Justicia, opina en la p.57, que entre las soluciones a este gran problema está la reestructuración del Poder Judicial, dotándolo de juicios especializados en materia de sentencias, haciendo más compleja la maquinaria de la Justicia y sobre todo, hiriendo la *unidad del derecho*, como preconizó, desde el Brasil Imperio (siglo XIX), el prestigioso jurista Teixeira de Freitas y para el cual debería corresponder la *unidad de la Justicia* (aún que desdoblada en Justicia Federal y Estadual «27 provincias»)

A diferencia del pasado, tenemos hoy, gracias al CNJ, una cantidad significativa de datos, de distintos órganos que integran la Justicia brasileña que posibilitan un precioso diagnóstico de la realidad de la Justicia brasileña y que avalan su desempeño, como son la estandarización de los indicadores y la localización de problemas para encontrar posibles soluciones. Además, estos datos responden a las exigencias republicanas básicas, como son la transparencia y presentación de los resultados para la población en general, con respeto a la institución responsable de la distribución de Justicia en el país. Así, se componen varios cuadros a partir de los datos que integran las publicaciones denominadas de “*Justiça em números*”, disponible en la página web del CNJ,<sup>113</sup> y en el Anexo de esta Tesis Doctoral, con los cuales se permite hacer correlaciones con variables geográficas, demográficas e socio-económicas.

Además, hay que destacar la *Estratégia del Poder Judicial*, un planteamiento estratégico que se desarrolla en la Justicia brasileña en coordinación con el CNJ, basado en un conjunto de acciones dirigidas al perfeccionamiento de la institución y a la efectividad de la prestación jurisdiccional. El 25 de agosto de 2008, se celebró en Brasilia una cumbre nacional del Poder Judicial y como medida preparatoria el CNJ propuso la realización de doce cumbres regionales en el segundo semestre de 2008, con la participación de 87 tribunales de todos los segmentos de la Justicia brasileña cuyo resultado fue una dedicación a los medios informáticos de aproximadamente 120 horas de media electrónica, 987 prácticas catalogadas y 50 proyectos especificados. A partir de ahí, se elaboraron quince objetivos estratégicos, subdivididos en ocho temas principales. Estructurado bajo el formato de un mapa, este plan pretende orientar la gestión estratégica que debe ser construida e implantada por cada uno de los tribunales una vez observada su realidad, con indicadores y sus respectivas metas que deberán ser alcanzadas a corto, medio y largo plazo, así como los medios necesarios a su alcance. A partir de la definición de los objetivos y la líneas comunes de actuación, la expectativa es que los órganos de la Justicia brasileña caminen unidos y con los mismos principios y propósitos, con el fin de entregar a la sociedad servicios judiciales de excelencia, con transparencia, ética, celeridad, modernidad, responsabilidad social, imparcialidad y probidad y, así, alcanzar su visión de futuro.<sup>114</sup> Es,

---

<sup>113</sup> [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br).

<sup>114</sup> Este Plan Estratégico utiliza, en su concepción, la metodología *Balanced Scorecard – BSC*, creada por maestros de la Universidad Harvard Business School.



por tanto, una estrategia para alcanzar esa visión de futuro con la misión de convertirse en una Justicia de calidad que atienda los reclamos de la sociedad.

Para alcanzar las metas planteadas, el CNJ ha debatido con todos los tribunales brasileños de segunda instancia (a excepción de los Tribunales Superiores, STF, STJ, TST, TSE y STM), las fases de desdoblamiento del plan nacional, con la identificación de los indicadores para medir el alcance de la estrategia y de las metas y de los proyectos prioritarios que propiciarían un salto en la actuación de la Justicia brasileña.

A continuación, pasamos a describir la **Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Jueces en Brasil – ENFAM**, su histórico, función y objetivos que la Constitución le exige a partir de la Reforma del Poder Judicial producida con la Enmienda Constitucional nº 45/2004.

La creación de la ENFAM – Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados en Brasil, Órgano de la estructura del Superior Tribunal de Justicia STF, con sede en Brasilia y competencia en todo territorio nacional, se produjo con la reforma del Poder Judicial, a través de la Enmienda Constitucional nº 45, de 30 de diciembre de 2004, que ha modificado los artículos 105 y 112 de la CF/88, con la creación de las Escuelas Nacionales en Superior Tribunal de Justicia - STJ y en Tribunal Superior del Trabajo - TST. En efecto, la Constitución ha consolidado la importancia de las escuelas de la magistratura, con la introducción del reconocimiento formal de la necesidad de “Cursos Oficiales” de formación y perfeccionamiento para fines de promoción y ascensión profesional de los jueces.

Anteriormente, existía la Escuela Nacional de la Magistratura, de ámbito nacional y formaba parte de la estructura de la Asociación de los Magistrados del Brasil – AMB, que continuó existiendo con la función de promover cursos, seminarios y estudios superiores para el perfeccionamiento de los jueces en todo territorio nacional, con la ayuda de las escuelas pertenecientes al ámbito de los 27 Estados miembros de la Federación brasileña, de las 24 escuelas regionales de los jueces del trabajo, de las 5 escuelas de los jueces de la Justicia Federal<sup>115</sup> y ainda 27 escuelas de la justicia electoral.

---

<sup>115</sup> Con competencia para las acciones con presencia de la Unión, bien en el polo activo o pasivo o incluso como interventor de las empresas públicas nacionales y las autarquías federales, según el artículo 103 de la Constitución Federal de 1988.

Los estudios e investigaciones para la implantación de la ENFAM se hicieron contemplando el análisis de los modelos exitosos utilizados en las escuelas extranjeras y que pudieron adaptarse a la realidad brasileña, según lo expresado por el Presidente el Ministro Fernando Gonçalves en el seminario realizado en Brasilia el día 11 de septiembre de 2009, con representantes de 60 escuelas de los Estados miembros y de las Justicias Especializadas, como la del trabajo, electoral y federal. En esta ocasión, fueron debatidos el papel de la ENFAM. El Ministro Gonçalves explicitó el papel de la entidad brasileña, de tornar posible la realización de cursos, así como reglamentar, autorizar e inspeccionar los cursos oficiales para ingreso y promoción profesional de la magistratura, de conformidad con el artículo 105 de la Constitución Federal/1988.<sup>116</sup> Así, su Excelencia hablaba de la misión hercúlea de la ENFAM de contribuir a la habilitación de los magistrados en función de una esmerada formación técnico-jurídica y de carácter pragmático, humanístico y multidisciplinar y de elevada sensibilidad social. Además, más allá de realizar cursos, promueve el intercambio de profesores en aquellas escuelas de magistrados que no cuentan con un suficiente número de profesores para la realización de cursos de perfeccionamiento y participa de comisión de examinadores en las pruebas de acceso a la magistratura.

La competencia de la ENFAM en la promoción de cursos oficiales para ingreso y promoción funcional de los jueces no podrá ser subtraída por ninguno órgano de la magistratura brasileña, ni siquiera el CNJ –Consejo Nacional de Justicia o el STF– Supremo Tribunal Federal, pues en este particular se reviste de amplios poderes constitucionales para desempeñar su papel en el seno de la sociedad brasileña.

La ENFAM tiene una visión más amplia y más próxima de la realidad, jueces más humanos y con conocimientos interdisciplinarios. La participación de esta Escuela Nacional brasileña de formación y de perfeccionamiento de los magistrados, ha sido fundamental para la formación de *multiplicadores* con esta visión interdisciplinaria. Con la definición de las materias básicas y el establecimiento de patrones para los cursos de formación y perfeccionamiento de magistrados en las escuelas de los estados miembros de la federación y en las escuelas regionales (Justicia Federal) la ENFAM está proporcionando la búsqueda del juez integral, que sabrá administrar, conciliar,

---

<sup>116</sup> Decía el Magistrado Presidente de la ENFAM que “À Enfam foi confiada a hercúlea missão de contribuir para habilitar os magistrados a desenvolver apurada formação técnico-jurídica, como também de caráter pragmático, humanístico e multidisciplinar e elevada sensibilidade social”. [www.enfam.stj.jus.br](http://www.enfam.stj.jus.br), (consulta a la página web el 14 de setiembre de 2009).

relacionarse políticamente y juzgar en tiempo razonable, sin olvidarse de satisfacer patrones de excelencia y de calidad, en la percepción de los ciudadanos. Hoy ya no se puede obviar que la verdadera formación de un juez ha de ser integral, independiente y con habilidades para gestionar su unidad jurisdiccional y ha de ser capaz de proporcionar a las partes procesales la oportunidad de trabajar la conciliación. Es imprescindible que sea hábil políticamente para relacionarse con otros agentes de poder de la sociedad, pero sin perder nunca su imparcialidad. Al magistrado no se le puede dispensar de su deber de juzgar en tiempo razonable (sin demoras inadmisibles), porque incluso en la actualidad es un imperativo constitucional (inciso del art.5º da CF/88) y de obediencia de los deberes del juez. Este es un perfil ideal de un juez del siglo XXI, de manera que la ENFAM se encuentra profundamente comprometida desde su creación a partir de la Enmienda Constitucional nº 45/2004.<sup>117</sup>

La ENFAM se ha dedicado a la formación intelectual y moral de los jueces, formación esta que comprende no sólo el dominio del entramado técnico-jurídico, sino también el conocimiento sociológico, humanístico y práctico. Actúa para que los magistrados se adapten a las nuevas demandas de la sociedad y a las nuevas tendencias procesales, proporcionando una percepción cada vez más amplia y multidisciplinar de la aplicación del Derecho. Su *misión* es, por tanto, perfeccionar la selección y promover la formación continuada y el perfeccionamiento del magistrado, de manera que contribuya a una prestación jurisdiccional más rápida y efectiva. La idea es consolidarse en el ámbito del Poder Judicial como órgano central y directivo del proceso de formación y perfeccionamiento de los magistrados. Y sus *objetivos* son: a) el esmero en la selección de nuevos jueces; b) promover la actualización permanente de los magistrados; c) proporcionar formación teórica y práctica al operador del Derecho; d) aproximar cada vez más la Justicia a la realidad de los ciudadanos; e) garantizar la permanente formación multidisciplinar de los magistrados; f) cooperar con las escuelas de la magistratura federales y de los estados miembros en el ofrecimiento y ejecución de entrenamiento y cursos; g) contribuir a que todas las escuelas tengan unos patrones mínimos que respeten las peculiaridades y necesidades de cada región; h) facilitar el

---

<sup>117</sup> Desde el 1º Congreso Internacional de Magistrados celebrado en Roma en 1958, se han ido estableciendo las siguientes proposiciones: a) la necesidad de preparar al futuro magistrado desde su formación universitaria, en la cual debían estar incluidas disciplinas modernas indispensables en el ejercicio futuro de la misión judicial; b) la importancia de implantar centros o escuelas de preparación de jueces y de investigación; c) el perfeccionamiento permanente de la cultura de los magistrados, su inducción a la investigación y al trabajo en equipo.

intercambio de experiencias entre las diferentes escuelas y entre los magistrados; i) la búsqueda de prácticas de gestión que posibiliten la socialización de experiencias y de problemas experimentados por los jueces; j) estimular la producción de investigaciones y estudios para la mejora de la prestación jurisdiccional.<sup>118</sup>

Con la implantación de un nuevo modelo por la ENFAM, se introdujeron cursos de formación de uno a dos años para los candidatos que habían aprobado el proceso de selección, como exigencia previa y fase probatoria obligatoria para el definitivo ingreso en la carrera profesional e inicio de las actividades judiciales.<sup>119</sup>

Retomando la historia, es curioso observar que la implantación de las escuelas de magistraturas es un fenómeno reciente, posterior a la 2ª Guerra Mundial. La primera escuela surgió en Japón en 1947 con la creación del Instituto de Formación de Jueces, subordinado a la Suprema Corte. Pero el gran marco es el 1º Congreso Internacional de Magistrados, celebrado en Roma en 1958 con la finalidad de recomendar a los representantes de los distintos países la creación de escuelas de preparación de magistrados y de desarrollo de investigaciones con respecto al Poder Judicial. Francia implantó una de ellas el mismo año y fue seguido más tarde por el resto de países europeos. Es conveniente resaltar que en Brasil, en 1966, con la obra “*O Juiz*”, del Magistrado Bittencourt, se defendió la creación de una escuela nacional y en 1976 el coloquio realizado por la Asociación de Magistrados del Brasil – AMB, en la ciudad de Porto Alegre, fue enfático al sobrayar la importancia y la urgencia de la creación de una escuela superior de la magistratura, a lo que siguió la creación de varias escuelas superiores de la magistratura en el ámbito regional en los Estados miembros de la Federación brasileña, a través de los Tribunales de Justicia o a través de las Asociaciones de Jueces de los Estados miembros.<sup>120</sup> En la década de 80, la AMB creó la Escuela Nacional de Magistratura – ENM, que sobrevive hoy en día con la creación de la

---

<sup>118</sup> [www.enfam.stj.jus.br](http://www.enfam.stj.jus.br), consultado el 23.03.2010. La ENFAM se sirvió del modelo del Instituto Rio Branco/Itamaraty-Ministerio de las Relaciones Exteriores de Brasil, para pugnar por una participación activa y de carácter nacional en el proceso de selección de los jueces.

<sup>119</sup> ENFAM *Subsídios à Implantação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados*, vol. VII, Brasília-DF, 2006, pp.16/17. En estas páginas es notable la gran influencia de la Escuela de Formación de Magistrados de Francia (*École Nationale de la Magistratura de France*), en la Escuela brasileña, al implantar la *metodología andragógica* de estudios de casos, discusiones de textos y concepciones en grupo de estudios, prácticas, análisis, preparación de textos de pareceres y de decisiones, práctica archivística (*cartorária*), además del permanente uso de la biblioteca y de *internet*.

<sup>120</sup> Los Estados de Rio Grande do Sul y de Minas Gerais fueron los primeros en crear escuelas superiores de magistratura. Actualmente todos los 26 Estados tienen escuelas más el Distrito Federal, totalizando 27 escuelas de los estados miembros y más 5 escuelas regionales de la magistratura federal, además de las escuelas laborales, electorales y militares.

ENFAM, en 2004. Entre las funciones de la ENM destaca la reunir periódicamente a los representantes de las escuelas de los estados miembros (junto a los Tribunales de Justicia), regionales federales (ante los Tribunales Federales de Recursos), escuelas laboristas (junto a los Tribunales Regionales del Trabajo) y escuela militar (Superior Tribunal de Justicia y Tribunales Militares), para evaluar el estado de desarrollo así como fomentar los intercambios de estudios a través de convenios con las escuelas de magistraturas de Europa.<sup>121</sup>

La Constitución de 1988 consolidó la importancia de las escuelas de magistratura en Brasil, introduciendo el reconocimiento formal de la necesidad de “*cursos oficiales*” de formación (ingreso) y perfeccionamiento para fines de promoción en la carrera profesional de magistratura. En la implantación y afirmación de su espacio político-institucional, la ENFAM se ha encontrado con algunos desafíos, como es, la expectativa de las escuelas estatales y federales en mantener su actual *status quo*, con su total independencia administrativa y académica; es el caso de la reciente creación del Colégio Permanente de Directores de las Escuelas de Magistratura – COPEDEM, que desde 2005 ha realizado 21 cumbres en diversas ciudades y regiones de todo el país y tiene previstas otras más: Belo Horizonte-MG en noviembre de 2005. Año de 2006 - Rio Branco-AC, en marzo de 2006; Fortaleza-CE en junio de 2006 e Natal-RN en noviembre. Año de 2007 - marzo y abril en Brasilia-DF; Porto Alegre-RS en mayo; Recife-PE en agosto y en Vitória-ES en noviembre. Año de 2008 - en marzo João Pessoa-PB; junio en Curitiba; en septiembre en Macapá-AP y en noviembre en Campo Grande – MS. En 2009 –Cuiabá en marzo; S. Paulo en junio; en Aracaju– SE en septiembre y en noviembre en Manaus-AM. Ya en este año de 2010, realizase las cumbres de n° 20 y 21°, respectivamente en Macapá-AP, en marzo y en Teresina-PI en 30 de mayo hasta 01 de junio. Y otras más están planeadas.

#### **2.4 UNA RESPUESTA BRASILEÑA A LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: Las Medidas de Protección y de Represión a la Violencia de Género en la Ley “*Maria da Penha*” (Ley N° 11.340/06) y sus Implicaciones para el Desarrollo Social.**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (10.12.1948) y los sucesivos Pactos de los Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos

---

<sup>121</sup> ENFAM, *Subsídios à Implantação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados*, Op. Cit, pp.19/20.

Económicos, Sociales y Culturales de 1966 brindan una adecuada protección a los *derechos humanos* en el plano interno e internacional, pero carecen de mecanismos legales y jurisdiccionales por lo que su instrumento de actuación, el proceso, se utiliza para sancionar las violaciones de los mismos. Por consiguiente, el Estado a través de su tríada de poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), asume el papel de *guardián de los derechos humanos* y el sistema legal-jurisdiccional viene a proteger esos universales, inalienables e irrenunciables derechos. Sucede que el proceso jurisdiccional, se presenta como instrumento disponible para hacer efectiva la defensa de los derechos humanos (o de derechos fundamentales en cuanto insertados en la orden interna), quizás violados o no observados *in concretum*.

Por tanto, es perfectamente posible defender la concepción de que, siempre que el Estado interfiere de manera práctica para proteger y garantizar derechos humanos o derechos fundamentales, a través de la efectivación de estos derechos, estará por consiguiente, contribuyendo al desarrollo humano e indirectamente al desarrollo socio-económico. Insertado en esta perspectiva, proponemos que al conceder una medida de protección a la integridad física de una mujer, y algunas veces de protección al mayor derecho de un ser humano, que es la propia vida, el Estado Jurisdiccional estará adoptando, *in concreto*, medidas que promueven el desarrollo humano; y considerando estas actuaciones estatales al ámbito colectivo, también el desarrollo socio-económico. De esta manera consideramos el sentido holístico del desarrollo.<sup>122</sup>

Importante considerar en defensa de esta asertiva los gastos públicos expresivos de muchos países en la actualidad con la violencia de género. Por ejemplo: EEUU, 10 mil millones de dólares americanos al año; Canadá, 1 mil millón de dólares canadenses al año<sup>123</sup>; Brasil, más de 1 mil millón de reais.<sup>124</sup>

Hay que recordar que la participación de las personas beneficiarias en el proceso de desarrollo es fundamental, pues la propia Declaración, en la Resolución nº 41/128 de las Naciones Unidas, artículo 1.1, enfatiza este carácter participativo: “*el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para «participar» en un desarrollo económico, social, cultural y político...*” (La cursiva es nuestra). Por otro lado, «deben

---

<sup>122</sup> Se así consideramos el sentido holístico del desarrollo, Cfr. Ítem 1, Cap. II de esta Tesis.

<sup>123</sup> [www.violenciamulher.org.br](http://www.violenciamulher.org.br) y [www.midiaindependente.org.br](http://www.midiaindependente.org.br).

<sup>124</sup> Según [www.secretariadepoliticaparamulheres.gov.br](http://www.secretariadepoliticaparamulheres.gov.br)

adoptarse medidas eficaces para lograr que la mujer participe activamente en el proceso de desarrollo», convirtiéndose así en uno de los sujetos privilegiados de dicha participación. Por lo tanto, la participación de la mujer brasileña, como titular de estas medidas de protección y represión a la violencia de género, es fundamental para que logre un efectivo desarrollo humano, ante la realidad social violenta que apunta el siguiente dato constrictivo: cada 4 minutos una mujer es agredida en Brasil.<sup>125</sup>

Así, para defender esta idea pasamos a considerar también la realidad social brasileña, a partir de la adopción de La Ley nº 11.340/06, que trata de la violencia de género, (denominada Ley Maria da Penha). Con esta Ley el Estado brasileño adoptó una nueva manera de reaccionar contra la violencia de género, en especial la que acontece en el hogar contra la mujer, implantado medidas cautelares eficaces de protección a las mujeres víctimas de violencia y con una nueva visión a la hora de enfrentarse a ésta, de manera holística, que alcance tanto a la mujer como a su pareja (sin importar el sexo de la pareja elegida, sea hombre o mujer) y estableciendo políticas públicas en los tres niveles de gobierno y en las tres esferas de Poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), que se ven obligados a la búsqueda de una integración para desarrollar un trabajo en conjunto, en pro de la sociedad que presenta un alto índice de este tipo de violencia.

En el contexto de la sociedad brasileña y respecto a la protección de los *derechos humanos de la mujer*, sobre todo en lo concerniente a la prevención, punición y erradicación de la violencia de género en el hogar, la Ley *Maria da Penha* (Lei 11.340 de 07.08.2006) viene revistiéndose de una importante dimensión histórico-social. Se nota de pronto en los arts. 2º y 3º la reafirmación de algunos derechos declarados hace sesenta años en el seno de Naciones Unidas que tenían como foco a la mujer: el derecho a la vida, a la seguridad, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la cultura, a la vivienda, al acceso a justicia, al deporte, al ocio, al trabajo, a la ciudadanía, a la libertad y a la dignidad. Así, a las mujeres se les debe garantizar oportunidades y facilidades para vivir sin violencia, para preservar su salud física y mental y poder alcanzar así su perfeccionamiento moral, intelectual y social, pues la convivencia familiar y comunitaria debe estar basada en el respeto mutuo y en la dignidad humana.

---

<sup>125</sup> En los últimos diez años 42 mil mujeres fueron muertas en Brasil.

No es exagerado decir que esta Ley referida ha proporcionando una verdadera transformación cultural (o de contra cultura a la violencia sexista, machista y de género) en el seno de la sociedad brasileña. Pero este papel que le está siendo reservado, dependerá fundamentalmente de cómo la misma viene siendo aplicada. Es necesario una total intransigencia hacia la violencia, que no puede quedar impune, incluso para evitar que se revitalice. c como lo es también investigar con seriedad, con propósito de conocer las condiciones y situaciones en las que esos derechos no fueron respetados, así como el nivel y la gravedad de los delitos practicados, para que, entonces, se pueda aplicar la pena adecuada que servirá incluso como factor preventivo de otros delitos. En esto contexto resulta relevante la creación de departamentos de la policía especializados en la mujer y de juzgados especializados en la misión de refrenar la violencia de género en el hogar, familiar y contra la mujer.

Mientras tanto hay mucho que construir, pues el trabajo es muy amplio y es necesario el compromiso con esta finalidad no sólo de los poderes constituídos, sino también de la propia familia implicada y de la misma sociedad, tal y como preconiza el § 2º, art.3º de la Ley que venimos comentando. Como ejemplo, resaltamos el exitoso trabajo que está llevando a cabo el Juzgado de São Luís del Maranhão, que desarrolla cinco *programas especiales*, con vistas no solamente a reprimir los crímenes relacionados con la violencia de género en el hogar, sino también como prevención de esas prácticas que violan los más significativos derechos humanos de las mujeres como son los concernientes a la vida y a su integridad física, moral, sexual, psicológica y patrimonial. Por consiguiente, en abril de 2008 se implantó el primer *Programa de Atención Especializada y Humanizada a la Mujer con el fin de Conceder Medidas de Protección, en carácter de Urgencia*, mediante el cual la mujer - sin necesidad de un abogado y únicamente con la observación de los requisitos cautelares de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, de dos testigos que son sumariamente escuchados por el equipo multidisciplinar una vez rellenado un formulario estandarizado de atención al público, con el atestado policial de la ocurrencia y incluso con el Documento Nacional de Identidad - es efectivamente protegida por el Estado Jurisdiccional, a través de la orden de alejamiento del hombre ofensor del hogar y/o se estableciendo prohibiciones a éste de aproximación, contacto y frecuentación de determinados lugares donde esté la víctima para protegerla, u otras medidas cautelares pertinentes.



En el acto de enfrentar esta modalidad de violencia, se utiliza también como método de investigación en el Juzgado Especializado de São Luís, un espacio con juguetes infantiles pedagógicos para determinar si hubo o no violencia. La “*Brinquedoteca*” es un espacio que cuenta con psicólogos, asistentes sociales y otros profesionales que obtienen de los niños a través del juego datos sobre la realidad de su ambiente familiar como medio de prueba para instruir los procesos penales instaurados. Pero no es únicamente la mujer quien recibe una atención en el referido juzgado de São Luís, sino que al hombre una vez se ve envuelto en una situación de violencia de género en hogar o familiar, le es destinado un *programa de reeducación*, con el fin de que pueda romper con el nefasto y odioso ciclo de la violencia, muchas veces aprendida en el ambiente en que fue formado y de la cual, por destemplanza y descontrol emocional a lo que se añade una concepción machista, sexista y discriminatoria, es su autor. Era preciso hacer algo urgente que proporcionase a esos agresores una oportunidad singular de recibir nuevas informaciones en un ambiente de Grupo Reflexivo y con la ayuda de expertos – los integrantes del equipo multidisciplinar del Juzgado de São Luís – que se sirven de diferentes métodos como son las dinámicas de grupo, juegos, textos, etc. Se trata, pues, de un trabajo *psicoeducativo*<sup>126</sup>, *no terapéutico*, aunque pueda tener efectos en este sentido; se *responsabiliza* del autor de la violencia de género en el hogar y la *desnaturaliza*, una vez que son inaceptables excusas como “*no he conseguido controlarme*” o “*fue porque estaba borracho*” o “*fue ella quien me provocó*”, para entonces difundir a los participantes una actitud de asunción de los errores cometidos. De esta manera, al constituirse en un abordaje de responsabilidad, se ha revelado como un importante instrumento de prevención y una alternativa a la impunidad, pero sin substituir la necesaria aplicación de las penas que eventualmente son aplicables, como son la detención o prestación de servicios a la comunidad. Hay que añadir que en estas diez reuniones reflexivas, facilitadores y participantes son co-responsables de la construcción de un contexto grupal que favorece el surgimiento de nuevas configuraciones de masculinidad y feminidad, incluyendo la equidad entre hombres y mujeres. Probablemente el mayor factor de riesgo de la violencia doméstica, por ser el más constatado, es aquel en el hombre analizado se cree (o creía) superior a la mujer.

---

<sup>126</sup> Se trata de una aproximación al *pensamiento sistémico* de Tom Anderson, a la *pedagogía de la pregunta* de Paulo Freire, al *constructivismo* de Piaget y al *constructivismo social* de Vygosty. Vide ANDERSEN, Tom. *Processos Reflexivos*, 2ª edição, Instituto NOOS, Rio de Janeiro 2002; FREIRE, Paulo, *Por uma Pedagogia da Pergunta*, Editora Paz e Terra, 2003, *Psicologia e Pedagogia*, (Trad. Dirceu A. Lindoso e Rosa M.R. da Silva), Ed.Forense Universitária Rio de Janeiro, 1970.

Además prevalece la opinión de que entre las mejores acciones de prevención de la criminalidad se encuentran aquellas que se centran en prácticas educativas y que se han dado a conocer a través de diversas conferencias sobre la materia en comunidades, escuelas, empresas y sindicatos y otras instituciones como la Policía y la Guardia Municipal (incluso en los pequeños pueblos del Municipio de São Luis/MA), que informacom a las mujeres sobre sus derechos y a los hombres sobre las consecuencias que conlleva efectuar actos violentos y que en caso de ser practicados, serán eficazmente reprimidos por lo dispuesto en el Sistema Penal. De esta manera, se acredita como positivo que estas conferencias facilitan a sus oyentes estrategias muy útiles para prevenir la criminalidad de género y propagar una *cultura de no violencia a la mujer*.<sup>127</sup>

Podemos constatar que Brasil está construyendo una nueva historia al pasar página a la falta de atención sistemática e institucional hacia la violencia de género y abolir las vergonzosas penas de ayer (donación de paquetes de alimentos a entidades) que no servían para reparar o prevenir la violencia de género en el hogar. Se dio un grande paso con la promulgación de la Ley que hemos citado y con la creación de departamentos de policía y juzgados especializados. La intervención del Estado, con políticas públicas de prevención y de represión especializada en cuanto a la violencia de género, está produciendo significativas alteraciones en el panorama nacional brasileño. Hoy, ya no existe esa desatención institucional y falta de compromiso ni el patrón sistemático de omitir la violencia de género desde el poder público. Brasil está avanzando en la protección de los derechos humanos de las mujeres y de esta manera, según nuestra opinión, también promueve con estas acciones *in concreto*, el desarrollo humano de las mujeres brasileñas y, por consiguiente, contribuye al desarrollo social.

Significativo es la investigación que se ha hecho en el Juzgado de Violencia de Género de la Comarca de São Luis del Maranhão, con los procesos cautelares de Medidas Urgentes de Protección a las mujeres víctimas de violencia

---

<sup>127</sup> Unido a esto, están siendo desarrolladas, por parte del Poder Público, en todos niveles (Federal, Estadual y Municipal) y a través de los tres poderes, *campanas* de erradicación de la violencia doméstica, como la del “Lazo Blanco” y la de la Secretaria General de la ONU. Se resalta que los incisos VIII y IX del art.8º, Ley 11.340/06, estipulan directrices educativas que deben ser consideradas en las Políticas Públicas, a saber, respectivamente: “*la promoción de programas educativos que diseminen valores éticos de amplio respecto a la dignidad de la persona humana con la perspectiva de género y de raza o etnia*” y también “*el resalto, en los currículos escolares de todos los niveles de enseñanza, de contenidos relativos a los derechos humanos, a la igualdad de género y de raza o etnia y al problema de la violencia de género, en el hogar, familiar y contra la mujer*”. (sin negritos en el original).

doméstica e familiar, cuyos resultados se presenta también en esta tesis (ver en Anexo), puesto que bastante ilustrativo de cómo allá se está produciendo justicia<sup>128</sup>, con un verdadero cambio de la mentalidad colectiva, se va produciendo en la sociedad brasileña que una respuesta brasileña a la violación de los *derechos humanos de las mujeres*.<sup>129</sup>

## 2.5 EL PODER JUDICIAL EN BRASIL ANTE AL OBJETIVO FUNDAMENTAL DEL ART.3º, INCISO IV DE LA CONSTITUCIÓN: GARANTIZAR EL DESARROLLO NACIONAL

La Constitución brasileña en el artículo 3º, inciso II, establece entre los objetivos nacionales<sup>130</sup> “garantizar el desarrollo” y en el inciso IV, “la promoción del bien de todos sin cualquier discriminación” con lo que se percibe que estos objetivos no están reservados únicamente al Poder Ejecutivo, al que incumbe constitucionalmente implementar las políticas públicas que fueron definidas por los respectivos gobiernos, sino que también son objetivos de los Poderes Judicial y Legislativo, aunque sus compromisos y sus misiones institucionales sean diferentes. Mas esto no retira de si los objetivos que el propio texto constitucional les incumbe. Y así es que, importantes reflexiones pueden ser hechas en este sentido.

Respecto al ítem IV del art. 3º de la CF/88, de promover el bien de todos, Ada Pellegrini Grinover<sup>131</sup>, afirma que el constituyente fija para todos los Poderes

---

<sup>128</sup> De las mujeres víctimas que se presentaron con solicitud de estas medidas cautelares de protección, en 95% de los casos, tuvieron atendidas sus pretensiones, con aislamientos de los hombres ofensores y otras medidas de protección como prohibición de cualquier contacto con la ofendida o la prohibición de aproximación o además de prohibición de aquello frecuentar el local de trabajo de la mujer violada. Ver ANEXOS con datos estadísticos de la víctima y del agresor bien como elementos relacionados como el acto predominante, que fue la violencia psicológica, mediante las amenazas de muerte hechas y que fueron debidamente rechazadas por el Juez del Juzgado, Don Nelson Melo de Moraes Rêgo.

<sup>129</sup> Esta expresión *Derechos Humanos de la Mujer* fue primeiramente pronunciada en la Conferencia de las Naciones Unidas de Viena, del año de 1993.

<sup>130</sup> **Art. 3º de la CF/88:** “*Constituem Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – contruir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – eradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. Por oportuno, los fundamentos del Estado brasileño están en el **art.1º:**” *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único: todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”. Y en el **art.2º:**”*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*” (sin negrita en el original).

<sup>131</sup> PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *O Controle Judicial das Políticas Públicas*, in Atas do Seminário do IBDP, realizado en S. Paulo en 02 a 04 de agosto de 2009.

del Estado, la necesidad de alcanzar los objetivos fundamentales. ¿Pero cómo se alcanzan? A través de políticas públicas que fijan metas y programas para realizar esas políticas. Son reglas eficaces y no apenas reglas programáticas. Para realizar las políticas públicas, primero son editadas leyes (normas del legislador), después acciones para implementación de las mismas por los administradores estatales<sup>132</sup> y por último, se pueden someter al controle jurisdiccional de la Justicia. Estos tres Poderes deben armonizarse para que estos objetivos constitucionales sean alcanzados a través de las *normas, acciones y de su control*. En esto consiste en realidad el control de la constitucionalidad, y así cabe al Poder Judicial investigar todos los actos administrativos practicados por la Administración Pública.

Por tanto, el control de la constitucionalidad no se hace únicamente con la hipótesis de infracción de normas constitucionales, sino cotejando los actos administrativos con los objetivos de la República brasileña. Entonces llegamos a la politización del Poder Judicial, con el control jurisdiccional de las políticas públicas en Brasil. En una primera hipótesis se plantea la cuestión de defender la constitucionalidad de un instrumento normativo o, al revés, de hacer el examen de la inconstitucionalidad de una ley o de un acto administrativo, mientras que en una segunda hipótesis, la Justicia entra en el examen del *mérito*, o sea, de la *conveniencia* y de la *oportunidad* del acto administrativo estatal, en contrapunto con los objetivos de la República brasileña. Y se constata cómo se han hiperdimensionado los poderes de los jueces y de los tribunales en Brasil, a partir de la nueva orden democrática, vigente desde cinco de octubre de 1988.

---

<sup>132</sup> Según el art. 4º de la Constitución de 1988, en Brasil el Poder Ejecutivo se encuentra representado por tres niveles administrativos: Administración Federal (Presidencia de la República y sus Ministerios), Estadual (Estados miembros de la Federación, como S. Paulo, Rio de Janeiro, Maranhão. En total de 27 Estados Federados, cada uno con sus Gobiernos Estaduales, cuyo representante es el *Governador*, que son ayudados por las Secretarías Estaduales de Gobierno y sus correspondientes Secretarios de Gobierno) y Municipal (Prefecturas, con un número superior a 5 mil Municipios/Ayuntamientos, que repite el sistema presidencialista de gobierno, y cuyos representantes municipales se denominan *Prefeitos*). También existe el Distrito Federal, donde se encuentra la Capital Federal, la ciudad de Brasilia, cuyo espacio político en torno a ella recibe la mencionada denominación de Distrito Federal, que es una *Autarquia*, del punto de vista administrativo, y conta también con un Gobierno propio aunque no estadual (provincial) sino *Districtal* (un espacio demarcado y recortado del Estado de Goiás, donde más allá de Brasilia hay otras ciudades en torno a la capital denominadas de ciudades satélites como la luna y la tierra o Júpiter y Io, Europa, Ganímedes y Calixto). Así, existen también Leyes Federales, Estaduales y Municipales, editadas por los respectivos Poderes Legislativos. Pero el Poder Judicial, se da sólo en los dos primeros niveles, ya que en el ámbito municipal, a quien generalmente corresponde la estructura administrativa de la justicia, se divide en unidades denominadas *Comarcas* (pero una Comarca Judicial puede alcanzar varios municipios, en la hipótesis de pequeños municipios).

Este fenómeno es de mayor intensidad cuando se trata del Supremo Tribunal Federal - STF, el órgano máximo en la jerarquía administrativa del Poder Judicial brasileño; su proeminencia es desde luego notable, no sólo por el interés que despierta en los estudiosos de la realidad socio-política, sino en todos los ámbitos; raro es el día que no haya una noticia en los medios al respecto, pues los principales periódicos nacionales dedican espacio a la Corte Suprema en sus distintas secciones de política, economía, legislación....En lo académico, se multiplica el número de trabajos destinados a analizar los diversos aspectos de la vida y actuación del STF, bien sea en las facultades de derecho o en los programas de ciencia política, sociología, historia, etc... El tema de la interpretación constitucional ha pasado a ser tema principal de atención de la nueva generación de juristas. Además, en la Ciencia Política, con nuevo rasgo institucionalista, el Supremo se ha convertido en tema central de muchos autores. Hasta los economistas (en especial los neoinstitucionalistas) están estudiando las consecuencias de las decisiones judiciales y sus interacciones con el contexto socio-económico.<sup>133</sup>

En efecto, la nueva orden constitucional vigente en la realidad brasileña y tras varias decenas de Enmiendas Constitucionales que han modificado sensiblemente el texto original de la Constitución de 1988, traen muchas consecuencias, que cambian fuertemente el panorama de la sociedad. Algunos de estos cambios se notan enseguida, pero otros exigen al observador un estudio más profundo con respecto al tema que despierta su interés. Así ocurre cuando se analiza un tema como este. Mientras tanto, se constata tanto el fortalecimiento de la jurisdicción, como actividad y función del Estado, como el fortalecimiento de la jurisdicción de la Corte Suprema, que ha recibido una gran influencia de las decisiones del Poder Judicial en la búsqueda de *seguridad jurídica*. En efecto, a partir de la Enmienda Constitucional número 3 de 1993, que creó la *Acción Declaratoria de Constitucionalidad*, con efecto vinculante y eficacia *erga omnes*, se comenzó a estructurar un movimiento de continuidad de fortalecimiento de la jurisdicción del STF. Más adelante surgieron las Leyes Federales n° 9.868/99 y 9.882/99 que reglamentaron la Acción Directa de Inconstitucionalidad – ADIn, la Acción Declaratoria de Constitucionalidad –ADECon y la “*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*”– ADPF, una Acción que objetiva la constatación de incumplimiento de un precepto fundamental, y ratificaron el entendimiento jurisprudencial que ya extendía la eficacia *erga omnes* y el efecto vinculante de las

---

<sup>133</sup> VILHENA VIEIRA, Oscar, “Supremocracia”, *Op. Cit.*, pp.441 a 459, en especial pp.441/442.

decisiones del STF, en control abstracto de la constitucionalidad, a las ADIn y ADPF. Además, el Supremo Tribunal pasó a contar con la posibilidad de manipular los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, la cual podría ser dotada de eficacia *ex nunc* o incluso para el futuro. Enseguida, el STF en el juzgamiento de la Reclamación nº 1.987/DF (octubre de 2003), decidió que el efecto vinculante de estas decisiones alcanzaría sus fundamentos determinantes, traspasando el dispositivo del *Acórdão* (decisión colectiva). Como consecuencia de esta decisión, en marzo de 2004 se añadió un párrafo único al art.161 del Reglamento Interno del STF, autorizando el juicio monocrático por el Ministro Relator del proceso de Reclamaciones que versen sobre materia consolidada en la jurisprudencia del Tribunal. Y, más tarde, la Enmienda Constitucional nº 45/2004, estableció la posibilidad de que el STF utilizara las *Súmulas Vinculantes* en materia constitucional, con amplias y significativas reformas que alterarían significativamente el sistema de control de la constitucionalidad en Brasil, con una clara preponderancia del modelo de control en abstracto de constitucionalidad.<sup>134</sup> El presidente del STF había dicho que “la eficacia de la decisión del Tribunal, *transciende el caso singular*, de manera que los principios que dimanen de la parte dispositiva (*Tenor*) y de los fundamentos determinantes (*tragende Grunde*) referente a la interpretación de la Constitución deben ser observados por todos los tribunales y autoridades en los casos futuros”.<sup>135</sup>

No se puede olvidar que el fortalecimiento de la autoridad de los tribunales ha sido una consecuencia inmediata de la expansión del sistema de mercados y de la disminución del poder del Estado en diversos sectores de la sociedad civil, de manera general. Para algunos analistas y a los ojos de los inversionistas, esto se explica en virtud de que los tribunales se han constituido en un medio más confiable para garantizar la seguridad jurídica, estabilidad y previsibilidad que los legisladores democráticos, muchas veces presionados por demandas populistas y de poca eficacia desde el punto de vista económico.<sup>136</sup> Otros entienden que la ampliación del papel del

---

<sup>134</sup> ANDRADE BARBOSA, Leonardo A. de; DINO, Flávio; DINO, Nicolau & MELO FILHO, Hugo, *Reforma do Judiciário, Comentários à Emenda nº 45/2004*, Ed. Impetus, Niteroi –RJ, 2005, pp.103 y 104, dicen los autores que: “Essa nova «jurisdição constitucional brasileira» já havia instrumentalizado a noção de efeito vinculante no âmbito das decisões em sede de controle abstracto de constitucionalidade, inclusive com sua extensão aos fundamentos determinantes da decisão”.

<sup>135</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar, “O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstracto de Normas”, in *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*, nº 4, agosto de 1999, disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_04/efeito\\_vinculante.ht](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.ht)

<sup>136</sup> HIRSCHAL, Ran, *Towards Juristocracy: the origins and the consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2004.

derecho y del Poder Judicial es una consecuencia de la retracción del sistema representativo y de su incapacidad para cumplir las promesas de justicia e igualdad, inherentes al ideal democrático e incorporadas en las constituciones contemporáneas, por lo que, en este momento histórico se recurre a la Justicia como guardián de los últimos ideales democráticos.<sup>137</sup> Este proceso de expansión de la autoridad judicial, se ha vuelto más fuerte en las constituciones más ambiciosas y que aumentan considerablemente las materias que son objetos de sus disposiciones, como texto constitucional, como la brasileña de 1988, la portuguesa de 1976 y la española de 1978. La hiperconstitucionalización de la vida contemporánea parece ser una desconfianza en la democracia.<sup>138</sup>

La institucionalización de robustas jurisdicciones constitucionales, ha conferido a los jueces, nuevas responsabilidades más allá de la concepción kantiana de legisladores negativos, para asumir una tarea de velar por el cumplimiento de las promesas hechas en la Constitución de 1988,<sup>139</sup> que en mucho ha ampliado la protección de los derechos humanos (Fundamentales, a partir del reconocimiento por el legislador constituyente). Tal fenómeno jurídico, tuvo una consecuencia mayor para los magistrados del Tribunal Constitucional brasileño, que ganaran contornos más acentuados, si consideramos la concentración de poderes que se fueron incorporando al STF. Tanto que los efectos llegan a modificar incluso el equilibrio del *sistema de separación de poderes*. Es cierto que a partir de 1988, el STF acumuló muchas funciones,

---

<sup>137</sup> GARAPON, Antoine, *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*, Instituto Piaget, Lisboa, 1996.

<sup>138</sup> Este fenómeno comenzó a detectarse a comienzos del siglo XX por los *realistas* norteamericanos, a partir de una serie de decisiones de la Corte Suprema, denominada de *era de Lochner*, cuando los jueces tomaron decisiones substituyendo la voluntad del legislador a través de la *doctrina del debido proceso legal sustantivo*, en la cual se verificaba no sólo la constitucionalidad formal de un acto normativo, sino también su razonabilidad frente a los principios constitucionales, como ocurrió en la anulación de una legislación de matiz social producida en New York, en contra de los principios implícitos en la Constitución. En Europa, durante todo el siglo XIX, la doctrina del *judicial review* solamente tuvo consideración a partir de la 2ª Guerra Mundial, en especial en Alemania e Italia como reacción al nazismo y facismo y con una enorme desconfianza en la democracia popular, se establecieron Constituciones con derechos fundamentales (Carta de Derechos) y potentes tribunales constitucionales, con cierta ruptura de vieja tradición rousseauiana de la soberanía popular. Este fenómeno también se verificó en la península Ibérica con la constitucionalización de España en 1978 y Portugal en 1976, que también saldrían de regímenes dictatoriales. Además también ocurrió en la Europa del Este, tras la caída del muro de Berlín y de la integración en la Unión Europea de países que antes pertenecían a la URSS.

<sup>139</sup> SADEK, Maria Tereza, *Magistrados: uma imagem em movimento*, Ed. FGV/Direito Rio, Rio de Janeiro, 2006, p.11, pone a los jueces brasileños como protagonistas centrales, en razón de que su presencia en la sociedad traspasa las puertas de foros y tribunales, pues hoy, difícilmente se encontrará un tema o embate académico con respecto al cual no se solicite la palabra o no se pronuncie un magistrado: “Juizes, desembargadores e ministros de tribunais têm ocupado espaços na arena pública, marcando posição e desempenhando papéis que extrapolam a clássica imagem de descrição ou de extrema impessoalidade”.

como la ser *tribunal constitucional*, *órgano de cúpula del Poder Judicial* y de *foro especializado*, y tuvo un papel aún más dimensionado con la edición de las Enmiendas Constitucionales n° 3/93 y n° 45/04 y de las Leyes n° 9.868/99 y n° 9.882/99, volviéndose una institución singular, en términos comparativos, tanto en relación a su propia historia como en relación con la historia de otras cortes constitucionales de países democráticos, incluso en relación a las democracias más prominentes del mundo.<sup>140</sup>

Resulta oportuna la explicación de estas funciones del STF. En la función de *tribunal constitucional*, la referida Corte tiene por obligación juzgar, por vía de acción directa, la constitucionalidad de leyes y actos administrativos tanto de los Estados miembros cuanto de la Unión Federal. Se destaca además, según el art.60 § 4° de la CF/88, que en hipótesis de una Enmienda Constitucional venir a contrariar las muchas *Cláusulas Petreas* de la Constitución brasileña, es el STF competente para declarar la inconstitucionalidad.<sup>141</sup> También se le atribuyó al STF competencia para juzgar las omisiones inconstitucionales del Legislador y del Ejecutivo, y, por medio de la acción de “*Mandado de Injunção*”, se le autorizó asegurar inmediata y directa implementación de derechos fundamentales. En efecto, la politización de esta esfera de jurisdicción del STF fue además extendida en relación al período constitucional anterior y el legislador ha contribuido también a ampliar y democratizar el acceso al Supremo, incrementando la legitimación activa. Además, se estableció la posibilidad de que organizaciones representativas de la sociedad civil y otros grupos pudiesen participar en los procesos en calidad de *amici curiae*, en cuestiones de intereses supra-individuales (o intereses colectivos).

Otra función del STF es la misión del *foro especializado*: 1) juzgar criminalmente a las autoridades más importantes de la República como: senadores,

---

<sup>140</sup> Este fenómeno recibió la denominación de *Supremocracia*, término acuñado por VILLENA VIEIRA, Oscar, *Op. Cit.* pp.444/445, de la cual destacamos: “«*Supremocracia*» tem aquí duplo sentido. Em primeiro sentido refere-se à autoridade do Supremo em relação as demais instâncias do Judiciário...Apenas em 2005, com a adoção da Súmula Vinculante, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo [com vinculação dos demais tribunais às suas decisões]. Em um segundo sentido, o termo refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes”. Así, según el autor, *Supremocracia* es la autoridad recientemente adquirida por el STF de gobernar jurisdiccionalmente (*rule*) el Poder Judicial y también la nueva posición de la Corte en el centro del sistema político. Con respecto a eso, el Presidente del Senado, JOSÉ SARNEY, ha dicho que: “nenhuma instituição é mais importante e necessária ao Brasil do que o STF” in *O Supremo Tribunal Federal*, Folha de S.Paulo, S.Paulo, 07 de diciembre de 2008.

<sup>141</sup> Por ejemplo: el caso de la sentencia del tributo CPMF – Contribución Provisoria de Movimentación Financiera.



diputados, ministros de Estado, Presidente de la República u otros<sup>142</sup>, ocupando un tiempo considerable en la producción de pruebas criminales; 2) puede examinar originalmente los actos administrativos (que a veces son de carácter secundario y de poco interés político) correspondientes a la gobernanza interna de los poderes legislativo y ejecutivo como son el proceso de extradición, homologación de sentencias extranjeras, *habeas corpus*, “*mandados de seguranças*” (corrisponde al recurso de amparo) u otras acciones civiles frente al *status* del acusado.

Y por último, el STF sirve como *tribunal de recurso de apelación* (*casación, relación*) o de última instancia judicial, revisando millares de procesos que son solucionados todos los años por tribunales inferiores, con la justificación de que haya en Brasil un *doble control de constitucionalidad*, un sistema difuso (hipótesis de que cualquier magistrado puede examinar procesalmente en un caso concreto, la alegada constitucionalidad) y otro concentrado (cuando en acción directa en el STF, la ley o acto administrativo, abstractamente, es reconocido inconstitucional y pierde su vigencia). Sorprende que desde 1988 hasta la actualidad, más de un millón de recursos extraordinarios y agravios de instrumento fueran juzgados únicamente por once ministros, lo que significa el 94,13% del total de los procesos juzgados. La estadística oficial del STF era de más de cien mil casos al año como media.<sup>143</sup> Pero, ahora, con aprobación del incidente procesal denominado “*arguição de repercussão geral*” (por el cual únicamente irón ser juzgados aquellos procesos de intresés geral para los ciudadanos) y de la *Súmula Vinculante*, el STF empezó a ejercer su discrecionalidad y la estadística oficial está bajando considerablemente.

Otro aspecto que debe ser observado es la discusión de grandes temas de interés nacional que pasó de hacerse en el Parlamento (su vía natural y democrática) a debatirse en la sede del Supremo Tribunal Federal. Nos referimos a la investigación de las “células-madres” (retiradas de embriones humanos para fines médicos y curativos), bajo el foco científico, ético, social y, evidentemente, legal, una oportunidad que analizaba la Ley de Bioseguridad, cuando la Corte se quedó en un nuevo nivel de visibilidad pública, que envolvió en la discusión a prácticamente toda sociedad civil brasileña ante la amplia repercusión que los medios de comunicación (TV, radio,

---

<sup>142</sup> Art. 102, I, “b” y “c” de CF/88. El siguiente dato resulta impresionante: en la actualidad hay en tramitación 250 acciones criminales contra parlamentarios y otras autoridades en las que el STF actúa como *Foro Especial*.

<sup>143</sup> [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

prensa e internet) dieron a la cuestión y que movilizó intensamente a varios sectores de la sociedad como la Iglesia, asociaciones, grupos de investigadores, médicos, biólogos y otros más. Así la *protección jurídico-constitucional de las etapas del desarrollo de la vida humana* se tornó un tema que ha puesto a la Corte Suprema brasileña en un espacio jamás ocupado antes, con evidente politización (en el bueno sentido) del debate jurídico llevado al STF. Hay quien habla entonces de un nuevo escenario de discusiones y de decisión político-jurídica, considerando que eso significa que las reglas de interpretación constitucional pasan a funcionar, en algunas situaciones, como sustitutos del Parlamento Nacional, de los partidos políticos (que también tienen la misión de debatir con la sociedad los gran temas de interés nacional) y, por consiguiente, de la regla de la mayoría.<sup>144</sup>

Además, en estas consideraciones, está la configuración del STF como una especie de *reformador constitucional*, pues cuando ocurrió la sentencia de la Consulta 1398, formulada por el Partido del Frente Liberal (PFL), se decidió que los partidos y coaliciones políticas tendrían derecho a mantener sus asientos (mandatos de diputados) en el Parlamento Nacional obtenidos en el último pleito y como resultado de la elección por el *sistema proporcional*, ante la hipótesis de que el parlamentario cambiara de partido político, y como consecuencia de la pérdida de mandato de este parlamentario que injustificadamente cambió de agrupación política, se nombra un primer suplente de diputado de la lista del partido (el siguiente más votado, después del parlamentario que ha cambiado). Ahora bien, esta situación revela que las cortes STF y STE (Superior Tribunal Electoral) crearán nueva categoría de pérdida de mandato parlamentario, distintas de aquellas hipótesis del art. 55 de la CF/88, que son “*números clausus*”, con establecimiento de una nueva hipótesis y con la creación de una nueva situación jurídica institucional, que es la atribución de poderes legislativos constitucionales al STF, con poderes de reformar la Constitución Federal de 1988. Y en otra sentencia, la de la Reclamación n° 4.335-5/Acre, relatado por el Ministro Gilmar Mendes, esta hipótesis se confirmó con la interpretación y aplicación constitucional, sufriendo una alteración en su contenido. Eso sería, a juicio de algunos juristas, una

---

<sup>144</sup> OFFE, Clauss & PREUSS, Ulrich K., “Democratic Institutions and Moral Resources”, in *Political Theory Today*, Ed. David Held, Polity Press, Oxford, 1990. Y no se puede dejar de considerar que esto Nuevo fenómeno en la Corte Suprema brasileña, amplía su base de legitimidad perante la sociedad. Ha que considerar también que en esto caso y en otros más, el juzgamento tuvo televisionamiento inmediato para todo el País, el que no se verifica en ninguna otra Corte Constitucional al redor del mundo.

alteración de la disposición de “*Separación de los Poderes*” protegida por el art.60 § 4º, III de la CF/88.<sup>145</sup>

Por último, estamos de acuerdo con Oscar Villena cuando dice que es necesario que el STF se libere de un gran número de tareas secundarias, para ejercer en plenitud su principal función de *jurisdicción constitucional*.<sup>146</sup> Pues, en verdad, con la implantación del instituto de la *repercusión general*, el *efecto vinculante* y la *Súmula Vinculante*, la Corte Suprema tendrá plenas condiciones de redefinir su propia agenda (pauta de materias en juzgamiento) y pasar a utilizar el *sistema difuso de control de constitucionalidad* como instrumento de construcción de la integridad del sistema judicial y de promoción del interés público. Al restringir su propia jurisdicción o elegir lo que será objeto de sus decisiones, el STF está reforzando su propia autoridad remanente e, indirectamente, fortaleciendo las instancias inferiores de la Justicia, que pasarán entonces a ser realmente la segunda e última instancia de las sentencias en sus respectivas jurisdicciones. Y con una agenda limitada de procesos (o al menos reducida, frente al elevado número de decisiones que se pronunciaba cada año: cerca de 100 millares), el STF está mejorando la calidad de su proceso deliberativo, esto es, con menos decisiones monocráticas (de los ministros individualmente) y más decisiones colectivas, ya que es un Tribunal cuyas decisiones no se pueden recurrir.

### **3. EL CONTROL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR LA JUSTICIA BRASILEÑA, COMO FACTOR DE DESARROLLO SOCIO-ECONÓMICO, EN ESPECIAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO.**

En principio, es conveniente hacer un breve examen de la situación de la economía política en Brasil en los últimos años, para una mejor comprensión de este subtema. Es de todos consabido que en los decenios de 1950 a 1980, Brasil ha crecido aproximadamente un 7% al año, mientras que la población ha crecido menos del 3%.<sup>147</sup> Así, la renta *per capita* cesció 4,2 %. Estos 30 años enmarcarán el mejor período

---

<sup>145</sup> VILLENA VIEIRA, Oscar, *Op. Cit.* p.456. Con resalto además: “...o que parece claro é que o Tribunal passou a se enxergar como dotado de um poder constituinte reformador, ainda que a promoção das mudanças constitucionais não se dê com a alteração explícita do texto da Constituição.”

<sup>146</sup> VIEIRA, Oscar Villena, *Op. Cit.* p.458.

<sup>147</sup> En el año de 2011 el crecimiento brasileño foi un 4,5%, según [www.bacen.jus.br](http://www.bacen.jus.br).

de crecimiento de toda la historia brasileña y asistirán a la transformación del país, que pasó de tener una sociedad rural y agraria (con una población principalmente de campesinos) a una sociedad urbana e industrial. La migración de la población campesina hacia las ciudades y la importación de tecnologías adelantadas ha posibilitado un salto significativo del *produto interno bruto* (PIB) y de la productividad de la economía brasileña. De 1.980 al año de 2.000, los brasileños hemos experimentado crisis económicas, aumentos de inflación, pérdida del dinamismo social y un incremento de la violencia e inseguridad. El foco de la atención de los economistas estaba en la tentativa de estabilización de la inflación y del control de la deuda externa. Estos dos decenios han traído muchas dudas con respecto a la capacidad de recuperación de la economía brasileña para retomar el desarrollo económico y mejorar las condiciones de vida de la población brasileña, en particular el acceso a los bienes públicos básicos. Pero los resultados de las políticas públicas de carácter macro-económico en la última década y las excepcionales condiciones de los mercados externos, han rescatado el sueño de un Brasil como potencia económica en la comunidad de las naciones.<sup>148</sup>

Mientras, el país necesita una estrategia de desarrollo que contemple la intensificación de la innovación tecnológica, la condensación de las

---

<sup>148</sup> En el desempeño del país en la última crisis económica global, los descubrimientos de petróleo en la región submarina denominada de “pré-sal” (a lo largo de la costa del Estado de S.Paulo), han contribuido para al fortalecimiento de las proyecciones de los especialistas económicos de diversos países, respecto a ese sueño de un Brasil potencia mundial. Es verdad que con los Gobiernos del Presidente Luis Inácio Lula da Silva y de Dilma Russef se han alcanzado importantes progresos en el país, entre ellos, los siguientes: a) se han acumulado 350 mil millones de dólares de reservas cambiales (datos de la Banca Central de Brasil: [www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br)) ; b) En 2009, 24,1 millones de brasileños superaron la pobreza y la clase “C” ya corresponde al 53,6% de la población brasileña (las clases más alta son “A” y “B”). Las clases económicas en Brasil están distribuidas según los siguientes niveles de renta (media familiar), en moeda brasileña, según criterios de la Asociación Brasileña de Empresas de Investigación de marzo de 2012: A1 – R\$ 12.926,00; A2 – R\$ 8.418,00; B1 – R\$ 4.418,00; B2 – R\$ 2.565,00; C1 - R\$ 1.541,00; C2 – R\$ 1024,00; D – R\$ 714,00 y E – R\$ 477,00. son hoy 15,6%, con incremento de 10,7%), con lo que la población pobre bajó de un 42,7% a un 28,8%, según datos de la FGV – Fundación Getúlio Vargas, [www.fgv.org.br](http://www.fgv.org.br) e de la PNAD – Pesquisa Nacional por Domicílios del año de 2010, IBGE; c) En la educación, fueron concedidas por el Gobierno Federal, 596 mil becas del PROUNI – Programa Universitário y se invirtieron en vivienda R\$ 69,92 mil millones de reales, un aumento de 600% en relación al año de 2003 y además, 12,1 millones de empleos fueron generados en los últimos siete años(fuente RAIS y CAGED); d) se comercializaron en 2009 más de tres millones de coches, un nuevo record histórico, pues representa un crecimiento de 150% en relación al año de 2003. Eso es significativo para demostrar el nivel de renta, que se incrementó bastante en Brasil; e) La reducción de la desnutrición en los niños fue de 61,6% en los últimos siete años; f) También se registró, desde el punto de vista del *desarrollo sustentable*, una reducción de la deforestación del 74,4% en relación al año de 2004 y el menor índice desde que se inició el recuento de la tasa anual (fuente del INPE – Instituto de Pesquisas Espaciais). En 2010 y, al menos hasta la mitad de la década, se espera un crecimiento de la economía brasileña por encima del 5% al año, por lo que Brasil podrá ocupar la quinta posición dentro de las economías mundiales, superando incluso a Francia y Inglaterra - Estas proyecciones se relacionan, en su conjunto, con las proyecciones de los denominados BRIC, esto es, Brasil, Rusia, India y China.

principales cadenas de producción, la internacionalización de las empresas brasileñas de categoría mundial (las más grandes y de mayor capital), el aumento de la escolaridad entre los más pobres<sup>149</sup>, la reducción de las disparidades regionales en una conformación continental (8,5 millones de km<sup>2</sup>, donde hay una concentración de riquezas en las regiones del sur y sudeste y en los 50 mayores municipios).<sup>150</sup>

Por tanto, hay mucho que hacer en Brasil y muchos problemas sociales que solucionar. Es verdad que no es “*una maravilla*” si consideramos la realidad socio-económica y las desigualdades sociales y regionales, pero se ha dado un gran paso en dirección al desarrollo socio-económico brasileño, en los últimos años.

Es en este contexto socio-económico donde podremos situar, respecto al control de las políticas públicas en Brasil, el tema *judicialización*<sup>151</sup>, de las *políticas públicas* teniendo en cuenta la contribución del Poder Judicial en la protección y la efectividad del derecho al desarrollo del pueblo brasileño, y con especiales consideraciones respecto al control de las políticas públicas en materia de derecho de los consumidores y con atención al derecho al trabajo, a la sanidad y a la educación, como dimensiones imprescindibles del desarrollo.

---

<sup>149</sup> Las inversiones públicas en educación en Brasil han crecido significativamente. Cfr. [www.mec.gov.br](http://www.mec.gov.br), si pasó de los 19 billones de reales en 2003 a billones en 2010. El Plan de Desarrollo de la Educación ha beneficiado a más de 60 millones de niños y jóvenes en Brasil. Merece la pena resaltar algunos datos: a) Acceso a la enseñanza superior: se han creado 13 nuevas universidades federales y 124 campus en el interior del país; b) Maestrías y Doctorados: se han formado once mil nuevos doctores y treinta mil nuevos maestros; c) Expansión de la enseñanza técnica: entre 1990 y 2002 se han creado 140 escuelas técnicas y de 2002 hasta 2010, 214 nuevas escuelas técnicas reunidas en 38 institutos federales; d) transporte escolar: se han adquirido 5.721 nuevos autobuses, con inversiones de R\$ 903 millones de reales; e) Enseñanza Básica: se ha aumentado un año este tipo de enseñanza, estableciendo un total de nueve años para toda la etapa. El 95% de los municipios ya ha implantado este nuevo modelo; f) Alimentación escolar: en todas las escuelas públicas, municipales, estatales o federales, desde Primaria hasta la enseñanza media, los niños reciben alimentación en las escuelas (desayuno, comida y merienda), con un reajuste de las inversiones del 131 %; g) Internet: 55 mil escuelas públicas urbanas disponen de internet de banda ancha y se han adquirido 84 mil laboratorios; h) Educación integral: creado en 2008, el programa de educación integral, va dirigido especialmente a aquellos alumnos en riesgo de exclusión social y ya ha alcanzado las diez mil escuelas, cuyas actividades educativas se centran en lo cultural, deportivo y lúdico además de clases de refuerzo escolar (explicación de los contenidos correspondientes a las clases ofrecidas).

<sup>150</sup> PORTO ARAUJO, Luiz Nelson, *Jornal do Brasil* (edición de 14.03.2010), Rio de Janeiro, se puede consultar en [www.jb.com.br](http://www.jb.com.br)

<sup>151</sup> La expresión *judicialización* o *judicialidad* tiene origen en la Carta Magna que expresa uno de los principios del Estado del Derecho, cuando exige la intervención del juez en relación al encarcelamiento de una persona libre. Verifícase del ítem 39: “*sin juzgamiento leal de sus pares, de conformidad con la Ley de la Tierra «law of the land» ningún hombre libre será dectido o preso, o despojado de sus bienes, exilado o perjudicado de cualquier manera que sea*”. En esta Magna Carta está la garantía de otros derechos fundamentales: la libertad de ir y venir (nº 41); la propiedad privada (nº31); la gradación de la pena ante la gravedad del delito (nºs 20 y 21) y otras garantías, institucionalizándose más tarde en el Parlamento. Así como los Tribunales, como se conocen en la modernidad, tuvo origen en España, siendo notable la “*Santa Inquisición*”, con muchos juicios de connotación cívico-religiosa.

Brasil ha experimentado un fuerte proceso de judicialización en su vida pública. Hoy, la Justicia ejerce un importante papel político en el país, pero aún enfrenta problemas de ineficiencia en la solución de disputas empresariales y del ámbito de negocios jurídicos, como es el cobro de créditos (con duración demorada). Son abundantes las críticas a la expansión de este papel político del Poder Judicial en Brasil, pero es una realidad que se observa de inmediato. Hay voces en el sentido de que la *judicialización de políticas públicas* genera inestabilidad institucional y un ambiente hostil al desarrollo, conforme la crítica institucional; otros opinan que esto produce resultados ilegítimos, ya que las preferencias judiciales sustituirían las decisiones de la mayoría (verificadas en el ámbito parlamentario), criticando así la legitimidad; además, resultarían acciones sin efectividad, en virtud de que el aparato judicial no está preparado y adaptado para resolver conflictos policéntricos y prospectivos, según la crítica instrumental.<sup>152</sup>

Es posible constatar actualmente que el modelo de derecho y justicia está en plena transformación en Brasil. En el modelo emergente, la justicia distributiva es reintroducida en la dinámica legal y en la administración de intereses, por lo que poco a poco se podrá superar la tutela de derechos. Esos cambios en la realidad socio-jurídica brasileña y más la judicialización, pueden proporcionar alteraciones importantes en el proceso judicial, que aún carecen de mayores estudios e investigaciones de esta realidad social. Mientras, se evidencia el surgimiento de un derecho público emergente, con el cual parece forjarse un mecanismo de refuerzo de la participación de la política. Así, con este fenómeno, es posible afirmar que la democracia y la mejora de las condiciones de igualdad política en Brasil podrían avanzar con estos cambios en el derecho público, sobre todo en la Justicia.

En estas consideraciones del ámbito de la *Justicia Social*, resulta imprescindible verificar la protección de los derechos que en la esfera constitucional la orden Jurídica brasileña pone a disposición de los ciudadanos, así como comprobar cómo se disponen los mecanismos de efectivación de estos derechos, denominados derechos fundamentales o más precisamente, *derechos sociales*. El tema de la Justicia Social se contempla sobre todo en los artículos 6º, 7º, 170 y 193 de la Constitución Federal/88. Hay otros también significativos como el art. 9º dedicado al derecho a la huelga, además

---

<sup>152</sup> VERÍSSIMO, Marcos Paulo, *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*, Universidade de S. Paulo, Tese Acadêmica, S. Paulo, 2007.

de otras disposiciones ubicadas en el capítulo concerniente a “Educación, Cultura y Deportes”, como son el art. 206, IV, que asegura la enseñanza gratuita en escuelas públicas y el art.208, I, que asegura una enseñanza fundamental gratuita para aquellas personas que no pudieron acceder al sistema a la edad apropiada (de niños o jóvenes). Cabe destacar el art. 170 de la CF/88, que establece:

*“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I-soberania nacional; II-propriedade privada; III-função social da propriedade; IV-livre concorrência; V-defesa do consumidor; VI-defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII-redução das desigualdades regionais e sociais; VIII-busca do pleno emprego; IX-tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país”.* (sin negros en el original).

En suma, lo que hace este art. 170 es obligar, imponer y exigir que la orden económica y social se estructure y se realice de manera tal que atienda a los objetivos señalados. Igualmente determina que la búsqueda de estos fines se haga por medio de *ciertos caminos, también obligatorios*, que son erigidos a nivel de *principios*.<sup>153</sup> Está, por tanto, de acuerdo con el destacado artículo, que todas las leyes y todos los actos administrativos han de perseguir el desarrollo nacional y la justicia social y han de pautarse, obligatoriamente, por estos principios mencionados en el párrafo anterior. Así, si un acto administrativo es inválido, el Derecho lo rechaza. Si es nulo, el Poder Judicial al apreciar una disputa, deberá fulminarlo *ex officio*; si se puede anular, tendrá que hacerlo mediante la provocación administrativa o por medio de una acción

---

<sup>153</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*, Mallheiros Editores, S.Paulo, 2009, pp.32/33. Y con el resalto, en otra obra, *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, S. Paulo, Ed. RT, S. Paulo, 1980, p.87 y verso, ver también en *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed., Malheiros Editores, S.Paulo, 2009, pp. 53 y 949, la definición de *principio*: “*é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a única que lhe dá sentido harmônico*”.

judicial. Mientras tanto, la Administración del Estado al conocer el vicio en su acto, deberá eliminarlo de su universo jurídico, repudiando los actos nulos o anulables que manchen el texto constitucional.<sup>154</sup> El art.102, I, “a”, de la CF/88, prevé la *Acción Directa de Declaración de Constitucionalidad* cuando se trate de ley o acto normativo del Poder Público, con competencia del Supremo Tribunal Federal.<sup>155</sup> Y además, es posible, por expresa disposición constitucional del § 2º del art.103 de la CF/88, la utilización de otra acción, para garantizar ciertos derechos sociales, cuando no se hayan implementado o respetados que es la *Acción de Inconstitucionalidad por Omisión* del administrador o del legislador, también juzgada por el STF.

Resulta oportuno mencionar las hipótesis concretas que Bandeira de Mello presenta en cuanto al mencionado art.170: **a)** en el *caput*, se especifica que la orden económica se fundamenta en la “*valorización del trabajo*”, es fuente de *derecho subjetivo* para el trabajador brasileño (y no un mando para el legislador ni una directriz alejada para el jefe del ejecutivo, en la producción de su política económica y social), sino también, correlativamente, una obligación para los empleadores. Quiere decir, que cualquier acto, normativo o administrativo, que se traduzca en la falta de respeto a la valorización del trabajo se volverá inconstitucional y, desde luego, transgredirá un derecho de todos y de cada uno de los individuos a quienes alcanza y cualquier trabajador puede comparecer en juicio para anular el acto gravoso, ilegal e inconstitucional, sin necesidad de fundamentarse en otra disposición sino en este mismo art. 170 de la CF/88; **b)** El inciso III, decide que la propiedad tendrá “*función social*”. Así, si hay terreno público que no ha sido utilizado durante décadas por el Poder Público resultará *inconstitucional* legitimar a empresas o personas ricas como propietarias de esas tierras, siempre que esto implique privar de esas tierras a personas pobres que las han ocupado durante años y que no tienen otro lugar para vivir y para trabajar la tierra. Cabe así, en

---

<sup>154</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*, Op. Cit, p.34. Resaltamos la p.35 cuando el autor dice que en muchos casos el acto inconstitucional podrá ofender también al patrimonio público, “*e aí haverá lugar para a propositura da ação popular, contemplada no art.5º, inciso LXXIII*”. Según el autor, el concepto de *patrimônio público* tiene un sentido más amplio, incluyendo al *patrimônio cultural brasileiro*. Por último el jurista brasileño piensa que (en la p.36): “*A ação popular não é meio de defesa da legalidade «sic et simpliciter». Porém, sendo via de defesa do patrimônio público, entendemos forçoso concluir que está plenamente juridicizada a possibilidade de atacar-se por este meio ato que lese patrimônio comum do povo brasileiro: a Justiça Social, tal como estampada no Diploma Superior do país*”.

<sup>155</sup> En caso de ofensa a la Constitución Federal. Pero si la ofensa es de una ley o acto normativo de la Administración Pública, editadas por uno de los Estados miembros de la Federación, contra una de sus constituciones estatales, entonces la competencia a la hora de juzgar es del Tribunal de Justicia (o de Apelación, como se denomina en la península Ibérica).



nombre de la *función social de la propiedad* (de estas tierras públicas), reconocer la procedencia de éstas en la ocupación y permanencia en las tierras. Por tanto, el Poder Judicial estará cumpliendo su misión específica de eliminar, basándose en dicho artículo, las providencias incompatibles con el sentido de aquella norma constitucional. Obsérvese que uno de los deberes de la Justicia es defender a estos ocupantes en nombre de la *función social* de la propiedad; c) la ley reprimirá el abuso del poder económico que pretenda dominar los mercados, la eliminación de la *concurrencia* y el aumento arbitrario de ganancias, según el texto del § 4º del art. 173. Resulta obvio que esta regla beneficia a toda la colectividad y por eso mismo genera un *derecho subjetivo*<sup>156</sup> para los individuos que componen la colectividad, pero poco importa si la ilegalidad alcanza a uno solo de los individuos o al conjunto entero afectado, pues se encontrarán ante la misma situación objetiva y abstracta prevista por la Constitución. Es la *legalidad* puesta a nivel constitucional al lado de la *igualdad*, valores que matizan fuertemente los derechos humanos y que se vuelven derechos fundamentales en los textos constitucionales de las naciones de la modernidad (o postmodernidad). Pero a los ciudadanos les queda el derecho subjetivo (y fundamental) de proponer acciones que anulen actos o políticas de gobiernos que favorezcan el dominio de los mercados o que contribuyan al aumento arbitrario de lucros (o ganancias desmedidas), o que permitan elevaciones injustificadas de los precios controlados por organismos estatales, como ejercicio de un *derecho subjetivo*, matizado en su raíz, como *derecho humano*; d) por fuerza del precepto del inciso VIII del artículo 170, que consagra como principio estructurante de la orden económica la *búsqueda del pleno empleo*, no puede existir una política económica válida que deprima las oportunidades de empleo o que retraiga las ofertas de empleos

---

<sup>156</sup> Cfr. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, vol.1, Civitas, Madrid, 1974, pp.50-51, afirma respecto al *derecho subjetivo*: "Cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales *adquiere*, por la conjugación de los elementos de perjuicio y de la ilegalidad, un *derecho subjetivo* a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integralidad de sus intereses". Además: "Por ello la famosa afirmación de Bachof, decisiva en la evaluación práctica y en la interpretación del Derecho alemán, según la cual todas las ventajas (*Bergunstigen*) derivadas del ordenamiento para cada ciudadano se han constituido en *verdaderos derechos subjetivos*, expresa un principio capital del actual Estado de Derecho, pero debe matizarse para evitar posibles equívocos, con la observación de que la constitución de derechos subjetivos no surge directamente por la inferencia de tales ventajas desde el ordenamiento, sino sólo y únicamente cuando las mismas sufren una agresión injusta por parte de la Administración, derechos subjetivos que tienden entonces al restablecimiento de dichas ventajas por vía reaccional o de eliminación del injusto que las niega, las desconoce o las perturba". Y según BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*, Op. Cit., pp. 43/44, está justificado la existencia de un *derecho subjetivo*, cuando: "a) a ruptura da legalidade cause ao administrado um agravo pessoal do qual estaria livre se fosse mantida íntegra a ordem jurídica ou; b) lhe seja subtraída uma vantagem a que acederia nos termos da lei e que pessoalmente desfrutaria ou faria jus a disputá-la se não houvesse ruptura da legalidade, nada importando que a ilegalidade arguida alcance a um ou a um conjunto de indivíduos conjuntamente afetados por se encontrarem na mesma situação objetiva e abstracta".

productivos, por su innegable carácter *inconstitucional* y por ir en contra de los objetivos de *justicia social*. Y por último, e) Si la ley establece el *salario mínimo* inferior a las necesidades vitales básicas de un trabajador y su familia, insuficiente para cubrir sus necesidades de vivienda, alimentación, educación, salud, ocio, higiene, transporte... (como de hecho, acontece), el gobierno estará violando un *derecho constitucional* (y de *rasgo indiscutiblemente social*), en el salario del trabajador que viene garantizado por la Ley Mayor.<sup>157</sup>

De lo anteriormente expuesto se puede deducir que los individuos afectados por actos del Poder Ejecutivo o de terceros que disminuyen *el valor de su trabajo*, que atenten contra la *función social de la propiedad* desalojándoles de las tierras que ocupan, que sean agraviados por *subidas injustificadas de precios controlados* por órganos oficiales, que sean *perjudicados por una política de retracción de empleo*, o que *les bajen el valor de su salario mínimo*, sin darles la posibilidad de suprir sus necesidades vitales y las de sus familias, todos ellos puede proponer acciones que anulen estos actos de gobiernos y para que se reconozca su inconstitucionalidad, como recoge el art.170 de la CF/88.

Mucho se ha discutido en Brasil respecto al tema del *control jurisdiccional de las políticas públicas*, un tema que asume una particular configuración ante la nueva realidad del Poder Judicial brasileño a partir de la constitución de 1988, no sólo por su carácter de examen de la legalidad (de conformidad con la Ley), que históricamente siempre fue admitido sin ninguna restricción, sino también por el examen de la “conveniencia” y de la “oportunidad” del acto administrativo, por lo que el control político del acto administrativo en virtud del texto constitucional y del sistema legal aparece como un todo.

En efecto, la Carta Constitucional de 1988 redefinió las relaciones entre los Tres Poderes, confiriendo eficacia, entre nosotros, al sistema del *judicial review*, principalmente cuando admitió personajes institucionales de la sociedad civil en la comunidad de intérpretes con derecho a la participación en el control de la

---

<sup>157</sup> Entre los derechos de los trabajadores recogidos en la Constitución brasileña está el de percibir un salario mínimo que satisfaga las necesidades de éste y de su familia. Y se resalta que el Legislativo y el Ejecutivo no son los únicos responsables en decir cuál es *el mínimo para satisfacción de las necesidades vitales de una persona*, sino también lo es la Justicia, ya que quien interpreta las normas constitucionales es el Poder Judicial.

constitucionalidad de las leyes. A partir de esta innovación, sectores organizados de la sociedad civil en Brasil quedarán legitimados para actuar en la Corte Suprema con la finalidad de argüir la inconstitucionalidad de ley o acto administrativo. En esta misma dirección se ha constitucionalizado los institutos de la *Acción Popular* y de la *Acción Civil Pública* (acción colectiva), dotándolos de mayor cobertura, recreando la Fiscalía - con nuevos poderes y funciones ampliadas – incluidos la defensa de la orden jurídica, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles o irrenunciables. Así, bajo esta nueva configuración institucional, por vía del proceso de la aplicación del derecho (*la procedimentalización o procesalización*), fue posible crear un espacio en la esfera pública, aunque embrionario, de conexión entre el ciudadano y sus asociaciones con el Poder Judicial, capaz de actuar sobre el poder político. Por consiguiente, este nuevo espacio construido en la esfera pública, construido en torno al derecho, a sus instituciones y procedimientos, está movilizándolo formas y mecanismos de representación funcional, como el Poder Judicial, la Fiscalía (en sus diversos niveles), el sindicalismo, las ONGs y la vida asociativa en general y sin importar la concurrencia con el sistema de la representación política, puesto que las dos formas de representación, estarían a mi juicio, reforzándose mutuamente, en una relación de complementariedad, contenida, al menos en su forma latente, en la Constitución de 1988 y en la tradición republicana brasileña que se conformó a partir de los años 30.<sup>158</sup>

Es necesario observar que la alteración del modelo deseable de Justicia en Brasil implica inexorablemente una politización más intensa del Poder Judicial, en el sentido en que le incumbe implementar, por la vía jurisdiccional, políticas insertadas en la constitución y en las leyes, de manera indeterminada, y que exigen definiciones para los casos concretos; es un hecho fácilmente constatable evaluar el sistema jurídico nacional en vistas a un modelo abierto, o sea, un modelo en el cual el legislador relegó a la Justicia a la disciplina final de normas llenas de conceptos vagos o imprecisos, cuya operatividad dependerá de la actuación jurisdiccional una vez atribuida las necesarias concreción y adecuación a la realidad de hechos a los cuales se destinan. Este fenómeno se hizo más patente con la llegada del nuevo Código Civil brasileño/2002,

---

<sup>158</sup> Hay que señalar, como ha hecho VIANNA, Luiz Werneck, *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Ed. UFMG & IUPERJ/FAPERJ, Belo Horizonte/Rio de Janeiro, 2003, pp. 13/14, que los Partidos Políticos y los Sindicatos son los personajes que más promueven Acciones Inconstitucionales – ADINS, en verdadero ejercicio de la democracia representativa, incluso con la promoción también de las Acciones Populares y Civiles Públicas (Colectivas), que sirven, por ejemplo, para la defensa de la moralidad de la administración pública o para la defensa de los valores colectivos, históricos o culturales de la sociedad brasileña, v.g., el medio ambiente sano (la calidad de vida).

pues contiene normas de relevante significado en su contexto y alberga conceptos abiertos, con varias normas de relevante significado en su contexto, albergando conceptos abiertos, como es el caso de la función social del contrato y la reiteración de la función social de la propiedad, ya que el Poder Judicial le exige tal complementación con el fiene de evitar la vacuidad o lagunas impracticables. Incluso va más allá al explicitar la buena fe objetiva, que está omnipresente en los contratos, definida en su triple función de servir de instrumento de éxegesis de litigios, de generar deberes reflejos y de prohibir conductas abusivas. Todo esto conlleva la gran ampliación de su función: la de completar la norma jurídica al aplicar el derecho a los casos concretos con responsabilidad en esa creación.<sup>159</sup>

Sin embargo, la idea del *control jurisdiccional de las políticas públicas* parece tropezar con dos principios jurídicos: el primero de orden constitucional, referente a la separación de los poderes y el segundo, de orden administrativa, pues los administrativistas siempre se opusieron al control del mérito del acto administrativo. Así, el Poder Judicial en Brasil siempre se abstuvo para llegar a decir que sólo le competía analizar la legalidad del acto y no el examen del mérito (la conveniencia y la oportunidad del acto).

Es necesario comprender que la concepción original de Montesquieu, de la separación de los Poderes estatales, se dio en un momento histórico de liberalismo, de la conquista de los derechos civiles y políticos que procuraban proteger al ciudadano frente al Estado, al arbitrio del *príncipe*. Después surge la revolución industrial y los sindicatos –con la transición del Estado liberal al Estado Social– que cambió bastante la realidad, una vez que el Estado pasó a garantizar también los derechos sociales; tras la Segunda Guerra Mundial, surgen la declaración universal de los derechos del hombre de la ONU (1948) y los dos sucesivos Pactos de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales, que constituyen para el Estado una obligación positiva (de hacer lago) y que permita al ciudadano la fruición de estas dos categorías de derechos.

---

<sup>159</sup> ARMELIN, Donaldo, “Uma Visão da Crise Atual do Poder Judiciário”, in *A Reforma do Poder Judiciário*, Ed. Quartier Latin, S. Paulo, 2006, p.123. Con resalto además a la p.124:”Contudo, tal expansão do âmbito tradicional da atividade jurisdiccional repotencia a exigencia de uniformidade possível das suas decisões, sem o que o valor Justiça se esgarça e a confiança na prestação jurisdiccional acaba por ser erodida pela imprevisibilidade de tais decisões. Porém, não apenas o valor Justiça é vulnerado pela ocorrência de decisões díspares relativamente a matérias jurídica atinente aos mesmos fatos. O valor segurança jurídica resta, outrossim, afetado por esse indesejável fenômeno. Isto porque um mínimo de previsibilidade é indispensável à segurança, seja ela jurídica ou não, na medida em que se lastreia na normalidade do “*id quod plerumque fit*”.

Volviendo al tema de la abstención de los tribunales brasileños de adentrarse en el mérito hay que señalar que con la Constitución de 1988 surgieron muchas decisiones en este sentido. El cambio de la realidad producida por la nueva orden constitucional y de las diversas jurisprudencias de los tribunales, producen una nueva situación jurídica, que merece ser estudiada por los juristas y interesados en los avances procesales y constitucionales y con reflejos en los derechos fundamentales (y por consiguiente, humanos).

Ya en 04 de noviembre de 1965 se editó en Brasil la Ley nº 4.717 denominada de Acción Popular, una contradicción con el régimen autoritario de los militares. Con ella empezó el examen de mérito jurisdiccional de los actos administrativos. Significó, en verdad una revolución sin armas, de aspecto cultural y jurídico. La Constitución de 1988, art. 5º, inciso LXXVI hace alteraciones en la Acción Popular, para permitir el control de la *moralidad administrativa*, que sólo puede permitir su examen con el examen del mérito. El problema está planteado.

Sin embargo la Constitución de 1988 va más allá – el precedente abre las puertas - pues no sólo se limitó a consagrar el Estado Social de Derecho, sino el Estado Democrático de Derecho, que es aquel que incide en la realidad social para modificarla; es el Estado quien ante el “*dare*”, “*facere*” y “*prestare*” debe cambiar la realidad social. Esto está en el art.3º de la CF/88, entre los objetivos de la República brasileña.

Según Celso Bandeira de Mello, el encargo de las políticas públicas en Brasil residen, en primer lugar, en el Legislativo y en el Ejecutivo.<sup>160</sup> Si estos poderes, por acción u omisión, comprometieran los derechos individuales y

---

<sup>160</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 25ª ed, S. Paulo, 2008, pp.29 a 36. Resulta oportuna la descripción que de estas funciones administrativas de los Poderes del Estado hace el autor en las pp.35/36: “*Legislativa*, é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição. *Jurisdiccional* é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de «coisa julgada», atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso [ou porque o mesmo, se interposto, já foi apreciado]. *Administrativa* [ou executiva] é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce, na *intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegales* ou, excepcionalmente, *infraconstitucionais*, submissos todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário*.”. [inserciones nuestras].

colectivos fundamentales protegidos por el Estado, surgirá la intervención del Judicial,<sup>161</sup> que debe hacerse con limitaciones. Así también el administrador estatal cuando comete un acto administrativo usando la *discrecionalidad*, igualmente estará sujeto a limitaciones. Estos límites son demarcados por los propios *presupuestos legales* justificadores del acto administrativo: *la finalidad normativa* y *la causa del acto*. Por consiguiente, no hay nada sorprendente, entonces, en que el control judicial de los actos administrativos, aunque practicados en nombre de alguna discreción, se extienda necesaria e insuperablemente a la investigación de los motivos, de la finalidad y de la causa del acto.<sup>162</sup> Hace casi 30 años, el clásico administrativista Caio Tácito, aseveró que no había nada errado en el examen del acto administrativo por los tribunales: “Em repetidos pronunciamentos, os nossos tribunais têm modernamente firmado o criterio de que a pesquisa da ilegalidade administrativa admite o conhecimento, pelo Poder Judiciário, das circunstâncias objetivas do caso.”<sup>163</sup>

El problema está planteado si la Justicia precisa implementar una política pública que no se está realizando o si necesita intervenir en una política pública que se desvió de su finalidad.

La Justicia puede controlar las políticas públicas sólo si se observan los siguientes requisitos: 1º) que la pretensión individual o social *sea razonable* frente al Poder Público; 2º) que las políticas públicas adoptadas *no sean razonables*, esto es, cuando incumplidas o de forma insuficientes. Los juristas denominan de *garantía del mínimo existencial*, es decir, que exista un mínimo de condiciones que garanticen la dignidad de la persona – *dignidad humana*; 3º) *la reserva del posible*, presente cuando la Justicia implementa una política pública lo que ocasiona gastos al Estado y por tanto se le obliga a seguir la Ley de Presupuestos para gastar su dinero - que no es ilimitado, sino al contrario muchas veces insuficiente para todas las necesidades estatales – y el Poder Judicial tiene que conformarse con las posibilidades reales. Es lo que los constitucionalistas llaman *reserva del posible*. Así, la Justicia no puede determinar la implementación de aquella política pública que no estuviera en la reserva de la Ley del Presupuesto que autoriza el gasto público. Pero el juez o el tribunal podrán determinar la

---

<sup>161</sup> El STF dice que puede haber control pero con límites.

<sup>162</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Direito Administrativo, Op. Cit.*, pp.961/962.

<sup>163</sup> TÁCITO, Caio, “Administração e o Controle da Legalidade”, *Revista de Direito Administrativo – RDA*, nº 37, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1977, p.8 y ss. Destacamos: “Ainda recentemente, em acórdão no RE nº17.126, o STF exprimiu, em resumo modelar, que cabe ao Poder Judiciário apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração”.

política pública para el año siguiente y podrán también verificar si tal política se contempla en función de la disponibilidad del presupuesto.

Se entiende que en caso de una cuestión grave de salud, el magistrado podrá determinar al Estado que se haga cargo de los gastos médicos y hospitales que origina el tratamiento del ciudadano enfermo. Y para vincular sus decisiones con la realidad brasileña, el juez podrá aplicar una *astreinte* (una multa diaria) al administrador personalmente y no a la Administración Pública como método eficaz de coerción legal/judicial. Incluso puede suscitar una *responsabilidad criminal*, cuando se trata de un alcalde (administrador municipal), en casos, por ejemplo, de saneamiento básico o de contaminación de un río.

El problema está cuando muchos jueces determinan políticas públicas para el Estado y la suma de todas ellas las mostrará inviables por no poder soportar todas. Entonces interviene el Tribunal Superior en el ámbito nacional y los Tribunales de Justicia en el ámbito de los estados federados, para corregir los excesos y verificar la viabilidad del cumplimiento y de atención de aquella política pública examinada por el Poder Judicial.

Pero es necesario que haya creatividad, pues en cualquier modalidad de proceso la Justicia puede compeler al Poder Ejecutivo a realizar una determinada política pública: una acción individual (acción popular) o una acción colectiva (acción civil pública, por ejemplo). Tal es caso de la gripe A H1N1 (influenza), en el que el juez determine la entrega del Tamiflu, el medicamento más eficaz para tratar esa enfermedad, o en el caso de que una empresa contamine el río Amazonas, el juez le podrá exigir que trate sus residuos.

En referencia a la realidad brasileña, no hay duda de la apremiante necesidad de concretar los derechos sociales para disminuir las grandes diferencias sociales que han caracterizado a este país sudamericano. En este escenario surge el Poder Judicial que a partir de la Constitución de 1988 ha visto sus poderes ampliados y ha pasado a desempeñar de forma responsable el control de excesos y omisiones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Tal poder atribuido al Poder Judicial se explica en virtud de las normas constitucionales que establecen ese control: la concreción de los derechos sociales (art. 6º y siguientes de la CF/88), por medio de la formulación de

políticas públicas que no depende únicamente del gobierno brasileño y de su administración, sino también compete a los Tribunales y Jueces.<sup>164</sup>

Cabe observar que los derechos sociales pueden funcionar como verdaderos derechos subjetivos y pueden ser reclamados judicialmente por medio de acciones de espectro constitucional para cuestionar la inconstitucionalidad por acción u omisión e incluso el cumplimiento de ciertos derechos, considerados incontestables (*líquidos y ciertos*) y amparados por preceptos constitucionales. Se pueden mencionar algunos de estos mecanismos procesales, puestos a disposición de los brasileños en defensa de sus derechos prestacionales: *acción civil pública (acción colectiva)*, *mandado de seguridad*, *acción declaratoria de constitucionalidad*, *acción directa de inconstitucionalidad por omisión*, *argumentación de incumplimiento de precepto fundamental* y “*mandado de injunção*”. Se habla así de omisión legislativa, cuando el legislador no cumple o cumple de forma insuficiente el deber constitucional de producir leyes necesarias que concreten las imposiciones constitucionales.<sup>165</sup>

Es cierto que el papel desempeñado por el Poder Judicial, en la actualidad<sup>166</sup>, lo identifica como el protector de los derechos fundamentales, de los derechos sociales y también de los derechos de tercera generación (como se defiende en esta tesis), a partir de un diálogo constructivo y permanente con la Constitución Federal brasileña. Enmarcado en el Estado Social, esta nueva misión judicial se explica bajo una nueva hermenéutica de las normas constitucionales que pautan una interpretación actualizada y adecuada a la época en que vivimos, atendiendo a los derechos fundamentales y a los valores subyacentes que les estratifican (muchos de ellos objeto de históricas y sangrientas conquistas sociales). Así, hay una necesidad de utilización, por parte de la magistratura, de métodos de interpretación específicos, lo que exigirá una capacitación adecuada de los jueces para que sean aptos a la hora de realizar las exigencias del nuevo derecho material consagrado en la Ley Mayor.

---

<sup>164</sup> ESTEVES M., João Luiz, *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*, Ed. Método, S. Paulo, 2007.

<sup>165</sup> KRELL, Andréas Joachim, “Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa)” in *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, nº 144, out./dec. de 1999, pp.239-260. En especial, p.254: “*um orçamento público, quando não atende aos preceitos da Constituição, pode e deve ser corrigido mediante alteração do orçamento consecutivo, logicamente com a devida cautela. Em casos individuais, pode ocorrer a condenação do Poder Público para a prestação de determinado serviço público básico, ou o pagamento de serviço privado (exemplo: reembolso das despesas de atendimento em hospital particular)*”.

<sup>166</sup> Ver los ítems 2 y 3 del Cap. III, Tesis.



Mientras, los derechos sociales se conciben como derechos de satisfacción progresiva ya que su realización se encuentra íntimamente ligada a la riqueza del país; no podemos olvidar que la Constitución Federal de 1988, incluyó los derechos sociales como derechos fundamentales, razón por la cual han de ser comprendidos a partir de una dogmática de emancipación, comprometida con la dignidad humana y con la concreción de los mandatos constitucionales.<sup>167</sup> Insertada en esta visión postmoderna del Poder Judicial se encuentra la defensa del mencionado poder en el control de las políticas públicas relativas a los derechos fundamentales sociales (art.6º, CF/88) y a los principios fundamentales de la *dignidad de la persona humana* y de la *erradicación de la pobreza* (art.1º, III y art.3º, III, CF/88). Por consiguiente, cuando el Estado asumió la función democrática, agregó la cuestión de la *igualdad* como un contenido propio a ser realizado; la Ley pasó a ser instrumento de esa transformación social y el Poder Judicial, como aquel poder que aplica la ley a los casos concretos, se propuso el objetivo de promover la reestructuración de las relaciones sociales.

Resulta necesario observar que las consecuencias de adopción de un modelo ilimitado de jurisdicción de los derechos sociales y de implementación de políticas económicas por el Poder Judicial, más allá de ser inconstitucional, traería consecuencias políticas serias e indeseables por atentar contra el principio de la separación de los poderes del Estado. La sustitución del legislador/administrador público por la figura del juez no se mostraría políticamente como legítima en la medida en que el administrador público y el legislador fueron elegidos, a través del sufragio universal, para establecer una pauta de prioridades en la implementación de las políticas sociales y económicas. Además, el Poder Judicial no posee un aparato técnico para identificar las prioridades sociales reales, pues su finalidad es revisar los actos practicados por el resto de poderes bajo el punto de vista de su legalidad y constitucionalidad. La “*discrecionalidad del administrador*” no puede ser sustituida por la del juez, que por su función de fiscalizar los demás poderes, no puede sufrir desgastes con la indebida sustitución de función.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> ALBUQUERQUE ROCHA, José de, *Estudos sobre o Poder Judiciário*, Malheiros editor, S.Paulo, 1995, p.123.

<sup>168</sup> APPIO, Eduardo, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Ed. Juruá, Curitiba, 2006, pp151/155, resaltamos la p.153/155: “*Muito embora a regulação, na via constitucional, dos direitos sociais no Brasil, seja sintomática de sua escassez histórica, não se pode pretender um controle judicial ilimitado da atividade do legislador. Ambos, juiz e legislador, estão vinculados diretamente à Constituição, porque parcelas representativas do poder político exercido dentro do Estado. Os deveres de cunho genérico imposto ao legislador, tais como os de prover saúde, educação e cultura para todos os cidadãos,*

Se sabe que el tema del control de políticas públicas (en Brasil) envuelve su formulación, ejecución y evaluación, siendo cierto que los problemas políticos que se plantean surgen en referencia a la primera fase, para lo cual los gobiernos electos gozan generalmente de un elevado margen de discrecionalidad política que les permite definir el contenido y el momento de ejecución de una política pública.<sup>169</sup> La ejecución de las políticas públicas depende de la práctica de los actos administrativos. Siempre que los formuladores de políticas públicas especifiquen criterios opuestos que pretenden aplicar a la ejecución de una política, el proceso decisorio estará en manos de la Administración Pública, ya que el constituyente de 1988, previó en el art.84, II de la Constitución Federal, que incumbe al Poder Ejecutivo el ejercicio de las actividades inherentes a la Administración Pública. Así, la intervención del Poder Judicial se revela como excepcional y vinculada a los casos previstos en la Constitución y esta actividad de revisión judicial debe estar basada en los siguientes presupuestos: 1º) la política social ya se encuentra abstractamente prevista en la Constitución y corresponde a la concesión de los derechos colectivos; 2º) el Poder Ejecutivo aún no ha implementado la política social prevista en la Constitución; 3º) el Poder Ejecutivo, al implementar la política social, rompió con el principio de la isonomía (atención parcial de un deber constitucional). Además, el autor colectivo deberá observar los siguientes requisitos específicos: a) indicar en su acción judicial, la fuente de financiación de la implantación de la política pública o extensión de un programa social; y b) respetar la ley de presupuesto anual de la administración (según el principio de la reserva legislativa). Solamente así, respetados estos criterios, se admitirá en Brasil la intervención del Poder Judicial en el control de una política pública.<sup>170</sup>

Respecto a los derechos fundamentales individuales previstos en el art.5º de la Constitución Federal brasileña, éstos solamente pueden ser atendidos por el Poder Judicial de forma concreta en el caso individual. Resulta claro, pues, que una necesidad individual (la cual demanda y presupone la previa implementación de una determinada política social) no puede ser atendida por el juez en el caso concreto, a través de una acción individual, ya que estaría interfiriendo en una actividad

---

*esbarram numa limitação de cunho prático, qual seja, o fato de que as escolhas do juiz não serão forçosamente superiores ao do administrador...A substituição da pauta de prioridades do Executivo pela do Judiciário retira do legislador os meios indispensáveis para a consecução de suas finalidades, além de tornar o ato imune à revisão dos demais Poderes, numa perigosa concentração de funções”.*

<sup>169</sup> APPIO, Eduardo, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Op. Cit. p.161.

<sup>170</sup> APPIO, Eduardo, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Op. Cit., pp.167/168.

administrativa vinculada.<sup>171</sup> Por tanto, ejemplificando, el juez no podrá atender la necesidad específica individual, la compra de un medicamento especial, si no está previsto en cualquier programa social, solamente fundamentando su sentencia en el derecho fundamental a la vida. Sería necesario que existiera un programa previo de protección social que ya estuviera implementado. En este caso de que el programa ya esté en ejecución, compete entonces al juez asegurar el ejercicio del derecho fundamental en juicio.<sup>172</sup> Resulta pues, que el entendimiento de la actuación positiva del Estado, en el caso concreto, demanda la previa implementación de un programa social, por razones de planificación y de presupuesto y en atención al control ejercido por el Parlamento, por lo que la protección positiva de los derechos fundamentales individuales, inscritos en el art.5º, CF/88, requieren antes la previa atención de los derechos sociales.<sup>173</sup>

Cuando la Fiscalía brasileña propone una *acción civil pública* con la finalidad de ejercer el control de las políticas sociales y con especial énfasis a las omisiones del Poder Público en la atención a los deberes sociales, no se trata en este caso de una tutela directa a un derecho fundamental individual, sino de una tutela colectiva que pretende la implementación de políticas sociales dirigidas a la totalidad de los ciudadanos, de modo que los derechos fundamentales individuales, como el derecho a la vida, sólo serán tutelados indirectamente.<sup>174</sup>

Respecto a la defensa de los consumidores y usuarios y a las políticas públicas de las relaciones de consumo (considerando la configuración de los Derechos de los Consumidores como derecho humano de tercera generación), es necesario comprobar que las Constituciones de algunos países democráticos como España, Portugal y Brasil, han conferido a estos derechos la categoría de derechos fundamentales, con nivel de protección máxima, establecido en el texto constitucional. La Constitución brasileña, en art. 5º, XXXII, atribuye al Estado la tarea de promover la defensa de los consumidores, y el art.170, V, da Carta Magna, eleva la defensa de los

---

<sup>171</sup> Se trata de la búsqueda de protección de un derecho colectivo a través de una demanda de naturaleza individual, algo que no es posible, pues el administrador está vinculado a la ley y no se le permite atender una necesidad específica de uno de sus ciudadanos, sin que exista una previsión específica en la ley o una política social ya implementada por el Estado.

<sup>172</sup> La decisión judicial debe servir como instrumento de protección de la isonomía entre los ciudadanos y no como factor de desequilibrio de las prestaciones sociales, imponiendo a la Administración Pública la creación de un programa específico y exclusivo que venga a atender a una situación individual.

<sup>173</sup> Ante los objetivos preconizados en el art.3º, CF/88, de erradicación de la pobreza y de promoción de la justicia social, no posee recursos ilimitados en el plano asistencial.

<sup>174</sup> VASCONCELOS DOS REIS, José Carlos, *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p.174.

consumidores a categoría de principio de orden económica.<sup>175</sup> Y como principio, tiene una amplia aplicación, debiendo orientar la actividad económica y sobreponerse a los intereses puramente mercantiles.<sup>176</sup> La orden económica de la Constitución brasileña de 1988 consagra un modelo de Estado Social con acciones económicas que buscan el bienestar social y deja en abierto al espacio infraconstitucional, las definiciones de esa política económica del bienestar.

Así, de la conjugación de los dispositivos constitucionales respecto a la protección y defensa de los consumidores (art.5º, XXXII y art.170, V CF/88)<sup>177</sup>, se extrae la plena legitimidad de que pasan a gozar todas las medidas de intervención estatal necesarias para asegurar la protección instituida por el legislador constituyente. Eso porque la defensa de los consumidores, como se verifica del art. 5º, XXXII de CF/88, dependerá de la participación del Estado para que pueda tornarse efectiva. No se puede implementar la defensa de los consumidores como principio constitucional y asegurar su observancia sin intervención estatal, tornando eficaces y eficientes todas sus directrices. Es imprescindible, por tanto, la presencia del Estado para garantizar la protección y la defensa de los consumidores.<sup>178</sup> E insertada en este contexto, la intervención jurisdiccional en la protección y defensa de los consumidores y usuarios obtiene una distinción especial.

En las relaciones de consumidores y usuarios de servicios públicos se han observado acciones judiciales contra los concesionarios prestadores de esos servicios, en casos de *onerosidad excesiva en las cláusulas contractuales*, con fundamento en el art. 6º de la Ley 8.078/90, Código de Defensa de los Consumidores. De estas relaciones se originan derechos *individuales homogéneos*, entre los cuales se

---

<sup>175</sup> Son innumerables las transformaciones sociales que ocasionaron esta protección constitucional, como fue la edición de la Ley 8.078/90.

<sup>176</sup> Es oportuno hacer referencia a la obra de DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, pp.163-171, cuando al diferenciar los principios de las reglas, reservó a los principios un campo de aplicación mucho mayor, pues atenderían a una multiplicidad de situaciones y, justamente por esta razón, serían aptos para remediar cualquier situación que a primera vista no tendría solución jurídica.

<sup>177</sup> “Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) omissis, XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Y “art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) omissis. V- defesa do consumidor”.

<sup>178</sup> LOYOLA DA ROCHA, Ana Cláudia & AGUIRRE DE CASTRO, Rodrigo P., “A Proteção do Consumidor como Princípio da Ordem Econômica na Constituição de 1988”, in *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Instituto Paranaense de Direito Administrativo/Ed. Fórum, ano 8, abril/jun, Belo Horizonte, 2008, pp.11/29.

destacan los intereses de *modificación de cláusulas contractuales*, derechos que podrán ser opuestos a los de estos concesionarios. La fijación de tarifas módicas así como el resto de derechos difusos previstos en el art.7º de la Ley 8.987/95, se opone al Estado, razón por la cual las *acciones civiles públicas* han sido propuestas por la Fiscalía frente a Brasil en face del Poder concedente y las empresas concesionarias irónicamente actuar como litisconsortes pasivas. Pero el consumidor individualmente agraviado por el cobro de valores indebidos podrá interponer una acción individual, fundamentada en los derechos previstos en el Código de Defensa de los Consumidores - CDC. Si lo mismo sucede a miles de consumidores, entonces se recomienda la protección de estos derechos individuales homogéneos a través de una *acción civil colectiva* (art.91, CDC). Pero, el consumidor, individualmente no podrá obtener la tutela de derechos difusos; estos sólo pueden hacerse por medio de *acciones civiles públicas*.<sup>179</sup> Se nota que el art. 6º, V del CDC, que prevé la alteración de cláusulas contractuales que impongan onerosidad excesiva, debe ser aplicado sólo en frente a cláusulas contractuales que no sean resultado de los contratos públicos firmados entre el Poder concesor y las empresas concesionarias. Así, solamente las cláusulas que integren el contrato de suministro con los consumidores pueden ser objeto de acciones individuales. Mientras la empresa concesionaria estará limitada por las disposiciones del Código de Defensa de los Consumidores en los casos en que incida en el contrato modelo, cláusulas que reputen de sus intereses. Y si ocurre agravio a los consumidores, éstos podrán, individual o colectivamente, interponer una acción judicial contra la empresa concesionaria, sin que el Estado intervenga en el proceso, ya que se trata de un contrato privado que tiene por objeto la prestación de un servicio público.<sup>180</sup>

El Superior Tribunal de Justicia brasileño ha decidido innumerables veces que las disposiciones del Código de Defensa de los Consumidores son aplicables a la telefonía, abastecimiento de energía eléctrica y transportes públicos.

---

<sup>179</sup> Lo que podrá hacer el consumidor individualmente es proponer acción pretendiendo la tutela de sus intereses individuales, con la modificación de su tarifa individual.

<sup>180</sup> APPIO, Eduardo, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Op. Cit., pp.209/212, con resalto, p.211: “Ao outorgar à iniciativa privada a execução de serviços públicos, o Estado aceita a oponibilidade de direitos derivados das relações de consumo em face da concessionária, a qual não poderá alegar, em seu favor, que a relação contratual é exclusivamente regida pelo Direito Administrativo. O próprio Código de Defesa do Consumidor faz referência expressa à aplicabilidade das suas disposições à prestação dos serviços públicos, quando consigna em seu art. 6º, dentre os direitos básicos do consumidor, «X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral»”.

La esencialidad de estos servicios impide incluso su interrupción por las empresas prestadoras.<sup>181</sup>

#### **4. TUTELA PROCESAL DE LOS DERECHOS SOCIALES Y DEL DERECHO AL DESARROLLO (Garantías Jurisdiccionales y Procesales)**

La comprensión de la utilización de los instrumentos procesales de protección de los derechos sociales se hace mejor, desde una perspectiva histórica, cuando se verifica que, desde mediados del siglo XX se produce un cambio de paradigma tanto en que se refiere a la función desempeñada por los jueces como lo que respecta a la proclamación y la garantía de los derechos fundamentales que, en realidad, para ser efectivos requieren contar con una tutela judicial apropiada. Se observa, por un lado, la transición del juez legal a un juez constitucional, un defensor de los derechos fundamentales (tanto el juez penal, civil o del juez del contencioso-administrativo); y por otro, las transformaciones sociales y las adaptaciones del ordenamiento jurídico, con el crecimiento en importancia de los derechos sociales, económicos y culturales bien como los llamados derechos humanos de tercera generación, como el medio ambiente sano, los derechos de los consumidores y el derecho al desarrollo.

Aún como planteamiento general y antecedente, parece importante observar algunos aspectos esenciales de los principios rectores de política social y económica, con los cuales la tutela procesal se encuentra ubicada. En este sentido, nadie debe entender que en los países de Constitución decimonónica o incluso carentes de un texto constitucional sistematizado y articulado los poderes públicos quedan

---

<sup>181</sup> STJ, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado. ROMS 8.915-MA. DJ 17.08.1998: “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE TARIFA. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. É condenável o ato praticado pelo usuário que desvia energia elétrica, sujeitando-se até a responder penalmente. 2. Essa violação, contudo, não resulta em reconhecer como legítimo ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma. 3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível sua interrupção. 4. Os arts. 22 e 42, do CDC, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público. 5. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola aos limites da legalidade. 6. Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa. 7. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza. 8. Recurso improvido”.

descomprometidos con la familia, con los minusválidos, con los consumidores, con el medio ambiente o con la sanidad. En reverso, nadie debe entender que el hecho de incluir todos esos compromisos en la Constitución tiene efectos taumatúrgicos de realización plena del Estado de Derecho o del Estado Social del bienestar. La sencilla constitucionalización de todas estas facetas de la vida de un país no responde, en el fondo, a una ineludible necesidad del Estado de Derecho ni de la democracia de las últimas décadas.<sup>182</sup> Pero, una vez insertados estos compromisos en el texto constitucional, tienen una clara funcionalidad, sobre todo en países de sistema jurídico continental, racionalista y del predominio del Derecho escrito. En verdad estos compromisos constitucionales *tienen eficacia jurídica y vincula a los poderes públicos*.<sup>183</sup>

Es consabido que la concreción de estos compromisos depende de las políticas públicas de gobierno y de la capacidad económica de cada país. Pero no son compromisos solamente de la administración pública, sino de todos los poderes del Estado Social, inclusive del Poder Legislativo y Judicial.<sup>184</sup>

Por consiguiente, la actuación institucional de todos los poderes del Estado es importante y necesaria para la consecución de los objetivos y compromisos asumidos en el texto constitucional. Para tanto, el establecimiento de *garantías y instrumentos de protección* son de importancia ineludible; incluso los instrumentos judiciales (o procesales), a través de los cuales, el Poder Judicial interviene en la realidad social, mediante los instrumentos procesales de control de la constitucionalidad (por acción o por omisión de la administración o del legislativo) o mediante los instrumentos de actuación de la denominada *jurisdicción ordinaria*, o con otras palabras, por intermedio de la *tutela judicial de los derechos sociales por la jurisdicción ordinaria*.

---

<sup>182</sup> GIMENO SENDRA, Vicente; MORENILLA ALLARD, Pablo; TORRES DEL MORAL, António y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, 1ª ed, Editorial Colex, Madrid, 2007, pp.342-353. Resaltamos: "En este punto, no le falta razón a FORSTHOFF cuando afirma que las funciones del Estado Social son acometidas por la Administración sin necesidad de verse plasmadas en la Constitución. Más aún « con su incorporación a los preceptos constitucionales o sin ella, esa política social y económica es llevada a cabo, en más o en menos, según la inclinación del equipo gobernante y las posibilidades económicas del país. »".

<sup>183</sup> Como es la Constitución española, Tit. I, Cap. III, mediante los cuales, tanto el Poder Legislativo como el Poder Judicial deben informar su actuación en estos principios; y lo mismo debe decirse de la Administración.

<sup>184</sup> Así, el artículo 3º de la Constitución brasileña: "Art.3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*".

No es necesario replantear la diferencia que hay entre la realidad constitucional española (y de otros países europeos) y la brasileña (también de otros países latinoamericanos). En aquella, se percibe la índole meramente programática e informadora de los principios de política social y económica en la Constitución española, además de las dificultades inherentes al intento de juridificación de esas preocupaciones sociales. No obstante nada impide que los poderes públicos, singularmente el Poder Legislativo, promueva plena realización a estos principios en forma de derechos. Estaríamos entonces ante derechos de configuración legal, pero con fundamento constitucional. Son ejemplos elocuentes las diversas regulaciones legales en materias tan diversas como la sanidad, el consumo, el medio ambiente, las personas discapacitadas o dependientes. Es así el artículo 53.3 de la CE: *”podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que disponga las leyes que los desarrollen”*.

Importa también para el desiderátum propuesto por nosotros en esta tesis, el conocimiento indispensable de los niveles generales de protección de los derechos, con sus garantías constitucionales o sus mecanismos jurídicos de seguridad que el Ordenamiento constitucional establece para la salvaguardia y defensa de la integridad de su valor normativo. Sin ellos, queda inútil o al menos confuso incursionar en tal perspectiva investigadora. Esto es porque *un derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías*. O como ha dicho GARCÍA HERRERA: *“las garantías nos muestran la sinceridad del Ordenamiento. De ahí que los textos constitucionales acompañen los derechos y libertades con garantías tendentes a dotarlos de efectividad”*.<sup>185</sup>

Otro aspecto a considerar es que el Derecho Procesal tiene tanta transcendencia en la vida de la sociedad que no se puede dejar solamente en manos de los procesalistas. Al analizar las instituciones procesales de un país determinado (o de algunos), no puede colocarse el investigador en una situación de aislamiento frente a las demás disciplinas, técnicas y ciencias, ni espirar ni siquiera rozarse con los manejadores de cada una de ellas, pues la eficacia o no de ellas afectan necesariamente la vida de una sociedad, en todos los ámbitos.<sup>186</sup> Mírese, por ejemplo, algunos cuestionamientos hecho por ocasión del 30º Congreso Colombiano de Derecho Procesal, que bien ilustran la necesidad de interacción entre diferentes ramas del saber humano, aunque referente al

---

<sup>185</sup> GARCÍA HERRERA, M. A., *apud* GIMENO SENDRA, Vicente *et al*, *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, *Op. Cit.*, p.595.

<sup>186</sup> Ver ítem 1, Cap. IV, de esta Tesis, consideraciones con respeto al proceso civil como factor de desarrollo socio-económico, donde se hace interacciones del proceso civil con la economía.



proceso civil:”1. *¿Deben los jueces intervenir en el desarrollo de la economía?* 2. *¿La actividad judicial tiene fuerte incidencia en el desarrollo económico?* 3. *¿Tienen las instituciones procesales un valor de enriquecimiento de la sociedad?* 4. *¿Qué utilidad práctica reportaría a los actores judiciales aclarar los interrogantes anteriores?* Otro interrogante que se poñe es *¿La tutela procesal de los derechos sociales y de los derechos humanos de tercera generación, pueden producir efectos contributivos para el desarrollo socio-económico de un país?* Gustaríamos de nos posicionar entre aquellos que defienden positivamente a estos interrogantes, y nos esforzaremos para así defender nuestro punto de vista, como ha hecho la Corte Constitucional de Colombia, en varias sentencias, segundo Rodrigo Uprimny: *“He intentado mostrar que los derechos sociales son derechos de la persona y que su realización es esencial para la continuidad e imparcialidad del proceso democrático, por lo cual debemos admitir algún control judicial sobre las decisiones económicas. Preservar el control constitucional sobre las decisiones económicas es entonces defender la eficacia jurídica de los derechos sociales, lo cual es importante para la consolidación democrática en un país como Colombia, con desigualdades profundas y niveles intolerables de pobreza. En esas situaciones, la defensa de la fuerza normativa de los derechos sociales adquiere aún mayor sentido, precisamente porque las necesidades insatisfechas de las personas, son enormes...La Corte Constitucional ha tenido entonces razón en entrar a analizar esos temas y en defender vigorosamente los derechos sociales, pues si queremos construir un verdadero Estado social de derecho, debemos, parafraseando Dworkin, tomar en serio los derechos sociales”*.<sup>187</sup>

Una vez hechas estas consideraciones preliminares en esta temática de la protección procesal de los derechos sociales y más ampliamente y de cierta forma con la visión holística del derecho al desarrollo, siguen en esto epígrafe, el planteamiento con respecto a la tutela judicial constitucional y ordinaria de los derechos sociales.

---

<sup>187</sup> UPRIMNY, Rodrigo, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, *Derecho Público*, n° 12, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001. Además, MÉDA, Dominique, *El Trabajo, un valor en peligro de extinción*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1998, pp.169 a 171, ha hecho algunas consideraciones pertinentes a los derechos sociales, como riqueza social: *“Si la calidad del aire, la belleza el nivel cultural, la cohesión social, la paz, la calidez de las relaciones sociales no constan en ningún sitio como riquezas, no podrá evaluarse su evolución con independencia de lo que pueden indicar los agregados productivos. Se trata de una riqueza que no pueden enfocarse desde una perspectiva individual ni producirse por actos individuales, sino que afectan al conjunto de los individuos y resultan de una acción colectiva. Se necesitaría de un inventario de riqueza social para saber cómo evoluciona de un año para otro; y de paso, para dejar de tomar por crecimiento lo que quizás sólo sea una desgate de la riqueza social”*.

#### 4.1 LOS INSTRUMENTOS PROCESALES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, TAMBIÉN DE PROTECCIÓN Y EFECTIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (Fundamentales) EN ESPAÑA Y BRASIL.

El gran objetivo del constitucionalismo es sin duda la protección de los derechos fundamentales del ser humano. Aquello que era verdad a finales del siglo XVIII, cuando se establecieron las primeras constituciones escritas en Europa, continúa siendo válido en este siglo XXI, cuando el arbitrio, el autoritarismo y la omisión aún las amenazan. No se puede olvidar la importancia que los conceptos de *rule of law*, *due process of law*, *equal protection of the laws*, *common law* tuvieron para el desarrollo de la doctrina de los derechos fundamentales en los siglos XIX y XX, sobre todo en los países anglosajones, aunque la doctrina de los derechos humanos, de fuerte inspiración *jusnaturalista*, ya estuviese conformada desde el siglo XVII en Europa continental, expandiéndose en el siguiente siglo, cuando se convirtió en el elemento básico de reformulación de las instituciones políticas y generó las grandes declaraciones de derechos del siglo XVIII, mediante la inspiración de las ideas del *liberalismo*, que adoptó como doctrina básica justamente la doctrina de los derechos humanos. Y, después, en el diálogo político actual se dejó de emplear la expresión *derechos humanos*, substituyéndola por los *derechos humanos fundamentales* o simplemente, *derechos fundamentales*, una abreviación de aquella expresión.<sup>188</sup>

La doctrina de los derechos fundamentales reveló una gran capacidad de incorporar desafíos y se universalizó<sup>189</sup>. Su primera generación enfrentó el problema del arbitrio gubernamental ( el absolutismo de reyes y otros déspotas), con las

---

<sup>188</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *Direitos Humanos Fundamentais*, ed. Saraiva, 5ª ed, S. Paulo, 2002, pp.11 a 15, en especial referencia, p.14: “É verdade que, no diálogo político, não mais se fala em direitos do homem, embora textos constitucionais ainda empreguem a expressão. O feminismo conseguiu o repúdio da mesma, acusando-a de «machista». Logrou impor, em substituição, a politicamente correta terminologia de direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são uma abreviação”. Expresiones estas de *derechos fundamentales* adoptadas, por ejemplo, en las Constituciones española de 1978 y portuguesa de 1976.

<sup>189</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional; direitos fundamentais*, 2ª ed. Coimbra editora, Coimbra, 1993, t.4, p.33, la universalización de la doctrina de los derechos humanos es una de las mayores conquistas de la civilización judaico-cristiana, pues en otras culturas como la china, hindú o islámica, no se valorizan *derechos* aunque sí *obligaciones* o deberes y virtudes, sin equivalente a los derechos fundamentales, antes de la influencia europea.

*libertades públicas*<sup>190</sup>, la segunda, el de los desequilibrios sociales extremos con los *derechos económicos y sociales*, la tercera, en la actualidad, contra el deterioro de la calidad de la vida humana, los grandes desniveles sociales que impiden el desarrollo humano, las amenazas a la paz mundial y la falta de respeto del derecho de los consumidores y otras cuestiones referentes a los *derechos de solidaridad*.<sup>191</sup>

En cuanto a la realidad española, a partir de su Constitución, el concepto de *derecho fundamental*, se obtiene del artículo 53 (en sus núms. 1 y 3, más en concreto), ante los criterios necesarios que establece para reconocer qué es un «*derecho fundamental*». La Constitución de España expresa el concepto dentro de su Título I («*derechos fundamentales y libertades públicas*», en la cabecera de la Sección 1ª. Y «*derechos [...] de los ciudadanos*» en la Sección 2ª, ambas del Capítulo Segundo; «*derechos y libertades*», en el mismo art.53.1 y 2); profusión que se acerca a lo abigarrado si el examen abarca enunciados externos al Título que ahora importa («*derechos [...] constitucionales*» en el art.149.1.1º. El concepto de «*derecho fundamental*», en el ordenamiento español es el que, por contraste con lo dispuesto en el número 3 del artículo 53 CE, deriva del número 1 del mismo artículo; eso es, en la explicación de JIMENEZ CAMPO, “*derechos resistentes, en su «contenido esencial», a la acción legislativa. Sólo por eso merecen la calificación de «fundamentales» todos los derechos enumerados en el Capítulo Segundo del Título I, tanto en la Sección 1ª como en la Sección 2ª.*”.<sup>192</sup>Un «derecho fundamental» para este autor, es ante todo un derecho creado por la Constitución, y esto no significa otra cosa, sino la preexistencia del derecho mismo en el momento de su configuración o delimitación legislativa («...estos derechos ya existen, con carácter vinculante, para todos los poderes públicos [...] desde al momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional»: STC 80/1982, FJ 1º).<sup>193</sup>

O en otras palabras, la propia Constitución ha definido una determinada situación jurídica en términos que la hacen identificable o discernible para el

---

<sup>190</sup> No olvidemos que la expresión *libertades publicas* pasó a ser la preferente en el medio jurídico (pero no en el político) cuando al *jusnaturalismo* le sucedió el *positivismo*, siendo reconocidas en las órdenes constitucionales como prerrogativas del individuo, de furte rasgo liberal.

<sup>191</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *Direitos Humanos Fundamentais, Op. Cit.* p.15.

<sup>192</sup> JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp.17/27, destaca la crítica, p.27 de la distinción que viene haciendo el Tribunal Constitucional entre «derecho fundamental» y «derecho constitucional»: “*El pudoroso distingo que la jurisprudencia constitucional viene haciendo, desde la STC 16/1981, FJ 10, entre «derechos fundamentales» y «derechos constitucionales» reconocidos en aquel Título (estos últimos, los declarados en la Sección 2ª) carece de sentido jurídico*”.

<sup>193</sup> JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos Fundamentales, Op. Cit.*, p.24.

intérprete y que, además, la Constitución ha determinado también – o no ha excluido – la necesaria consideración de esa situación jurídica como «derechos», bienes jurídicos, a partir de la entrada en vigor de la norma que lo enuncia. Así, la primera operación describe «derechos» y la segunda la lleva a cabo la Constitución española en los números 1 y 3 de este artículo 53: en el primero de estos preceptos para afirmar la preexistencia del derecho fundamental respecto a toda intervención legislativa y la vinculación a su contenido, por tanto, de los poderes públicos; en el segundo, para excluir tal vinculación directa a los que la Constitución llama «*principios rectores de la política social y económica*».<sup>194</sup>

Una buena parte de la doctrina académica y el Tribunal Constitucional español vienen manejando la idea de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas como rasgos distintivos de los derechos fundamentales respecto a otro tipo de enunciados (como normas programáticas, mandatos al legislador, etc.) de la Constitución: “*los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo*” (STC 39/1983, FJ 3º y STC 31/1994, FJ 7º). La justiciabilidad es un criterio para identificar, con carácter general, el derecho subjetivo y también el derecho creado por la Constitución, hasta el extremo de que la privación legislativa de defensa jurisdiccional lesionaría el propio contenido del derecho fundamental comprometido y no sólo el genérico derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Pero una cosa es el contenido y otra el rango propio o carácter de un derecho fundamental; esto último no le viene dado al derecho, como es obvio, por su posibilidad de defensa jurisdiccional, que ha de realizarse a través de las vías procesales dispuestas por el legislador y conforme el canon genérico del artículo 24 CE y el específico del artículo 53.2 CE. La tutela jurisdiccional no hace «fundamentales» a ciertos derechos; los hace, sencillamente, «derechos».<sup>195</sup>

En España, se puede distinguir, en materia de tutela jurisdiccional de las libertades y derechos fundamentales, entre: a) la tutela que queda a cargo de los tribunales ordinarios, debiendo regularse para la misma, un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y b) la atribuida al Tribunal Constitucional, a

---

<sup>194</sup> JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos Fundamentales, Op. Cit.*, p.24/25.

<sup>195</sup> JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos Fundamentales, Op. Cit.*, p.23

través de lo que se llama recurso de amparo.<sup>196</sup> Cuando se hace referencia a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios, se hace inmediata alusión a los procesos especiales regulados con ese fin, y en todos los órdenes jurisdiccionales, pero sin embargo convendría advertir que esa tutela puede tener dos frentes muy diferentes o, si se prefiere, que existen dos tipos de derechos fundamentales que han de recibir tratamientos distintos, que son *los derechos fundamentales no procesales* y *derechos fundamentales de carácter procesal*. Estos son, en referencia a los artículos 53.2 y 24 de la Constitución, normas que contienen derechos fundamentales o garantías de naturaleza procesal, mandato dirigido al juez que conoce de un proceso concreto, supuesto en el que lo que la norma establece derechos procesales de los sujetos, derechos que deben ser respetados por el juez o tribunal; y cuya infracción puede producirse a lo largo y ancho de cualquier litigio, considerando que las posibles violaciones han de remediarse en el seno del proceso en que se han producido, de modo que deben quedar resueltas todas las cuestiones relativas a esa regularidad formal del mismo. Así, la regulación del proceso civil en España, tiene ya en cuenta la manera de tutelar los derechos fundamentales de naturaleza procesal, y esa manera no puede consistir en prever otro proceso para ello. La vulneración de derechos constitucionales procesales lleva a que la tutela frente a la misma se realice en el mismo proceso y por medio de los medios ordinarios, normalmente los recursos.<sup>197</sup>

En cuanto a *los derechos fundamentales no procesales*, debe atenderse, a la manera de tutelar jurisdiccionalmente y por los tribunales ordinarios, los derechos fundamentales que pueden ser violados en la realidad social, esto es, fuera y antes del proceso. En sentido estricto creemos que es a esa tutela y a esos derechos fundamentales a los que se refiere de manera directa el artículo 53.2 de la Constitución española al prever un *procedimiento basado en los principios de preferencia* y

---

<sup>196</sup> MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Amparo Constitucional y Proceso Civil*, Ed.Tirant to Blanch, 2ª ed (ajustada a la LO 6/2007), Valencia, 2008, p.17, resaltamos: "El título Primero de la Constitución se destina a «De los derechos y deberes fundamentales» y dentro del mismo el Capítulo Cuarto regula «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales». En este Capítulo se ubica el artículo 53 que en su apartado 2 dispone que «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los Tribunales Ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30». Complemento de lo anterior se encuentra en el artículo 161.1, b), siempre de la Constitución, en que se atribuye competencia al Tribunal Constitucional para conocer «del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art.53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca»".

<sup>197</sup> MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Amparo Constitucional y Proceso Civil*, Op. Cit.p.21/23.

*sumariedad*. Ese procedimiento, en el ámbito civil, es el previsto en el artículo 249.1, 2º de la LEC. Lo que regula este artículo, es el proceso especial por el que debe conocerse de la pretensión de tutela de un derecho fundamental que formule un ciudadano en principio contra otro particular. Ese es el procedimiento al que se refiere el artículo 53.2 de la CE, calificándolo de *preferente y sumario*.<sup>198</sup>

El manejo de las instituciones procesales y su incidencia en el desarrollo del país, con el fin de aportar algunos elementos para que cada juez, cada magistrado, cada litigante, cada asesor, sea consciente de las consecuencias de sus actividades en el desarrollo del país, incentivando el cambio de comprensión y actuación en su área de labor, asume gran importancia en la actualidad y se puede constatar a partir de un estudio de los instrumentos procesales de control de la constitucionalidad con las jurisprudencias constitucionales protectivas de los derechos sociales y de los derechos de tercera generación.

#### **4.1.1 LOS INSTRUMENTOS PROCESALES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA: Recurso de Amparo y otros y su correlación con el desarrollo socio-económico.**

El *recurso de amparo* es, segundo Pérez Tremps “*el instrumento procesal más importante de defensa ante el Tribunal Constitucional de los derechos y libertades de los ciudadanos*”. En cuanto tal, asevera el autor, “*cumple una doble misión; por una parte, sirve como remedio último interno de protección de los derechos del ciudadano; por otra, tiene una función objetiva de defensa de la constitucionalidad al servir de instrumento de interpretación de los derechos fundamentales*”.<sup>199</sup>

Los derechos reconocidos en el capítulo III del título I (arts.39 a 52 de la CE: «*los principios rectores de la política social y económica*») «*sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes de*

---

<sup>198</sup> MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Amparo Constitucional y Proceso Civil*, Op. Cit.p.18/21, resaltamos aún, pp.19/20:“*El legislador ha entendido que cuando la violación de los derechos fundamentales se produce en la realidad extraprocesal es preciso regular un proceso para su rápida protección, proceso que debe ser rápido en cuanto que la materia exige una tutela judicial singularmente rápida, y esa rapidez se quiere conseguir con la preferencia y con la sumariedad.*” Y además, p.21:“*Este proceso especial comprende de manera legalmente destacada el caso del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, dada la vigencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo.*”

<sup>199</sup> PÉREZ TREMPs, Pablo; ESPÍN, Eduardo; GARCÍA MORILLO, Joaquin y SATRÚSTEGUI, Miguel “El Tribunal Constitucional (II). Procedimientos”, in *Derecho Constitucional*, Ed. Tirant to Blanch, Valencia, 2007, pp.273/294.

*desarrollo*» (art.53.3º, CE). En realidad, en este capítulo III, la Constitución española no establece auténticos derechos fundamentales, sino «*principios propiamente dichos que han de orientar la acción del Estado*». Sólo con respecto de los clásicos derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 y la sección 1ª del capítulo II, arts.15 a 29, es cuando la CE establece procedimientos específicos (preferente y sumario) de protección judicial en materia de derechos humanos, y más el recurso de amparo perante el Tribunal Constitucional, una doble y privilegiada tutela judicial.<sup>200</sup>

Así, la tutela de los derechos fundamentales en España puede efectuarse además por el Tribunal Constitucional y por medio del llamado recurso de amparo. Encontramos en el artículo 53.2 de la Constitución que, cualquier ciudadano puede acudir, bien que en su caso, por medio del recurso de amparo al Tribunal Constitucional frente a las violaciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la misma Constitución.<sup>201</sup> Con respeto a las relaciones entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria, en materia de derechos fundamentales no hay una relación de competencia entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, sino de jerarquía. Resulta que en la mayor parte de los casos de amparo la distinción entre constitucionalidad y legalidad se hace prácticamente imposible, entre otras razones porque el Tribunal Constitucional le corresponde ser el intérprete supremo de la Constitución y de la constitucionalidad de la ley poque precepto constitucional de derechos fundamentales y legislación de concreción o desarrollo de éstos forman un bloque que el Tribunal Constitucional no puede escindir y ha de utilizar para resolver.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Protección Procesal de los Derechos Humanos ante los Tribunales Ordinarios*, Editorial Monte Corvo, Madrid, 1987.

<sup>201</sup> El desarrollo de ese recurso se encuentra en los artículos 41 a 58 de la LO 2/1979, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional. Y conforme el art.41.2 de esta última Ley Orgánica el «recurso» de amparo constitucional protege, en los términos en que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades antes dichos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes, con objeto de obtener la declaración de nulidad del acto infractor, el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado y la adopción, en su caso, de las medidas apropiadas para su restablecimiento o su conservación, según acaba disponiendo el artículo 55 de la misma LOTC.

<sup>202</sup> ARAGÓN REYES, Manuel, “Problemas del Recurso de Amparo”, in *La Reforma del Recurso de Amparo*, (Coordinación de PÉREZ TREMPs, Pablo), Ed. Tirant to Blanch, Valencia, 2004.pp.172/175, con resalto p.174:”*En resumen, en materia de «garantías constitucionales» (art.123.1, CE), el equivalente al Tribunal Supremo norte-americano no es el Tribunal Supremo español, sino el Tribunal Constitucional. Y el recurso de amparo comprende tanto la facultade de casar como de revisar sentencias de la jurisdicción ordinária, incluidas las del Tribunal Supremo*”.

La Constitución española establece una *garantía institucional* del recurso de amparo y parte del contenido esencial de dicha garantía es el ámbito de derechos protegidos, los mencionados en el art.53.2 de la CE. Conforme el art.41.2 de la LO 2/1979, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional, el «recurso» de amparo constitucional protege, en los términos en que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades antes dichos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes, con objeto de obtener la declaración de nulidad el acto infractor, el reconocimiento del del derecho fundamental vulnerado y la adopción, en su caso, de las medidas apropiadas para su restablecimiento o su conservación, según acaba disponiendo el art. 55 de la misma LOTC. Además, el Tribunal Constitucional, ha definido el recurso de amparo como “*un medio último y subsidiario de garantía*”, en la STC 31/1981 (F.J.1º).

Mientras sea de difícil caracterización general, la doctrina tiene presentado algunas características básicas al «recurso» de amparo, en cuanto mecanismo procesal de protección de derechos, aún que existen discrepancias doctrinales sobre el carácter necesario o no, y sobre el alcance exacto de las mismas.

Por consiguiente, el recurso de amparo puede definirse, según Pérez Tremps, por cinco características básicas, aquí reproducidas sintéticamente<sup>203</sup>: 1ª) se trata de una *acción processal*. Más que un recurso propiamente dicho, es una *acción constitucional*; 2ª) es una acción procesal *extraordinaria*, porque no representa en términos estrictos la reproducción de una acción dentro de un proceso ante un órgano superior de un determinado orden jurisdiccional, sino que se sustenta ante un órgano ajeno al Poder Judicial como es el Tribunal Constitucional y con objeto concreto y determinado: garantizar un derecho fundamental; 3ª) es una acción procesal *extraordinaria y subsidiaria*, es que para poder acceder a ella, primero debe acudirse ante los jueces y tribunales ordinarios, que, en cuanto poderes públicos vinculados por la Constitución (arts.9.1 CE y 5.1 LOPJ) y, en concreto por los derechos y libertades (arts.53.1 CE y 7.1 LOPJ), son los «garantes naturales» de esos derechos y libertades. En consecuencia, sólo cuando se ha buscado la tutela de derechos fundamentales ante los

---

<sup>203</sup> PÉREZ TREMP, Pablo, *El Recurso de Amparo*, Ed. Tirant to Blanch, Valencia, 2004, pp.24/29.



jueces y tribunales, invocando efectivamente estos derechos, y esa búsqueda ha resultado insatisfactoria, puede acudir ante el Tribunal Constitucional en amparo (arts.43.1, 44.1a. y 46.1.b, LOTC y en continua y reiterada jurisprudencia constitucional); 4ª) es una acción procesal, extraordinaria, subsidiaria y *flexible*, pues la interpretación de sus requisitos formales debe estar presidida por una cierta flexibilidad que, sin causar lesiones a derechos de terceros ni vulnerar el principio constitucional de seguridad jurídica, permita cumplir eficazmente esa función de tutela (por medio de la STC 281/1982, el TC se refirió al amparo como “*un recurso concebido en términos escasamente formalistas*”; 5ª) es una acción procesal extraordinaria, subsidiaria, flexible y *definitiva* aunque, esta última afirmación deba matizarse. En efecto, el recurso de amparo culmina y cierra el complejo sistema interno de protección de los derechos fundamentales, lo que viene confirmado por el carácter irrecurrible de las sentencias del Tribunal Constitucional proclamado por los arts. 164.1 CE y 93.1 LOTC, sin perjuicio de la posibilidad de aclaraciones. Es de considerar aún el *proceso de internacionalización de los derechos humanos*, que ha conllevado al reconocimiento por España, por convenios y tratados, con la creación de instrumentos de protección de esos derechos humanos, como en el ámbito del Consejo de Europa, del que forma parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en cierto sentido asume la función revisora de la previa actuación del Tribunal Constitucional, ya que el amparo ante éste resulta exigible para cumplir con esa exigencia de subsidiariedad. (Mírese, por ejemplo, en la actuación del TC en STC 245/1991, caso *Bultó II*).

Ha quien apunte tres tipos de amparo<sup>204</sup>, que puede plantearse respecto de disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simples vías de hecho emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que puede resultar la vulneración de un derecho fundamental. Esas tres posibilidades dependen de la clase del poder público que puede violar el derecho fundamental: a) art.42 de la LOTC, puede producirla un órgano legislativo, por una disposición o acto sin valor de ley, con arreglo a las normas internas

---

<sup>204</sup> MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Amparo Constitucional y Proceso Civil*, Op. Cit.pp.25/29, para quién, p.28, la existencia de estos tres tipos de amparo impide una caracterización verdaderamente general, si consideramos algo con contenido efectivo. Así, este autor critica la categorización del amparo como siendo *extraordinario* y *subsidiario*, pues el amparo tiene objeto (pretensión = petición + causa de pedir) propio, una vez que no se puede hacer pretensiones distintas de aquella para la que el amparo mismo se crea. Y no tendría el carácter de *subsidiariedad*, por el propio Tribunal Constitucional supone confundir vía judicial previa, propia del amparo del art.43, con agotamiento de los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto, propia del amparo del art.44.

de las cámaras o asambleas; b) art.43 de la LOTC, cuando la violación la produce un órgano del poder ejecutivo o de las administraciones públicas, siendo posible desde que agotado la vía judicial precedente, de modo que el amparo tiene la condición de remedio subsidiario; c) art.44 de la LOTC, cuando la violación de los derechos fundamentales tenga su origen inmediata y directa, en un acto u omisión de un órgano judicial, sin referencia a los hechos que dieron lugar al proceso en que el acto o la omisión se produjo, hechos de los que en ningún caso entrará a conocer el Tribunal Constitucional. En esta hipótesis el «recurso» de amparo no tiene realmente el carácter subsidiario, pues una cosa es la vía judicial previa y otra muy diferente el agotamiento de los medios de impugnación dentro del proceso en el que la violación del derecho fundamental se ha producido.

Cuanto a naturaleza jurídica del recurso de amparo, es posible afirmarse que el amparo no sólo no es un recurso, ni ordinario (apelación) ni extraordinario (casación), sino que no tiene sentido aludir a una instancia, sea segunda, tercera o última. Por ello el Tribunal Constitucional ha podido decir que el amparo no está configurado como una última instancia, ni tiene una función casacional (STC 37/1995, de 7 de febrero [FJ 6º] y ATC 78/1995, de 23 de febrero [FJ 5º]). Es, según Montero Aroca “*un proceso autónomo*”.<sup>205</sup> Ya Pérez Temples asevera tratarse de “*una garantía de derechos e instrumento de interpretación de la Constitución*”.<sup>206</sup> Este autor destaca el carácter de duplicidad en la función del «recurso» de amparo: “*Por un lado, cabe entender estrictamente el recurso de amparo como un mecanismo de salvaguarda de derechos constitucionalmente garantizados, esto es, como instrumento procesal de protección de situaciones subjetivas. Pero, por otro, también puede observarse el recurso de amparo como un mecanismo de garantía e interpretación de la Constitución, eso es, como algo que, trascendiendo las situaciones subjetivas, se proyecta más allá, alcanzando una dimensión objetiva*”. Esta doble naturaleza del recurso de amparo - que es, pues, al mismo tiempo, un mecanismo de protección de derechos subjetivos, predicables de personas concretas, y un mecanismo de garantía e interpretación de la

---

<sup>205</sup> MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Amparo Constitucional y Proceso Civil*, Op. Cit. pp.44.

<sup>206</sup> PÉREZ TREMPES, Pablo, *El Recurso de Amparo*, Op. Cit., pp.29/32, con resalto del autor, p.29, de que: “*la primera idea que hay que tener clara a este respecto es que esas dos dimensiones, la subjetiva y la objetiva, no son dimensiones contrapuestas y excluyentes entre sí. Por el contrario, se trata de dos dimensiones de una misma realidad, y que, en cierta forma, no hacen más que traducir en términos procesales esa misma doble dimensión que poseen los derechos fundamentales como situaciones subjetivas y como principios o valores constitucionales*”.

Constitución entendida como norma jurídica - decurre de la doble naturaleza de los derechos fundamentales, según el que ha pronunciado el Tribunal Constitucional en STC 25/1981 (F.J. 5º) y STC 69/1997 (F.J. 4º).<sup>207</sup>

Así, pues, en la perspectiva subjetiva, la finalidad del «recurso» de amparo es proteger “*a todos los ciudadanos... frente a las violaciones de los derechos y libertades*” (art.41.2 LOTC), pudiéndose hacer valer sólo “*las pretensiones... dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades*” (art.41.3 LOTC); o sea, no caben recursos de amparo tendentes exclusivamente a asegurar una defensa genérica de la Constitución. En general, el recurso de amparo depende lógicamente de la defensa subjetiva. En consecuencia, la visión procesal del recurso de amparo debe realizarse siempre desde esa configuración legal como “remedio”.<sup>208</sup>

Por otro aspecto, el «recurso de amparo» es considerado también un *proceso autónomo*, pero eso no puede impedir que se le considere con naturaleza similar a los *medios de impugnación en sentido amplio* (rescisión y revisión)<sup>209</sup>, para considerarse que se trata de un instrumento jurídico por medio del que se pide la rescisión de una sentencia que ha alcanzado firmeza, refiriéndose, pues, a un proceso que ha terminado ya, por la que la impugnación abre un nuevo proceso, por medio de una pretensión distinta de la que fue resuelta en el proceso cuya resolución final se impugna. Establecido, pues, que se trata de un proceso adquiere sentido la remisión supletoria que el artículo 80 de la LOTC hace, aparte de a la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la Ley

---

<sup>207</sup> STC 25/1981 (F.J. 5º): “*La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular. Para ello, el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (art.1 LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos*” y STC 69/1997 (F.J. 4º): “*...hemos de tener en cuenta que dicho recurso (de amparo), si bien tiene como finalidad esencial la protección, en sede constitucional, de los derechos fundamentales y libertades a que alude el art.53.2 CE, obedece también al designio de la defensa objetiva de la Constitución, «sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular» (STC 1/1981, F.J. 2º); de tal manera que, aun admitiendo en hipótesis la concurrencia de la modalidad extintiva del proceso constitucional conocida como satisfacción extraprocesal de la pretensión, ello no impediría que este Tribunal, dada la relevancia constitucional que la presente queja pone de relieve, y que extravasa el ámbito subjetivo del recurso de amparo, analice y decidiera sobre la existencia de la lesión en que tal queja se fundamenta, para atender así a la dimensión objetiva del recurso de amparo constitucional, reconocida por la doctrina constitucional en las SSTC 163/1986, F.J., 1º, in fine; 129/1989, F.J. 3º; y 245/1991, F.J. 5º; asentada en este caso en la transcendencia objetiva que reviste la correcta depuración de los presupuestos procesales del proceso laboral, como es en este caso la conciliación previa a la tramitación de dicho proceso*”. (En el mismo sentido, STC 203/2000, F.J. 2º).

<sup>208</sup> PÉREZ TREMPES, Pablo, *El Recurso de Amparo*, Op. Cit., p.31.

<sup>209</sup> MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de Los Recursos en el Proceso Civil*, Ed. Tirant to Blanch, Valencia, 2005, Caps. Primero, Décimo y Undécimo.

de Enjuiciamiento Civil (en estas dos leyes se encuentran hoy las normas procesales, consideradas generales). Pero las cosas cambiaron, un poco, después de la reforma de la Ley Orgánica nº 6/2007, exurgiendo la duda si se trata de verdadero proceso y del ejercicio de la jurisdicción.<sup>210</sup> Mientras sirvise el amparo, supletoriamente, de un *procedimiento civil*, con aplicación de los siguientes principios constitucionales: a) Al órgano jurisdiccional (su encuadramiento político) y a los magistrados titulares de la potestad jurisdiccional se aplican *imparcialidad, independencia, inamovibilidad, responsabilidad*; b) A las partes, que han de responder a los principios de *dualidad, contradicción e igualdad*; c) Al tipo de proceso, con sus especificidades, se civil o penal, aplicanse los principios procesales propios de cada uno de ellos. De esta manera no puede dejar de ser un procedimiento (y mismo un proceso) sujeto al *principio dispositivo*, con todas sus consecuencias. Y, por último, el Tribunal Constitucional ha adoptado un *trámite escrito*, desconociendo el teor del artículo 102.2 de la Constitución, que dispone ser el procedimiento predominantemente oral.<sup>211</sup> Ora, la observancia de reglas procesales y de principios que regen los procedimientos (consagrados casi que universalmente en los países democráticos), fornecen elementos suficientes para la caracterización del «recurso de amparo» como un *proceso autónomo*.<sup>212</sup> Es así, pues, que defendemos la naturaleza del amparo como *procesal*.

Con respecto a los derechos protegidos por medio del «recurso» de amparo, es necesario frisar que lo mismo no es un remedio procesal que sirva para proteger cualquier derecho subjetivo, ni para proteger de forma genérica la Constitución o para garantizar cualquier derecho constitucionalmente establecido. Su naturaleza, de cierta forma extraordinaria, se concreta en que su función se limita a proteger algunos derechos constitucionales, en concreto “*las libertades y derechos reconocidos en el*

---

<sup>210</sup> MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Amparo Constitucional y Proceso Civil*, Op. Cit.p.46/47, con resalto de que en un verdadero proceso (y de aquellos que se asemejan al civil), según el autor, “no puede dejar de partirse de que la persona que ejercita la acción tiene derecho subjetivo público a obtener una sentencia de fondo siempre que concurran los presupuestos y se cumplan los requisitos procesales, de modo que el órgano jurisdiccional tiene necesariamente que decidir sobre el fondo (si dejará de hacerlo incurrirá en responsabilidad, incluida la penal)”. Pero esto autor, considerando la reforma de la LO 6/2007, dice que la situación no es la misma después de esa Ley Orgánica, pues el Tribunal Constitucional puede simplemente inadmitir la demanda, a base de decir inmotivadamente que el asunto carece de *especial transcendencia constitucional*. Así, exsurge la duda, puesta por eso mismo autor, pp.46/47, se estemos ya ante el ejercicio de función jurisdiccional por parte del TC y de que la función, sea cual fuere la que en el amparo se ejercite, se haga por medio de un verdadero proceso.

<sup>211</sup> MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Amparo Constitucional y Proceso Civil*, Op. Cit.p.47/48.

<sup>212</sup> De entre el conjunto de normas que regulan el «recurso» de amparo están: la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, La Ley de Enjuiciamiento Civil.

*artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo*” del Título Primero, así como la objeción de conciencia reconocida en el art.30.2 CE (art.53.2 CE), lo que viene confirmado por el art.41.1 TOC. Así, pues, en definitiva, son los derechos y libertades reconocidos en los arts.14 a 30 CE los que gozan de una protección privilegiada mediante el recurso de amparo.

Además, obsérvese que hay algunos derechos que, aunque no estén protegidos por el recurso de amparo, tienen mecanismos específicos de protección en el ordenamiento, por ejemplo, el derecho de propiedad (art. 33 CE). Obsérvese más que, en lo que respecta a la protección constitucional, tampoco el hecho de que ciertos derechos no estén protegidos a través del recurso de amparo significa que carezcan de ella. En efecto, toda la Constitución, y por tanto también aquellos derechos reconocidos en el Título I, pero no incluidos en el ámbito del recurso de amparo, se encuentra protegida mediante los mecanismos de control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley, esto es, mediante *el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad*. Lo que sucede es que esa protección se ofrece solamente frente al legislador y mediante un sistema de legitimación limitada en el recurso de inconstitucionalidad (art.162.1, a CE) y de legitimación en cierto sentido mediata en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que sólo pueden instarla los órganos judiciales (art.163 CE), si bien pudiendo hacerlo de oficio o a instancia de parte (art. 35.1 LOTC).<sup>213</sup>

Es preciso no olvidar que, en España existe una limitación derivada de las distintas vías de acceso al Tribunal Constitucional, dado que la Constitución española ha restringido el recurso de amparo sólo a un elenco preciso de derechos fundamentales y que, básicamente, no incluye los derechos sociales y los derechos de tercera generación.<sup>214</sup> No obstante, en algunos casos, bien directa bien indirectamente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre algunos de estos derechos fundamentales de solidaridad, en particular los derechos sociales que configuran el Estado de bienestar y, por influencia sobre todo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, vale la transcripción, por bastante significativo, del contenido del recurso de amparo, TC (Sala 1ª) sentencia 18/1984, de 7 de febrero de 1984 (ponente: Gómez-Ferrer Morant, FJ 3):

---

<sup>213</sup> PÉREZ TREMPES, Pablo, *El Recurso de Amparo, Op. Cit.*, p.47.

<sup>214</sup> Vide sobre la delimitación del recurso de amparo el nº 4.1.1, Cap. IV, Tesis.

*“El reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico y social –reflejado en diversos preceptos de la Constitución– conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos, a la vez que dota de una transcendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos –especialmente de los de contenido patrimonial, como el de propiedad– y al cumplimiento de determinados deberes –como los tributarios– [omissis...] La configuración del Estado como social de Derecho, viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado, y agudiza la dificultad, tanto de calificar determinados entes cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica”.*

Mientras que existan las limitaciones constitucionales mencionadas, la protección de los derechos sociales y de los derechos humanos de tercera generación, ha sido objeto de algunas decisiones judiciales, inclusive por el Tribunal Constitucional español. Por ejemplo, en cuestión de protección del medio ambiente, y por gran influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso López Ostra contra España, en su sentencia de 9 de diciembre de 1994, puso de manifiesto la clara vinculación entre el derecho a la vida privada y la protección del medio ambiente en un asunto del que habían conocido, por la vía especial contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales la Audiencia Territorial de Murcia y el Tribunal Supremo y en recurso de amparo el propio Tribunal Constitucional que inadimitió el recurso por ser *manifestamente infundado*. Pero, después, sob influencia del Tribunal Europeo, cambió su jurisprudencia. El Tribunal Europeo por unanimidad consideró:

*“«De lo anterior se deduce, no obstante, que los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y pueden privarla de disfrutar de su domicilio hasta el punto de perjudicar su vida privada y familiar y sin que sea necesario que se ponga en grave peligro la salud de la interesada.»*

*Los principios aplicables son bastante similares tanto si enfoca el asunto bajo la perspectiva de una obligación positiva, a cargo del Estado, de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del particular en virtud del párrafo 1 del artículo 8 –como lo pretende en este supuesto la demandante–, como si se aborda como una «injerencia de una autoridad pública» que se debe justificar de acuerdo con el párrafo 2 del mismo artículo 8. En los dos casos es preciso tener en cuenta el justo equilibrio que debe darse entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto; del mismo modo, en las dos hipótesis el Estado goza de un cierto margen de apreciación. Además, incluso en el caso de las obligaciones positivas que se deducen el artículo 8.1, los objetivos enumerados en el artículo 8.2 pueden desempeñar una cierta función a la hora de buscar el equilibrio requerido (véanse, en particular, las sentencias *Rees c. Reino Unido* de 17 de octubre de 1986, serie A, nº 106, p. 15, § 37, y *Powell y Rayner c. Reino Unido* de 21 de febrero de 1990, serie A, nº 172, p. 18, § 41)”.*<sup>215</sup>

En 16 de noviembre de 2004 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia *Moreno Gómez contra España*, vuelve a poner de manifiesto la errónea interpretación mantenida tanto por el Tribunal de Justicia de Valencia como por el Tribunal Constitucional en cuanto se refiere a la defensa del derecho al medio ambiente.<sup>216</sup> A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el Tribunal Constitucional inició un giro en su jurisprudencia en la sentencia 199/1996, de 3 de diciembre, relativa a un amparo contra el archivo de las diligencias penales abiertas en virtud de denuncia presentada por la contaminación ambiental de una refinería cercana a una vivienda, donde recordó la jurisprudencia europea aunque en el caso concreto ofreció su propia interpretación:

*“La importancia del derecho al medio ambiente ha sido puesta de relieve también por el Tribunal Europeo de Derechos*

---

<sup>215</sup> TEDH, sentencia de 9 de diciembre de 1994, *López Ostra c. España*, Recurso nº 16798/1990, § 51.

<sup>216</sup> TEDH, sentencia de 16 de noviembre de 2004, *Moreno Gómez c. España* (recurso núm. 4143/2002), §§ 54 a 56.

*Humanos que ha declarado que, en determinados casos de especial gravedad, los daños ambientales pueden llegar a vulnerar el derecho de una persona a su vida personal y familiar, declarado por el art. 8 del Convenio de Roma (SSTEDH Powell y Rayner c. Reino Unido, 17 de octubre de 1986, y López Ostra c. España, 9 de diciembre de 1994).*

*Sin embargo, no puede ignorarse que el art. 45 CE enuncia un principio rector, no un derecho fundamental. Los Tribunales deben velar por el respeto al medio ambiente, sin duda, pero de acuerdo con lo que dispongan las leyes que desarrollen el precepto constitucional (art.53.3 CE, SSTC 32/1983, F.J. 2º, 149/1991, F. J. 1º, y 102/1995, FF. JJ. 4º 7º).*

*[...omissis].”<sup>217</sup>*

Siguió una gran evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, de modo que *el derecho al medio ambiente* proclamado formalmente como principio constitucional se ha transformado, con todos los límites que se quiera, en *un derecho fundamental*<sup>218</sup>, si bien en la medida en que está vinculado a otros derechos fundamentales, como en la Sentencia 119/2001, de 24 de mayo, al derecho a la vida privada y familiar:

*“Este Tribunal ha sido en todo momento consciente del valor que por virtud del art. 10.2 CE ha de reconocerse a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación y tutela de los derechos fundamentales (por todas, STC 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3). En lo que ahora estrictamente interesa, dicha doctrina se recoge especialmente en las SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia. En dichas resoluciones se advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales, aún cuando no pongan en peligro la salud de las*

---

<sup>217</sup> TC (Sala 1ª), sentencia 199/1996, de 3 de diciembre (ponente: Ruiz Vadillo, FJ 2.3 y FJ 3).

<sup>218</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, David, *La Protección Judicial de los Derechos Fundamentales de Solidariedad... Op.Cit.*, p.239.



*personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del art. 8.1 del Convenio de Roma (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, § 51, y de 19 de febrero de 1998, § 60).*

*Dicha doctrina, de la que este Tribunal se hizo eco en la STC 199/1996, de 3 de diciembre (FJ 2), debe servir, conforme proclama el ya mencionado art. 10.2 CE, como criterio interpretativo de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales (STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8). [...omissis]”.*<sup>219</sup>

Resulta que en la Sentencia 248/2005, de 10 de octubre, el Tribunal Constitucional se refiere al artículo 10.2 de la Constitución y a las dos sentencias anteriores, haciendo expresa la mención a la “Carta de Niza” como “*criterios hermenéuticos para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ha reconocido nuestra Constitución*”. Así, debese notar la distinta naturaleza de los principios rectores de la política social y económica reconocidos por la Constitución española y los derechos fundamentales de solidaridad consagrados en tanto que principios. En efecto, como bien dice ORDÓÑEZ SOLÍS, no existe una correspondencia exacta entre los principios rectores y los derechos fundamentales de solidaridad, ni siquiera aquellos que se han calificado como principios.<sup>220</sup> Pero el Tribunal Constitucional ha ofrezcido tutela a derechos cualificados como de tercera generación.

La protección de los derechos sociales, como tutela procesal de derechos involucrados, de matiz económico-social y cultural, bien como la protección de los derechos humanos de tercera generación por el Poder Judicial, será mejor

---

<sup>219</sup> TC (Pleno) sentencia 119/2001, de 24 de mayo (ponente: Jiménez de Parga y Cabrera, FJ 6); prácticamente en los mismos términos TC (Sala 1ª) sentencia 16/2004, de 23 de febrero (ponente: Jiménez de Parga y Cabrera, FJ 3).

<sup>220</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, David, *La Protección Judicial de los Derechos Fundamentales de Solidariedad...Op.Cit*, p.239/240, con resalto:”*En este ámbito resulta de interés subrayar el doble fundamento que ofrece el Tribunal Constitucional para la recepción de la interpretación relativa a los derechos fundamentales, bien cuando se trata de los consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos e interpretados por su Tribunal Europeo bien cuando se refiere a los derechos fundamentales derivados de la integración en la Unión Europea. En el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de su interpretación resulta patente que la recepción en España se produce en virtud del artículo 10.2 de la Constitución; en cambio, en puridad el fundamento constitucional de la recepción de la interpretación de los derechos fundamentales consagrados de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea sería propiamente el artículo 93 de la Constitución.*”

desarrollada en el ítem 4.2 “*Tutela Judicial de los Derechos Sociales por la Jurisdicción Ordinaria*” de este Capítulo, por no ser posible la utilización del «recurso» de amparo, en la defensa de los mismos.

#### **4.1.2 LOS INSTRUMENTOS PROCESALES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BRASIL: ADC, ADI y ADPF (Acción de Declaración de Constitucionalidad, Acción Directa de Inconstitucionalidad y Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental) y su correlación con el desarrollo socio-económico.**

La Constitución brasileña de 1988 amplió significativamente los mecanismos de protección judicial, así como el control de constitucionalidad de las leyes. La Constitución preservó la *representación interventiva*, destinada al contraste de compatibilidad del derecho estadual (Estados miembros de la Federación) con los principios sensibles (CF, art.34, VII c/c art.36, III). Este proceso constituye la causa de la intervención federal, que según el art.36, III y § 1º de la Constitución ha de ser ejecutada por el Presidente de la República. Tradicionalmente es al Supremo Tribunal Federal a quien compete conocer las causas y conflictos entre la Unión y los Estados, entre Unión y el Distrito Federal o entre los Estados entre sí (art.102, I, f, CF/88). Así como en otros países de América Latina, la orden jurídica brasileña no dispone de un solo instrumento para la defensa de los derechos subjetivos públicos, sino de varios. La Constitución consagra el *habeas corpus* como instrumento procesal destinado a la protección del individuo contra actos arbitrarios del Poder Público que importen restricciones al derecho de ir y venir (art.5º, LXVIII). Al lado del *habeas corpus*, la orden jurídica brasileña dispone desde 1934 del *mandado de segurança*, destinado, en la actualidad a garantizar el derecho “*líquido y cierto*” no protegido por *habeas data* o *habeas corpus* (CF/88, art.5º, LXIX, a). El *mandado de segurança* puede ser, igualmente, utilizado por un partido político con representación en el Congreso Nacional, organización sindical, entidad de clase o asociación en funcionamiento con más de un año, en defensa de los intereses de sus miembros (*mandado de segurança coletivo*).<sup>221</sup>

La Constitución de 1988 ha creado, al lado del *habeas data*, que se destina a la garantía del *derecho de autodeterminación sobre las informaciones personales* (art.5º, LXXII) el *mandado de injunción*, remedio especial que puede ser

---

<sup>221</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio y GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional, Op. Cit.*, pp.1051/1052.

utilizado contra la omisión de órgano con poder normativo que impida el ejercicio del derecho constitucional asegurado (art.5º, LXXI) - Hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1988 era el *recurso extraordinario* más importante (también el más antiguo) en el proceso de competencia del Supremo Tribunal Federal - junto al *mandado de injunción* (previsto en el art.5º, LXXI, c/c art.102, I, q) destinado a la defensa de derechos subjetivos afectados por la omisión legislativa o administrativa, la Constitución introdujo en el art. 103,§ 2º, el *proceso del control abstracto de omisión*. Tanto el control abstracto de normas como el *control abstracto por omisión* puede ser instaurado por el Presidente de la República, por la Mesa de la Cámara de los Diputados, Senado Federal, Mesa de una Asamblea Legislativa de un Estado miembro, Gobernador de Estado, Procurador-General de la República, Consejo Federal de la Orden de los Abogados del Brasil, partido político con representación en el Congreso Nacional, confederación sindical o una entidad de clase de ámbito nacional.<sup>222</sup>

Los constitucionalistas brasileños han destacado, de manera general, que el gran cambio se verificará en el ámbito del *control abstracto de normas*, con la creación de la *Acción Directa de Inconstitucionalidad de Ley o Acto Normativo estadual o federal* (art.102, I, a, c/c art. 103, CF/88). Según el art. 103 de la Constitución de 1988, dispone de legitimidad para proponer la *acción de inconstitucionalidad* el Presidente de la República, la Mesa Directora del Senado Federal, la Mesa Directora de la Cámara de los Diputados, la Mesa Directora de una Asamblea Legislativa estadual, el Gobernador de Estado, el Procurador General de la República (representante de la fiscalía federal), el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, partido político con representación en el Congreso Nacional, las confederaciones sindicales o entidades de clase de ámbito nacional. Con eso el legislador constituyente ha reforzado el *control abstracto de normas* en el ordenamiento jurídico brasileño, como peculiar instrumento de *corrección* del sistema geral incidente.<sup>223</sup>. Así, se operó un cambio sustancial en el modelo de control de constitucionalidad hasta entonces vigente en Brasil,

---

<sup>222</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio y GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional, Op Cit.*, pp.1052/1053.

<sup>223</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio y GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional, Op Cit.*, pp.1053/1054. Señala: "Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstracto de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstracto de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de «correção» do sistema geral incidente".

con la ampliación de la legitimación a varios órganos establecidos en la Constitución Federal brasileña.<sup>224</sup>

Enmarcadas entre los mecanismos de *protección judicial efectiva* en Brasil, se encuentran cuatro acciones de ámbito constitucional apropiadas para llevar el control de la constitucionalidad, previstas en los arts. 102, I, “a”; III § 1º y 2º; 103 y § 2º de la Constitución Federal de 05 de octubre de 1988, que son las siguientes: 1ª) ADI, Acción Directa de Inconstitucionalidad; 2ª) ADC, Acción Declaratoria de Constitucionalidad; 3ª) ADI, Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión del Poder Público y 4ª) ADPF, Acción de Cumplimiento de Precepto Fundamental.<sup>225</sup>

La *acción declaratoria de constitucionalidad*, fue creada por la Enmienda Constitucional nº 3, de 17.03.93, dentro de la reforma tributaria de emergencia<sup>226</sup>, que introdujo en el sistema jurídico brasileño de control de constitucionalidad este tipo de acción constitucional. La referida Enmienda Constitucional estableció la competencia del STF para conocer y juzgar la acción declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal, proceso cuya decisión definitiva de mérito tendrá eficacia contra todos y efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial. Se conferió legitimidad tanto al Presidente de la República, a las Mesas Directoras del Senado y de la Cámara de los Diputados como al Procurador General de la República y en cuanto al objeto se limitó al derecho federal. Y con la Enmienda Constitucional nº 45/2004, fue ampliada esta legitimación, estableciéndose que los legitimados son los mismos de la acción directa de inconstitucionalidad.

---

<sup>224</sup> Y en este particular, FERREIRA MENDES, Gilmar *et all*, *Op. Cit.*, asevera, p.1054, que: “A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art.103), permitindo que, praticamente, todas as controversias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”.

<sup>225</sup> Al lado de estas acciones constitucionales, están otras dos acciones de gran repercusión política en el seno de la sociedad brasileña: la *Acción Civil Pública*, origen en el art.129, III da CF/88 y en la Ley 7347/85, sirve para la defensa de los intereses difusos, colectivos y individuales homogéneos, en que están legitimados activamente las personas emnumeradas en el artículo 2º y la *Acción Popular*, creada por la Ley nº4717/65, que objetiva la protección de valores como la moralidad administrativa, el medio ambiente sano (calidad de vida), la defensa del patrimonio histórico, cultural y paisajístico, con legitimación activa individual a los ciudadanos, basta comprobar la condición de elector que ha participado en las últimas elecciones y, por tanto, el pleno ejercicio de la ciudadanía en su acepción de participación política. En cierta forma, estas dos acciones también se destinan a la protección de la Orden Constitucional, según la opinión de MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires y BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional, Op. Cit.*, p.546.

<sup>226</sup> Se incorporaron algunas modificaciones en la Enmienda Constitucional nº 3, con el fin de introducir un tributo sobre movimiento o transmisión de valores y de créditos y derechos de naturaleza financiera.

La Acción Declaratoria de Constitucionalidad para algunos juristas brasileños fortaleció en el ordenamiento constitucional la Seguridad Jurídica, importante para la concepción y la defensa de la tesis de que este valor es de fundamental relevancia como incentivador de inversiones del capital extranjero y de nuevas especificidades económicas en proyectos de desarrollo nacional.<sup>227</sup> Esta acción ha sido utilizada con la finalidad de alejar cualquier duda sobre la legitimidad de una norma

La Acción Directa de Inconstitucionalidad se encuentra establecida en el art.102, I, a c/c art.103 de la Constitución Federal de 1988. Con esta acción constitucional se verificó un gran cambio en el ámbito del control abstracto de la constitucionalidad brasileña, en referencia a la ley o acto normativo federal o estadual. Por tanto, se trata de la más significativa ampliación del derecho constitucional al proponer esta acción directa, que visa la desconstitución de la ley o acto normativo considerado inconstitucional, extirpándole del ordenamiento jurídico nacional.

Vemos, por tanto, que el control abstracto de normas puede ser ejercido tanto por la acción directa de inconstitucionalidad (la más relevante en el sistema de control de constitucionalidad de normas), como por la acción declaratoria de constitucionalidad. Con la ampliación del derecho de proposición de acción directa y la creación de la acción declaratoria de constitucionalidad se reforzó el control concentrado en detrimento del control difuso (a todos los jueces, en concreto, en cada caso particular).<sup>228</sup>

Mientras tanto, ha subsistido un espacio residual expresivo para el control difuso relativo a las materias no susceptibles de examen en el control concentrado, en cuando a la interpretación directa de cláusulas constitucionales por

---

<sup>227</sup> BONAVIDES, Paulo, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, 3ª ed., Malheiros Editores, S.Paulo, 2008, p.308, dice por otra parte que: "A ação direta de constitucionalidade, se, de uma parte, ao parecer de alguns, veio fortalecer no ordenamento constitucional a segurança jurídica, doutra parte, no entender de ponderável plêiade de juristas, significou tão-somente elevada concentração de poder de controle do órgão de cúpula do Judiciário, a expensas do controle difuso; este, por sua natureza, é mais largo, mais aberto, mais achegado à concretização de uma «democracia jurídica»".

<sup>228</sup> LÚCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto, *O controle jurisdiccional da constitucionalidade das leis*, 2ª ed., Ed. Forense, 1968, pp.111/112, el autor señala que el control difuso de constitucionalidad, concreto o incidental, se caracteriza por la verificación de una cuestión concreta de inconstitucionalidad, o sea, de duda en cuanto a la constitucionalidad de acto normativo a ser aplicado en un caso concreto sometido a la apreciación del Poder Judicial por cualquiera un de sus órganos. Es preciso, por tanto, que se trate de una controversia *real, que discurra de una situación jurídica objetiva*. Aunque el control concreto de las normas tiene origen en una relación procesal concreta, constituyendo la relevancia de la decisión. La cuestión constitucional aquí funciona como "*antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre la existencia ou inexistencia de relação jurídica*".

jueces y tribunales, derecho pre-constitucional, controversia constitucional sobre normas revocadas y control de constitucionalidad del derecho municipal frente a la Constitución Federal. Esas cuestiones sólo podían apreciarse en el ámbito del recurso extraordinario, lo que explica la plétora de procesos de este tipo enjuiciados ante el Supremo Tribunal Federal. Y es en este cuadro de incumplimiento del sistema de control directo donde surge la idea de desarrollo del llamado “*incidente de inconstitucionalidad*” que pretendía asegurar a los entes legitimados del art.103 CF/88, la posibilidad de provocar el pronunciamiento del STF sobre controversias constitucionales en las acciones judiciales en curso.<sup>229</sup> Sin embargo, tal instituto no tuvo éxito y las discusiones continuaron. La idea de que el STF podría, al recibir un incidente de inconstitucionalidad, determinar la suspensión del proceso en curso ante cualquier juzgado o tribunal para pronunciar una decisión exclusivamente sobre la cuestión constitucional suscitada, prosiguió acentuadamente. Este instituto renació con la Ley 9.882/99, que reglamentó una acción de naturaleza constitucional, la “*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF*”, acción de incumplimiento de precepto fundamental.<sup>230</sup>

Respecto a la acción de incumplimiento de precepto fundamental (ADPF), su estructura de legitimación, la exigencia de configuración de controversia judicial o jurídica para la instalación del proceso, la posibilidad de su utilización en relación al derecho municipal y al derecho pre-constitucional y al efecto vinculante de las decisiones, refuerza la semejanza con el incidente de inconstitucionalidad. Pero con limitaciones o parámetros de control propio, es decir, arguyendo preceptos fundamentales identificados o identificables en la Constitución Federal y no en toda la Constitución (y con eso, es menos preciso y más restricto que el incidente de

---

<sup>229</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio y GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional, Op Cit.*, pp.1056/57.

<sup>230</sup> MORAES RÊGO, Bruno Noura de, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre/RS, 2003, señala en la p.59 que: “...nota-se visivelmente que a intenção do legislador com a criação das ADPFs incidental e autônoma é uma só: aumentar o controle concentrado, diminuindo o controle difuso”. Y más, por oportuno, la crítica del autor referente a la ADPF incidental, en la p.61: “Ora, pretender mediante lei ordinária criar uma espécie de controle «per saltum» (isto se consideramos, apesar das diferenças já demonstradas, a ADPF incidental um sistema «per saltum») parece ser, no mínimo, uma afronta ao constituinte, já que é a este que se atribui a competência (e sobretudo a responsabilidade decorrente da sua legitimidade) para deliberar sobre os valores «supremacia da Constituição, segurança jurídica e legitimidade para o controle». Em outras palavras, o que o legislador está a fazer é criar um novo instituto que pode garantir ou não a supremacia da Constituição, que teria como intuito garantir a segurança jurídica (barrar a indústria de liminares vista como um problema...), retirando, por via de consequência, do âmbito dos demais órgãos do Poder Judiciário, a competência constitucionalmente atribuída para julgar matéria constitucional. Seria uma tentativa de mudar o controle de constitucionalidade do tipo misto para o modelo concentrado.”.

constitucionalidad, propiamente dicho).<sup>231</sup> También es preciso señalar que, diversamente del incidente de inconstitucionalidad, la ADPF, tal como se encuentra formulada en la Ley 9.882/99, podrá ser utilizada, en casos excepcionales, también de manera principal, asumiendo los rasgos de un recurso de amparo o de una reclamación constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) autónoma del derecho brasileño. Luego, con la institución de esta acción se observan sensibles transformaciones en el sistema del control de constitucionalidad brasileño.<sup>232</sup>

En verdad, las peculiaridades con que es revestida la *acción de incumplimiento de precepto fundamental* realzan que este instituto, por lo que se refiere a la diversidad y a la amplitud de utilización, se revela superior a la fórmula del incidente de inconstitucionalidad. Así, como ha señalado Ferreira Mendes<sup>233</sup>, la ADPF viene a completar el sistema de control de la constitucionalidad de perfil relativamente concentrado en el STF, una vez que las cuestiones, hasta entonces excluidas de la apreciación en el ámbito del control abstracto de normas, pueden ser objeto de examen en el ámbito de este nuevo procedimiento.

La Constitución de 1988 confirió énfasis, por tanto, al modelo concentrado de la constitucionalidad, una vez que todas las controversias constitucionales relevantes pasaron a ser sometidas al Supremo Tribunal Federal, mediante el proceso de control abstracto de normas. La amplia legitimación, la presteza y la celeridad de este modelo procesal, le dota incluso de la posibilidad de suspender inmediatamente la eficacia del acto normativo cuestionado, mediante el pedido cautelar. La amplitud del derecho de propuesta ha hecho que incluso acciones individuales fuesen sometidas al

---

<sup>231</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio y GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional, Op Cit.*, pp.1059.

<sup>232</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio y GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional, Op Cit.*, pp.1060. Estos autores destacan las transformaciones que surgieron a partir de la ADPF: "Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longo anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da «interpretação autêntica» do STF. Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controversia rlevante sobre la legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário. Em terceiro lugar, porque as decisões proferidas pelo STF nesses procesos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. Finalmente, deve-se observar que o novo instituto pode oferecer respostas adequadas para dois problemas básicos do controle da constitucionalidade no Brasil: o controle da omissão inconstitucional e a ação declaratória nos planos estadual e municipal".

<sup>233</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar, *et all, Op. Cit.*, p.1060.

Supremo Tribunal Federal mediante la *acción directa de inconstitucionalidad*. Así, el proceso abstracto de control de constitucionalidad de las normas cumple una doble función en Brasil: es al mismo tiempo instrumento de defensa de la orden jurídica objetiva y de defensa de posiciones subjetivas.<sup>234</sup>

Los cambios que se han producido en el sistema de control de la constitucionalidad brasileño, sin duda alguna, han mejorado significativamente el sistema, tanto por la ampliación de sus hipótesis como por la extensión de la legitimación para propuestas de acciones de espectro constitucional, proporcionando con eso, un incremento valioso para la *seguridad jurídica*, ya que se perfeccionan las interpretaciones del texto constitucional y la uniformidad de su aplicación y de compatibilización con las normas legales y los actos administrativos. Con eso, se puede afirmar que el aumento de la *seguridad jurídica* contribuye a difundir sus efectos socios-económicos en el seno de la sociedad sobre todo, con especial referencia en esta tesis doctoral, en cuanto a los agentes que participan de los arreglos y transacciones económicas tanto a nivel de las organizaciones empresariales como de la administración pública o incluso de los propios consumidores. La certeza de aplicación de las normas constitucionales para garantizar ampliamente derechos fundamentales y la conocida interpretación resultante de las maniobras sucesivas de estas acciones constitucionales, están protegiendo de manera adecuada estos mismos derechos fundamentales como son la salud, la educación, saneamiento básico y resto de derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos de tercera generación, y por consiguiente, producirán estímulos en las inversiones económicas con el efecto benéfico de la *seguridad jurídica*. Por el contrario, los empresarios y los agentes económicos en general, no se sintieron a gusto y tranquilos al hacer grandes inversiones en una realidad social cuyo sistema de derecho no posee nivel satisfactorio de *seguridad jurídica* o porque el sistema de control de la constitucionalidad presenta problemas de difícil solución, simplemente porque sus patrimonios no estarían debidamente protegidos, sobre todo en la actualidad, con la crisis global de la economía, por lo que exigen mayores garantías y precauciones a la hora de decidir dónde y cuánto invertir.

Por tanto, la certeza que surge con esta hipótesis, es que la *seguridad jurídica*, obtenida en Brasil, con los cambios y mejorías del sistema de control

---

<sup>234</sup> FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio y GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional, Op Cit.*, pp.1062.



de la constitucionalidad, se reviste de una importante contribución para crear un ambiente favorable al crecimiento del mercado consumidor y para mejorar la calidad de vida del pueblo brasileño e incrementar tanto su poder de compra como el de las inversiones de los empresarios y de los demás agentes económicos que participan en la cadena de producción. Y esto, inevitablemente, desencadena un crecimiento de la economía brasileña en niveles bastantes significativos.<sup>235</sup>

#### **4.2 LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA JURISDICCIÓN ORDINÁRIA**

Intentaremos aportar ahora, desde una perspectiva comparativa, la protección judicial de los derechos sociales en Brasil, España y otros países, con la preocupación de mostrar los diferentes tipos de tutelas judiciales que se practican en diversos países, sus peculiaridades y sus características distintivas.

En relación a la realidad brasileña, aunque ya hemos hecho especiales consideraciones con respecto a la tutela judicial de los derechos sociales, en el tema *“el control de las políticas públicas por la Justicia brasileña como factor de desarrollo socio-económico”*<sup>236</sup>, haremos algunas consideraciones más en defensa de esta tesis respecto a las *acciones civiles públicas*, con la intención de demostrar la contribución de la Justicia a la hora de proteger los derechos humanos de tercera generación.

Comenzaremos por la realidad española, quizá por ser la más difícil de desarrollar y porque sólo es posible apreciarla a través de medios indirectos debido a la ausencia de mención expresa de la misma en el texto constitucional. Las normas de la Constitución española sobre el Poder Judicial parten de la base de que existen distintos tipos de procesos o modelos de actividad procesal (art. 117.3, CE). Alguno de ellos, como el proceso penal (que no es nuestro objeto de estudio) es mencionado en el propio texto constitucional. También se parte de manera explícita en el texto constitucional, en relación a otro clásico factor de diversidad procesal, de la

---

<sup>235</sup> En 2010 el crecimiento del PIB brasileño fue superior al 7% y las reservas cambiales en la actualidad superan US\$ 350 mil millones de dólares americanos, según datos de la Banca Central brasileña. Puede consultarse en [www.bacen.gov.br](http://www.bacen.gov.br).

<sup>236</sup> Ver el ítem 3, Cap. IV, de esta Tesis.

existencia de diferentes organismos jurisdiccionales especializados. Es verdad que la Constitución no se refiere expresamente a las jurisdicciones civil, penal, o social en esta acepción orgánica o subjetiva, pero es no menos cierto que la “*jurisdicción contencioso-administrativa*” es mencionada en el art. 153.c, a propósito del control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas, aunque se observa la referencia constitucional en este tipo de jurisdicción.<sup>237</sup> En verdad, la pluralidad de cauces procesales y de organismos jurisdiccionales especializados forma parte no sólo de las presuposiciones implícitas de la norma fundamental, sino de sus previsiones normativas expresas. Este reconocimiento en la propia Constitución de una cierta diversidad en la actividad procesal y en la estructura jurisdiccional ha sido objeto de la atención de Martín Valverde, en el estudio de la jurisdicción social, en que él resalta la relación del proceso civil con la jurisdicción social.<sup>238</sup>

Es necesario inicialmente hacer algunas consideraciones previas con respecto a las órdenes de la jurisdicción en el ordenamiento español, que han sido puestas en circulación definitivamente en el Derecho español con la Ley Orgánica del Poder Judicial – LOPJ y con la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial – LDPJ. La función en el sistema judicial español de este concepto es precisamente, la de hacer compatible la *unidad jurisdiccional* con una cierta diversidad de procesos y organismos jurisdiccionales especializados. El presupuesto lógico de dicha especialización es la delimitación de un ámbito o campo competencial determinado. Y la delimitación, que puede efectuarse en principio con arreglo a criterios objetivos o materiales diversos, se lleva a cabo por referencia a distintos sectores del ordenamiento o ramas del Derecho. Tal como está configurado en la legislación española, el orden jurisdiccional implica también la existencia de procedimientos o itinerarios procesales diferentes para cada uno de ellos, como una nota típica del mismo en el ordenamiento español, en el que distintos órdenes jurisdiccionales conocen de distintas materias contenciosas por medio de distintos tipos de procesos. Un orden jurisdiccional es así, en síntesis, un conjunto de órganos judiciales especializados en el conocimiento y

---

<sup>237</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, “La Constitución y Orden Jurisdiccional Social”, in *Constitución y Justicia Social*, Consejo General del Poder Judicial/Centro de Documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, V, Madrid, 2003, pp.237-257, en especial pp.237 a 240.

<sup>238</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, “La Constitución y Orden Jurisdiccional Social”, *Op. Cit.*, pp.240/241. Para este autor el procedimiento laboral y la jurisdicción social cuenta con muy sólido apoyo en el ordenamiento constitucional vigente: “*la propia referencia genérica en el art.117.3 de la Constitución a «todo tipo de procesos» sin mención expresa del proceso civil permite suponer que el elenco de los mismos no se agota en los modelos originarios, sino que se amplía a otros procesos consolidados en la legislación española, como el proceso laboral.*”

resolución de un tipo determinado de litigios delimitados por razón de la materia. O con otras palabras, “*un orden jurisdiccional es una estructura de órganos especializados ordenada territorial y jerárquicamente para la resolución de litigios en distintas ramas del Derecho.*”<sup>239</sup> Así, el ámbito de actuación de cada orden jurisdiccional se corresponde, además de con las ramas grandes del ordenamiento jurídico, con distintos tipos de procesos adaptados a las exigencias particulares de unos y otros litigantes o partes procesales, y de unos y otros litigios o controversias.

Mientras sea una *jurisdicción única* en España, se distinguen en el sistema judicial español cuatro órdenes de la jurisdicción: el civil, el penal, el contencioso-administrativo y el social. A ellos se refieren las normas generales de competencia material del art.9 de la LOPJ, los preceptos sobre extensión y límites de la jurisdicción. Además, de acuerdo con la LOPJ, la *jurisdicción social* se encuentra integrada en el conjunto del sistema judicial, como uno de los cuatro órdenes jurisdiccionales ordinarios: el orden *jurisdiccional social*. Las características de la jurisdicción social en España son: a) es un *orden jurisdiccional* dotado de una estructura compleja de juzgados y tribunales especializados, que se integra en el conjunto del sistema judicial; b) la *peculiaridad de las normas del procedimiento laboral*, tanto la legitimación y la postulación en el proceso, como la ordenación de los actos procesales, así como el régimen de los recursos, cuentan ciertamente con un amplio acervo de reglas procesales particulares que persiguen las siguientes metas: 1. la facilitación económica y jurídica del acceso a la jurisdicción, 2. la rapidez del procedimiento laboral; 3. el refuerzo de las medidas de ejecución; c) la inclusión en la misma de dos tipos de procesos de naturaleza diversa: *el proceso laboral* en sentido estricto y *el proceso de Seguridad Social*, que aparece como una variante cualificada del proceso civil. Por otro lado, el proceso de seguridad social es un proceso revisor de actos administrativos, establecido para enjuiciar la legalidad de las resoluciones de organismos públicos que afectan a la acción protectora de asegurados o beneficiarios de prestaciones sociales.<sup>240</sup>

---

<sup>239</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, “La Constitución y Orden Jurisdiccional Social”, *Op. Cit.*, pp.244/245. Este autor afirma en las pp.245/246, que el concepto de orden jurisdiccional en el ordenamiento jurídico español está inspirado seguramente en el ordenamiento francés, aunque en Francia existen dos tipos de jurisdicciones, mientras que en España sólo una, ya que la *jurisdicción es única*.

<sup>240</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, “La Constitución y Orden Jurisdiccional Social”, *Op. Cit.*, pp.250. Señala que el proceso de seguridad social participa de las mismas características que definen a los procesos del contencioso-administrativo.

Es necesario no olvidar que en la orden jurisdiccional española la protección judicial de los derechos sociales (en sentido amplio) ocurre tanto a través de la *jurisdicción social* como de la *jurisdicción del contencioso-administrativo*.<sup>241</sup> La primera se refiere a la defensa de los derechos laborales y de seguridad social y la segunda a otras materias, por ejemplo, relativas a la educación, vivienda, urbanismo y ordenación del territorio. Esto quiere decir que en caso de conflicto respecto a lo determinado por estas regulaciones, es preciso recurrir al *proceso*, el cual permite resolver las controversias que se plantean con carácter tendencialmente irrevocable, con la matización importante de que en estos casos una de las partes en conflicto suele ser una Administración Pública en el ejercicio de sus potestades.

También hay que señalar la importancia de la *acción pública* como *acción popular en materia de urbanismo y patrimonio histórico*, como un instrumento de actuación de los ciudadanos en defensa de un derecho fundamental de tercera generación en España. En principio, el verdadero sentido de la expresión «acción pública» ha sido identificado unánimamente por la doctrina y la jurisprudencia ya que, por una parte, se persigue una finalidad pública, ni más ni menos que el control del cumplimiento de las normas jurídicas, pero sobre todo, por otro lado, porque cualquiera puede ejercitála (*quivis ex populo*). La acción popular es acogida en la propia Constitución española en el artículo 125, dentro del Título VI relativo al Poder Judicial, si bien con una referencia directa a la más usual acción popular del proceso penal.<sup>242</sup>

Algunos órganos son específicamente constituidos por la Constitución española para la defensa del interés público y, en definitiva, de la legalidad. En este sentido podríamos hablar de la acción pública como la ejercitada por la Fiscalía con la finalidad de propiciar la protección a través del proceso de legalidad urbanística y del patrimonio histórico, artístico y cultural. Nada dice expresamente la legislación urbanística ni la reguladora del patrimonio histórico sobre ello, pero lógicamente se ha

---

<sup>241</sup> La Ley nº 29/1998, de 13 de julio es la reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que posee la misión de controlar la legalidad de la actividad administrativa, garantizando los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración, se trata del control judicial de la actuación administrativa.

<sup>242</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, “La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico”, in *Revista del Poder Judicial*, nº66, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, segundo trimestre 2002, pp.513-554, en especial pp.515/517. Resulta oportuno el art.125, CE:”Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”.

defendido la necesidad de tal intervención en ellos para procurar la protección del interés general cuya defensa le corresponde por mandato constitucional (art.124, CE).

Se nota que la *acción popular* es acogida en la propia Constitución española en el artículo 125, dentro del Título VI relativo al Poder Judicial. Es destacable, como dice LORENZO BUJOSA<sup>243</sup> la vinculación que el propio texto constitucional establece entre la acción popular y la participación popular, en que ocurre la participación directa de la colectividad en la actividad pública, la cual puede concretarse, por un lado, en el momento de elaboración de las disposiciones administrativas (art. 105.a, CE),<sup>244</sup> y por otro, en el momento de la aplicación de estas disposiciones por medio de la *acción popular* en el proceso administrativo en España. O dicho de otro modo, una apertura a la participación popular en el ejercicio de la potestad jurisdiccional permitiendo su puesta en marcha por cualquier persona, a través de la *acción popular*.

Con respeto al polémico tema de considerar la *acción popular* como derecho fundamental o no, y en este caso no admitir que su vulneración en principio no debería conllevar el acceso al recurso de amparo constitucional, importa observar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, pues así obtendremos una la mejor respuesta. Y es que las decisiones del mencionado Tribunal han producido una «fundamentalización» indirecta de la acción popular a través del art. 24 de la Constitución española, básicamente por dos vías distintas: la *primera* es la de entender incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva el acceso a la jurisdicción para aquellos casos en que la acción popular sirve como vía para la tutela de un interés procesal, aunque sea común a otros interesados (STC 62/1983); la *segunda* es la que entiende que, entre los derechos e intereses legítimos para los que, como derecho fundamental, se tiene el de recabar la tutela judicial efectiva, figura el de ejercitar la acción popular (STC 147/1985).<sup>245</sup> Pero, no obstante, se ha presentado el argumento de que la *acción popular* no constituye un derecho fundamental porque lo que hace el legislador ordinario es abrir determinados procesos a cualquier persona que quiera actuar en ellos como parte activa para propugnar el cumplimiento de la legalidad en un sector determinado del

---

<sup>243</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, “La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico”, *Op. Cit.*, p.518.

<sup>244</sup> Art.105.a de la CE: “La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten”.

<sup>245</sup> PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, pp225-285 y LATORRE LATORRE, V., *Acción popular/Acción colectiva*, Madrid, 2000, pp.13-51.

ordenamiento, precisamente por considerar que la específica naturaleza de los intereses implicados y objetivados en esas normas permite una posición más activa de los ciudadanos, organizados o no, a favor de su protección.<sup>246</sup> Defendemos la posición doctrinal contraria, como ha hecho FÉRNANDEZ DE VELASCO, pues entendemos que las jurisprudencias del Tribunal Constitucional español han admitido la ampliación y una cierta apertura del sistema constitucional, conformando la *acción popular* como un derecho subjetivo, cuyo contenido no es personal, pero sí lo es su ejercicio. De esta forma habría un *derecho abstrato en el ejercicio de la acción popular de los ciudadanos españoles* en determinados procesos ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero una tutela objetiva en el caso del orden urbanístico o de los bienes históricos, artísticos y culturales.

Resulta oportuna la sentencia del TC de 23 de mayo de 1990:

*“La acción se otorga por la ley sin condicionamiento de ninguna clase y precisamente, por ser pública no tiene que basarse en un interés personal, directo, legítimo, sino que basta que se invoque el interés general en el mantenimiento de la legalidad urbanística”*

O como dice en otras palabras, la STS – Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 4 de octubre de 2001:

*“el reconocimiento de la acción pública supone que la relación especial entre el titular de la acción y el objeto del proceso en que la legitimación consiste viene automáticamente reconocida, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito”.*

Así, parece indudable que el interés sea común para todos, ya que implica la defensa del interés general reconocido en las normas jurídicas. Pero, al menos de manera indirecta, en estos casos, este interés común podría significar la defensa de un interés *legítimo y personal*, pues la defensa de un interés personal se hace sosteniendo el interés común, aún cuando el interés personal no sea directo.<sup>247</sup>

---

<sup>246</sup> PÉREZ GIL, J. *La acusación popular*, Op, Cit., p. 205.

<sup>247</sup> También la llamada acción pública, entendida como *acción popular*, puede ser útil para que cualquier persona inste la tutela de estos bienes jurídicos a través de la actuación de los órganos jurisdiccionales penales.

En cuanto al objeto de esta *acción popular*, cabe la cuestión de que también podría instarse por esta vía la condena de la Administración a la ejecución de las prestaciones de hacer a la que la Ley obliga (art.32 LJCA) e incluso la declaración de contraria a Derecho de la actividad de la Administración que constituya vía de hecho y el cese de la actividad y la adopción de medidas protectoras; pero es mucho más discutible que la acción popular permita pretender el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas y la adopción de medidas adecuadas para el restablecimiento de las mismas, como sería por ejemplo la indemnización de los daños y perjuicios (art.31.2 LJCA). Esta última pretensión no concordaría bien con la ausencia en las acciones populares de situaciones individuales que proteger. Tal posición es la admitida por la doctrina y la jurisprudencia y se ajusta a los postulados clásicos.

Llama la atención lo que ocurre en aquellos ordenamientos en que, a pesar de utilizar la denominación *acción popular*, lo que realmente se regula son auténticas acciones colectivas en defensa de intereses difusos, como ocurre en el Derecho brasileño, el colombiano o el portugués, en cuyos ordenamientos, la apreciación de posiciones subjetivas de ventaja afectadas, aunque sean difusas, permite el ejercicio de pretensiones de carácter resarcitorio normalmente dirigidas a financiar fondos previstos para la protección de los intereses implicados, entre los que expresamente se contempla, por ejemplo, la protección del medio ambiente o del patrimonio cultural. Pero en España, es diferente, pues el ejercicio de la acción popular nunca implica el ejercicio de la pretensión civil de resarcimiento. Mientras, empieza a suscitar dudas cuando esta vía se utiliza para la protección de intereses supraindividuales que pueden permitir resarcimientos genéricos, que podrían atribuirse quizás a la Administración competente, siempre que no fuera ella misma la generadora del daño al patrimonio cultural o al medio ambiente.<sup>248</sup>

En lo referente al objeto de los procesos en que se ejercite la acción popular es posible acumular objetos procesales, es decir, determinar quién ocupa una posición subjetiva suficientemente diferenciada como para que se le reconozca su legitimación ordinaria, además de alegar el interés personal cuya defensa se pretende, alegando el ejercicio de la acción popular si se está en uno de los supuestos materiales

---

<sup>248</sup> PÉREZ MORENO, A., *La acción popular en materia de urbanismo*, RDU, 1969, nº 15, p.90. Señala que: “En este sentido, y sólo con este alcance, podría configurarse el recurso objetivo de plena jurisdicción”.

que la ley permite, como ha dicho la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 24 de enero de 2001:

*“En las sentencias de esta Sala de 5 de julio de 1999 y de 21 de febrero de 2000 hemos declarado que es compatible la legitimación por acción pública reconocida en el artículo 304 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992, equivalente al antiguo artículo 235 del Texto Refundido de 9 de abril de 1976, con la posesión en quien ejercita de un interés que le legitime por interés directo y legítimo, conforme el artículo 28.1 «a» de la LJCA”.*

Todo ello para prevenir que eventualmente el órgano jurisdiccional no aprecie tal legitimación ordinaria y ello conlleve su exclusión como parte legitimada en ese proceso.

Otra cuestión que se puede plantear, con una perspectiva distinta, es la *acción pública como vía para la protección de los intereses difusos*. Se afirma que el fundamento de la *acción popular urbanística* es la protección del uso común del dominio público urbano, o, respecto a la defensa del patrimonio histórico, como se ve en el preámbulo de la Ley 16/1985<sup>249</sup>. Y la *Convención de las Naciones Unidas para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972*, tiene como objeto la regulación del régimen internacional de ciertos bienes del patrimonio cultural y natural que presentan un interés excepcional que exige su preservación en tanto que elementos del patrimonio de toda a humanidad. En este caso el legislador ordinario español considera importante no impedir el acceso a la jurisdicción a la propia sociedad para que participe en la protección procesal de estos bienes; con eso, se observa el carácter de protección de interés de grupo, supraindividuales, colectivos, difusos, cuya atención a la participación de la propia colectividad se ve afectada en el proceso por la propia ley.

---

<sup>249</sup> Preámbulo de la Ley 16/1985: “*el Patrimonio Histórico Español es una riqueza colectiva que contiene la expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona estima que como elemento de identidad cultural, merece la sensibilidad de los ciudadanos. Porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando*”.



Parece clara la necesidad de superación de las tradicionales vías de acceso a la justicia, como dice Mauro Capelletti en su afamada obra<sup>250</sup> cuando describe la tercera ola que caracteriza el acceso de los ciudadanos a la justicia en el momento histórico actual, la ampliación de la legitimación y la protección judicial de los intereses colectivos y difusos. Es evidente que la protección de estos derechos, es facilitado por el Derecho Procesal, a través del ejercicio colectivo de estos intereses de grupo, supraindividuales, colectivos o difusos, a menudo relacionados con los llamados derechos de tercera generación y conectados con el principio de la solidaridad.<sup>251</sup> Con estos presupuestos resulta fácil la lectura de las acciones públicas en el proceso administrativo como vías para la protección de intereses estrictamente supraindividuales o difusos, es decir, de estos intereses subjetivamente indeterminados y objetivamente referidos a bienes, no susceptibles de apropiación exclusiva.

Según Lorenzo Bujosa, refiriéndose a la realidad española, la vía adecuada para tales intereses no debería ser en puridad la acción popular sino la legitimación colectiva o supraindividual:

*”la acción popular teóricamente no debería servir para defender posiciones subjetivas de ventaja...con una regulación amplia del acceso a la jurisdicción que permita el inicio de procesos por parte de los principales interesados, como son las asociaciones constituidas para la defensa del patrimonio cultural o el ambiente, podría propugnarse una sustitución de la acción popular por una acción colectiva, en la que no se alegara el retórico mero interés a la legalidad, sino el real interés en la defensa de los bienes culturales o ambientales”.*<sup>252</sup>

Resulta sorprendente la jurisprudencia del STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 22 de abril de 2002, referida a la impugnación

---

<sup>250</sup> CAPELLETTI, Mauro, *Acesso à Justiça*, (traducción de Ellen Gracie Northfleet), Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp.67/73.

<sup>251</sup> Ver ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Madrid, 2002. Y PÉREZ LUNO, A. E., *Las Generaciones de Derechos Humanos*, RCEC, nº 10, 1991, pp.203-217.

<sup>252</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, “La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico”, *Op. Cit.*, p.538/539. Además la inconveniencia de utilizar la acción popular está en que el ciudadano tendrá que demostrar las razones que le impulsaron a defender unos «derechos» comunes o generales (STS «Sala de lo Penal», de 22 de diciembre de 2001)

de actos de los que depende la eficacia de un convenio para la instalación de un vertedero de residuos sólidos urbanos y planta de reciclaje y compostaje, cuando afirma:

*“el ciudadano que ejercita la defensa de un interés difuso puede estar defendiendo su propio círculo vital afectado, cuyo ámbito permite definir el concepto constitucional de interés legítimo. Por ello este Tribunal está abriendo caminos al reconocimiento de este tipo de legitimación cuando se aprecia un punto de conexión con el círculo vital de intereses de la corporación, asociación o particular recurrente. Frecuentemente, este punto de conexión son las relaciones de vecindad”.*

Observase así, la gran difuminación de los intereses que se pretende proteger y su habitual indiferenciación con los intereses generales e incluso con los decididamente públicos. En verdad, los llamados intereses difusos se presentan como una nueva forma de observar los intereses generales en la que la participación social es determinante para la efectividad de su protección.

La tutela judicial de los derechos sociales e incluso de algunos derechos tercera generación por la jurisdicción ordinaria en España, vía directa y inmediata por los ciudadanos, creemos que es posible a través de algunas normas contenidas en leyes administrativas, como la Ley de Costas o la Ley de Patrimonio Histórico que acogen la posibilidad de acciones populares en el proceso administrativo así como en algunas normas de ámbito autonómico que recogen simplemente la apertura procesal establecida en la norma de ámbito estatal. En todas estas normas el legislador ha manifestado la necesidad de superar ampliamente las limitaciones para acceder a los órganos jurisdiccionales para favorecer precisamente el control del cumplimiento de los respectivos conjuntos normativos específicos, conectadas con el Derecho urbanístico, defensa del Patrimonio Histórico y protección de la naturaleza,<sup>253</sup> aunque, no existe aún en España una legislación que tutele una específica acción popular dirigida a la tutela directa del medio-ambiente.

---

<sup>253</sup> Como algunas leyes reguladoras del régimen específico de algunos parques naturales, por ejemplo, el art.11 de la Ley 91/1978, de 28 de diciembre, sobre el Parque Nacional de Doñana; el art.13 de la Ley 25/1980, del Parque Nacional de las Tablas de Daimiel; art.17 de la Ley 3/1981, del Parque Nacional de Garajonay, entre otros.

Sin embargo, es válido citar aquí algunos casos en que el ciudadano podrá recurrir al Poder Judicial directamente para defender estos intereses colectivos o difusos, como en el art.304.1 del Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobada por Rdleg. 1/1992, de 26 de junio: *“Será pública la acción para exigir ante los Órganos administrativos y los Tribunales Contencioso Administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos, Normas y Ordenanzas”*. Como puede observarse, se permite el ejercicio de la acción popular frente a cualquier actuación administrativa contraria a la normativa urbanística, incluida las infracciones urbanísticas por inactividad. Otro ejemplo, se encuentra en la protección de la regulación relativa a las Costas, en el art.109.1 de la Ley 22/1998, de 28 de julio que utiliza expresiones muy similares a las del precepto anterior: *“Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten en su desarrollo y aplicación”*. Finalmente, tenemos otro ejemplo en la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Nacional, art.8.2: *“Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español”*.

En cuanto a la protección del patrimonio cultural a través del proceso jurisdiccional en España, hay que observar que la preponderancia de la intervención pública obliga a que el orden jurisdiccional aplique normas relativas al patrimonio cultural, por los Juzgados y Tribunales del llamado *«contencioso administrativo»*, con base en la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, haciendo efectiva la protección de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los particulares. Pero también la tipificación de ciertas conductas, no sólo en el Código Penal, sino también en alguna norma penal especial como las contenidas en la Ley de Contrabando, hace que la protección de los bienes culturales a través del proceso deba tener en cuenta la actuación de los Juzgados y Tribunales Penales.<sup>254</sup>

Algunas características esenciales de estos intereses, implicados en la protección jurisdiccional del patrimonio cultural a través del proceso jurisdiccional,

---

<sup>254</sup> Esta protección por la jurisdicción penal, no será desarrollada aquí, por no guardar relación con el objeto de la presente Tesis Doctoral, centrada más en los aspectos de la jurisdicción no penal (constitucional, civil y del contencioso administrativo).

han sido apuntadas por la doctrina<sup>255</sup>, que reproducimos sintéticamente: a) los derechos subjetivos e intereses legítimos implicados tienen un *componente conflictivo*: la misma noción de protección pública del patrimonio conlleva limitaciones a un propietario o un grupo de propietarios en su situación subjetiva individual. El proceso se convierte así en un sucedáneo para la armonización de estos conflictos, con el agravante de que los criterios legales a aplicar no siempre son ciertos e indiscutibles, sino que conllevan un cierto grado de discrecionalidad; b) la relativa *heterogeneidad de intereses implicados*, en esta materia hay un predominio del interés público y de la intervención pública, pero no puede negarse la vertiente social que se expresa en la participación de grupos ciudadanos, organizados no sólo en los ámbitos administrativos, sino especialmente en el proceso mismo. Todavía hay otra vertiente más que es la estrictamente individual, más mitigada en este sector, a diferencia de otros como el del consumo, pero que permite también que derechos e intereses individuales sean defendidos en estos procesos; c) la *interdisciplinariedad* de la materia, que se refleja no sólo entre distintos y lejanos ámbitos del conocimiento, sino entre diversos sectores del Derecho, en sus varias especialidades jurídicas dedicadas a la protección del patrimonio cultural. Recordemos que la actividad jurisdiccional es la garantía del ordenamiento jurídico, el modo de concretar esta garantía será distinto según la rama del Derecho que los tribunales deban aplicar.

Inserto en la protección jurisdiccional del patrimonio cultural a través del proceso jurisdiccional se encuentra en el artículo 8.2 de la Ley 16/1985 de 25 de junio, la llamada «acción pública» para la defensa de los bienes integrantes del patrimonio histórico español.<sup>256</sup> Se trata de una norma no muy distinta a otras contenidas en leyes administrativas especiales, como la Ley de Costas, la Ley del Suelo, o las reguladoras del régimen específico de algunos parques naturales; de hecho el patrimonio histórico aparece en la jurisprudencia frecuentemente conectada a problemas urbanísticos o ecológicos.<sup>257</sup>

---

<sup>255</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, “La Protección Jurisdiccional del Patrimonio Cultural”, in *História de la Propiedad, Patrimonio Cultural, III Encuentro Interdisciplinar*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores/Fundacion Beneficentia Et Peritia Iuris, Madrid, 2003, pp.408-439, en especial p.410.

<sup>256</sup> Art.8.2, Ley 16/1985:”Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español”.

<sup>257</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, “La Protección Jurisdiccional del Patrimonio Cultural”, *Op.Cit.*, p.412, destacamos:“En todas estas normas el legislador ha manifestado la necesidad de superar ampliamente las limitaciones para acceder a los órganos jurisdiccionales para favorecer precisamente el control del cumplimiento de los respectivos conjuntos normativos específicos”.

De pronto surge la cuestión, que no es sólo terminológica, sobre esta *acción judicial*, que es *pública*, en primer lugar, por la finalidad perseguida con ella, que es pública (el control del cumplimiento de las normas jurídicas) y en segundo lugar, en el sentido de que cualquiera puede ejercitarla (*quivis ex populo*), aunque con algunas matizaciones.<sup>258</sup> Este carácter está implícito en esta acción, pues cualquier persona puede iniciar el procedimiento y proceso administrativo, en lo que los procesalistas conocen como «*acción popular*», es decir, aquella que permite la defensa de un mero interés a la legalidad, sin necesidad de alegar una posición subjetiva específica lesionada o amenazada.<sup>259</sup> Así, el actor popular al actuar en el proceso defiende un interés común de la colectividad. Incluso, con el objeto de acoger la acción popular en el amplio contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y permitir así su control por vía del recurso de amparo, en una famosa sentencia, la número 62 de 1983, el Tribunal Constitucional apreció que la defensa de este interés común podía significar, por lo menos en ocasiones, la defensa de un interés legítimo y personal, pues la defensa del interés personal se hace sosteniendo el interés común, aún cuando ese interés personal no sea directo. Por tanto, se nota la inevitable relevancia colectiva de la defensa del patrimonio histórico, cultural o artístico, como se deduce de la propia Exposición de Motivos de la Ley 16/1985<sup>260</sup> y de diversos textos internacionales en esta materia.<sup>261</sup>

En consecuencia, se percibe que el propio legislador considera importante facilitar el acceso a la jurisdicción a la propia sociedad para que participe en la protección procesal de estos bienes, con lo cual se puede conectar con una problemática de hondas resonancias especialmente en el Derecho comparado. Así, se ha hablado desde hace tiempo de la protección de intereses de grupo, supraindividuales,

---

<sup>258</sup> Además la utilización del adjetivo «público» no deja de tener un claro carácter anfibológico, pues remite también al poder público, al ejercicio de funciones constitucionales, entre las que se encuentran las de algunos órganos específicamente constituidos para la defensa del interés público, y en definitiva, de la legalidad, a través del proceso.

<sup>259</sup> Como consta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1990: “*La acción se otorga por la ley sin condicionamiento de ninguna clase y precisamente, por ser pública no tiene que basarse en un interés personal, directo y legítimo, sino que basta que se invoque el interés general en el mantenimiento de la legalidad urbanística*”.

<sup>260</sup> El Preámbulo de la Ley 16/1985 declara: “*el Patrimonio Histórico Español es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos. Porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando*”.

<sup>261</sup> *Ad exemplo*, la Convención de las Naciones Unidas para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972, tiene como objeto la regulación del régimen internacional de ciertos bienes del patrimonio cultural y natural que “*presentan un interés excepcional que exige su preservación en tanto que «elementos del patrimonio mundial de toda la humanidad»*”.

colectivos, difusos, en atención a la participación de la propia colectividad afectada en el proceso.<sup>262</sup>

La actuación en juicio de cualquier persona en búsqueda de la protección del patrimonio histórico, cultural o artístico español, a través del proceso, se hace por medio de la *acción popular*, la acción que permite la defensa de un mero interés a la legalidad, sin alegar una posición subjetiva específica lesionada o amenazada. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de mayo de 1990:

*“la acción se otorga por la ley sin condicionamiento de ninguna clase y precisamente, por ser pública no tiene que basarse en un interés personal, directo y legítimo, sino que basta que se invoque el interés general en el mantenimiento de la legalidad urbanística”.*

También la STS (Sala de Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 4 de octubre de 2001:

*“el reconocimiento de la acción pública supone que la relación especial entre el titular de la acción y el objeto del proceso en que la legitimación consiste viene automáticamente reconocida, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito”.*

Por tanto, el actor popular al actuar en el proceso defiende un interés común de la colectividad. O en otras palabras, implica la defensa del interés general reconocido en las normas jurídicas. Además, el Tribunal Constitucional apreció, en la sentencia nº 62 de 1983, admitido su control por vía del recurso del amparo, que la defensa de este interés común podía significar, por lo menos en ocasiones, la defensa de un interés legítimo y personal, pues la defensa del interés personal se hace sosteniendo el interés común aún cuando ese interés personal no sea directo. Se percibe así la inevitable relevancia colectiva de la defensa del patrimonio histórico, cultural o artístico, además tal

---

<sup>262</sup> Ver, por ejemplo CAPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant, *Acess to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1978; BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, *La Protección Jurisdiccional de los Intereses de Grupo*, J.M.Bosch Editor, Barcelona, 1995 (2ª impresión, 2006).

protección se deduce de la propia Exposición de Motivos de la Ley nº 16/1985<sup>263</sup>, y en esta protección el propio legislador considera importante facilitar el acceso a la Jurisdicción a la propia sociedad para que participe efectivamente en la defensa procesal de estos bienes o valores. Con eso, se hace clara la necesidad de superar las tradicionales vías meramente individuales de acceso al proceso, facilitando el Derecho Procesal el ejercicio colectivo de estos intereses a menudo relacionados con los llamados derechos de la *tercera generación* y conectados con el principio de *solidaridad*.<sup>264</sup>

En efecto, se puede constatar en el art.8.2 de la Ley nº 16/1985, una vía adecuada para la protección de intereses supraindividuales, es decir, de estos intereses subjetivamente indeterminados y objetivamente referidos a bienes, no susceptibles de apropiación exclusiva, bienes indivisibles. Así lo han reconocido algunos ordenamientos como el brasileño, el portugués, el colombiano y en España algunas sentencias<sup>265</sup>, proferidas en acción pública o popular, donde sobresale la alegación de las razones que impulsan al accionante para defender unos derechos comunes o generales. Para Bujosa Vadell, la vía adecuada para tales intereses no debería ser en puridad la acción popular sino la legitimación colectiva o supraindividual, pues el procesalista salmantino se posiciona en el sentido de que la acción popular teóricamente no debería servir para defender intereses legítimos, aunque la existencia en el ordenamiento de artículos como el que estamos comentando han servido para superar en la práctica interpretaciones estrictas de las exigencias legitimatorias; con una regulación amplia del acceso a la jurisdicción que permitiera el inicio de procesos por parte de los principales interesados, como son las asociaciones constituidas para la defensa del patrimonio cultural podría propugnarse una situación de la acción popular por una acción colectiva,

---

<sup>263</sup> Exposición de Motivos de la Ley nº 16/1985: "el Patrimonio Histórico español es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos. Porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando".

<sup>264</sup> Ver Cap. I de esta Tesis Doctoral.

<sup>265</sup> *Ad exemplum*, la sentencia de 23 de mayo de 2000 del TSJ de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo): "siendo el fundamento de esta atribución «popular» de la acción, la cotitularidad por todas las personas del interés social difuso en promover la defensa y obtener la observancia de la legalidad urbanística como cauce de satisfacción del interés general en la utilización no especulativa del suelo". Y STS (Sala de lo Penal), de 22 de diciembre de 2001.

en la que no se alegara el retórico mero interés a la legalidad, sino el real interés en la defensa de los bienes culturales <sup>266</sup>

Además, el artículo 8.2 de la Ley nº 16/1985 debe ser conectado con otro precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial: el artículo 19.1, el cual, sin distinción de órdenes jurisdiccionales, y por tanto, con aplicabilidad al proceso administrativo, establece que “*los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos por la ley*”.<sup>267</sup>

En verdad, los llamados intereses difusos se presentan como una nueva forma de observar los intereses generales en que la participación social es determinante para la efectividad de su protección, aunque frecuentemente concurra en ella con órganos públicos.<sup>268</sup> En definitiva, la acción popular actúa más bien como una acción colectiva, lo determinante debiera ser el interés legítimo que se pretende defender, aunque se trate de un interés indirecto, y no tanto la nacionalidad del actor, pues en realidad no existen obstáculos insuperables para que los extranjeros puedan ejercitar la «acción pública» del artículo 8.2 de la Ley 16/1985.

Comporta aquí la comparación del artículo 8.2 de la Ley 16/1985 con el artículo 304, I de la Ley del Suelo de 1992, todavía vigente, en el cual se observa una mayor parquedad en el ámbito de la protección del patrimonio cultural en otro sentido: no se contempla referencia alguna a limitaciones de plazo para ejercitar la acción pública. No hay que olvidar que las exigencias de seguridad jurídica obligan a aplicar aquí las normas generales: es preciso, pues, dada la configuración del proceso

---

<sup>266</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, *La Protección Jurisdiccional de los Intereses de Grupo*, Op.Cit., p.416.

<sup>267</sup> Hay precedentes indirectos sobre el ejercicio de la acción popular en el orden jurisdiccional administrativo por ciudadanos extranjeros, como STS, de 22 de abril de 1988.

<sup>268</sup> En Brasil, conforme el relato de PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “Direito Processual Coletivo, aspectos gerais” in *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2007, p.12, a partir de la reforma de la Ley de la Acción Popular, en 1977, los derechos difusos relacionados al patrimonio ambiental (sentdo lato) recibieron tutela jurisdiccional por intermedio de la legitimación de los ciudadanos; después la Ley 7.347/85 (la Ley de la Acción Civil Pública), los intereses transindividuales, relacionados al medio ambiente y al consumidor, recibieron tutela diferenciada, por intermedio de principios y reglas que, de un lado, rompieron con la estructura individualista del proceso civil brasileño y, de otro, influenciaron en la Ley de Enjuiciamiento Civil brasileña (el Código de Proceso Civil de 1973). Se trataba, mientras, de una tutela restricta a objetos determinados (el medio ambiente y los consumidores y usuarios), hasta que la Constitución de 1988, universalizó la protección colectiva de los intereses o derechos transindividuales, sin cualquier limitación en relación al objeto del proceso. Por último, con el Código de Defensa de los Consumidores – CDC de 1990, el Brasil puede contar con uno verdadero microsistema de procesos colectivos, compuestos por el CDC y por la Ley 7.347/85, con interacciones por medio de la aplicación recíproca de las disposiciones de los dos diplomas legales.



administrativo, agotar la vía administrativa en la mayoría de los casos, salvo que se trate de impugnar disposiciones de carácter general o de vías de hecho (art.25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa – LJCA). Así, se aplicarán los plazos del artículo 46 de la LJCA, generalmente dos meses contados a partir del día siguiente de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa si fuera expreso, y si no lo fuera, el plazo será de seis meses a contar desde el día siguiente a aquél en que se produzca el acto presunto.<sup>269</sup>

Otras implicaciones surgen como resultado de la peculiar posición de los eventuales actores populares que no han iniciado el procedimiento administrativo y que conforme al artículo 8.2 de la LPH tienen derecho a iniciar el proceso subsiguiente. Eso se verifica al no ser directamente interesados, no se les ha notificado personalmente la resolución administrativa y al no surtir normalmente la publicación, en caso de existir, los efectos de notificación, puede ser difícil el ejercicio de la acción popular y, así, puede padecer la efectividad del mencionado artículo 8.2.<sup>270</sup>

Interesante es la frecuente conexión entre los problemas de patrimonio histórico y el Derecho Urbanístico, como es la aplicación del apartado 2 del artículo 304 de la Ley del 92, que sí establece límites más detallados para la *acción pública urbanística*. Por consiguiente, si el ejercicio de la acción pública urbanística viene motivado por ejecución de obras que se consideren ilegales por contradecir lo previsto en la Ley del Patrimonio Histórico, podrá ejercitarse la acción durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística.

Otra cuestión importante es la relativa al contenido de la pretensión ejercitable. Es evidente que la finalidad perseguida con la *acción popular* debe ser el cumplimiento de la legislación protectora del patrimonio cultural, pero la duda está en qué tipos de peticiones pueden concretar tal finalidad. Está claro que ese interés por la legalidad conlleva la pretensión de declaración de no estar conforme con el Derecho y,

---

<sup>269</sup> En art.30 de LJCA permite el interesado la formulación de un requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si no se produce esa intimación, o no es atendida, el plazo para iniciar el proceso administrativo es el de los diez días siguiente a la presentación del requerimiento. En caso de no presentarse el requerimiento el plazo es de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho.

<sup>270</sup> En este caso es necesario aplicar los principios generales que obligan a iniciar el cómputo desde el momento en que ha tenido conocimiento el particular o asociación interesados en iniciar el proceso administrativo.

en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación (art.31.1 LJCA), además de los actos que de ello se derivaran, como serían los actos de demolición. Podrían también instarse por esta vía la condena a la Administración a la ejecución de las prestaciones de hacer a la que la Ley obliga (art.32 LJCA) e incluso la declaración de contraria a Derecho de la actividad de la Administración que constituya vía de hecho y el cese de la actividad y la adopción de medidas protectoras. Pero es mucho más dudoso que el artículo 8.2 LPH permita pretender el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas y la adopción de medidas adecuadas para el restablecimiento de las mismas, como por ejemplo la indemnización de los daños y perjuicios (art.31.2 LJCA). Esta última petición no concordaría bien con la ausencia, por definición, en las acciones populares de situaciones individuales que proteger.<sup>271</sup>

Para evitar los abusos o chantajes que pueden surgir con el ejercicio de la *acción popular*, la legislación española ha adoptado medidas que protegen la buena fe en estas acciones, como la exigencia de fianzas. Aunque, como dice el artículo 20.3 LOPJ “*no podrán impedir por su inadecuación el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita*”, Si bien la medida legislativa más eficaz para evitar estos problemas se encuentra en el artículo 74.4 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>272</sup>, pues en caso de desistimiento el Juez o Tribunal deberá oír a las demás partes, y en los supuestos de acción popular al Ministerio Fiscal, en un plazo común de cinco días, y dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento, salvo que se oponga la Administración o en su caso el Ministerio Fiscal. Así, el ordenamiento jurídico español no acoge un ejercicio abusivo de la acción popular que sólo busque el daño de un tercero, pues es contrario a la buena fe que el ejercicio de todo derecho exige.

Otro caso de participación pública en defensa de bienes colectivos o difusos en España, se verifica en materia de protección al medio ambiente. A partir del art.45 de la CE, que configura el medio ambiente como un bien jurídico de cuyo disfrute

---

<sup>271</sup> Según la concepción clásica de la doctrina y la jurisprudencia española. Pero en aquellos ordenamientos en que, a pesar de utilizar la denominación *acción popular*, lo que realmente se regula son auténticas acciones colectivas, como ocurre en el Derecho brasileño, el colombiano o el portugués, la apreciación de posiciones subjetivas de ventaja afectadas, aunque sean difusas, permite el ejercicio de pretensiones de carácter resarcitorio, normalmente dirigidas a financiar Fondos previstos para la protección de los intereses implicados, entre los que expresamente se contempla la protección del patrimonio cultural

<sup>272</sup> Art.74.4 de LJCA: “*El Juez o Tribunal no aceptará el desistimiento si se opusiere la Administración o en su caso el Ministerio Fiscal, y podrá rechazarlo razonadamente cuando apreciare daño para el interés público*”.

son titulares todos los ciudadanos y cuya conservación es una obligación que comparten los poderes públicos y la sociedad en su conjunto, fue aprobada la Ley 27/2006, de 18 de julio, mediante la cual todos tienen el derecho a exigir a los poderes públicos que adopten las medidas necesarias para garantizar la adecuada protección del medio ambiente, para disfrutar del derecho a vivir en un medio ambiente sano (derecho este configurado como de tercera generación). Para que los ciudadanos pudiesen participar en esa tarea de protección de forma real y efectiva, fue necesario disponer de los medios instrumentales adecuados. Así, observando lo dispuesto en el art.9.2 de la Constitución y, en ámbito administrativo, y el art.105, en el ámbito administrativo, se creó la *acción popular*, art.22, Ley27/2006:

*”Los actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el artículo 18.1 podrán ser recurridas por cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 23 a través de los procedimientos de recurso regulados en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimn Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como a través del recurso contencioso-administrativo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se exceptúan los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas enumeradas en el artículo 2.4.2”.*

El art. 23 de la Ley 27/2006 consagra la *legitimación* para el ejercicio de esta acción popular medio-ambiental a aquellas personas jurídicas que, sin ánimo de lucro, reúnan los requisitos contenidos en el apartado 1 de este artículo, “a” a “c”, siendo estos: a) que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular; b) que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos; c) que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa. El apartado 2 de este mismo artículo confiere la asistencia jurídica

gratuita a las personas jurídicas que satisfazan los requisitos establecidos en el apartado anterior.

Hay que señalar que estas disposiciones de Ley 27/2006 están en consonancia con el progreso del Derecho Medioambiental Internacional, el Derecho Comunitario<sup>273</sup> y el de los Estados que integran la Unión Europea, en especial referencia al Convenio de la Comisión Económica para la Europa de Naciones Unidas, realizado en Aarhus en junio de 1998 y conocido como Convenio de Aarhus, con el cual se pretende asegurar y fortalecer, a través de la garantía que dispensa la tutela judicial, la efectividad de los derechos que tal convenio consagra (en especial, art.9.3).<sup>274</sup> Así, se constata que España ha avanzado al asegurar a sus ciudadanos un modelo de desarrollo sostenible, que depende, sin duda, de la efectiva participación de la sociedad civil en el proceso político decisorio, sobre todo, a través de la garantía de la tutela judicial efectiva a este derecho humano de tercera generación, el de un medio ambiente sano.

Esta configuración responde a la tradición jurídica contemporánea, como ha puesto de manifiesto Lozano Cutanda, respecto del medio ambiente: *“un derecho de prestación, que vincula a los poderes públicos a su desarrollo y a la concreción de vías de tratarlo, pero no como un derecho fundamental directamente invocable por los ciudadanos”*.<sup>275</sup> Pero, en un estadio más evolucionado de nuestra sociedad, esta perspectiva debe entenderse superada, de modo que, como ha comprobado ALEX Y: *“quien propone el establecimiento de un derecho fundamental ambiental o su adscripción interpretativa a las disposiciones iusfundamentales existentes puede, por ejemplo, incluir en este haz un derecho a que el Estado omita determinadas*

---

<sup>273</sup> El art.97, II de la Carta de los Derechos Fundamentales Europea enuncia un principio de protección del medio ambiente: *“En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”*.

<sup>274</sup> Cfr. La EXPOSICIÓN DE MOTIVOS de la Ley 27/2006, de 18 de julio, BOE, nº 171, el Convenio de Aarhus parte del siguiente postulado: para que los ciudadanos puedan disfrutar del derecho a un medio ambiente saludable y cumplir el deber de respetarlo y protegerlo, deben tener acceso a la información medioambiental relevante, deben estar legitimados para participar en los procesos de toma de decisiones de carácter ambiental y deben tener acceso a la justicia cuando tales derechos les sean negados. De entre los tres pilares que conforman el Convenio de Aarhus, el tercero está constituido por el derecho de *acceso a la justicia y tiene por objeto garantizar el acceso de los ciudadanos a los tribunales para revisar las decisiones que potencialmente hayan podido violar los derechos en materia que en democracia ambiental les reconoce el propio Convenio*. España ratificó este Convenio en diciembre de 2004, entrando en vigor en 31 de marzo de 2005. Y la propia Unión Europea adoptó la tarea legislativa, con la edición de la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CE, del Consejo y la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que establecen medidas para la participación del Público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente.

<sup>275</sup> CUTANDA, Lozano, *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, 5ªed, Madrid, 2004, p.69.

*intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja el titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañan el ambiente (derecho a protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado realice medidas fácticas tendientes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica).”.*

En las explicaciones de la Carta Europea, se ha interpretado el art.97, II en sentido de calificarlo como un principio y no como un derecho propiamente dicho. En verdad, es posible reconocer tres elementos esenciales en la formulación del principio de protección al medio ambiente: el desarrollo sostenible, el nivel elevado de protección y la mejora de la calidad del medio ambiente. La consagración del principio de protección del medio ambiente está vinculada a la evolución de la política de medio ambiente en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea.<sup>276</sup>

En algunos casos el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre algunos derechos fundamentales de solidaridad, en particular sobre los derechos sociales que configuran el bienestar y, por influencia sobre todo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre el derecho al medio ambiente. El Tribunal Constitucional vincula de los derechos sociales de solidaridad al estadio actual del Estado Social de Derecho, consagrado constitucionalmente, como se puede ver en la Sentencia 18/1984, de 7 de febrero, en un recurso de amparo:

*”El reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico y social –reflejado en diversos preceptos de la Constitución– conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos, a la vez dota de una transcendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos –especialmente de los de contenido patrimonial, como el propiedad– y al cumplimiento de determinados deberes –como los tributarios– [...] La configuración del Estado como Social del Derecho, viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de*

---

<sup>276</sup> ORDÓNEZ SOLÍS, David, *La Protección de los Derechos Fundamentales de Solidariedad*, Editorial Comares, Granada, 2006, pp.125/128, señala que la cooperación internacional tiene una gran transcendencia en la génesis y evolución del derecho al medio ambiente en la Unión Europea, impulsada por las sucesivas Conferencias de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en Estocolmo en 1972, en Río de Janeiro en 1992 o en Johannesburgo en 2002.

*interés general no es absorbida por el Estado, sino que armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado, y agudiza la dificultad, tanto de calificar determinados entes cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica”.*

Así, como bien ha dicho David Ordóñez<sup>277</sup>, la vinculación entre los derechos sociales de solidaridad y el Estado Social de Derecho reviste una especial transcendencia para hacer avanzar la interpretación constitucional en ámbitos que pudieron resultar, a primera vista, alejados como el trabajo de las mujeres en las minas, la protección de la maternidad de las trabajadoras o la propia legitimación de los sindicatos ante los tribunales. El examen por el Tribunal de la regulación relativa al trabajo en las minas de carbón de las mujeres permitió poner de manifiesto el carácter evolutivo de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos sociales. En este caso, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 229/1992, de 14 de diciembre, amparó el derecho de una aspirante a minera de la empresa Hunosa frente a sucesivas sentencias de los Tribunales sociales que aplicaban una legislación protectora que había quedado obsoleta.<sup>278</sup>

Se verifica que, de modo general, los jueces ordinarios españoles no han seguido la actitud que opta por la separación de la naturaleza de los derechos fundamentales reconocidos en uno y otro ámbito, sino que atienden a unas y otras fuentes judiciales, obviamente al Tribunal Constitucional español, pero también al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con el fin de interpretar y aplicar los derechos fundamentales y, desde luego, al ámbito

---

<sup>277</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, David, *La Protección Judicial de los Derechos Fundamentales de Solidariedad, derechos sociales, medio ambiente y consumidores*, Editorial Comares, Granada, 2006, pp.227/228.

<sup>278</sup> No obstante el propio Tribunal Constitucional se apresura a apuntar: “*La existencia de trabajos prohibidos para la mujer es una respuesta histórica a la sobreexplotación de la mano de obra femenina. Ello explica que, desde sus inicios, la legislación laboral establecía medidas de protección de la mujer, entre las que se incluían la prohibición de determinados trabajos, y dentro de ellos, el trabajo en el interior de las minas. Estas medidas nacionales de protección de la mujer, entre las que se incluían la prohibición de determinados trabajos, y dentro de ellos, el trabajo en el interior de las minas. Estas medidas nacionales de protección se tratan de generalizar en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, a través del Convenio 45 de 1935, que es recogido más tarde en el art.8.4.b) de la Carta Social Europea de 1961.*”

de los derechos fundamentales de solidaridad, donde indudablemente y hasta el momento, resulta más difícil deducir una clara jurisprudencia.<sup>279</sup>

Ha de tenerse en cuenta que la evolución social que desde el momento en que aquellas normas se gestaron ha tenido la política antidiscriminatoria, ha llevado a examinar con particular reserva un tipo de medidas protectoras que parten de perjuicios infundados, que responde a una división sexista del trabajo o que por evolución social y productiva y la mejora de las condiciones de salubridad y seguridad del trabajo en las minas, han dejado de tener razón de ser.

Sin embargo, según el magistrado David Ordóñez, el Tribunal Constitucional no ha llevado a cabo un desarrollo de lo que son y de que significan los derechos sociales en la Constitución española. En el mismo sentido Baylos Grau refiriéndose al derecho al trabajo dice: *“no se cuenta con una elaboración exhaustiva de la jurisprudencia constitucional, que ha intervenido decisivamente en aspectos concretos pero sin suministrar una visión global e integrada del derecho al trabajo en toda su plenitud”*<sup>280</sup>. Aún así, el Tribunal Constitucional español ha tenido en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en un ámbito muy determinado como es el de la protección de la maternidad de las trabajadoras. Por eso es frecuente que en sus razonamientos y cada vez más cite la legislación y la jurisprudencia comunitarias. A título de ejemplo, en la Sentencia nº 182/2005, de 4 de julio, el Tribunal Constitucional otorga el amparo a una trabajadora que alegaba discriminación por razón de la maternidad.

Además no podemos olvidar que el Tribunal Constitucional, cuando le es posible el análisis de principios rectores de la política social y económica, reitera su jurisprudencia sobre la falta de efecto directo; sin embargo, no deja de evolucionar en esta puntualización, como hace por ejemplo en la Sentencia nº 213/2005, de 21 de julio:

---

<sup>279</sup> ORDÓÑEZ SOLÍS, David, *La Protección Judicial de los Derechos Fundamentales de Solidariedad, Derechos sociales, medio ambiente y consumidores*, Editorial Comares, Granada, 2006, p.204, con resalto: *“Ha de tenerse en cuenta que, «mutatis mutandi», tanto en España como en la Unión Europea se plantea el problema de si debe existir un mínimo común denominador de derechos sociales en un espacio político descentralizado como es el caso español...”*.

<sup>280</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, in *La Protección de los Derechos Fundamentales en el orden Social*, Cuadernos de Derecho Judicial XXI-2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p.24.

“*Salvada la garantía institucional que consagra el art. 41 CE de preservar un régimen público de seguridad social en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (STC 44/2004, de 23 de marzo, FF4, y las que en ella se citan)*”.

Creemos que con estos ejemplos de la legislación y de la jurisprudencia española se puede plantear la defensa de la protección de los derechos sociales, como tutela procesal de estos derechos envueltos en un matiz económico-social y cultural y con reconocidos e identificables reflejos para el desarrollo socio-económico.

En relación a realidad brasileña, hay que destacar las *acciones civiles públicas* que han sido propuestas con la finalidad de ejercer la tutela de derechos sociales, enmarcadas bajo el control de las políticas públicas y con énfasis en las omisiones del Poder Público en el cumplimiento de los deberes sociales, establecidos en sede de la Constitución Federal de 1988.

Aunque existan planteamientos que defienden la posibilidad de otorgamiento individual de un derecho fundamental, de rasgo social, con previsión en la norma programática constitucional brasileña, en los casos en que el Estado debe asegurar “*el mínimo existencial*”<sup>281</sup>, la relación entre los derechos sociales ha sido muy tormentosa –que no siempre son exigibles *per se* frente al Estado– volviendo difícil muchas veces el establecimiento de una clara línea divisoria entre esas dos distinciones. Por tanto, no trataremos las tutelas individuales directamente frente al Estado, sino las tutelas colectivas, a través de las *acciones civiles públicas*, que recaen sobre los ciudadanos, de

---

<sup>281</sup> VASCONCELOS DOS REIS, José Carlos, *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 174. Y KRELL, Andreas, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional «comparado»*, Sérgio Fabris, 2002, p. 128, defiende que la protección al «mínimo social» conlleva directamente la protección de los derechos de libertad, sin los cuales el ciudadano no dispone de unas mínimas condiciones de supervivencia tales como son el acceso a la energía eléctrica, agua y transporte, razón por la que critica la denominada «reserva del posible».



modo que los derechos fundamentales individuales, como el derecho a vida, con ocasión de la proposición de estas acciones, solamente serán tutelados de forma indirecta.<sup>282</sup> Además, hay que tener en cuenta que la actuación positiva del Estado a la hora de tornar efectivo los derechos sociales, económicos y culturales (muchas veces simplemente llamados *derechos sociales*) y los derechos de tercera generación, exige la previa implementación de un programa social, que por razones de planificación y de presupuesto y en atención al control ejercido por el Parlamento (principio democrático), implica que deberá atenderse incluso antes que la protección positiva de los intereses y derechos individuales, de manera que la protección positiva de los derechos fundamentales individuales, inscritos en el art.5º de la CF/88, presupone el previo atendimento de los derechos sociales. Sin embargo, hay que considerar que el Estado brasileño, aunque tiene entre sus objetivos principales la erradicación de la pobreza y la promoción de la justicia social, no posee recursos ilimitados en el plano asistencial. Además la opción del gobernante puede consistir en políticas de generación de empleo, pretendiendo alcanzar los objetivos preconizados en el art. 3º de la CF/88.<sup>283</sup>

En realidad, se nota que la Constitución brasileña de 1988 dejó clara su opción por un modelo de Estado capitalista, cuyo modelo no es centralizado, en lo que se refiere a la prestación de servicios públicos, participando de forma activa las empresas, sin supresión alguna del espacio privado. Pero, posee una fuerte característica intervencionista, en que el Estado participa de la economía y de los servicios públicos. Por esta razón es de fácil crítica la posición daqueles que defiende el atendimento de una necesidad individual específica –la adquisición de un medicamento especial o el pago de un tratamiento médico específico– a través de una tutela individual, sin que exista un programa social de gobierno que contemple esta necesidad.<sup>284</sup> E incluso la protección de un derecho individual, por intermedio de una *acción civil pública* a favor de un ciudadano que necesitase de un tratamiento médico especializado o un medicamento de elevado custe, con el argumento de apoyarse en un derecho individual indispensable, no

---

<sup>282</sup> También para delimitar nuestro campo de investigación en esta Tesis Doctoral.

<sup>283</sup> MOREIRA DE PAULA, Jónatas Luiz, *A Jurisdição como elemento de incluso social*, Ed. Manole, Barueri/SP, 2002, p.62, con resalto de que el autor entiende que, en la consecución de los objetivos inscritos en el art.3º de la CF/88, el juez debe implementar las políticas públicas en caso de inercia de los demás poderes.

<sup>284</sup> Ley Federal brasileña nº 8.080/90, dispone: “Art.2º. *A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas públicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação*”.

sería admisible (y aunque se obtuviese una sentencia en tal caso, no vincularía otros casos en el futuro, desapareciendo el carácter de una *acción colectiva*). Además se justifica que la protección del derecho a la vida y la salud no puede ser comprendida como un deber del Estado de proveer todas las necesidades básicas de la universalidad de los ciudadanos, una vez que las actuaciones positivas del gobierno dependen de decisiones políticas de los gobiernos electos a partir de los recursos y presupuestos existentes, con opciones por cuyos mecanismos se atenderían mejor las necesidades de los ciudadanos.<sup>285</sup>

Mientras, ante la existencia de un programa social, como es el caso de la adquisición de medicamentos para el tratamiento de AIDS en Brasil, Ley Federal brasileña nº 9.313/96<sup>286</sup>, la negativa de la pretensión de compra de este medicamento especial o el pago de un tratamiento médico ya previsto puede representar la negativa del *derecho a vida* del ciudadano, derecho garantizado en la Constitución; si bien es cierto que en estos casos los derechos sociales son de aplicación inmediata, a través de una tutela individual.<sup>287</sup> Tal tutela encuentra su fundamento en el artículo 6º, *caput*, de la Constitución Federal brasileña, que prevé el *derecho social fundamental a la salud*.<sup>288</sup> También hay que mencionar las Leyes nºs 9.908/93, 9.828/93 y 10.529/95 del “Rio Grande do Sul”, Estado miembro de la Federación brasileña, que instituyeron programas sociales de distribución gratuita de medicamentos a los ciudadanos, de su circunscripción territorial, comprobadamente necesitados económicamente que amparan acciones individuales de protección del derecho fundamental a la salud.

---

<sup>285</sup> Sobre esta justificación, véase DWORKIN, Ronald, *Virtud Soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*, (traducción de Fernando Aguiar y Maria Julia Bartolomeu), Paidós, Barcelona, 2003, p.347.

<sup>286</sup> Ley Federal brasileña nº 9.313/96, que instituye el programa de atención a los enfermos de SIDA. Pero esta ley, no consagra la amplia justiciabilidad del derecho a la salud, únicamente a los que estén afectados con el virus de HIV.

<sup>287</sup> Según APPIO, Eduardo, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Op. Cit., p.184: “O direito à integridade física do cidadão está previsto no art.5º, «caput», da Constituição Federal de 1988, de modo que se constitui em dever genérico do Estado brasileiro a sua efetiva proteção. A proteção à vida humana pelo Estado, no âmbito civil, pode-se dar de duas formas básicas, quais sejam: 1) a proteção específica, através da prática de atos administrativos ancorados em lei prévia, dado o princípio da estrita legalidade; ou ainda 2) através da implementação, pelo Estado, de políticas públicas, económicas e sociais”.

<sup>288</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo, “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, in *Revista Diálogo Jurídico*, Centro de Atualização Jurídica, Salvador, nº 10, 01/2002. Señala: “Sempre que nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade física da pessoa humana, haveremos de reconhecer um **dereito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo**”. (sin negrita en el original).

En efecto, se defiende que la actuación jurisdiccional, incluso si se trata de la protección de un derecho fundamental individual, en estos casos es plenamente posible (y no enfrenta cualquier crítica más seria en términos doctrinales), y no implica la substitución de la actividad del administrador público; el juez es juzgador, no gestor de la *hacienda pública*.

Las *acciones civiles públicas* versan sobre la tutela colectiva de derechos fundamentales, con una amplia posibilidad de defender los derechos económicos, sociales y culturales y de los derechos de tercera generación, por aquellos que están legitimados a proponer este tipo de acción judicial.<sup>289</sup> Según el artículo 5º de la Ley Federal nº 7.347/85, pueden proponer la acción civil pública en Brasil: a) la Fiscalía; b) el Defensor del Pueblo; c) la Unión Federal, los Estados Miembros, el Distrito Federal y los Municipios; d) la autarquía, empresa pública, fundación o sociedad de economía mixta; e) la asociación que esté constituida al menos un año antes y que tenga entre sus finalidades institucionales, la protección del medio ambiente, del consumidor, de la orden económica, de la libre competencia empresarial o del patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico. Generalmente, quien propone estas acciones son los integrantes de la Fiscalía brasileña, denominados en cuanto a institución, “*Ministerio Público*”.

Esta acción, por tanto, tiene por objetivo la responsabilización por daños morales y patrimoniales ocasionados al medio ambiente, a los consumidores, al orden urbanístico, al patrimonio histórico, estético, turístico y paisajístico y a los intereses difusos o colectivos por infracción de la orden económica y de la economía popular. Pero, la doctrina ha se posicionado en el sentido de que esto rol de derechos protegidos no son solamente los que se describen, pues sólo son ejemplos, de manera que otros derechos difusos y colectivos podrán ser objeto de su protección (se aplica el principio de la no taxatividad).<sup>290</sup>

---

<sup>289</sup> Art. 1º de la Ley 7.347/85: “*Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – à ordem urbanística; IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; V – por infração da ordem econômica e da economia popular.*”

<sup>290</sup> Respecto a los intereses difusos y colectivos, el art. 21 de la Ley 7.347/85, remite al Título III del Código de Defensa de los Consumidores brasileño, Ley 8078/90 que, en su art. 81, § único, I a III define estos intereses: “I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas

Perfectamente posible es la proposición de una *acción civil pública* para obligar el ente de la Federación brasileña, Estado miembro o Municipio, a destinar los ingresos constitucionalmente previstos a la educación.<sup>291</sup> O proponer la *acción civil pública* para que no se limiten las inversiones sociales vinculadas a los programas oficiales del Gobierno Federal, como es el FUNDEF – “*Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério*”, creado por la Enmienda Constitucional nº 14, de 12 de septiembre de 1996, que alteró el artículo 60 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias. Y es que el derecho fundamental a la educación, se encuentra garantizado constitucionalmente, por previsión de un presupuesto mínimo y necesario, constituyéndose un *derecho subjetivo público a la educación*, en lo referente a la enseñanza fundamental (los primeros nueve años). Así, el derecho a la educación puede ser considerado un derecho fundamental social, ya que implica la necesidad de una actuación positiva por parte del Estado a favor del ciudadano – lo que constituye una de las características del Estado Social.

Un de los ejemplos más importantes en la *tutela colectiva de los derechos sociales* por la jurisdicción ordinaria en Brasil, a través de las acciones civiles públicas, es el de la búsqueda de las garantías de transferencias obligatorias de recursos financieros y de presupuestos constitucionales, en relación a los recursos financieros previstos en la DRU – “*Desvinculação de Receitas da União*”, que impide la Unidad de la Federación brasileña de aplicar estos recursos de manera inferior a las inversiones sociales establecidas en el texto constitucional.

Resulta consabido que la educación es un valor determinante para el desarrollo de un país. Todos los países que tuvieron un gran desarrollo en el siglo XX, han hecho significativas inversiones en educación, como por ejemplo, EEUU, Japón, Alemania, Corea del Sur y España. Así, los preceptos constitucionales que garanticen porcentajes de los ingresos públicos para invertarlos en educación, están efectivamente protegiendo y garantizando medios para que la educación tenga avances progresivos. Por consiguiente, las acciones judiciales propuestas en el sentido de proteger en concreto

---

entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

<sup>291</sup> Art.212 de la Constitución brasileña: “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”. Texto conforme las ECs nº 14/96 y 53/2006. Y la EC nº 29 obliga la Unión Federal, los Estados miembros y los Municipios hacer en inversiones el mismo valor del año anterior más la variación del PIB.

estas inversiones en educación, constituyen una gran contribución para este desiderátum. Luego, se constata la gran utilidad de estas tutelas procesales en defensa y protección de este derecho social, el de la educación. Muchas de las *acciones civiles públicas* que fueron manejadas en Brasil por la Fiscalía, cumplieron su finalidad de proteger de forma efectiva en muchos casos concretos por todas las regiones del país. Sirve así, para sustantivar e ilustrar la protección nuestra hipótesis académica, la protección que el Poder Judicial confirió a estos casos por ser un instrumento valioso de protección a los derechos sociales y de los derechos de tercera generación, especialmente el referido al derecho al desarrollo – ya que los derechos sociales están íntimamente relacionados e imbricados con el derecho al desarrollo.<sup>292</sup>

Respecto a la realidad colombiana, es necesario observar inicialmente que la inclusión de normas para materializar los derechos sociales data de la reforma constitucional de 1936, al introducir el carácter de función benéfica de la propiedad privada, la libertad de cultos en la educación y la eliminación del requisito de la escolaridad previo para el ejercicio del sufragio. La responsabilidad estatal frente a los desniveles económicos se ha consolidado desde la expedición de la Constitución de 1991, que adoptó, en su art.1º, la fórmula de “*Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general*”.<sup>293</sup>

Balanta Medina hablando sobre la responsabilidad de los agentes políticos en Colombia, aseveró<sup>294</sup> que: “*los actores de la sociedad, procurando que el sistema político no caiga en un déficit de legitimación y regulación, en actitud realizativa, deben implicarse exitosamente como ciudadanos, funcionarios del Estado, concretamente como legisladores y jueces*”. Y al respecto de los DESCs, dice que: “*Estos actores deben cumplir su encargo a partir de esa concretización histórica para discurrir significativamente el horizonte de desafíos que cada situación social presenta, recordando que «...en la mayoría de los artículos dedicados a los derechos fundamentales resuena el eco de una injusticia padecida que, por así decir, es nagada palabra por palabra...»*”. Con lo que la mencionada magistrada refleja que en el caso

---

<sup>292</sup> Ver Capítulo I de esta Tesis.

<sup>293</sup> BALANTA MEDINA, María Patricia, “El Juez como Protagonista en la Transformación de las Políticas Públicas” in *Congreso Boliviano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, 2009, p.435

<sup>294</sup> BALANTA MEDINA, María Patricia, “El Juez como Protagonista en la Transformación de las Políticas Públicas”, *Op.Cit.*, pp.445/446.

colombiano, latinoamericano y en el tercer mundo, hay una tendencia mayor a la asimetría entre, por un extremo las conquistas de la lucha social, el desarrollo tecnológico y los logros de la política económica y, por otro, las aspiraciones o las formulaciones jurídicas, y donde la protección concreta de los derechos económicos, sociales y culturales es aún más urgente y necesaria.<sup>295</sup>

La cuestión emerge más problemática en razón de que, debido a la naturaleza de los DESCs, se ha permitido una amplia discrecionalidad en cuanto al plantamiento de políticas garantistas de éstos, considerándolos como normas programáticas y dependientes de presupuesto estatal, motivo por lo cual no han sido debidamente protegidos. Resulta que, una política pública expresamente dirigida a la satisfacción de los DESCs y a la superación de la pobreza puede tener resultados diversos, alcanzando a ser cuestionable desde una perspectiva jurídica basada en que la capacidad de reclamar esas garantías es individual e irrenunciable. Por eso es plausible que la Corte Constitucional colombiana fortalezca, desde mecanismos jurídicos, las acciones dialógicas que los ciudadanos ejercitan continuamente en la esfera pública, de modo que tengan mayores posibilidades de ser tenidos en cuenta los diversos estamentos del Estado y por los sistemas económicos que se han tornado autárquicos en sus decisiones. Hay que admitir que los individuos puedan ejercer sus derechos sin demasiadas interferencias como la aproximación a la democracia deliberativa, aunque su intento y como actor político deba ser más diligente.<sup>296</sup>

La Corte Constitucional colombiana, cuando advierte un vacío legal en el tratamiento de un derecho, tiene planteado en algunos eventos al legislador que desarrolle la norma superior en un plazo perentorio, aplicando el principio según el cual las leyes son dictadas por el Poder Legislativo. Pero hay casos en que el alcance del derecho lo debe definir el juez, así como es legítimo que controle muchas imperfecciones y vulneraciones a varias garantías cuando se define un plan social aún a riesgo de ampliar los contenidos o coberturas de los programas del Estado. Eso sin que esas intervenciones judiciales sustituyan el debate político, pero haciendo más profunda la deliberación democrática. Han surgido voces en Colombia en este sentido, afirmando

---

<sup>295</sup> América Latina presenta más allá de un tercio de su población por debajo de los niveles de subsistencia usualmente estimados como mínimos, y casi una cuarta parte de sus habitantes carentes de educación...una enorme desigualdad, unida a una gran pobreza y una amplia polarización.

<sup>296</sup> DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo Antonio, "Relación tensional entre el juez y el legislador: una aproximación desde la democracia constitucional", in *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2003, disponible en <http://www.filosofiaderecho.com/rtd>

que el Estado está obligado a reconocer exigibilidad y, por ende, justiciabilidad en algunos de estos derechos sociales, en virtud del compromiso internacional asumido cuando ha firmado el PIDESC. Pero, en todo caso, siempre debe ser objeto de tratamiento judicial los reclamos contra la discriminación por ejemplo, cuando el Estado deja de hacer inversión pública en regiones en las que predomina la población de cierta raza, como efectivamente, los jueces colombianos tienen conferido protección a los derechos sociales en estos casos.<sup>297</sup>

El papel protagonista del Juez en Colombia en la transformación de las políticas públicas ha sido una realidad, visualizándose desde la perspectiva de la Corte Constitucional colombiana. En este orden de ideas se puede resaltar la concepción de Ferrajoli de que el nuevo paradigma del juez, respecto de la norma superior y de la Ley, le corresponde al labor de garantizar los derechos fundamentales, incluso frente al parlamento por medio de la censura de la normativa que sea contraria a norma superior, promovida por la judicatura y declarada por los Tribunales Constitucionales. Su papel no es ya, como en el viejo modelo paleo-positivista, el de la sujeción a la letra de los ordenamientos cualquiera que sea su significado, sino en la medida en que sea coherente con la Carta.<sup>298</sup>

Para que un derecho social reconocido en el PIDESC, se pueda ejercitar plenamente a través de una intervención judicial, es necesario establecer los mecanismos procesales que vengán a garantizarlos; colocar los derechos bajo protección judicial es la única forma de evitar que resulten perjudicados en el debate democrático. Ahí reside el problema, pues las actuales estructuras procesales judiciales presentan varios problemas en relación con la posibilidad de acción de la administración de justicia con respecto a los DESCs. Mientras, esos problemas deben resolverse ingeniando nuevas formas de juridicidad y de justiciabilidad y no negando esa posibilidad.

La Corte Constitucional colombiana ha proferido algunas decisiones que interfiere en estructuras económicas, especialmente en temas relacionados

---

<sup>297</sup> BALANTA MEDINA, Maria Patricia, “El Juez como Protagonista en la Transformación de las Políticas Públicas”, *Op.Cit.*, pp. 451/453. Señalo que: “...lo cierto es que la judicatura generalmente ha obrado soportada en valores liberales superiores, como cuando se ha pronunciado sobre la extensión del plan obligatorio de salud al hallar amenazado el mínimo vital. El punto de encuentro entre el juez y las políticas económicas involucra la evaluación de los logros en crecimiento económico como en equidad e inclusión social en el desarrollo...”.

<sup>298</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Jueces y política”, in *Derechos y Libertades*, Instituto Bartolomé de las Casas. Disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/dspace/handle/10016/1201>.

con la vivienda, la salud, la educación etc., en intervenciones jurisdiccionales para la garantía de mínimos iusfundamentales. Ejemplos de ellos son las sentencias C-252 de 1998, C-122 de 1999, C-383 de 1999, C-700 de 1999, C-747 de 1999, C-955 de 2.000 y C-1064 de 2001, que llevaron al resarcimiento de los perjuicios sufridos por los deudores de UPAC, donde buena parte de sus costos fueron asumidos por el fisco. Además en materia de derechos sociales, conviene reseñar las sentencias SU-559 de 1997 y SU-225 de 1998. En la primera la Corte Constitucional colombiana estableció la teoría del estado de cosas inconstitucionales, según la cual la violación de los derechos fundamentales puede ser el resultado de fallas estructurales en la prestación de un servicio. En este caso la Corte puso de relieve fallas graves en la distribución de los recursos presupuestales en el departamento, las cuales, desde el punto de vista político, justificaban su intervención. La misma teoría fue aplicada en la Sentencia T-153 de 1998, con respecto a la inhumana condición de las personas internas en los centros penitenciarios de Colombia, ordenando la misma Corporación que se elaborara un plan de construcción y refacción carcelaria, el cual debía incorporarse al plan de desarrollo.<sup>299</sup>

Además, en la Sentencia SU-225 de 1998, se estableció la teoría del mandato superior de erradicación de injusticias presentes originada en el artículo 13 de la Carta, mediante el cual se protegen aquellas situaciones humanas límites, producidas por la extrema pobreza y la indigencia, cuando quiera que frente a las necesidades más elementales y primarias, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente y dejan de notificarse de las afectaciones más extremas de la dignidad humana.<sup>300</sup>

La judicialización de la política económica y la protección de los derechos sociales en Colombia, ha sido una realidad, según la visión de Uprimny Yepes para quien es además significativo la influencia de la Corte Constitucional colombiana en la política económica, a través de las jurisprudencias encaminadas a porteger los derechos sociales: *”Los ejemplos son muy numerosos, por lo cual, cualquier sistematización corre el riesgo de ser insuficiente; pero tal vez pueden destacarse dos tipos de intervenciones: la protección individual o grupal de derechos por medio de la*

---

<sup>299</sup> BALANTA MEDINA, Maria Patricia, “El Juez como Protagonista en la Transformación de las Políticas Públicas”, *Op.Cit.*, pp.460/462.

<sup>300</sup> BALANTA MEDINA, Maria Patricia, “El Juez como Protagonista en la Transformación de las Políticas Públicas”, *Op.Cit.*, p.462.



*tutela y el control abstracto o general de constitucionalidad de leyes de contenido económico*”.<sup>301</sup>

Según el autor arriba mencionado, para que un derecho social sea protegido se requiere que la desprotección que se invoca ante el juez implique la afectación de otro derecho que se considera fundamental y de aplicación inmediata, como es el caso, del derecho a la vida. Y en esos casos, la protección suele hacerse por tutelas individuales, que es el equivalente colombiano al amparo constitucional de otros países.<sup>302</sup>

Hay que observar que la Corte Constitucional colombiana ha condicionado fuertemente la política económica, en virtud del control abstracto de constitucionalidad, lo que ha llevado a declarar inconstitucionales, total o parcialmente, ciertas leyes por violar ciertos principios y derechos constitucionales. En particular, la Corte ha anulado leyes que extendían el impuesto al valor añadido a productos de primera necesidad (C-776/03), o ha ordenado la indexación parcial de los salarios de los servidores públicos (Sentencias C-1433/00, C-1064/01 y C-1017/03), o ha extendido ciertos beneficios pensionales a ciertos grupos poblacionales al considerar que la restricción desconecía el principio de igualdad (Sentencia C-409/94), o ha prohibido la modificación de ciertas regulaciones pensionales, por considerar que afectaban derechos adquiridos de los trabajadores (C-754/04).<sup>303</sup>

En Colombia, la *acción de tutela* se ha venido empleando como mecanismo de protección de los derechos económicos, sociales y culturales (muchas veces a través de la extensión del recurso de amparo), destacándose que la definición y alcance de estos derechos ha sido obra en gran medida de decisiones judiciales, lo cual significa que se trata de un tema altamente judicializado.

Además, los derechos sociales representan el presupuesto necesario para el ejercicio de los derechos civiles y políticos. Sin su atención, no se puede hablar de libertad del hombre ni de democracia.<sup>304</sup>

---

<sup>301</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “La Jdicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, disponible en: [http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/Clinicas\\_juridicas\\_Uprimny.pdf](http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/Clinicas_juridicas_Uprimny.pdf)

<sup>302</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “La Jdicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, *Op. Cit.*

<sup>303</sup> Ídem.

<sup>304</sup> Ver en nº 2, Cap. I, Tesis Doctoral, la correlación de los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos civiles y políticos.

### 4.3 LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y SUS IMPLICACIONES EN EL DESARROLLO, EN DERECHO COMPARADO HISPANO-BRASILEÑO

Hoy en día se observa la tendencia de la sociedad hacia una mayor calidad de vida, lo que supone una preocupación por la conservación y disfrute de un medio ambiente sano para adecuado para las personas, el interés por la seguridad, la salud, o el disfrute de una vivienda digna y adecuada, legítimos intereses económicos de consumidores y usuarios que están siendo protegidos mediante eficaces procedimientos. Por eso, el Derecho y, en especial el proceso, deben cumplir tareas hasta hace poco desconocidas, que exigen nuevos tipos de tutela. Materias como el medio ambiente, la salud, el acceso a los medios de información o el consumo, conectan con esta problemática al dar lugar a intereses con relevancia ya no estrictamente individuales. En el caso del consumo pueden estar implicados tanto intereses generales (como ocurre en materia de publicidad engañosa o competencia desleal) como intereses individuales (en relación con un consumidor perjudicado efectivamente en su patrimonio), por lo que pueden resultar dos tipos de tutela respecto de los consumidores y usuarios: la individual y la colectiva.<sup>305</sup> El individuo, por su temor, su desconocimiento o su impotencia frente a fuerzas más poderosas como pueden ser las grandes empresas, se ve obligado para defender sus intereses, a reforzar vínculos de solidaridad<sup>306</sup> con aquellos que ostentan intereses próximos a los suyos. De ahí resulta la formación de asociaciones de defensa de los consumidores y la búsqueda de mecanismos eficaces para la protección de estos intereses.

Es importante que se haga una evaluación preliminar respecto a la realidad de los mercados consumidores en Brasil y España, con los cambios que se han desarrollado en los últimos años, para que se pueda hacer una correcta discreción de las tutelas procesales de los derechos de los consumidores (individuales o colectivos).

En Brasil, en el caso del crédito concedido a los consumidores para la adquisición de bienes de consumo y de bienes durables, ha ocurrido un importante

---

<sup>305</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, *La Protección Jurisdiccional de los Intereses de Grupo*, Jose Maria Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp.20/21.

<sup>306</sup> Así como la libertad fue el principal valor de referencia para los derechos fundamentales del Estado Liberal y la igualdad para los derechos económicos, sociales y culturales, la solidaridad lo es para los nuevos derechos humanos, denominados de tercera generación o dimensión. Vide PEREZ LUÑO, *Las Generaciones de los Derechos*, *Op. Cit.*, pp.210/211.

fenómeno como es el movimiento de la *bancarización o inclusión financiera*, esto es, una pulverización del crédito a los consumidores de las clases sociales que antes no tenían acceso a ciertos bienes (las clases “c”, “d” y “e” )<sup>307</sup>, y que en virtud de la institución de la Banca Popular del Crédito y del mecanismo del *crédito consignado* para los empleados del sector público, en sus tres niveles (Federal, Estadual y Municipal), proporcionaron un gran incremento del crédito y, por consiguiente, un aumento de las ventas de bienes móviles, con expansión del mercado consumidor. Así, resulta que hay más personas que tienen acceso a los bienes de consumo, siendo esas personas integrantes de las clases sociales más bajas, que antes no estaban entre las clases consumidoras ni estaban cuantificadas por la economía brasileña, y que ahora han sufrido un gran cambio socio-económico con reflejos en el desarrollo brasileño.

Es necesario decir que con los cambios del mercado consumidor mencionados, hubo también una variación institucional jurídica, pues cambió la protección a las financiaciones del crédito, con mayor facilidad para los agentes financieros que examinaron los bienes que fueron objetos de las operaciones del crédito bancario. En síntesis, cambió el mercado y cambió la protección al crédito. Se verificó una mayor agilidad de los procedimientos judiciales a la hora de recuperar los bienes garantes de esas financiaciones. Las acciones de búsqueda y aprehensión, de reinscripción de posesión y otras más, posibilitaron a los acreedores recuperar más rápido los bienes garantes. En este aspecto se puede afirmar que el Poder Judicial en Brasil asume un grado de eficiencia y de presteza que contrasta con otros procedimientos judiciales y que, proporcionan reflejos directos para la economía, como es la disminución de las tasas de crédito bancario, comparado con otros tipos de financiación, donde la respuesta de la Justicia no es tan rápida.

Por otro lado, en la actualidad el Gobierno brasileño está llevando a cabo un verdadero *programa de transferencia de rentas*, de asistencia social a los mayores, a las familias con rentas bajas y a los minusválidos, denominados respectivamente de “Bolsa Familia”, “Bolsa Idosos” y de “Bolsa aos Deficientes”. Estos programas asistenciales de los Gobiernos del Presidente Luis Inácio da Silva (conocido popularmente como Lula) y de la Presidente Dilma Russef, también tiene reflejos en la economía nacional, porque tiene proporcionado un aumento del volume de metálico

---

<sup>307</sup> Estas clases económicas sociales vienen determinadas en función de los niveles de renta familiar, distribuidos de la siguiente manera: C1 – R\$ 1.541,00; C2- R\$ 1.024,00 D – R\$ 714,00 y E – R\$ 477,00. Las otras, son B2 – R\$ 2.565,00; B1 – R\$ 4.418,00; A2 – R\$ 8.418,00 y A1 R\$ 12.926,00.

circulante y, por consiguiente, ha se verificado un incremento significativo de la economía brasileña.<sup>308</sup>

Los fenómenos de la *bancarización del crédito o de inclusión financiera*<sup>309</sup> y de los *programas asistenciales gubernamentales* han proporcionado un aumento de los arreglos y transacciones económicas y del crecimiento de la economía brasileña en los años del Gobierno Lula (y en continuación en el Gobierno Dilma Russef). Muchas de esas transacciones desembocaron en los foros brasileños de onde surgieron litigios entre los contratantes; y muchos de estos litigios fueron para los Juzgados Especiales Civiles y del Consumidor. Como ejemplo, es notable el incremento de demandas en los juicios y tribunales brasileños entre los años de 2006 y 2011, con un número de procesos que casi llega a la cifra de 100 millones.<sup>310</sup>

#### **4.3.1 LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS SUBJETIVOS DE LOS CONSUMIDORES, EN LOS JUZGADOS ESPECIALES EN BRASIL, CON VISTAS A LOS EFECTOS SÓCIO-ECONÓMICOS Y AL DESARROLLO NACIONAL**

Los Juzgados Especiales Civiles y de Relaciones de Consumo en Brasil son una puerta de acceso a la Justicia y han transformado la realidad con un

---

<sup>308</sup> Con un PIB en 2011 de más de US\$ 2,5 mil billones de dólares americanos, Brasil está en 6ª posición en el *ranking del FMI*, superando el PIB de Gran Bretaña (US\$ 2.480 mil billones de dólares). Ha previsiones para hasta 2015, el PIB brasileño será el 5º más grande en todo el mundo, superando incluso la economía de Francia.

<sup>309</sup> Ver [http://www.bcb.gov.br/Nor/Deorf/projincfin/livro\\_inclusao\\_financeira\\_internet.pdf](http://www.bcb.gov.br/Nor/Deorf/projincfin/livro_inclusao_financeira_internet.pdf). Señala el esfuerzo del Gobierno brasileño a la hora de adoptar medidas para mejorar la calidad de vida de la población brasileña más pobre, de forma que se reduzcan las desigualdades sociales. En los últimos años ha sido esencial la búsqueda de mecanismos de inclusión financiera para que la población acceda a servicios adecuados a sus necesidades. El papel del BACEN – Banca Central brasileña es el de coordinar este proceso de inclusión financiera, con arreglos y proyectos de los *Stakeholders*. El *crédito/PIB* que era 26% en diciembre de 2002, alcanzó en abril de 2010, 45,2%. El “Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE” ha hecho una investigación social en 2005 que contabilizó más de 10 millones de emprendedores urbanos informales (sin registro jurídico de sus empresas), unidades económicas de trabajadores autónomos o con hasta 5 empleados. Se ha verificado que los negocios de micro-crédito son viables y sostenibles, resultando prácticas profesionales y búsqueda de crecimiento. Hay en Brasil 70 millones de personas que poseen rentas relacionadas con el micro-crédito, generando un potencial de 35 millones de clientes, la mitad de los cuales tienen intención de obtener crédito. En América Latina los países en que el micro-crédito se encuentra más desarrollado es Perú y Bolivia, mientras que Brasil ocupa la 14ª posición en el *ranking*. En el primer semestre del año de 2010, estando España al frente de la Presidencia de la Unión Europea, se aprobó un importante acuerdo para financiar con micro créditos la creación de nuevos negocios en espacio de la Unión Europea (otro acuerdo significativo aprobado en UE fue la reducción de la carga burocrática de las pequeñas y medianas empresas), cfr [www.maec-es](http://www.maec-es), *Revista de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación*, Madrid, enero-marzo de 2010, pp.18/19. En todo el mundo los negocios con micro crédito alcanza los 25 mil millones de dólares, con más de 100 millones de personas beneficiadas y 10 mil instituciones de micro-finanzas (*Detche Bank Research*, 2007; ADA, 2006, Luxflag, 2007).

<sup>310</sup> Cfr. “Justiça em número” programa del CNJ, accesible en [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br). Vide Anexo I.

proyecto de solución de conflictos y garantías de derechos radicalmente nuevos y revolucionarios. Tienen su origen en un experimento desarrollado en la ciudad de Nueva York durante la década de los años 80 del pasado siglo con el que se pretendía solucionar conflictos de menor complejidad y de menor valor económico y que no encontraban recepción en la Justicia ordinaria - *Small Claim Court*. No hay que olvidar que los años 80 fueron años de una extraordinaria transformación en el sistema de justicia de todo el mundo civilizado. En Brasil estas innovaciones se destacan, en el ámbito de las instituciones, en los Juzgados de Pequeñas Causas, posteriormente denominados de Juzgados Especiales, como un nuevo terreno en la mediación de conflictos. En cuanto al sistema procesal, sobresalen una serie de alteraciones relacionadas con la tutela de derechos colectivos y difusos y la creación de la acción popular y de la acción civil pública.

La reflexión que puede hacerse respecto a los Juzgados Especiales la sitúa en el debate concerniente a la administración y la distribución de la justicia que puede organizarse en torno a dos ejes principales: el primero se refiere a la posición que el sistema de justicia ocupa en el terreno político a partir de la promulgación de la Constitución Federal brasileña de 1988, cuando se ampliaron las áreas sujetas a su apreciación, convirtiéndose en el principal árbitro de las disputas entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo; el segundo corresponde a su eficiencia en la prestación de un servicio público, implicando cuestiones como el tiempo del proceso (su duración), los altos costes procesales, la complejidad de los procedimientos judiciales y la falta de transparencia en la prestación de servicios. Por tanto, las discusiones respecto a la reforma del Poder Judicial implican estos dos ejes.<sup>311</sup>

La creación de los juzgados especiales en Brasil, insertados en los órganos de la Justicia estatal, generó un nuevo terreno de solución de conflictos con

---

<sup>311</sup> GROSS CUNHA, Luciana, *Juizado Especial, criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à Justiça*, Série Produção Científica: Direito, Desenvolvimento e Justiça. Ed. Saraiva, S. Paulo, 2008, pp.1/2. La autora identifica tres líneas de análisis en cuanto a la democratización de la justicia, p. 6/7, 1ª) Corresponde a la eliminación de los obstáculos que dificultan el acceso a la justicia (económicos, sociales y culturales; 2ª) entiende la democratización del acceso a la justicia como democratización del Poder Judicial y 3ª) une las dos tendencias anteriores y adopta como criterio para la democratización del acceso a la justicia, la participación de la comunidad en la solución de los litigios sociales. Los juzgados forman parte de un conjunto de reformas que vienen informatizando el sistema de justicia estatal y que se sitúa en la *tercera ola de movimiento de acceso a la justicia* que Mauro Cappelletti, identifica como aquellas que vienen incorporando resoluciones informales de los conflictos y el uso alternativo del derecho (v. CAPPELLETTI, Mauro, *Acesso à Justiça* «traducción de Ellen Gracie Northfleet», Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, pp.67/73).

procedimientos y con una lógica diferente de los procedimientos tradicionales del Estado a la hora de solucionar conflictos. La creación de mecanismos como los órganos de protección del consumidor (PROCON y otros) y canales de reclamaciones de los servicios públicos, las *Ouvidorias*, son otras formas de solución de conflictos que se añadieron al sistema de mediación de conflictos por el Estado.<sup>312</sup> La creación de estos institutos insertará en el *sistema jurídico brasileiro* rasgos propios del sistema de justicia de la *common law*, con una inspiración en las *class actions* que comenzaran en los Estados Unidos en la década de los 70 del pasado siglo y que representan un importante instrumento de defensa de los derechos difusos.

Estos cambios de la realidad de la justicia brasileña, exigían profesionales que no actuaran como en el sistema tradicional, profesionales como *los conciliadores* y *los jueces legos* (no integrantes de la magistratura profesional). El Juzgado Especial es un sistema que fue imaginado para funcionar con reglas específicas y con un conjunto de requisitos que no son típicos del sistema de *civil law*, en el cual fueron constituidos el ordenamiento jurídico brasileño y su correspondiente sistema de Justicia. Este nuevo sistema es una forma alternativa del Estado para mediar en los conflictos y que requiere un tipo de profesional diferente al que exige la Justicia ordinaria, esto es, un abogado que actúe para conciliar y no para litigar; un juez formado para actuar de manera distinta, con mayor poder en el proceso, mayor control del caso y mayor contacto con las partes procesales –las escuelas de derecho necesitan hacer cambios en su filosofía de trabajo, con el fin de indicar y de preparar a estos agentes en las formas alternativas de solución de conflicto como el arbitraje, la mediación y la conciliación, típicas de los juzgados– y, finalmente, un nuevo tipo de parte que no actúe solamente coaccionada por el poder público burocratizado, sino que procura sus intereses y derechos. En cuanto a la estructura, debe prevalecer la informalidad, la oralidad, la rapidez, la economía de los costes del proceso –ya que en un primer momento se trata de una justicia sin costes financieros para los sujetos procesales– y la facultatividad.<sup>313</sup>

---

<sup>312</sup> GROSS CUNHA, Luciana, *Juizado Especial, Op. Cit.*, p.130.

<sup>313</sup> GROSS CUNHA, Luciana, *Juizado Especial, Op. Cit.*, pp.44/45 explica estos principios que rigen el Juzgado Especial: “O princípio da *facultatividade* possuía tres incidências no sistema dos guizados: uma de caráter federativo, já que a lei não impunha a obrigatoriedade de os Estados (federados) criarem os juizados em seus aparelhos judiciários, cabendo a eles a escolha ou não pelo sistema e a definição da organização judiciária. A outra estava relacionada com a possibilidade de o autor da ação optar pelo procedimento de pequenas causas ou pelo processo da Justiça tradicional. Um terceiro aspecto do princípio da *facultatividade*, e que pode ser retirado da Exposição de motivos da lei dos juizados, teria a ver com a *facultatividade de assistência das partes por advogado*. Neste sentido, caberia a parte optar ou não pela participação do advogado na condução de sua causa no juizado.”. La *facultatividade* de asistencia del

En verdad el proceso de creación de los juzgados especiales contempló demandas de la sociedad civil que estaban alejadas del sistema de justicia brasileño, bien por cuestiones financieras bien porque el Estado no encontraba soluciones adecuadas para los conflictos de pequeño valor económico. La discusión es si esta *litigiosidad contida* por parte de la sociedad representaba una demanda social o si fue el sistema de los juzgados especiales que dio pie a la creación de estas nuevas demandas sociales que antes no aparecían en el sistema judicial. Para los defensores de la primera postura siempre hubo una litigiosidad patente en la sociedad brasileña y ejemplo de ello son las luchas urbanas y los movimientos sociales que emergieron en la década de los años 70 y que proliferarán en los 80, dirigiendo sus reivindicaciones contra el Estado.<sup>314</sup>

Se ha realizado una significativa investigación respecto a los juzgados especiales, principalmente en el juzgado especial civil del centro de la ciudad de São Paulo, con un importante diagnóstico que apunta que el 99,2% de los procesos son una iniciativa de personas y sólo el 0,8% de microempresas, permitiendo constatar que cumple con el objetivo para el cual fue creado, el de atender las demandas individuales de los ciudadanos comunes. La mayor parte de causas son por un valor económico de hasta 11,7 saláridos mínimos<sup>315</sup> y respecto a la variable sobre el “tipo de conflicto”, se verifica que el 49,2% de los casos examinados fueron por relaciones de consumo; el 21,3% corresponden a accidentes de tránsito; el 9,6% a alquileres y el 7,7% se refieren a conflictos entre vecinos. Estos números indican que los juzgados civiles y de consumo atienden preferentemente un determinado tipo de conflicto – derecho del consumidor, incluso casos de prestaciones de servicios y que admiten algunas reflexiones: a) los conflictos relativos al consumo son los más presentes; b) el ciudadano está bien

---

abogado se correlaciona con el principio de la *economía* (menor custo para el autor). Otros principios son explicitados por la autora, pp.44/45: “A busca permanente da conciliação entre as partes seria possível, de acordo com a justificativa da lei dos juizados, em razão de o sistema prever que somente as pessoas físicas maiores de 18 anos poderiam encaminhar reclamações aos juizados e, portanto, com capacidade de *transigir livremente, sem restrições de ordem formal ou procedimental*. Além disso, este princípio estaria atendido também pelo limite máximo de 20 saláridos mínimos para o valor da causa e pela exclusão de *direitos indisponíveis*...O princípio da *simplicidade* teria sido contemplado pelo art. 14 da lei que definia que todos os atos do processo seriam válidos, independente de forma, desde que atendessem à finalidade para a qual fossem realizados. Neste sentido, o art.15 estabelecia que o pedido podia ser encaminhado *oralmente* ao juizado. A *celeridade* ...pela possibilidade de o processo ser concluído em uma única etapa, a *audiência de conciliação e julgamento*. Além disso, foram reduzidas as possibilidades de *incidentes processuais* e interposição de recurso (com um único recurso apreciado por tres juizes de primeiro grau reunidos em uma turma recursal). Por fim, quanto à *ampliação dos poderes do juiz*, o sistema dos juizados dava ao juiz liberdade na condução do processo, dispensando as formalidades.”

<sup>314</sup> MACDOWELL DOS SANTOS, Maria Cecília, “Juizados informais de conciliação em São Paulo: sugestões para a pesquisa sócio-jurídica”, in *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 50, S. Paulo, 1989, pp.104/126.

<sup>315</sup> Correspondiente a cuatro mil y oitocientos euros.

informado de sus derechos como consumidor y por eso recurre más a la Justicia para solucionar sus conflictos; c) el sistema de los Juzgados Especiales son reconocidos, primordialmente, como un foro cuyo objetivo es solucionar conflictos de consumo; d) generalmente, el resto de los conflictos no son reconocidos como solucionables por este sistema; e) otros canales, externos al sistema de justicia estatal son utilizados para solucionar conflictos que no son de consumo. Entretanto, el predominio constatado en esta investigación científica sobre los conflictos de consumo es que el sistema de los Juzgados Especiales recibe conflictos de diferentes áreas.<sup>316</sup>

La informalidad del procedimiento de los juzgados especiales ha hecho posible que algunos estudiosos<sup>317</sup> identifiquen una *doble institucionalización* del Poder Judicial, ya que junto a las formas tradicionales de solución de conflictos, los juzgados han creado diferentes prácticas que van desde la solución del litigio a través del dictamen del juez hasta fórmulas alternativas, que visa la transacción mediante la conciliación entre los sujetos procesales.

Es importante señalar que este sistema ha obtenido unos resultados satisfactorios, sobre todo, en cuanto a la posibilidad de solucionar los conflictos sociales por vías alternativas como es la conciliación.<sup>318</sup> Las investigaciones realizadas en los Juzgados Especiales permite la afirmación de que el sistema responde de forma eficiente y rápida a las lides que le son sometidas y que se utilizan en su procedimiento de la legislación sobre las materias que le son destinadas a solución, con un gran empleo de la conciliación.

Para entender este contexto de cambios en la actuación del Poder Judicial en Brasil es importante señalar la alteración existente del papel del juez: en la actualidad el juez ya no es una figura pasiva y neutra, sino que es visto, cada vez más, como una parte integrante y indisoluble del proceso político y administrativo y el Poder

---

<sup>316</sup> GROSS CUNHA, Luciana, *Juizado Especial, Op. Cit.*, pp.135/137.

<sup>317</sup> FAISTING, André Luiz, *O dilema da dupla institucionalização do Poder Judiciário: o caso do juizado especial de pequenas causas*, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 1999.

<sup>318</sup> VERONESE, Alexandre, "Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: entre a assistência social e serviços legais, in *Revista Direito GV*, vol.3, n.1, jan-jun, S. Paulo, 2007, pp.13/33, los modos de resolución alternativa de conflictos tiene dos orígenes: la primera es el establecimiento de una jurisdicción comunitaria por medio de la conciliación y mediación de los conflictos, realizada por participantes del mismo grupo social. La segunda es el crecimiento de la negociación internacional, por medio del arbitraje y la mediación entre los conflictos de las empresas, especialmente en el campo internacional. En el mismo sentido, GARTH, Bryant & DEZELAY, Yves, *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational order*, University of Chicago Press, Chiacago, 1996.



Judicial se ha convertido en un terreno de luchas políticas, incluso en la instancia recursal.<sup>319</sup> Por otro lado, la tradición jurídica formalista y positivista ha cambiado mucho y en la literatura jurídica despunta abundante el tema de la manutención de la orden social como función privilegiada del Derecho. En verdad, el sistema de derecho brasileño está experimentando diversos cambios en la tradición romano-germánica, combinada con algunos cambios de carácter nacional. Los tribunales y demás órganos involucrados en la Justicia en Brasil, han sido reconocidos como parte integrante de los sistemas políticos, cuyo movimiento es entendido por algunos juristas como *judicialización de la vida social y política*, considerando la creciente intervención del Poder Judicial en la vida social y política del país. Esta intervención ha ocurrido en áreas en las cuales no cabía anteriormente el análisis judicial, por tanto, resulta innegable el aumento del espacio para la actuación de las instancias judiciales.<sup>320</sup>

En la investigación de campo realizada para esta Tesis, se realizó una entrevista en el 6º Juzgado Especial Civil y de las Relaciones de Consumo en la ciudad de S.Luis, Estado del Maranhão (Brasil), en el año de 2010 a los consumidores y usuarios demandantes de los procesos propuestos contra empresas y suministradores de servicios, obteniendo unos resultados satisfactorios que señalan la gran utilidad que las tutelas judiciales de protección proporcionan a los consumidores y usuarios, en una práctica demostración de que la efectiva actuación del Poder Judicial a través de sus sentencias contribuye también para la protección de los derechos humanos de tercera generación, en especial a los derechos de los consumidores y a su desarrollo personal, y con eso, consecuentemente, en un efecto más amplio, con la suma de todos los beneficiados, contribuye también al desarrollo socioeconómico de aquellas comunidades atendidas por el mencionado Juizado, siendo estas localidades de João Paulo, Ivar Saldanha, Alemanha, Jordoá y Filipinho.

La gran mayoría respondió que el Juzgado hizo justicia y el grado de satisfacción con las tutelas judiciales fue alto. Los entrevistados afirmaron que la

---

<sup>319</sup> E 2009 el Poder Judicial brasileño a través de la Corte Eletoral, TSE, destituyó del cargo de “Governador de Estado Federado” a tres de sus integrantes (los “Governadores” de Paraíba, Maranhão y Acre) por violación de las reglas electorales, así como el abuso del poder económico y/o político; y en febrero de 2010, el STJ –Superior Tribunal de Justiça– decretó prisión para el “Governador” del Distrito Federal (donde se encuentra situada la Capital Federal, Brasília), por práctica comprobada de corrupción. Estas son pruebas de la gran relevancia de la actuación del Poder Judicial en el escenario político-administrativo del país.

<sup>320</sup> VERONESE, Alexandre, *Op. Cit.* p.17. El autor habla de un ejemplo de esta *judicialización de la vida social y política*, que ocurre cuando hay revisión de decisiones políticas y administrativas.

instalación del 6º Juzgado en la localidad representó una conquista social para los habitantes de las localidades cercanas a su competencia territorial y que sus problemas jurídico-patrimoniales fueron resueltos y que si se cerrase, representaría una gran pérdida para ellos. Respecto a la inserción socioeconómica del Juzgado, dijeron lo siguiente: 1º) les ayudó porque solucionó un problema de naturaleza económico-patrimonial, con la reposición de las pérdidas que sufrieron; 2º) les proporcionó una ganancia real y/o aumento de su ingreso personal en aquel período; 3º) les equilibró sus presupuestos familiares. Por último, la remuneración económico-financiera que obtuvieron los consumidores y usuarios fue de entre tres y 40 salários mínimos brasileños - equivalente mas o menos a € 750,00 (setecientos y cincuenta euros) hasta € 10.000,00 (diez mil euros) – lo que es bastante significativo para las personas atendidas por el 6º Juzgado, que son personas menos favorecidas económicamente.<sup>321</sup>

#### **4.3.2 LAS TUTELAS PROCESALES INDIVIDUAL Y COLECTIVA EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES EN ESPAÑA Y SUS CONSECUENCIAS PARA EL DESARROLLO**

Dada la importancia que para el mercado representan los consumidores e incluso los efectos para la economía y para el desarrollo de un país - y no sólo para el propio mercado, ya que su equilibrio se refleja significativamente en la economía - es fundamental propiciar las condiciones favorables para que el mercado esté estable y en crecimiento. Esto dependerá sin duda, entre otras cuestiones, de la protección legal y judicial que se dé a los consumidores, especialmente la protección a través de las tutelas procesales (tanto individuales como colectivas), cuando la primera no resulte por sí sola eficaz.

En este ítem se hace las consideraciones a partir de cómo está construido el sistema legal-judicial español en materia de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, ya que, es necesario conocerlo para constatar la veracidad de la afirmación apuntada más arriba, examinando sus características y sus instrumentos concretos de protección, las más variadas acciones judiciales que propician el acceso del consumidor al Poder Judicial. Se puede reconocer, desde luego y sin necesidad de ninguna referencia especial, que hoy en España, los Órganos del Poder Judicial han

---

<sup>321</sup> Ver ANEXO nº II de esta Tesis.

desarrollado significativas jurisprudencias respecto a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios (y algunas de estas jurisprudencias serán objeto de nuestra consideración). Ahora bien, con este hecho se deduce fácilmente que la búsqueda de esos consumidores y usuarios de tutelas procesales específicas (individuales o colectivas) que protejan sus derechos e intereses de consumidor está contribuyendo a la protección real y efectiva no sólo de esos derechos e intereses, sino del propio mercado, e indirectamente, al crecimiento de la economía y del desarrollo socio-económico.<sup>322</sup>

El derecho de todo ciudadano al acceso a los tribunales de su Estado es una garantía reconocida en los Estados occidentales y democráticos, una conquista de la civilización en relación con los derechos del ciudadano que amparan y protegen los legisladores de todos los países. Así, cuando un consumidor se encuentra desprotegido, intimidado, afectado o lesionado en su derecho, tiene la puerta abierta de los tribunales para reclamar la tutela deseada. Es lo que en derecho procesal se denomina de *derecho de acción*. El derecho a la tutela jurídica debida a los consumidores, permite dos tipos de tutela: jurisdiccionales y extrajurisdiccionales. De esta última, en la cual destaca el sistema arbitral de consumo, no nos ocuparemos en este trabajo por hallarse fuera de los objetivos que nos hemos propuesto. Mientras, hay que decir que en la mayor parte de los sistemas jurídicos, la pluralidad de cauces para la solución de los conflictos jurídicos en el derecho del consumo es una realidad, incluso las alternativas no tienen por qué ser excluyentes, al contrario, pueden actuar de forma complementaria en aras de la tutela pretendida. Ante los conflictos jurídicos que se suscitan, dos son las líneas que podrían aglutinar las diferentes vías de solución de los mismos. Junto a la vía de la justicia estatal, institucionalizada y reglamentada, de los órganos jurisdiccionales, es posible también acudir a cauces privados, cuasiprivados o, en todo caso, donde la participación, bien sólo en la opción e inicio o bien en el mismo desarrollo del procedimiento, se lleva a cabo a través de los sujetos que pueden o ya se hallan en conflicto.<sup>323</sup>

---

<sup>322</sup> Aunque que las leyes que rigen la economía y el mercado sean más complejas y dependan, muchas veces de factores externos (de la conjuntura europea y mundial), es posible defender los efectos benéficos que la protección de los consumidores y usuarios propicia. La *seguridad jurídica*, es para los economistas de gran valor para el mercado y importa significativas influencias en el mismo.

<sup>323</sup> BARONA VILAR, Silvia, “Reflexiones en Torno a la Tutela Procesal de los Consumidores y Usuarios. La Política de Protección de los mismos en la Unión Europea: Líneas de Presente y de Futuro”, en *Tutela de Los Consumidores Y Usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Tirante to Blanch, Valencia, 2002, pp. 25/30.

En España, el conocimiento y sustanciación de los litigios de las acciones que deduzca el consumidor o usuario frente al empresario corresponde a los órganos competentes del orden jurisdiccional civil, concretamente, y en primera instancia, a los Juzgados de Primera Instancia (art.45 LEC), ante los que puede pretender la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares o cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley (art.5º), a través de los cauces procesales correspondientes (juicio ordinario, juicio verbal, proceso monitorio).<sup>324</sup>

La Tutela Judicial de los consumidores no sólo en España, sino también en toda Europa, ha sido una preocupación general; se han buscado medios para mejorar el sistema judicial en la solución de los conflictos jurídicos con consumidores y usuarios, bien creando procesos especiales o bien conformando especialidades sobre los ya existentes. En los sistemas estatales judiciales de solución de los conflictos jurídicos en materia de consumo se ha producido una importante diferenciación entre aquellos condicionantes en el proceso cuando lo que se pretende es la tutela de los intereses individuales de los consumidores (sean éstos singulares o plurales), y cuando se pretende una tutela supraindividual, ya por intereses colectivos de consumidores o usuarios determinados o determinables, o ya por intereses difusos o indeterminados. Así, tenemos dos tipos de tutela judicial de los consumidores: individual o colectivo y difuso.

Según Acosta Estévez, se entiende por *interés colectivo* el interés que viene referido a “*personas situadas en el mismo nivel en relación a un determinado bien o interés respecto del que tienen exigencias del mismo tipo*” y por su vez, *interés difuso*, el “*interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa, cuya tutela jurisdiccional responde a*

---

<sup>324</sup> GARCÍA GIL, F. Javier, *Suma de la Protección y Defensa de los Derechos de los Consumidores*, DAPP - Publicaciones Jurídicas, 2ª ed., Pamplona, 2009, p.763, señala: “Recordemos que, en todo caso, cualquiera que sea su cuantía, se decidirán en el juicio ordinario las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, que se deciden en juicio verbal (art.249.1.5º, en relación con el art.250.12º), en el que también se deciden, entre otras, las demandas cuya cuantía no exceda de 3.000 euros. Al proceso monitorio puede acudir cuando se pretend el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada que no exceda de 30.000 euros, siempre que la deuda de esa cantidad se acredite de algunas de las formas establecidas en la Ley (art.812.1).

*eventuales iniciativas meramente individuales*”. En otras palabras, son sujetos titulares de los intereses colectivos “*aquellos conjuntos o grupos de individuos de carácter concreto y determinado*” por contraposición son sujetos titulares de intereses difusos “*aquellos grupos sociales o colectividades indeterminadas de sujetos desprovistas de organización*”.<sup>325</sup>

Por tanto, los titulares de estos últimos intereses son susceptibles de ser calificados como *fungibles* ya que son sustituibles unos por otros sin que se produzca alteración alguna en el ámbito social. Y aquellos otros sujetos, pueden ser calificados de *infungibles*. De manera general, los intereses de los consumidores se corresponden con los denominados intereses difusos. Además los intereses de los consumidores, presentan la nota conflictual característica de los intereses colectivos; en este sentido, los rasgos característicos de los intereses de los consumidores son, según Ghudini: “1) *no son ni del todo individuales, ni generales, ni colectivos en sentido estricto; 2) la amenaza sobre los mismos es raramente apreciable de manera «individualizada»; en cualquier caso, es idéntica para todos, lo que hace que la reacción de un individuo sirva para los demás 3) como consecuencia de su dependencia tecnológica casi total respecto del aparato productivo y de su conflicto permanente con los intereses de la producción, estos intereses están en estado de peligro permanente; 4) la contemplación legal debe abarcar tanto al «consumidor» como a los «consumidores».*”<sup>326</sup>

Queda entonces establecido que el interés de los consumidores es susceptible de desdoblarse en una doble vertiente: colectiva e individual. Todo ello pone de manifiesto que la tutela de estos intereses deberá venir determinada por el interés de la persona en tanto en cuanto consumidor y además, por el interés de los consumidores. En el primer supuesto cabrá el ejercicio individual de las acciones correspondientes al sujeto perjudicado y en el segundo supuesto podrá darse el ejercicio de la llamada legitimación colectiva.

---

<sup>325</sup> ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Tutela Procesal de Los Consumidores*, José Maria Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp.41/47. El autor enfatiza en la p.46 que: “Podemos afirmar que no son sinónimos los términos «interés difuso» e «interés colectivo» y, en consecuencia, no es lo mismo hablar del primero que del segundo, pues, estamos en presencia de dos calificaciones o fenómenos netamente diferenciados”.

<sup>326</sup> GHIDINI, G. *L'interés des consommateurs comme intérêt diffus et sa défense*, en R.D.C.D.O., 1978.p90, *apud* ACOSTA ESTÉVEZ, *Op. Cit.*, p.51.

La tutela de los intereses individuales deriva del libre acceso de los ciudadanos a la Justicia, una vez que el reconocimiento judicial para litigar por intereses individuales se fundamenta en el derecho a la tutela judicial efectiva. Se discute en la doctrina actual si los cauces procesales comunes son pertinentes para alcanzar la pretendida efectividad por el consumidor o usuario. Surge, entonces, la cuestión de la necesidad de crear una tutela privilegiada por razón del sujeto de relación jurídica. Las soluciones para crearse una tutela especializada por los legisladores europeos, en materia de consumo, han sido plurales y diversificadas, en muchos países.<sup>327</sup>

Junto a la protección de intereses cuyo titular es una sola persona, existen otros que afectan a una determinada colectividad o, en general, a todos los consumidores como categoría. Son los intereses que han venido a denominarse colectivos o difusos. Los derechos e intereses de los consumidores y usuarios que precisan de protección adecuada frecuentemente tienen una relevancia no sólo individual, sino plenamente colectiva. Las situaciones jurídicas de ventaja que recogen las leyes de protección de los consumidores pueden ser, en primer lugar, intereses de titularidad individual, en los cuales el sujeto titular se encuentra en una posición de exclusividad en el goce del bien jurídico objeto del interés, pero con una importante particularidad: es posible que muchos individuos se encuentren en idéntica situación, lo cual implica una importante nota de relevancia colectiva. Por otra parte, en algunos casos el Derecho material positiviza intereses en los que desaparece toda titularidad individual, y la relación entre sujeto y objeto de su interés se difumina: aquel es titular sólo en tanto que

---

<sup>327</sup> BARONA VILAR, Silvia, *Op. Cit.*, p.33, señala en cuanto a las tutelas especializadas europeas: “a) Ejercitar las pretensiones individuales de consumo por los cauces procedimentales ya existentes con carácter ordinario (como sucede, por ejemplo, en países como Dinamarca, Grecia o Luxemburgo), si bien con la determinación, en algunos supuestos, de especialidades tales como la exigencia de conciliación en el proceso, o en su casi mayoría, se ha consagrado la inexigibilidad de la asistencia letrada. b) En otros países se han reconducido estas pretensiones individuales en materia de consumo a procedimientos ya existentes pero específicos para tramitar pequeñas reclamaciones, con la asunción también de algunos elementos como la simplificación procedimental o la introducción de ciertas medidas de aceleración de procedimientos existentes, o la no preceptividad de la asistencia letrada, o la conciliación en cualquier momento del proceso, etc. (en tales situaciones se encuentran Alemania, Francia, Italia, Portugal, Países Bajos). En este grupo pueden también ubicarse los sistemas anglosajones, en los que destacan los «procedimientos de pequeña cuantía» o *small claims procedures*, que suponen una simplificación del procedimiento a través de la utilización de formularios, así como por el predominio de la oralidad. c) Finalmente, existe un tercer grupo de países en los que se han creado procedimientos específicos de consumo, siendo significativos los *small claims consumer procedure*, creados en Irlanda en 1991, y el procedimiento de la *injection de faire*, francesa de 1988.”

miembro de una colectividad más o menos determinada, produciéndose una generalización del interés, que da lugar en ocasiones a aspiraciones de tutela objetiva.<sup>328</sup>

Es preciso considerar, al tratarse de la protección judicial de los consumidores y usuarios, que el proceso en su conformación tradicional (individualista y liberal), tiene enormes desventajas para el individuo que, como consumidor afectado por alguna lesión o amenaza en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, pretenda su efectiva protección. La doctrina especializada se ha referido a la disposición innovadora del art .24 de la Constitución, por el cual “*todas las personas tienen el derecho de obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión*” y el art.51.1 consagra como garantía esencial de los derechos fundamentales, la garantía jurisdiccional; así, ha propugnado la necesidad de que la iniciativa procesal no se limite a los intereses individuales, sino que sea posible ejercitar el derecho a la jurisdicción por grupos, sin necesidad de que sus miembros estén afectados en su propia esfera individual y exclusiva.<sup>329</sup>

Es preciso no olvidar que las estructuras procesales que servían en abstracto para la tutela de los intereses individuales, en muchas ocasiones no ha ofrecido una respuesta adecuada cuando los intereses en juego eran supraindividuales. Se pueden citar, a este respecto, las trabas existentes en torno a la delimitación de la legitimación para la defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, o la viabilidad de toda tipología de pretensiones en estos procesos o su limitación o restricción además de algunas cuestiones procesales referentes a los intereses individuales que plantean problemas de adaptación a esta tutela supraindividual, tales como la extensión de la cosa juzgada o la ejecución de las sentencias. En materia de legitimación, mientras en países como España, Alemania, Francia e Italia, se ha fomentado el asociacionismo, otorgando legitimación a las asociaciones de

---

<sup>328</sup> BUJOSA VADEL, Lorenzo Mateo, “Arbitraje de Consumo y Protección Jurisdiccional de los Consumidores y Usuarios”, in *Manual Básico de Protección de los Consumidores y Usuarios*, Caja Duero, Salamanca, 2006, pp.249/250, señala en la p.250: “*Ambos tipos de situaciones jurídico-subjetivas tienen en común su relevancia colectiva que, en ocasiones, estimula la formación de agregaciones más organizadas para procurar su efectiva protección*”. El autor también, hace una crítica al modelo individual liberalistas de las leyes en España: “*Las leyes de enjuiciamiento vigentes durante el siglo XX en España, a pesar de las numerosas reformas por las que se vieron afectadas, se asentaban originariamente sobre principios basados en el individualismo liberal, poco coherentes con la mayor orientación social de nuestra Constitución de 1978 (art.92)*”.

<sup>329</sup> BUJOSA VADEL, Lorenzo Mateo, “Arbitraje de Consumo y Protección Jurisdiccional de los Consumidores y Usuarios”, *Op. Cit.*, p.250/251. Ver también en este sentido y del mismo autor, *La Protección Jurisdiccional de los Intereses de Grupo*, José Maria Bosch Editor, Barcelona, 2006.

consumidores, en otros países se ha atribuido a entidades o autoridades públicas, como sucede, por ejemplo en Dinamarca, que se atribuye al *Ombudsman*, o en Irlanda, que se atribuye al Director de Asuntos de los Consumidores, o en Finlandia o Suecia donde también existe la figura del defensor del pueblo al estilo danés. Y, junto a estas opciones, Bélgica, por ejemplo, admite ambas posibilidades, la intervención pública y la privada a través de las asociaciones de consumidores.<sup>330</sup>

La tutela procesal de los intereses colectivos se hace por medio de las acciones colectivas. La defensa de intereses plurisubjetivos mediante estas acciones colectivas no sólo han sido objeto de atención en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDUC, art.20.1)<sup>331</sup> y en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio, art.7.3), sino que otras leyes sustantivas posteriores, reguladoras de diversas materias, han ido incorporando normas de carácter procesal a favor de una tutela jurisdiccional ejercitada por asociaciones de consumidores o, en general, a quienes se ha otorgado la protección de esos intereses. En ámbitos específicos como el de la publicidad engañosa, competencia desleal, o el de las condiciones generales de la contratación, la legislación española desarrollada en los últimos años ha ido tomando en consideración la protección de tales intereses y la previsión de que las asociaciones de consumidores y otros sujetos legitimados insten en la vía judicial el cese de prácticas ilícitas o desleales.

Es conveniente una breve aportación, de carácter explicativo, que antecede la vigencia de la ley de condiciones generales de la contratación. Con el ingreso de España en la Unión Europea se ha venido haciendo un esfuerzo normativo obligado por parte del legislador nacional para adaptar el ordenamiento jurídico a las corrientes que desde el seno de los organismos comunitarios se impartían por medio de directivas. Y así, se han promulgado en materia de derecho de consumo importantes leyes especiales que han venido a completar, integrar y perfeccionar la ley general de 1984, de acuerdo

---

<sup>330</sup> BARONA VILAR, Silvia *Op. Cit.*, p.34, señala además para otras especialidades en materia de litigios sobre intereses supraindividuales: “...el establecimiento de fueros específicos de competencia territorial (como sucede en España), o la conciliación (como sucede en el Reino Unido) o las posibilidades de la intervención del consumidor individual en el proceso incoado por ente público o asociación, o incluso la proyección de los efectos de la cosa juzgada sobre quienes no han sido partes en el proceso.”

<sup>331</sup> La LGDUC, al habilitar a las asociaciones de consumidores para su actuación en el proceso (art.20.1), expresamente les permite el ejercicio de tres tipos de pretensiones: ejercitando una *legitimación extraordinaria* en defensa de los intereses de sus asociados; ejercitando una *legitimación estrictamente ordinaria* respecto a la defensa de los derechos subjetivos e intereses legítimos que la asociación pueda tener como persona jurídica; y, finalmente, una *legitimación ordinaria «sui generis»* en relación con los intereses generales de los consumidores.



con los principios y directivas vigentes en esta materia en la Unión Europea.<sup>332</sup> Así surge la ley 26/1991 de 21 de noviembre sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, la ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, la ley 22/1994 de 6 de julio de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, la ley 7/1995 de 23 de marzo de crédito al consumo, la ley 28/1998 de 13 de julio de venta a plazo de bienes muebles y la ley 7/1998 de 13 abril, de condiciones generales de la contratación.<sup>333</sup> Esta ley de condiciones generales de la contratación, en su capítulo IV, introduce una de las grandes novedades en materia de Derecho Procesal, las acciones colectivas, que se presentan en tres tipos: la acción de cesación, la acción de retractación y la acción declarativa.

La primera, la acción de cesación<sup>334</sup>, se dirige a obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz (art. 12.2, Ley 7/1998). Pero, en la actualidad su sentido y funcionalidad propios se ha expandido generosamente, por obra y gracia de varias Directivas europeas y, sobre todo, por su transposición a través de la Ley 39/2002. En esta Ley, se ha incorporado a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios una nueva disposición adicional tercera, intitulada precisamente, “acciones de cesación” que deja claro el incremento del valor de la acción de cesación como mecanismo de protección de los intereses colectivos de los consumidores de manera general y no sólo

---

<sup>332</sup> Es notable en los últimos años el enorme esfuerzo comunitario para ampliar el acceso a la justicia, aumentando la *cooperación jurídica* en el ámbito de una paulatina construcción de un *Espacio judicial europeo*, con el hito relevante de la proclamación en el Consejo Europeo de Tampere (Finlandia, 15 y 16 de octubre de 1999) del principio de *reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales* como piedra angular de la *cooperación judicial en la Unión Europea*, basado en el principio de confianza mutua entre los Estados miembros y en el criterio de equivalencia entre los ordenamientos.

<sup>333</sup> DE LA TORRE, Carlos Rubido, *Derecho del Consumo*, Ed. Revista General del Derecho, Valencia, 2000, pp.135/136, señala que: “*El contenido de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril era doble: regular las cláusulas abusivas para los consumidores y definir y normar las condiciones generales de la contratación como instrumento útil del tráfico mercantil...el legislador español transpone estos dos aspectos creando esta ley especial de condiciones generales e insertando en ella una disposición adicional primera que modifica la preexistente ley general de defensa de los consumidores y usuarios.*”

<sup>334</sup> BUJOSA VADEL, Lorenzo Mateo, “Arbitraje de Consumo y Protección Jurisdiccional de los Consumidores y Usuarios”, *Op. Cit.*, p.252, con respecto a pretensiones de *cesación*, a partir de la Directiva 98/27/CE (DO nº L166) de 11 de junio de 1998, que concretó los objetivos del libro verde: “*pueden entablarse de forma colectiva contra prácticas comerciales ilícitas, así como propiciando su reconocimiento mutuo, para facilitar, por un lado, los litigios transfronterizos y, por otro, el buen funcionamiento de mercado interior.*”

frente a las condiciones generales de la contratación.<sup>335</sup> Su naturaleza es de acción condenatoria, cuyo contenido es doble: eliminación en todos los contratos ya concluidos de dichas cláusulas y abstención de uso en el futuro. De acuerdo con este nuevo carácter de ámbito general, atribuido por la Ley 39/2002, la acción de cesación es ejercitable en cualquier conducta lesiva para consumidores y usuarios, de conformidad con las normas procesales vigentes.<sup>336</sup>

La segunda, la acción de retractación, también tiene un aspecto doble, impone al demandado una obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales de contratación que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro (art. 12.3 Ley 7/1998). Tanto la acción de cesación como esta, de la retractación, enjuician la pretensión común de una parte de valorar una condición general de contratación como nula, lo que incluye los abusos. La diferencia estriba en que la primera acción se condena a «eliminar» y «abstenerse» y en la segunda a «retractarse de una recomendación» y a «abstenerse». Los problemas con los que nos topamos son distintos y de muy difícil, por no decir imposible, solución; en primer lugar, las posibilidades de ejecución de una condena de no hacer personalísima, como es esta y la consecuencia derivada del incumplimiento, recogida en el artículo 706, Ley de Enjuiciamiento Civil (resarcimiento de daños y perjuicios), se acomoda muy mal con lo dispuesto en el artículo 24 de la ley, que establece un régimen sancionador administrativo (por medio de multas), que socava sibilinamente los mismos de la potestad jurisdiccional de «hacer ejecutar lo juzgado», pues el papel garante se transmite a la Administración estatal.<sup>337</sup>

La tercera acción, la acción declarativa, aún siendo meramente declarativa conlleva el efecto añadido de la inscripción en el registro de condiciones generales de contrataciones, aunque únicamente cuando ésta proceda al ser obligatoria, lo

---

<sup>335</sup> Disposición Adicional Tercera, LGDCU: “1. A falta de normativa sectorial específica, frente a las conductas de empresarios o profesionales contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios podrá ejercitarse la acción de cesación. 2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. 3. La legitimación para el ejercicio de esta acción se regirá por lo dispuesto en el artículo 11, apartados 2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En cualquier caso estará legitimado el Ministerio Fiscal”.

<sup>336</sup> LASSARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pp.353/354.

<sup>337</sup> RUBIDO DE LA TORRE, Carlos, *op. cit.*, pp.168/169.

que no desvirtúa su carácter. Así, pues, la acción declarativa se dirigirá a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción, cuando ésta proceda, conforme a lo previsto en el inciso final del apartado 2 del artículo 11. En cuanto a las normas procesales referentes a estos tipos de acciones, en el momento presente en España, es curioso observar que la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios se resuelve en un juicio verbal (art. 250.1.12º LEC). Todas las restantes acciones colectivas consideradas, en principio, se decidirán en el juicio ordinario contemplado en el artículo 250 de la nueva LEC.<sup>338</sup>

Respecto a la competencia territorial, tenemos que aludir la norma del art.52.1.14º de la LEC: en los procesos que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el Tribunal del domicilio del demandante. Y, sobre esa misma materia, cuando se ejerciten las acciones declarativas, de cesación o de retractación, será competente el Tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio; y si el demandado careciere de domicilio en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión.<sup>339</sup>

Con referencia a las acciones colectivas en la Ley General de la Publicidad, Ley nº 34/1988 de 11 de noviembre, previstas en el art. 25, se atribuye a los tribunales ordinarios el conocimiento de las controversias derivadas de la actividad publicitaria.<sup>340</sup> Así, la Ley General de Publicidad instauró un sistema de control judicial de la publicidad ilícita, respecto del que se reconoce legitimación activa para el ejercicio de las acciones de *cesación* y *rectificación*, según su art. 25.1 a «los órganos administrativos competentes, *las asociaciones de consumidores y usuarios*, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general quienes tengan un derecho

---

<sup>338</sup> LASSARTE ÁLVAREZ, Carlos, *op. cit.*, pp.354/355. Destaca además la nueva redacción por parte de la Ley 39/2002, de la legitimación activa en relación con las acciones colectivas, regulada en el artículo 16 de la LGCU: "Artículo 16. Legitimación activa. Las acciones previstas en el artículo 12 podrán ser ejercitadas por las siguientes entidades:...3. Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores Y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores..."

<sup>339</sup> GARCÍA GIL, F. Javier, *Suma de la Protección y Defensa de los Derechos de los Consumidores*, *Op.Cit.*, p.766.

<sup>340</sup> El anterior sistema utilizado en España establecía el conocimiento de estas cuestiones por un órgano administrativo: el *Jurado Central de la Publicidad*.

subjetivo o un interés legítimo».<sup>341</sup> Una de las características de este *proceso publicitario* se da, pues, en materia de legitimación, reconociéndose entre los sujetos legitimados activamente a las asociaciones de consumidores, que podrán ejercitar las pretensiones que son propias de este proceso: *cesación y rectificación de la publicidad*.

La competencia objetiva para el conocimiento de estos procesos viene atribuida a los Juzgados de Primera Instancia; remitiéndose, en cuanto, a lo establecido para el juicio ordinario de menor cuantía, a las especiales que la misma ley señala. Entre estas particularidades está el aumento de los poderes del juez, quien puede, de oficio y sin audiencia del demandado, dictar auto de inadmisión de la demanda cuando la estime manifestamente (art. 29.a LGP). Además, se faculta al juez para, en el momento de decidir el recibimiento del pleito a prueba, requerir de oficio al anunciante para que aporte las pruebas relativas a la exactitud de los datos materiales contenidos en la publicidad (art. 29.b LGP). Hay que destacar, por otro lado, que previamente al ejercicio de las acciones judiciales, debe solicitarse la cesación o rectificación de la publicidad como requisito de admisibilidad de la demanda.<sup>342</sup>

Así, las acciones colectivas en la Ley General de la Publicidad, tienen por objeto, respectivamente, la cesación o rectificación de la publicidad ilícita. Se trata, pues, de la persecución y sanción con fraude de la publicidad engañosa por los órganos administrativos competentes en materia de protección y defensa de los consumidores y usuarios.

Por otro lado, las acciones colectivas en la ley de Competencia Desleal, Ley 3/1991, de 10 de enero, están previstas en el art.19.2, con la legitimación para su ejercicio de las asociaciones de consumidores. Es importante plantear que la Ley de Competencia Desleal – LCD, marca una nueva orientación en esta disciplina, abriendo paso a la tutela de intereses que, como pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos de la Ley, habían escapado con anterioridad a la atención del legislador mercantil. De esta manera, están presentes los distintos intereses que confluyen en el

---

<sup>341</sup> CARRASCO PERERA, Ángel (Coordinador), *El Derecho de Consumo en España: Presente y Futuro*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2002, p.243. Destaca en esta página: “En este caso, la legitimación de las asociaciones de consumidores no plantea importantes problemas procesales, porque la sentencia estimatoria que pudiera resultar no reconoce una condena a favor de deudor individual ninguno.”.

<sup>342</sup> BOTANA GARCÍA, Gema & RUIZ MUÑOZ, Miguel (Coordinadores), *Curso Sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, Ciencias Jurídicas/Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 648.

sector: el interés privado de los empresarios, el del Estado en mantener un orden saneado de concurrencia, y el interés colectivo de los consumidores. Como manifestación de la preocupación por la defensa de estos intereses se atribuye legitimación para el ejercicio de determinadas acciones privadas de la competencia desleal a las asociaciones de consumidores. Ahora bien, esta legitimación colectiva ni se otorga frente a todos los actos de competencia desleal, ni cabe ejercitar cualquiera de las posibles acciones que la ley prevé. La legitimación de las asociaciones de consumidores es posible en aquellos casos en que los actos de competencia desleal afecten a los intereses de los consumidores, pudiendo únicamente ejercitarse las acciones previstas en los números 1º al 4º de la LCD: *declarativa de deslealtad, de cesación o prohibición del acto, de remoción de los efectos y de retificación de las informaciones*. Quedan, por tanto, excluidas las acciones de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, y la de enriquecimiento injusto.<sup>343</sup>

En efecto, se trata de cinco acciones diferentes, todas ellas de naturaleza civil y susceptibles de ser ejercitadas ante la jurisdicción ordinaria: 1ª) acción declarativa de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste; 2ª) acción de cesación del acto, de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica; 3ª) acción de remoción de los efectos producidos por el acto; 4ª) acción de retificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, y 5ª) acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otro de análogo contenido económico. Para el ejercicio de las cuatro primeras acciones, la propia ley reconoce legitimación activa a cualquier persona que participe en el mercado cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o alcanzados por el acto de competencia desleal; la de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada. Además, para el ejercicio de las acciones comprendidas en los cuatro primeros números, gozan también de legitimación activa, entre otros, las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor; legitimación esta que quedará expedita a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores.

---

<sup>343</sup> BOTANA GARCÍA, Gema & RUIZ MUÑOZ, Miguel (Coordinadores), *Curso Sobre Protección...*, Op. Cit., p.649.

Importante es también el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, con las modificaciones operadas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre), que trata de la legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios, tanto para la defensa de intereses individuales como para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. En el apartado nº4 se nota la previsión de la *acción de cesación*, importante instrumento que el Ministerio Fiscal y las asociaciones de consumidores y usuarios, están legitimados a utilizar en la defensa y protección de los intereses de los consumidores en España.

Además, otro tipo de acción merece nuestra atención: es la denominada *acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados*. Cuando en los procesos iniciados por una asociación representativa en defensa de la pluralidad indeterminada o difícilmente determinable consumidores o usuarios perjudicados por un hecho dañoso se ha obtenido una sentencia estimatoria, la sentencia deberá establecer los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago o, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella. Como no es posible ejecutar una sentencia sin determinar el sujeto a cuyo favor se ha declarado la condena, el art. 519 LEC introduce un incidente dirigido, no a la ejecución particular de la sentencia para cada uno de los miembros del grupo de beneficiados por la condena inicialmente indeterminados, sino una actividad previa y necesaria: la determinación subjetiva de los titulares de los derechos e intereses que se han examinado. En estos casos se hace imprescindible algún mecanismo de publicidad de las sentencias para quienes estén en el grupo de interesados beneficiados por la condena puedan solicitar, lógicamente aún sin haber comparecido en el proceso de declaración, el reconocimiento de su condición de interesado, para poder intervenir beneficiándose de un fallo favorable.<sup>344</sup> En tal caso, el Tribunal o Juzgado dictará un «auto» en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con el testimonio de este «auto», los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución.<sup>345</sup>

---

<sup>344</sup> BUJOSA VADEL, Lorenzo Mateo, “Arbitraje de Consumo y Protección Jurisdiccional de los Consumidores y Usuarios”, *Op. Cit.*, p.271, señala que: “Parece todavía más importante la publicación de la sentencia cuando en ella el pronunciamiento se refiere a intereses individuales homogéneos como es el caso del artículo 519”.

<sup>345</sup> GARCÍA GIL, F. Javier, *Suma de la Protección y Defensa de los Derechos de los Consumidores*, *Op.Cit.*, p.765.

Así, es necesario reconocer que la protección procesal y procedimental de los consumidores se ha basado en gran parte en el reconocimiento de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios, bien por sectores determinados y para el ejercicio de concretas acciones, bien, más generalmente, en defensa de la propia asociación, de sus socios y de los intereses generales de los consumidores. Resulta, pues, que la tutela jurídico-procesal de los consumidores puede ser considerada como una necesidad propia de nuestra época.<sup>346</sup> Esta legitimación activa<sup>347</sup> se encuentra en el art.20.1 de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, Ley nº 26/1984, mediante la cual las asociaciones de consumidores y usuarios podrán “*representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios*”.

Es necesario explicar estos tres tipos de legitimación, según la doctrina de Bujosa Vadell<sup>348</sup>, que aquí sintetizamos: 1ª) *las pretensiones en defensa de los asociados*, es decir, se trataría del ejercicio colectivo de los intereses individuales de los asociados relevantes colectivamente, de los asociados por una organización de consumidores. En estos casos, el fin perseguido es la reparación de los daños y perjuicios sufridos por los consumidores. Puede considerarse a la asociación como parte procesal a la persona que actúa en su nombre como representante necesario, desde la consideración de que el interés de la sociedad no puede ser substancialmente distinto del de los socios y que la defensa de los derechos de éstos es uno de sus fines. En este último caso sería una sustitución procesal en la que los miembros permanecen como terceros ajenos al proceso, mientras que si se considera que se trata de una representación las partes son los

---

<sup>346</sup> A partir de los años sesenta se multiplicaron en los distintos Estados del ámbito occidental las declaraciones tendentes a conseguir una adecuada defensa de los consumidores. En este contexto, especial referencia merece el mensaje del Presidente Kennedy al Congreso de los Estados Unidos en el que se pone de manifiesto un hecho altamente relevante: los consumidores constituían en ese momento el grupo económico más importante y a la vez el menos protegido por las leyes. La declaración contenida en el mencionado mensaje fue el punto de partida de una nueva toma de conciencia por parte del legislador y, en conformidad con la misma, se inició una labor legislativa encaminada a la defensa de los derechos e intereses de este importante grupo económico. Esta sensibilización protectora fue imitada en el seno de otros países occidentales y supuso la aparición de numerosas manifestaciones encaminadas a proteger los derechos e intereses de los consumidores.

<sup>347</sup> La STC 21/1987, incardina el derecho de las asociaciones en defensa de sus derechos e intereses legítimos en el proceso, en el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva (art.24.1). Efectivamente es un derecho fundamental.

<sup>348</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, *La Protección Jurisdiccional de los Intereses de Grupo*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2006, pp.311/329.

miembros de la asociación representados y no la asociación representante.<sup>349</sup> 2ª) las *pretensiones en defensa de la asociación*, con lo cual la LGDCU se refiere a los derechos e intereses propios del ente organizativo, como persona jurídica que es, tanto en el aspecto patrimonial como moral: serían los derechos individuales de la asociación. 3ª) las *pretensiones en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios*. La defensa de éstos se refiere a los *intereses de grupo en sentido estricto*, referidos a *colectivos* subjetivamente difíciles de determinar y objetivamente referidos a bienes indivisibles (no susceptibles de apropiación exclusiva y excluyente por parte de los individuos). Se trata de casos de *legitimación colectiva*, en sentido estricto. En estos casos cabría ejercitar las acciones preventivas de condena. No se trata de una legitimación por sustitución, sino una legitimación ordinaria, aunque «sui generis», para defender un interés que sólo de forma mediata puede entenderse que pertenece a cada individuo miembro del grupo, y que de manera inmediata pertenece al grupo mismo, el cual en caso de existir una representación adecuada, puede actuar a través de entes organizados como son las asociaciones de consumidores.

Como consecuencia, tanto la legitimación individual de los consumidores como la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios, pone de relieve, el derecho de recurrir a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses; se subraya así que el derecho de todo ciudadano a los tribunales de su Estado es una garantía reconocida en los Estados occidentales y democráticos, una conquista de la civilización en relación con los derechos del ciudadano que amparan y protegen los legisladores de todos los países. De esta forma, cuando un consumidor se ve desprotegido, intimidado, afectado o lesionado en su derecho, tiene la puerta abierta a los tribunales para reclamar la tutela deseada. Es lo que en derecho procesal se denomina de *derecho de acción*. El interés de los consumidores a la tutela procesal de sus derechos es susceptible de desdoblarse en una doble vertiente: colectiva e individual. Todo ello pone de manifiesto que la tutela de estos intereses deberá venir determinada por el interés de la persona en tanto en cuanto consumidor y además, por el interés de los consumidores. En el primer supuesto cabrá el ejercicio individual de las acciones correspondientes al sujeto perjudicado y en el segundo supuesto podrá darse el ejercicio de la llamada legitimación colectiva. Derivado de la tutela de los intereses individuales del libre acceso de los

---

<sup>349</sup> Aunque los consumidores representados son los titulares del derecho debatido en el proceso, por eso mismo son los principales interesados en defenderlo y tendrían la posibilidad de intervenir, dando lugar a un litisconsorcio.



ciudadanos a la justicia, es que el reconocimiento judicial para litigar por intereses individuales se fundamenta en el derecho a la tutela judicial efectiva, mientras que la tutela procesal de los intereses colectivos se hace por medio de las acciones colectivas, cuya legitimación de las asociaciones de los consumidores juega un papel fundamental para la defensa de los derechos de los consumidores en juicio.<sup>350</sup>

No debemos olvidar que la solución a los problemas procesales que la protección jurisdiccional de los intereses de grupo plantea debe ser distinta según la naturaleza del interés que está en juego, dependiendo si los miembros del grupo se encuentran afectados en sus intereses con relevancia colectiva, pero en el fondo realmente individuales –aquellos que en el Código brasileño de Defensa del Consumidor, Ley nº 8078/90, se denominan intereses *individuales homogéneos* (derivados de un origen común, art.81, III)– o aquellos referidos, según el art.88, II de la Constitución colombiana, a daños ocasionados a un número plural de personas y susceptibles de ser protegidos a través de las denominadas acciones de grupo (art. 3 de la Ley nº 472, de 5 de agosto de 1998:”*aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas*”, o en cambio, si la calidad de afectados es más difusa, en el sentido de que el interés que se pretende proteger se refiere a un bien no susceptible de apropiación exclusiva, respecto al cual el disfrute de un individuo o grupo no está limitado por el goce concurrente de otros miembros de la colectividad. Las notables diferencias entre unos intereses de grupo y otros deben justificar la asunción de soluciones distintas a lo largo del proceso.<sup>351</sup>

En esta línea de pensamiento sobre la protección jurisdiccional de los consumidores en España hay que considerar que las transformaciones socioeconómicas que han originado la masificación de relaciones jurídicas de consumo,

---

<sup>350</sup> Es necesario no olvidar que el Derecho de Consumo, se caracteriza entre otros rasgos por su transcendencia supraindividual. Es como dice BUJOSA VADEL, Lorenzo Mateo, “Arbitraje de Consumo y Protección Jurisdiccional de los Consumidores y Usuarios”, *Op. Cit.*, p.253:”... *por existir, por un lado, auténticos intereses individuales, pero con una relevancia colectiva evidente al tratarse de derechos o intereses individuales pero cualitativamente homogéneos, y por otro, intereses más generales, que incluso, pueden llegar a confundirse con los intereses públicos*”.

<sup>351</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, “El Acceso a la Justicia de los Consumidores y Usuarios”, *in Derechos de los Consumidores y Usuarios*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.1712. La protección jurisdiccional de los consumidores y usuarios, como resalta el autor en la p.1723 al referirse a la Sentencia del Tribunal Supremo en STS 26 de septiembre de 1997 (Sala 2ª), no resulta demasiado generosa con los consumidores en el área de su protección procesal, pues en realidad no existe una normativa concreta, suficiente y adecuada que desarrolle el mandato del art. 51 CE sobre la protección al consumidor mediante el mecanismo de unos procedimientos eficaces.

obligan también a la utilización de nuevos instrumentos en el Derecho Procesal, para hacer efectivo estos derechos con un adecuado acceso a la jurisdicción. Así, es posible que el consumidor afectado por la lesión o la amenaza en su derecho o interés no conozca siquiera la protección que el propio ordenamiento le dispensa; que ignore sus derechos o, aunque los conozca, que no sepa cómo hacerlos valer; o incluso que no le compense afrontar su tutela, sobre todo en casos de pequeños perjuicios, por lo que la efectiva protección estimula la formación de agregaciones o asociaciones más organizadas para procurar su efectiva protección, especialmente cuando los miembros de estos grupos más o menos determinados toman conciencia de su situación de perjudicados o amenazados y de su propia debilidad individual. Dada esta relevancia colectiva, se plantea también la protección de los intereses de grupo, aún sin formar entes con personalidad jurídica, pueden ser incluidos entre los titulares de este derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.<sup>352</sup> En este sentido la doctrina se ha referido a la “*virtualidad interpretativa renovadora del artículo 24 de la Constitución*”, y ha propugnado la necesidad de que la iniciativa procesal no se limite a los intereses individuales, sino que sea posible ejercitar el derecho a la jurisdicción por grupos, sin necesidad que sus miembros estén afectados en su propia esfera individual y exclusiva.<sup>353</sup>

Se ha considerado que el proceso jurisdiccional, en su conformación tradicional, tiene enormes desventajas para el individuo que, como consumidor afectado por alguna lesión o amenaza en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, pretenda su protección. Como ha observado Bujosa Vadell: “*existen barreras psicológicas como el propio lenguaje jurídico y judicial o la complejidad de la normativa, con diversidad de instancias legislativas, concurrencia de normas de diversos rangos, con gran imperfecciones técnicas y contradicciones*”.<sup>354</sup> Es evidente la necesidad de simplificación para evitar la inseguridad jurídica, y con eso, contribuir al perfeccionamiento de las relaciones jurídicas y la manutención y crecimiento de la

---

<sup>352</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, *La Protección Jurisdiccional de los Intereses de Grupo*, Jose Maria Bosch Editor, Barcelona, 2006. Destacamos la p.109: “*La evolución social del Derecho obliga a abandonar el principio de la igualdad formal ante la ley para tratar de proteger a la parte más débil y se reconoce un hecho fundamental: la desigualdad real de los participantes en el tráfico económico. En gran parte los contratos que se celebran en la actualidad una de las partes tiene que limitarse a admitir las cláusulas que le impone la parte contraria, o en cambio, desistir de la obtención del producto o servicio, que en muchas ocasiones es muy necesario para ella*”.

<sup>353</sup> La propia Ley Orgánica nº 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al recoger el derecho a la tutela judicial, en su art. 7.3 se manifiesta en esta misma tendencia, pues se refiere a los derechos e intereses legítimos «tanto individuales como colectivos».

<sup>354</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, “El Acceso a la Justicia de los Consumidores y Usuarios”, in *Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Op. Cit. P.1725.

*seguridad jurídica*, que es fundamental para el derecho al desarrollo.<sup>355</sup> Por otro lado, ocurre habitualmente que la solución que proporcionaría una adecuada tutela judicial efectiva del interés afectado no es la compensación mediante indemnización de daños y perjuicios sino más bien la prevención frente a las amenazas de lesión.

Algunas jurisprudencias merecen ser aquí analizadas en virtud de su gran significación para la defensa y protección del derecho de los consumidores y usuarios. Considerando que uno de los mayores problemas que conllevaron las cláusulas de sumisión fue el de los contratos de adhesión, donde el consumidor o usuario contratante se encuentra en principio en una posición de mayor inferioridad y precisa, por tanto, de concreta atención por parte del ordenamiento y de la actuación jurisdiccional, es en esta materia que debemos centrar, inicialmente, nuestra atención, al tratarse de la investigación de las jurisprudencias más significativas. El Tribunal Supremo español ha entendido la nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva, es decir, cuando perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporta una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio de los consumidores y usuarios. Como ejemplo, SAP Soria 10 de abril 2002:

*«Es cierto que las cláusulas expresas de sumisión pueden suponer en algunos casos una carga abusiva que una de las partes del contrato en el que se pacta la sumisión (generalmente aquélla que se encuentra en una posición de superioridad o prevalencia) impone a la otra para asegurarse un fuero territorial que le resulta particularmente ventajoso y que a la vez es gravoso para el contratante en una posición más débil, y así la jurisprudencia más reciente de la Sala la del Tribunal Supremo ha subordinado la eficacia y carácter vinculante de la cláusula de sumisión expresa a su ajuste a la legislación interna española (en particular la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) y a la legislación comunitaria (Directiva 93/13), que autorizan a declarar abusiva la cláusula de referencia cuando origina desequilibrio entre los contratantes, por ser unilateral su*

---

<sup>355</sup> En este sentido fue realizado el *Coloquio de Montpellier de 1975* sobre la protección judicial y extrajudicial de los consumidores. También se resalta el *Plan de acción sobre acceso de los consumidores a la Justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado interior* (COM «96» 13 final, 14 de febrero de 1996).

*aportación al contrato y revestir la relación negocial el carácter de contrato de adhesión, sin que los usuarios hubieran tenido intervención directa en su redacción y establecimiento, ni en la mayoría de los casos se les haya permitido modificación (Sentencias de 27.04.1995, 14.09.1996, 11.10.1997, 30.05.1998 y 14.04.2000). (...) En consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin perjuicio de mantener el carácter preferente de la sumisión expresa o tácita (art.56 LECiv/1881) sobre los llamados fueros legales establecidos con carácter supletorio, para los supuestos que falte esa sumisión (art.62 de la citada Ley), ha valorado con especial cuidado aquellas cláusulas que figuran impuestas por una de las partes contratantes – como son, por ejemplo, las que se hacen constar en los albaranes y facturas -, verificando dicho examen en un doble aspecto: a) Determinando la bilateralidad de la cláusula, esto es, si hay indicios de que no ha sido aceptada libremente por la parte adherente a la misma, como ocurre en los supuestos en los que no aparezca suscrita la hoja en que figura, o que se halle escrita en diferente tipo de letra de las demás contenidas en el texto del documento que hagan difícil su lectura y pueda deducirse que ha firmado el documento sin percatarse de la existencia de la cláusula; b) Concretando si, aún en el supuesto de que se pueda deducir que ambas partes prestaron su conformidad a la cláusula con conocimiento de la misma, ésta resulta abusiva en relación con la posición del adherente, de acuerdo con los criterios establecidos en el art.10 de la Ley 26/1984, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o en le art.10bis o en la disposición adicional 1ª de este Texto Legal en su redacción conforme a la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación».*

Mencionamos a continuación otras jurisprudencias ilustrativas de reconocimiento de la nulidad de cláusula abusiva: El Tribunal de Justicia de las Islas Baleares ha decidido, AP Baleares, 13.04.2005, que son nulas de pleno derecho, las cláusulas de un contrato en el que no consta la entrega al comprador de los anexos a que se refiere el contrato relativo a los estatutos que regulan la comunidad y a los contratos

de gestión, no se concede la posibilidad de desistimiento unilateral y se oculta la existencia de una hipoteca. El Tribunal de Justicia de Tarragona, en Sentencia de 28.02.2002, ha decidido en contrato de préstamo, con interés de demora, por el reconocimiento de cláusula abusiva, en atención al principio de conservación del contrato, que establece interés de demora, con aplicación del número 2 del artículo 10 bis de la Ley 26/84, es decir, la nulidad de dicha cláusula, que no obstante, en virtud del principio de conservación del contrato que inspira el precepto, dará lugar a su integración con arreglo al artículo 1258 del Código Civil: *“A estos efectos, el juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario”*, por lo que en ningún caso *“determinará la nulidad total del contrato de préstamo”*.<sup>356</sup>

Así, siempre que se verifique en una relación contractual hay un desequilibrio entre los contratantes, por ser unilateral la aportación de una cláusula al contrato y revestir la relación negocial el carácter de contrato de adhesión, sin que los usuarios hubieran tenido intervención directa en su redacción y establecimiento, los tribunales españoles han declarado, con base en esta jurisprudencia, la nulidad de la cláusula, por abusiva. Por consiguiente, el restablecimiento del equilibrio contractual y de la justedad de la relación jurídica, a través de la actuación judicial, proporciona la efectiva protección a los consumidores, que son agentes activos de la economía y, por consiguiente, la protección del mercado y del buen funcionamiento de la economía. Por el contrario, la inseguridad jurídica ocasionaría serios perjuicios no sólo a los consumidores, sino también al propio funcionamiento del mercado, con retracciones de contratos y de movimientos financieros, que frenarían la economía.

Muchas de las decisiones judiciales proferidas en España en materia de protección de los derechos de los consumidores y usuarios se han realizado con base en leyes protectivas especiales, como por ejemplo, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (p. ej., la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios); la Ley 22/1994, de 6 de julio de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos (p.ej., la pretensión de resarcimiento de daños y

---

<sup>356</sup> GARCÍA GIL, F. Javier, *Suma de la Protección y Defensa de los Consumidores*, DAPP Publicaciones Jurídicas, 2ª ed, Pamplona, 2009, pp.303/305.

perjuicios por lesiones corporales), o la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (pretensiones declarativas de nulidad o pretensiones de no incorporación). En estos casos también se constata los efectos benéficos que la protección judicial proporciona a los consumidores y usuarios, con reflejos positivos para la estabilidad del mercado y de la economía.<sup>357</sup>

Considerando el alcance socioeconómico de las tutelas judiciales a estos derechos de los consumidores y usuarios, más allá de la tutela individual, se posiciona la tutela colectiva, por la extensión, pluralidad y mayor amplitud de personas efectivamente protegidas por ella. La evidente relevancia supraindividual de muchos de los intereses de los consumidores conlleva que la mejor forma de tutela jurisdiccional para ellos sea la colectiva. Cuando ocurre la tutela objetiva de estos intereses, son acogidos como verdaderos intereses públicos; en el caso en que se dé una tutela del ordenamiento jurídico, se propugna la intervención bien de órganos públicos, bien de actores populares como portadores de estos intereses ante los órganos jurisdiccionales. En ambos casos se produce la intervención de portadores que no ocupan una posición de derecho subjetivo o de interés legítimo que se pretenda proteger, sino que se preocupan únicamente de que la realidad fáctica se corresponda con las prescripciones normativas. Un primer ente público que puede defender los intereses difusos es el Ministerio Público. La LEC, en su art.6º.1.6, reconoce la capacidad de ser parte en el proceso civil al Ministerio Fiscal, pero la limita a los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte y, hasta hace poco, ninguna ley especial protectora de los intereses de los consumidores reconocía la actuación del Ministerio Público, ni siquiera parece que pudiera entenderse incluido en la expresión “*órganos administrativos competentes*” a los que se refiere la LGP. La LCG ha venido a modificar la situación al prever entre las entidades que puedan ejercitar acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales de la contratación al Ministerio Fiscal (art.16), en un ejemplo de combinación de instancias públicas y colectivas para asegurar la protección de un interés de grupo.<sup>358</sup>

---

<sup>357</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, “El Acceso a la Justicia de los Consumidores y Usuarios”, *in Derechos de los Consumidores y Usuarios, Op. Cit.* P.1744, da su opinión sobre las dificultades de una tutela individual, ante la situación individual de debilidad e inferioridad material de los sujetos afectados para hacerlos valer jurisdiccionalmente frente a las grandes empresas o a las administraciones públicas responsables del daño causado. Pero no se puede negar la utilidad de esta protección cuando la tutela individual es efectivamente prestada a los consumidores individuales y sus efectos reflejos.

<sup>358</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, “El Acceso a la Justicia de los Consumidores y Usuarios”, *in Derechos de los Consumidores y Usuarios, Op. Cit.*, pp.1746/1747.

Además en el ordenamiento español, pueden señalarse, como legitimados a proponer acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa, algunas entidades mencionadas en el art.16 LCG, ya en su redacción inicial, que junto al Ministerio Fiscal y las asociaciones o corporaciones: a) el Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competente en materia de defensa de los consumidores; b) las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación; c) los Colegios Profesionales legalmente constituidos, como por ejemplo, el Ilustre Colegio de los Abogados; d) la Oficina Española de Patentes y Marcas, según el art. 59 de la Ley 17/2001, para las acciones declarativas de nulidad o caducidad del registro de una marca en los casos previstos en los arts. 51 y 55 “c”, “d”, “e” y “f”.

La evidente relevancia supraindividual de muchos de los intereses de los consumidores conlleva que la mejor forma de tutela jurisdiccional para ellos es la colectiva. Cuando se trata de la protección colectiva de intereses individuales de contenido idéntico, por ejemplo para reclamar por daños masivos que ha producido una remesa de productos defectuosos, en realidad cada uno de los afectados aparece como directamente titular de un interés. Hay una relación directa entre sujeto y el interés que se pretende proteger, sólo que se pretende potenciar la posición de los consumidores y usuarios a través del ejercicio colectivo. Es entonces cuando la asociación de consumidores que defiende estos intereses lo hace desde una posición de legitimación extraordinaria o de sustitución procesal, con gran utilidad y extensión a un gran número de consumidores que estén efectivamente afectados por el problema, y lo hace ejercitando intereses que en realidad no son propios de esa persona jurídica sino de todos los consumidores individuales que se han visto personalmente afectados por la actividad lesiva. En cambio, cuando se trata de un interés de grupo en sentido estricto, relativo a bienes indivisibles, la actuación del ente exponencial se basa en la afirmación de un interés de grupo frente a un riesgo que afecta a todos los miembros de esa colectividad por el mero hecho de serlo; en estos casos la actuación de las asociaciones es de legitimación ordinaria *sui generis*, con algunos rasgos de legitimación extraordinaria, pues el ente exponencial no es ni sustituto procesal ni estrictamente representante de sus asociados, sino gestor autónomo del interés colectivo y también, junto a los demás

miembros de la colectividad, titular del mismo.<sup>359</sup> Resulta significativa la Sentencia 219/2005, de 12 de septiembre, particularmente en lo relativo a la legitimación activa de las asociaciones de consumidores:

*“Supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva negarles legitimación en los supuestos de actuación en representación y defensa de intereses concretos de sus asociados con base en que no defienden intereses propios sino de terceros, una vez constatado que «por expresa previsión legal las asociaciones de los consumidores y usuarios están legitimadas para representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos”, esto es, para representar y defender los derechos e intereses de sus asociados como intereses distintos de los de la propia asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios (arts.20.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; 16.1 Real Decreto 825/1990, de 22 de junio)”*.<sup>360</sup>

## **5. EL DERECHO AL DESARROLLO Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES**

Aunque no exista una línea jurisprudencial que avale firmemente el derecho al desarrollo, los principios de cooperación y solidaridad como valores emergentes en la sociedad internacional están contribuyendo a la afirmación progresiva del derecho humano al desarrollo, según el que es apoyado por una parte significativa de la doctrina.<sup>361</sup>

Al concepto de *derecho al desarrollo* se han ido integrando, progresivamente –más allá de la concepción inicial de crecimiento económico– otras cuestiones como la paz universal, la justicia social, el medio ambiente sano, la defensa de los consumidores y usuarios, la democracia etc..., mientras es posible vislumbrar en la protección de estos derechos y intereses, una posición de las Cortes de Justicia que

---

<sup>359</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, “El Acceso a la Justicia de los Consumidores y Usuarios”, *in Derechos de los Consumidores y Usuarios, Op. Cit.*, pp. 1749/1750.

<sup>360</sup> STC 73/2004, F. 5 61.

<sup>361</sup> GÓMEZ ISA, Felipe, *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p.323.



efectivamente han contribuido, aunque de forma indirecta, a la concreción de tan importante derecho de *todo ser humano y de todos los pueblos*.<sup>362</sup> Como señala la propia Declaración sobre el derecho al desarrollo en su preámbulo: “*el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan*”.

No se puede olvidar además que (como hemos visto en el Capítulo II de esta Tesis), uno de los principales elementos que integran el contenido del derecho al desarrollo es el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Así, desde la óptica del derecho al desarrollo, no cabe un verdadero proceso de desarrollo sin un respeto escrupuloso de los derechos humanos, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. En esta perspectiva, es posible deducir también que las tutelas judiciales de protección, tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales, son también, tutelas de protección del propio *derecho al desarrollo*, aunque que de forma indirecta y puntual, mientras que en su conjunto estas efectivas actuaciones jurisdiccionales en defensa de los derechos humanos, tendrán un efecto más amplio y participativo para la concreción del derecho al desarrollo. **El derecho al desarrollo se convierte así, en un derecho que refuerza y profundiza la indivisibilidad e interdependencia del conjunto de los derechos humanos.** También se resalta su vinculación con el resto de los derechos humanos de tercera generación: por un lado, el derecho al desarrollo se relaciona con el derecho a la paz; por otro, guarda una íntima relación con el derecho al medio ambiente sano y con los derechos de los consumidores y usuarios; con el derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad y con el derecho a la asistencia humanitaria.

En efecto, si consideramos el derecho al desarrollo como un derecho colectivo de un pueblo frente a otros pueblos, se sobraya su categoría de un *soft law*, sin una fuerza jurídica obligatoria, en que los países más pobres dependen de la voluntad política, principalmente, de los países más desarrollados, que son quienes cuentan con los medios necesarios para hacer operativo el derecho humano al desarrollo.

---

<sup>362</sup> El art.1.1 de la Declaración sobre el Desarrollo, Resolución nº 41/128, establece que “*el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual «todo ser humano y todos los pueblos» están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político...*”. Así su carácter es tanto de un derecho individual como colectivo.

Pero, si consideramos el derecho al desarrollo en su aspecto individual y mismo colectivo, eso es, el de un pueblo frente al gobierno de su Estado<sup>363</sup>, aquí sí podremos defender su exigibilidad y su justiciabilidad, y entonces podremos apreciar, gradativa y progresivamente, su rasgo de *hard law*.

En este contexto donde podremos mencionar el derecho al desarrollo en la jurisprudencia internacional, con investigaciones en las Cortes de Justicia y de Protección de los derechos humanos internacionales, que se enmarcan con otros derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales y también relacionados con otros derechos humanos de tercera generación, destacando el derecho ambiental y el derecho de los consumidores.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una tarea de valor incalculable al apreciar la «dimensión ambiental de determinados derechos fundamentales» o como denomina Lozano Cutanda «*ecologización de los derechos fundamentales*»<sup>364</sup> Por ejemplo, en cuestión de protección del medio ambiente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso López Ostra contra España, en su sentencia de 9 de diciembre de 1994, puso de manifiesto la clara vinculación entre el derecho a la vida privada y la protección del medio ambiente:

*«De lo anterior se deduce, no obstante, que los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y pueden privarla de disfrutar de su domicilio hasta el punto de perjudicar su vida privada y familiar y sin que sea necesario que se ponga en grave peligro la salud de la interesada.»*

*Los principios aplicables son bastante similares tanto si enfoca el asunto bajo la perspectiva de una obligación positiva, a cargo del Estado, de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del particular en virtud del párrafo 1 del artículo 8 –como lo pretende en este supuesto la demandante–, como si se aborda como una «injerencia de una autoridad pública» que se debe justificar de acuerdo con el párrafo 2 del*

---

<sup>363</sup> En el ámbito nacional, recae sobre los Estados la responsabilidad de llevar a cabo la realización concreta del derecho al desarrollo, siendo ellos mismos los principales obligados.

<sup>364</sup> LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson (5ª ed), Madrid, 2004, pp.72/73.

*mismo artículo 8. En los dos casos es preciso tener en cuenta el justo equilibrio que debe darse entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto; del mismo modo, en las dos hipótesis el Estado goza de un cierto margen de apreciación. Además, incluso en el caso de las obligaciones positivas que se deducen el artículo 8.1, los objetivos enumerados en el artículo 8.2 pueden desempeñar una cierta función a la hora de buscar el equilibrio requerido (véanse, en particular, las sentencias Rees c. Reino Unido de 17 de octubre de 1986, serie A, nº 106, p. 15, § 37, y Powell y Rayner c. Reino Unido de 21 de febrero de 1990, serie A, nº 172, p. 18, § 41)”.*<sup>365</sup>

En el examen del asunto relativo al ruido por vuelos nocturnos en el aeropuerto de Heathrow y en la Sentencia de 8 de julio de 2003, Hatton c. Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sigue avanzando en la protección del medio ambiente, con fundamento en el Convenio Europeo de Derechos Humanos:

*“El artículo 8 puede aplicarse en los asuntos de medio ambiente si la contaminación es causada directamente por el Estado o cuando la responsabilidad de este último deriva de la ausencia de reglamentación adecuada de la industria privada. Los principios aplicables son bastante similares tanto si se infoca el asunto bajo la perspectiva de una obligación positiva, a cargo del Estado, de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos que los demandantes deducen del párrafo 1 del artículo 8, como si se aborda como una ingerencia de una autoridad pública que se debe justificar de acuerdo con el párrafo 2 del mismo artículo 8. «En los dos casos es preciso tener en cuenta el justo equilibrio que debe darse entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto; del mismo modo, en las dos hipótesis el Estado goza de un cierto margen de apreciación para determinar las disposiciones que deben adoptarse con el fin de asegurar el respeto del Convenio. Además, incluso en el caso de las obligaciones positivas que resultan del párrafo 1, los objetivos*

---

<sup>365</sup> TEDH, sentencia de 9 de diciembre de 1994, López Ostra c. España, Recurso nº 16798/1990, § 51.

*enumerados en el párrafo 2 pueden desempeñar una cierta función en la búsqueda del equilibrio deseado» “.*<sup>366</sup>

El Tribunal considera, por tanto, que en un litigio como este referido a decisiones del Estado que tienen una incidencia en cuestiones medioambientales, el examen que procede realizar implica dos aspectos. En primer lugar, puede apreciarse el contenido material de la decisión del Gobierno con el fin de asegurar que sea compatible con el artículo 8. En segundo lugar, es preciso examinar el procedimiento de adopción de decisiones con el fin de comprobar si los intereses de los particulares han sido debidamente en cuenta, en efectiva protección de los derechos humanos del ciudadano.

En la segunda sentencia *Hatton c. Reino Unido*, el Tribunal Europeo insiste en la dimensión procedimental de la protección del medio ambiente, introduciendo una precisión de gran importancia para la cuestión y condena por incumplimiento al Reino Unido:

*“Los Estados miembros deben tener en cuenta la protección del medio ambiente cuando actúan en el marco de su margen de apreciación y el Tribunal debe examinar la cuestión de si tal margen ha sido o no desbordado por los Estados miembros; sin embargo, no es procedente que el Tribunal adopte en esta materia una perspectiva particular que conduzca al establecimiento de un estatuto especial que sea aplicado a los derechos medio ambientales del hombre [...omissis].*

*Por lo que se refiere a los aspectos procedimentales del litigio, el Tribunal constata que cuando corresponde a un Estado resolver cuestiones complejas de política medioambiental y económica, lo que era el caso, el procedimiento de toma de decisiones debe comportar necesariamente la realización de investigaciones y de estudios apropiados, de modo que permitan establecer un justo equilibrio entre los diversos intereses concurrentes que están en juego. De modo que resulta que las decisiones deben ser adoptadas a la vista de datos exhaustivos y*

---

<sup>366</sup> TEDH, sentencia de 8 de julio de 2003, *Hatton c. Reino Unido* (recurso nº 36022/1997).

*verificables respecto de los distintos aspectos que plantea la cuestión que se debe resolver”*<sup>367</sup>

En 16 de noviembre de 2004 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia *Moreno Gómez contra España*, vuelve a poner de manifiesto su interpretación extensiva, en cuanto se refiere a la defensa del derecho al medio ambiente. En su sentencia el Tribunal Europeo sostiene:

*“El tribunal ha declarado aplicable el artículo 8 en el asunto Powell y Rayner contra Reino Unido (sentencia de 21 de febrero de 1990, serie A núm. 172, § 40), porque «el ruido de los aviones del aeropuerto de Heathrow había reducido la calidad de la vida privada y las comodidades del hogar (de cada uno) de los recurrentes». En el asunto López Ostra c. España, antes citado, relativo a la contaminación por ruidos y olores de una estación depuradora, el Tribunal consideró que «los atentados graves al medio ambiente pueden afectar el bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio hasta el punto de perjudicar su vida privada y familiar sin que se ponga necesariamente en grave peligro la salud de la interesada». En el asunto Guerra y otros c. Italia (sentencia de 19 de febrero de 1998, «Recopilación de las sentencias y decisiones» 1998-I, § 57), el Tribunal observó que «la incidencia directa de las emisiones (de sustancias) nocivas en el derecho de los recurrentes por lo que se refiere a su vida privada y familiar permitía concluir que el artículo 8 era aplicable». Finalmente, en el asunto Surugiu c. Rumanía (núm. 48995/99, de 20 de abril de 2004), referido a diversas actuaciones – como la consistente en que entrasen terceras personas en el patio de la casa del recurrente y esparciesen varios carros de abono ante la puerta y bajo las ventanas de la casa -, el Tribunal estimó que estas actuaciones constituían injerencias repetidas en el ejercicio por el recurrente de su derecho al respeto de su domicilio, por lo que consideró que el artículo 8 del Convenio era aplicable.*

---

<sup>367</sup> TEDH, Sentencia de TEDH, sentencia de 8 de julio de 2003, ya citada.

«Si el artículo 8 tiene por finalidad esencial proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede exigir, asimismo, la adopción por los poderes públicos de medidas que permitan la protección de los derechos garantizados por este artículo incluso en las relaciones entre los propios particulares» (véase, entre otros, *Stubbings y otros c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1996, «Recopilación de las sentencias y decisiones» 1996-IV, pp.1505, § 62; *Surugiu c. Rumanía*, antes citada, § 59). Los principios aplicables son muy similares tanto si se enjuicia el asunto bajo la perspectiva de una obligación positiva, a cargo del Estado, de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos que los recurrentes pueden hacer valer en virtud del artículo 8.1, como si se trata de una injerencia de una autoridad pública que deba justificarse al amparo del artículo 8.2. En los dos supuestos, es necesario tener en cuenta un justo equilibrio con el fin de conciliar los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto. Además, incluso en el supuesto de obligaciones positivas que derivan el artículo 8.1, los objetivos enumerados en el artículo 8.2 pueden desempeñar un cierto papel en la búsqueda del equilibrio deseado (véase *Hatton y otros c. Reino Unido*, antes citado, § 98).

*El Tribunal recuerda su jurisprudencia conforme a la cual el «Convenio pretende proteger ‘derechos concretos y efectivos’ y no ‘teóricos o ilusorios» (véase, entre otros, Papamichalopoulos y otros c. Grecia, sentencia de 24 de junio de 1993, serie A, núm. 260-B, § 42)».*<sup>368</sup>

Respecto al derecho de los consumidores, el Tribunal de Justicia Europeo ha reconocido en su jurisprudencia el efecto que desde un punto de vista judicial, produce efectiva protección de estos derechos, mientras que la jurisprudencia deducida en este ámbito se refiere fundamentalmente a la interpretación de las Directivas y los efectos que producen en los ordenamientos nacionales, incluido el derecho a indemnización en caso de violación del Derecho comunitario por las autoridades

---

<sup>368</sup> TEDH, sentencia de 16 de noviembre de 2004, *Moreno Gómez c. España* (recurso núm. 4143/2002), §§ 54 a 56.

nacionales. Resulta ilustrativa la Sentencia de 27 de junio de 2000, que al impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva, reconocería que «*sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula*». Estos aspectos son bien visibles en la Sentencia:

*“Por otra parte, como ha observado el Abogado General en el punto 24 de sus conclusiones, el sistema de tutela instaurado por la Directiva se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Por tal razón, el artículo 7 de la Directiva, que en su apartado 1 exige a los Estados miembros velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, precisa, en su apartado 2, que estos medios deben permitir a las organizaciones de consumidores reconocidas acudir a los órganos judiciales competentes con el fin de que éstos diluciden si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y lograr, en su caso, que cese su aplicación, aún cuando no hayan sido utilizadas en contratos determinados.*

*Como ha el Gobierno francés, cuesta comprender que, en un sistema que exige la existencia, con carácter preventivo, de acciones colectivas específicas con el fin de poner término a los abusos perjudiciales a los intereses de los consumidores, el Juez que conozca de un litigio relativo a un determinado contrato, en el que se estipule una cláusula abusiva, no pueda impedir la aplicación de esta cláusula por la mera razón de que el consumidor no haya planteado su carácter abusivo. Por el contrario, es preciso considerar que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva –impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva–, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner*

*fin a la utilización de cláusula abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.*

*De cuando antecede se desprende que «la protección que la Directiva otorga a los consumidores implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales»<sup>369</sup>.*

Resulta evidente de esta Sentencia el objetivo de la protección al consumidor, imponiéndose sobre cualquier consideración de carácter procesal, considerando de gran importancia el derecho material.

En cuanto al derecho de indemnización de los consumidores por falta de incorporación al ordenamiento interno de los derechos conferidos por las directivas, podemos destacar la Sentencia de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer, caso en el que el Tribunal de Justicia respondió a un reenvió prejudicial del Tribunal Territorial de Berlín respecto a los daños sufridos por varios consumidores tras la quiebra de los operadores donde habían adquirido sus respectivos viajes y no pudieron iniciar sus viajes ni recuperar los gastos ocasionados por el regreso, ya que Alemania aún no había incorporado la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. En atención a tales consideraciones, el Tribunal de Justicia llegó a esta conclusión:

*“la inexistencia de cualquier medida de adaptación del Derecho nacional a una Directiva para alcanzar el resultado prescrito por ésta dentro del plazo fijado para ello constituye, por sí sola, una violación del derecho comunitario caracterizada y, por tanto, genera a favor de los particulares perjudicados un derecho a obtener reparación, en la medida en que, por una parte, el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución, a favor de los particulares, de derechos cuyo contenido pueda ser identificado y, por otra parte, exista una relación de causalidad*

---

<sup>369</sup> TJCE, Sentencia de 27 de junio de 2000, Óceano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98, Rec. P. I-4941, apartados 27 a 29).



*entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido”.*<sup>370</sup>

Conviene recordar que el Tribunal de Justicia Europeo, en diversas sentencias, ha elaborado un concepto bastante definido del consumidor europeo al que los jueces nacionales deben proteger en cuanto se refiere a «*las expectativas que presumiblemente tiene un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*», siendo este criterio bastante utilizado en materia de protección de los consumidores.<sup>371</sup>

Es significativa la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Acevedo y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009,<sup>372</sup> (referente a una pensión, reforma laboral), que admitió su competencia para decidir sobre los derechos económicos, sociales y culturales:

*“La Corte es competente para conocer del presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana, ya que el Perú es Estado Parte de la Convención desde el 28 de julio de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 21 de enero de 1981.”*

En este caso, la Corte procedió al siguiente examen: 1º) el proceso judicial interno de Perú y analizó el alcance de lo ordenado en las sentencias judiciales del Tribunal Constitucional del Perú de 21 de octubre de 1997 y 26 de enero de 2001; 2º) verificó si el Estado había garantizado a las presuntas víctimas un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos, a la luz del artículo 25.1 y 25.2.c de la Convención; 3º) examinó si el cumplimiento o no de lo ordenado en las referidas sentencias tuvo como consecuencia alguna afectación al derecho a la propiedad de las presuntas víctimas, según el artículo 21 de la Convención. Es un hecho no controvertido que las presuntas víctimas se acogieron al régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530 (*Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados*

---

<sup>370</sup> TJCE, Sentencia de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer (C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, *Rec. p. I-4845*, apartado 29).

<sup>371</sup> TJCE, Sentencia de 4 de abril de 2000, Darbo (C-465/98, *Rec. p. I-2297*, apartado 209); Sentencia de 23 de enero de 2003, Sterbenz y Haug (C-421/00, C-426/00 y C-16/01, *Rec. p. I-1065*, apartado 43); y Sentencia de 15 de julio de 2004, Douwe Egberts NV (C-239/2002, *Rec. p. I-7007*, apartado 46).

<sup>372</sup> Serie C, n° 198, Sentencia de 1 de Julio de 2009, caso Acevedo c. Perú.

*al Estado no Comprendidos en el Decreto-Ley No. 19990*, el cual establece una pensión de jubilación nivelable progresivamente con la remuneración del titular en actividad de la Contraloría General de la República, “CGR”, que ocupara el mismo puesto o función análoga a la que ellas desempeñaban a la fecha de su jubilación. La Constitución Política del Perú de 1979 integró el régimen de nivelación de las pensiones de los servidores civiles del Estado en su Octava Disposición General y Transitoria, la cual fue desarrollada posteriormente mediante la Ley No. 23495 de 19 de noviembre de 1982. Sin embargo, el 7 de julio de 1992 se publicó el Decreto Ley N° 25597, que encargó al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante “MEF”) asumir el pago de las remuneraciones, pensiones y similares que hasta ese momento le correspondía pagar a la CGR, y recortó el derecho de los integrantes de la Asociación a continuar recibiendo una pensión nivelable conforme al Decreto Ley N° 20530. Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 036-93-EF, publicado el 17 de marzo de 1993, se otorgó a los pensionistas a cargo del Estado una bonificación por escolaridad, a fin de sustituir la Bonificación Anual por Educación Ocupacional que percibían los miembros integrantes de la Asociación, cuya cuantía era mayor. Así, a partir del mes de abril de 1993, se dejó de abonar a las presuntas víctimas las cuantías de pensiones correspondientes a los conceptos de nivelación. Así decidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*“Por lo tanto, la Corte considera que, mediante tales actos en el proceso ante la Comisión, el Estado peruano reconoció como ciertos algunos hechos o pretensiones planteados por el representante y que éstos, consecuentemente, generaron un efecto jurídico sobre el cual tanto el representante como la Comisión actuaron. Por ende, la conducta contradictoria que pretende asumir el Estado en el trámite del caso ante esta Corte queda impedida en razón del principio de estoppel. Así, el Estado está imposibilitado de desconocer aquellos actos mediante los cuales reconoció que tiene la obligación de pagar los montos correspondientes a la pensión nivelable que las presuntas víctimas dejaron de percibir entre los meses de abril de 1993 y octubre de 2002.*

*Además, la Corte observa que el Estado reconoció ante este Tribunal que las presuntas víctimas iniciaron un proceso de ejecución de sentencia luego de la emisión de la segunda sentencia*

*del Tribunal Constitucional y que, mediante Resolución No. 63 de 24 de enero de 2005, el 4º Juzgado Especializado en lo Civil ordenó al Estado “efectuar el pago de las pensiones devengadas de la Asociación”. En dicho proceso de ejecución ha quedado demostrado nuevamente que el Estado tiene la obligación de pagar a las presuntas víctimas los montos correspondientes a la pensión nivelable que dejaron de percibir entre los meses de abril de 1993 y octubre de 2002. Lo que queda pendiente en dicho proceso, a la fecha de la emisión de la presente Sentencia, es la determinación del monto respectivo.*

*Una vez establecido que la obligación del Estado emanada de las sentencias en cuestión incluye el pago de los montos pensionarios retenidos desde abril de 1993 hasta octubre de 2002, corresponde al Tribunal examinar si el Estado ha incurrido en una violación o incumplimiento de los artículos 25, 21 y 26 de la Convención.”.*

La Corte Interamericana, en la parte dispositiva de su Sentencia, de 1 de julio de 2009, con la presidencia de Cecilia Medina Quiroga, reconoció el derecho a la pensión del autor Acevedo y otros vs. Perú: Sentencia, siendo declarado y dispuestos por unanimidad este DESC, en los siguientes términos:

*“El Estado violó el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25.1 y 25.2.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 21.1 y 21.2 de dicho instrumento, todo ello en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en los términos de los párrafos 79 y 91 de la presente Sentencia, en perjuicio de los doscientos setenta y tres integrantes de la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República del Perú indicados en el párrafo 113 del Fallo.*

*No se ha comprobado en el presente caso el incumplimiento de la obligación reconocida en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos del párrafo 106 de la presente Sentencia.*

*Esta Sentencia constituye, per se, una forma de reparación.*

*El Estado debe realizar los pagos de las cantidades establecidas en la presente Sentencia por concepto de daño inmaterial y reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos de los párrafos 134, 150, 151, 152, 153, 154 y 155 del mismo.*

*El Estado debe dar cumplimiento total a las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú de 21 de octubre de 1997 y 26 de enero de 2001, en lo que respecta al reintegro de los devengados dejados de percibir por las víctimas entre abril de 1993 y octubre de 2002, dentro de un plazo razonable, conforme al párrafo 138 de la presente Sentencia. El pago de los referidos devengados y sus intereses no deberán verse afectados por ninguna carga fiscal, en los términos del párrafo 139 del presente Fallo.*

*El Estado debe publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 2 a 5, 17, 19, 52, 53, 61, 65, 69 a 79, 84 a 91, 104 a 107 y 113 de la presente Sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes y con los títulos de los capítulos respectivos, así como la parte resolutive de la misma, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos del párrafo 141 del mismo.*

*Supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.”*

Cabe destacar otra jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el *Caso del Pueblo Saramaka*.<sup>373</sup> En este caso, el Estado de Surinam, con fundamento en los artículos 67 de la Convención y 59 del Reglamento, solicitó la interpretación respecto del “sentido y alcance” de varios asuntos –como *desarrollo de la comunidad indígena, protección ambiental, derecho de propiedad*– los cuales la Corte resumió en el siguiente orden:

---

<sup>373</sup> Série C, nº 185, Sentencia de 12.08.2008, Caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam*.

*“a) con quién debe consultar el Estado para establecer el mecanismo por el cual se garantizará la “efectiva participación” del pueblo Saramaka ordenado en la Sentencia; b) a quién debería ser entregada una “justa compensación” cuando, por ejemplo, sólo una parte del territorio Saramaka se ve afectada por el otorgamiento de concesiones; es decir, si debe ser entregada a los individuos directamente afectados o al pueblo Saramaka en su conjunto; c) a quiénes y sobre cuáles actividades de desarrollo e inversión que afectan al territorio Saramaka puede el Estado otorgar concesiones; c) bajo qué circunstancias puede el Estado ejecutar un plan de desarrollo e inversión en el territorio Saramaka, particularmente en relación con los estudios de impacto social y ambiental, d) si la Corte, al declarar la violación al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica reconocido en el artículo 3 de la Convención, tomó en consideración los argumentos del Estado al respecto.”*

Aunque no se admitió la demanda de interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, se reconoció el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y en particular del pueblo de Saramaka, en el nº 65 de la Sentencia de 12 de agosto de 2008:

*“Así, para cumplir con su obligación bajo el Punto Resolutivo 6 de la Sentencia, el Tribunal declaró en el párrafo 168 que el Estado debe “tomar en cuenta el modo en que los miembros de los pueblos indígenas y tribales en general, y el Saramaka en particular, gozan y ejercen [...] el derecho a usar y gozar colectivamente de la propiedad de conformidad con sus tradiciones ancestrales.” Las mismas consideraciones deben ser tomadas en cuenta para garantizar el derecho al igual acceso a la protección judicial contra violaciones a su derecho a la propiedad.”*

Además, por significativa, conviene destacar la Sentencia del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, redactada en el caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, en 05 de agosto de 2008<sup>374</sup>, con referencia a la protección del derecho

---

<sup>374</sup> Série C, nº 183, Sentencia de 05 de agosto de 2008, caso *Albán Conejo y otros vs. Ecuador*.

de salud, a través de la campaña y difusión de políticas públicas en beneficio de los ciudadanos afectados en Ecuador. En este caso los representantes solicitaron que:

*“[...] se interprete el sentido y alcance que deberá tener la campaña de difusión de los derechos de los pacientes a la que hace referencia en su punto considerativo de los párrafos 162 y 163 de la [S]entencia. En especial, [...] que la Corte determine el alcance que deben tener los términos “campaña” y “difusión”. Al respecto, señalaron que por campaña debería entenderse el proceso sostenido en el tiempo con los recursos adecuados que permitan un acceso general a todos los ciudadanos. Por difusión, el uso adecuado de medios, espacios y mecanismos de comunicación que permitan a la ciudadanía acceder a un entendimiento global y completo de sus derechos.”*

El Estado sostuvo que la Sentencia no establece los medios para lograr los objetivos pautados en la resolución, respetando los mecanismos adoptados por los Estados a tal fin. En este sentido, el Estado manifestó que:

*“exigir precisión a la Corte sobre las palabras “campaña” y “difusión”, sería restar al Estado su legítimo margen de maniobra para decidir la mejor forma de diseñar sus políticas públicas y de cumplir con su deber de prevención de violaciones al derecho a la salud y a otros derechos económicos, sociales y culturales, caracterizados por su progresividad y generalidad en cuanto a los deberes que generan”.*

La Corte Interamericana sostuvo, amparada en los párrafos 162 y 163 de la Sentencia de Fondo, que la obligación del Estado consiste en realizar una difusión amplia entre la población de los derechos de los pacientes, a través de los medios de comunicación adecuados y conforme a la legislación nacional y a los estándares internacionales. Dentro de ese marco, podrá utilizar los mecanismos específicos y adecuados para tal fin:

*“«162. El Estado deberá llevar a cabo, en un plazo razonable, una amplia difusión de los derechos de los pacientes, utilizando los medios de comunicación adecuados y aplicando la legislación existente en el Ecuador y los estándares internacionales.*

*163. Al respecto, deberá tomar en cuenta, asimismo, lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Derechos y Amparo del Paciente emitida el 3 de febrero de 1995: “[l]a obligación de todos los servicios de salud [de] mantener a disposición de los usuarios ejemplares de esta ley y exhibir el texto de los derechos del paciente en lugares visibles para el público»”.*

Significativa es también la jurisprudencia de protección del derecho del trabajo, en el *caso de los trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú*, en la Sentencia de 24 de noviembre de 2006, en el que se verificó la privación injusta de su empleo y derecho a una remuneración y demás beneficios laborales; la interrupción del acceso de las presuntas víctimas y sus dependientes a la seguridad social; el cese de acumulación de sus años de servicio, lo que impidió a muchos que accedieran a su jubilación; así como efectos graves en su salud. En este caso, la Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte decidiera si el Perú es responsable por la violación de los artículos 8.1 (Garantías Judiciales) y 25.1 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como por el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma. Los hechos expuestos en la demanda se refieren al supuesto “despido de un grupo de 257 trabajadores cesados del Congreso Nacional de la República del Perú, quienes forman parte de un grupo de 1117 trabajadores que fueron despedidos [de dicha institución] a través de Resoluciones del Congreso de 31 de diciembre de 1992.

Resulta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que:

*“136. En el presente caso los intervinientes comunes alegaron que el Estado es responsable por la violación del artículo 26 de la Convención, basándose en que el supuesto carácter arbitrario del cese de las víctimas y su no reposición trajeron como consecuencias, entre otras, la privación injusta de su empleo y derecho a una remuneración y demás beneficios laborales; la interrupción del acceso de las presuntas víctimas y sus dependientes a la seguridad social; el cese de acumulación de sus años de servicio, lo que impidió a muchos que accedieran a su jubilación; así como efectos graves en su salud. Sin embargo, el*

*objeto de la presente Sentencia no ha sido determinar ese supuesto carácter arbitrario de los ceses de las presuntas víctimas ni tampoco su no reposición, que son las bases de la argumentación de los intervinientes comunes. Lo declarado por la Corte fue que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y protección judicial, respecto de las presuntas víctimas, en razón de la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un efectivo acceso a la justicia (supra párrs. 129 y 132). La Corte es consciente de que las violaciones a dichas garantías necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las presuntas víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el ejercicio y goce de otros derechos propios de una relación laboral. Tales consecuencias pueden ser consideradas, de ser pertinente, en el próximo capítulo de Reparaciones (infra párr. 149).”.*

Así decidió la Corte Interamericana:

*“[...] 141. De acuerdo con lo expuesto en los capítulos anteriores, la Corte decidió que el Estado es responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. En su jurisprudencia, este Tribunal ha establecido que es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. En sus decisiones a este respecto, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, según el cual*

*[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.*

*142. El artículo 63.1 de la Convención Americana acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho ilícito*



*imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación*

*143. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. La obligación de reparar se regula por el Derecho Internacional, y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno.*

*144. Las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. No pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, y deben guardar relación con las violaciones declaradas en la Sentencia.*

*145. La Corte considera “parte lesionada” a las personas determinadas como víctimas de las violaciones declaradas en la presente Sentencia, cuyos nombres se consignan en el cuadro anexo de la misma.*

*146. Este Tribunal ha considerado que el presente caso ocurrió en un clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba el acceso a la justicia respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas, por lo cual éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados. De tal manera, sin necesidad de haber determinado el carácter mismo de las cesaciones verificadas, la Corte determinó que los recursos internos existentes no fueron efectivos, ni individual ni en conjunto, para los efectos de una*

*adecuada y efectiva garantía del derecho de acceso a la justicia, por lo que declaró al Estado responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma (supra párrs. 129 y 132).*

*147. La jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la Sentencia constituye per se una forma de reparación.*

*148. Sin embargo, en el presente caso el Tribunal considera que la reparación consecuente con las violaciones declaradas es disponer que el Estado garantice a los lesionados en el goce de sus derechos o libertades conculcados, a través del efectivo acceso a un recurso sencillo, rápido y eficaz, para lo cual deberá constituir a la mayor brevedad un órgano independiente e imparcial que cuente con facultades para decidir en forma vinculante y definitiva si esas personas fueron cesadas regular y justificadamente del Congreso de la República o, en caso contrario, que así lo determine y fije las consecuencias jurídicas correspondientes, inclusive, en su caso, las compensaciones debidas en función de las circunstancias específicas de cada una de esas personas.*

*149. Asimismo, este Tribunal dispone que el Estado deberá establecer un mecanismo específico que brinde a las víctimas asesoría legal competente de forma gratuita, para los trámites relacionados con lo dispuesto en el párrafo anterior.*

*150. Asimismo, en el presente caso el Tribunal considera necesario fijar una indemnización compensatoria del daño inmaterial sufrido por las violaciones declaradas, ocasionado por la desprotección generada por la carencia de mecanismos y procedimientos para afrontar hechos como los del presente caso. Al no haber tenido acceso efectivo a las garantías judiciales y protección judicial para que las autoridades competentes determinaran lo pertinente, las víctimas se vieron en una situación de desvalimiento e incertidumbre acerca de su futuro laboral, lo cual los llevó a buscar justicia y pudo dificultarles el mejoramiento de sus condiciones de vida.”*

Al final de la sentencia dictada el 24.11.2006, en este caso *trabajadores cesados del Congreso vs Perú*, la Corte Interamericana decidió que el

Estado de Perú debe garantizar a las 257 víctimas, el acceso a un recurso sencillo, rápido y eficaz, para lo cual deberá constituir a la mayor brevedad un órgano independiente e imparcial e indemnizar a los perjudicados por los daños inmateriales sufridos:

*“151. Teniendo en cuenta los distintos aspectos del daño inmaterial ocasionado, la Corte fija, en equidad, la cantidad de US\$ 15.000 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda peruana, que el Estado deberá pagar, en el plazo de un año, a favor de cada una de las 257 personas declaradas víctimas en el presente caso.”*

*El Estado debe garantizar a las 257 víctimas enunciadas en el Anexo de la presente Sentencia el acceso a un recurso sencillo, rápido y eficaz, para lo cual deberá constituir a la mayor brevedad un órgano independiente e imparcial que cuente con facultades para decidir en forma vinculante y definitiva si esas personas fueron cesadas regular y justificadamente del Congreso de la República o, en caso contrario, que así lo determine y fije las consecuencias jurídicas correspondientes, inclusive, en su caso, las compensaciones debidas en función de las circunstancias específicas de cada una de esas personas, en los términos de los párrafos 148, 149 y 155 de esta Sentencia. Las decisiones finales del órgano que se cree para dichos efectos deberán adoptarse dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente Sentencia.*

*El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, la cantidad fijada en el párrafo 151 de la presente Sentencia, a favor de las 257 víctimas cuyos nombres se encuentran en el Anexo de la presente Sentencia, por concepto de daño inmaterial, en los términos de los párrafos 156 y 158 a 161 del presente fallo.*

*El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, las cantidades fijadas en el párrafo 154, por concepto de costas, en los términos de los párrafos 157 a 161 de la presente Sentencia.”.*

De esta manera, con estas jurisprudencias ejemplificativas, se puede observar la consagración y protección de los derechos de tercera generación en el ámbito de los Tribunales Internacionales, por lo que se torna posible también, aunque de

manera indirecta, la defensa de la protección jurisdiccional del derecho al desarrollo, que se revela, muchas veces, como ya hemos apuntado anteriormente, íntimamente imbricado con otros derechos de solidaridad.

## CONCLUSIONES

Al repasar en conjunto las cuestiones analizadas a propósito del estudio del Poder Judicial y sus posibles contribuciones a la protección de los derechos humanos de tercera generación, especialmente con referencia al derecho al desarrollo, y bajo la pluralidad de perspectivas de análisis que caracterizan nuestro examen, podemos elaborar diversas conclusiones para cerrar el presente trabajo.

Nuestro análisis sobre tales contribuciones a la protección de estos derechos humanos se apoya en un trabajo previo en el que han concurrido fuentes cognitivas de muy diversa índole como es el elemento normativo, jurisprudencial y doctrinario y que contiene un verdadero aluvión de opiniones que reflexionan sobre los más diferentes planteamientos que enriquecen la ciencia del derecho, especialmente el derecho internacional público, el derecho constitucional y el derecho procesal civil.

Así pues, a lo largo de esta Tesis Doctoral se han expuesto tanto diferentes puntos de vista como las propias opiniones de su autor, opiniones, evidentemente, basadas en los juicios de diversos expertos de las materias antes mencionadas, si bien algunas de estas opiniones personales son fruto de las investigaciones de campo que me han sido posible realizar, como es la encuesta a los usuarios del 6º Juzgado Civil y de Derecho de los Consumidores, la del Juzgado Único de Violencia de Género, ambos en la Comarca de São Luis de Maranhão, así como los resultados presentados por el Consejo Nacional de Justicia con los datos actualizados de toda la Justicia brasileña, denominada “*Justiça em Números*”.

Toda esta riqueza de perspectivas nos ha permitido comprobar (desde un método interdisciplinar, que si bien convoca y dialoga con las ciencias económicas, sobre todo la rama neo-institucionalista, también lo hace con la sociología y la filosofía (esta última como búsqueda de las causas y fines últimos de las cosas), ya que, y es importante señalarlo, cada vez se nota más la importancia de los estudios interdisciplinarios como consecuencia de la ampliación de horizontes del saber humano, aunque repartidos en ramas científicas especializadas), que la comprensión de la realidad no es el resultado de una única ciencia, sino de un conjunto de visiones particulares que cada rama científica posibilita y que se suma con efectos, sin duda, sinérgicos y con mayor precisión. Con

esto, creemos, que toda la humanidad, en un mundo cada vez más globalizado con comunicaciones instantáneas y con medios de transporte más eficaces y menos costosos, tiene ganas de proporcionar interacciones entre sus más diversas pluralidades, pues lo global y lo local se hermanan, y aunque esta búsqueda conserva sus propios rasgos, poco a poco se van conformando en sus muchos cambios.

Los pensadores de la posmodernidad han afirmado que la sociedad europea, tan pródiga en historia, cultura y cuna de los más significativos saberes científicos, se encuentra ya caminando hacia un nuevo renacimiento, a pesar de que muchos aún la ven atravesando una crisis *posmodernista*; se percibe, en verdad, un deseo de encontrar una justificación de las instituciones sociales y de todo el orden político-jurídico; se está aproximando una *nueva ética material*, que logrará una *revalorización del individuo*, con gran respeto ante la *dignidad de la persona humana* y protección de su personalidad en todas las manifestaciones privadas y sociales. Y por tanto, el discurso de los *derechos humanos* es más actual que nunca.

En verdad, la importancia de *los derechos humanos* en este siglo XXI, se constata también en la dinámica que asumen, a través de la ética normativa del mercado planetario que deberá sustentar el delicado equilibrio individuo-sociedad – la creación jurídica del *individuo*, construcción que inaugura la *subjetividad occidental*, que en la vida política moderna, fundamenta la novísima construcción de una *teoría de los derechos humanos*- lo que significa el reto de orientar la meta de globalización hacia el *desarrollo sostenible*.

Si la *libertad* fue el valor guía de los derechos humanos de primera generación, como lo fue la *igualdad* para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de tercera generación tienen como principal valor la referencia a la *solidaridad*. Los nuevos derechos humanos se hallan anudados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos los hombres y exigen para su realización la comunidad de esfuerzos y responsabilidades a escala planetaria.

Estos derechos de tercera generación están vinculados al valor de la solidaridad, en cuanto establecen el sentido del límite del obrar humano, en especial la frugalidad en la utilización de los recursos y pueden eliminar las tensiones entre los derechos de la primera generación (que reducen la presencia del Estado) y de la segunda

(que amplían la presencia del Estado). A diferencia de la imagen del hombre que se tiene en los derechos de la primera generación, el hombre es visto ahora, como persona, como relación solidaria e interdependiente con los otros. La solidaridad se opone a la concepción voluntarista de los derechos de base lockeana, kantiana, hegeliana, y lleva a defender los derechos de los que no son actualmente autoconscientes y libres, como los niños o las futuras generaciones.

Los derechos de tercera generación, que también han sido denominados como *nuevos derechos*, *derechos de solidaridad* o incluso, *derechos de la era tecnológica*, o *derechos de la sociedad global*, reconocen en la “*solidaridad*”, un papel de protagonista, como valor-guía de los derechos y libertades en el momento presente. Entretanto, en muchos casos, hacen referencia a garantías jurídicas reivindicadas desde el plano de los derechos económicos, sociales y culturales; y por esto mismo, están tan involucrados. Entre ellos, destacan los principales derechos humanos de tercera generación: la paz, la calidad de vida o el medio ambiente sano, la libertad de informática, los derechos de los consumidores y el desarrollo de los individuos y de los pueblos.

La tercera generación de derechos humanos ha contribuido a redimensionar la propia imagen del hombre en cuanto sujeto de derechos. Las nuevas condiciones de ejercicio de los derechos humanos han determinado una nueva forma de ser ciudadano en el Estado de derecho de las sociedades tecnológicas, del mismo modo que el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho configuró también formas diferentes de ejercitar la ciudadanía.

Se percibe en la actualidad una búsqueda, un retorno a la naturaleza y, al mismo tiempo y contradictoriamente, a la universalización de los medios de producción y de desarrollo. El hombre lucha por garantizar condiciones de vida cada vez mejores para aquellos que ama. La solidaridad, en la cual se enmarca el derecho al desarrollo, justifica la pretensión de que esos beneficios también sean disfrutados por personas desconocidas. Se anhela establecer *un nuevo orden epistemológico para la economía y para la administración de la vida*. Hay, por tanto, una búsqueda del bienestar, de la educación, de la salud y la sanidad, del ocio y de la abundancia de alimentos para todos los seres humanos en la faz de la tierra.

La importancia de los derechos humanos es muy grande para la civilización contemporánea, justamente por constituir un punto de referencia valorativo en los niveles ético, político y jurídico. Su función tradicional era la de servir de límites al poder y de protección de los individuos frente a las decisiones de la mayoría como la protección de la libertad y el autogobierno frente al arbitrio de la fuerza. Así, se puede afirmar que los derechos humanos tienen una triple función de servir de compendio ético, criterio de legitimación política y límites del poder, incluso del poder democrático. Actualmente, los derechos humanos tienen una función de promoción de ciertas condiciones de vida para sus titulares, equivalente a una actuación positiva de transformación social y además de una función legitimadora del poder que los reconoce, respeta y protege. Tanto es así, que la mayoría de los países modernos se han esforzado, para incluir en sus textos constitucionales, los derechos humanos para su legitimación política.

En el inicio de este tercer milenio, existe un consenso en determinar que el *desarrollo* no puede beneficiar únicamente a una minoría de países, enriquecidos a costa del empobrecimiento de los demás, ni privilegiar castas o élites dentro de cada país. Llegamos, por tanto, a una única conclusión: hay que vencer los problemas sociales más angustiantes como el hambre, la falta de educación, la carencia de salud e higiene de millones de personas en todo el planeta, así como traspasar las crisis económicas y financieras que se abaten sobre el mundo; garantizar la paz, la calidad de vida y el disfrute de los derechos civiles y políticos que caracterizan la democracia, es una tarea de todos, pero sobre todo de los países más ricos y que ocupan el centro del mundo. Son precisamente estos países los que reúnen las mejores condiciones para enfrentar las situaciones que obstruyen el desarrollo de los países y personas más pobres del mundo, aunque los países llamados emergentes, los BRICs, juegan hoy un papel importante y de equilibrio de fuerzas en el escenario económico mundial. Mientras, no basta una mera declaración de principios universales, es necesario que haya una mejor distribución de la renta, de los recursos económicos, en aquellos países donde más se necesita que la solidaridad ocupe las mentes de los gobernantes y de los poderosos y ricos; se hace necesario que existan preocupaciones y planes de acción bajo la responsabilidad de Naciones Unidas con el fin de que la humanidad disponga de unas mínimas condiciones de vida que garanticen el respeto de los hombres y ciudadanos en cada país, acciones, a fin de cuentas, dirigidas a la implantación de políticas públicas que favorezcan la *dignidad del hombre*.



En suma, respecto a la *contribución a la protección de los derechos humanos de tercera generación, en especial al derecho al desarrollo que el Poder Judicial puede proporcionar, podemos afirmar las siguientes conclusiones:*

### I.

Es imprescindible que **los instrumentos de protección de los derechos humanos estén a disposición de todos aquellos que sufren violaciones de sus derechos o que estén a punto de ver que sus derechos no son respetados.** Es por eso que estos instrumentos deben ser de origen legal, constitucional o supra-nacional, y que puedan ser manejados con efectividad para restablecer el imperio del derecho y dotar al hombre de buenas condiciones de vida. Así, se comprende que el Estado a través de sus poderes constituidos, como el Poder Judicial, puede tener un importante papel que desempeñar, incluso con relación a la protección del derecho al desarrollo y a esta condición imprescindible – de rescate del ser humano, de todo aquello que le reduce e interioriza- para la afirmación del hombre, que es su dignidad.

### II.

Cuando hoy se habla de un medio ambiente ecológicamente equilibrado, integrado en el papel de los derechos humanos, se exige que otro derecho humano de tercera generación, el derecho al desarrollo, se presente de conformidad con él, se muestre compatible con sus postulados, del cual deriva **el concepto de desarrollo sostenible, el único que se puede defender racional y éticamente en el actual momento de la historia universal.** Así, el consumismo exacerbado e irresponsable deber ser evitado o incluso combatido; debe impedirse el uso de determinadas sustancias nocivas para el medio ambiente o controladas rigurosamente, así como también debe ser preocupación nuestra el manejo indiscriminado de los recursos genéticos. La supervivencia del hombre en el mundo, depende hoy, de esta búsqueda de equilibrio entre el desarrollo y la conservación de medio ambiente sano.

### III.

Es correcto afirmar que **sólo el reconocimiento integral de todos los derechos humanos puede asegurar la existencia real de cada uno de ellos, ya que sin**

la efectividad del goce de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a meras categorías formales. Y tal reconocimiento integral se identifica con lo que pasó a denominarse desarrollo humano y social.

Creemos, por tanto, que en la actualidad no es suficiente el mero reconocimiento positivo de los derechos humanos, sino que es necesario contar con instrumentos normativos procesales que, de forma efectiva, protejan y garanticen los derechos humanos, para así posibilitar al hombre el acceso a los tribunales, la reivindicación de sus derechos y el pleno conocimiento y entendimiento de éstos, por lo que **el Poder Judicial juega un papel preponderante en la protección de los derechos humanos.**

#### IV.

Entre los **criterios adoptados por los estudiosos de la Ciencia Económica para reconocer el *desarrollo*** hemos elegido los siguientes:

1) las rentas familiares deberían ser adecuadas de manera que pudieran proporcionar un lote de subsistencia entre alimentos, vivienda, ropa y calzado.

2) todo cabeza de familia debería tener acceso a un empleo, no sólo porque eso asegure una distribución de renta tal que permita niveles de consumo generalizados, sino porque un trabajo es algo sin el cual una persona no puede desarrollarse;

3) debería aumentarse el acceso a la educación así como las proporciones de alfabetización.

4) debería darse al pueblo la oportunidad de participar en el gobierno;

5) se debería alcanzar una independencia nacional en el sentido de que opiniones de otros gobiernos no viniesen a predeterminar en gran medida las decisiones del gobierno interno.

Así, es indudable que **promover el desarrollo implica transformaciones más o menos profundas de las estructuras sociales**, por lo que el *desarrollo* debe estar fundamentalmente al servicio de la ***satisfacción de las necesidades básicas de la población***, tales como alimentación, salud, educación de base, servicios de agua y saneamiento, transportes y vivienda y no sólo como resultado del *crecimiento económico* ( incremento real y significativo del PNB), ya que un crecimiento económico que no

satisface las necesidades básicas de la población no representa un *desarrollo socio-económico*. Es necesario, por tanto, que **las cuestiones sociales sean afrontadas para que un determinado país sea considerado como un país desarrollado.**

## V.

Se puede afirmar aquí que la autonomía y especificidad del **derecho humano al desarrollo** se ha convertido en **derecho humano *sui generis***, eso es, un derecho que refuerza y profundiza la indivisibilidad del conjunto de los derechos humanos, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales y también que se vincula con el resto de los derechos humanos de tercera generación; por un lado, el derecho al desarrollo se relaciona con el derecho a la paz; por otro, también guarda íntima relación con el derecho al medio ambiente, con el derecho de beneficiarse del patrimonio común de la humanidad y con el derecho a la asistencia humanitaria. Así, el derecho al desarrollo equivale a poner los medios para crecer económicamente cuando los niveles de renta no posibilitan el acceso a una vida digna y a bienes culturales elementales. Por esta razón **resulta tan importante que el derecho al desarrollo sea un derecho fuerte y no una mera declaración de buenos principios universales.** El compromiso de las naciones más desarrolladas con el derecho al desarrollo de los pueblos y naciones menos desarrolladas ha de ser revisado y es preciso incrementar las ayudas internacionales para *fortalecer este derecho*. Aunque ante la crisis económica-financiera que envuelve a los países del primer mundo, este camino de construcción práctica del derecho al desarrollo debe continuar paso a paso y con la ayuda de los países emergentes, al igual que el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional deben aportar sus recursos financieros para ayudar a los países más pobres de África y de Latina América. **De esta manera, en el ámbito internacional, el derecho al desarrollo se transforma de *soft law* hacia la categoría de *hard law***

## VI.

La visión que me gustaría compartir es que en este tercer milenio, caracterizado por intensas y profundas transformaciones, se le reserva **a la función jurisdiccional una importancia sin igual en la historia de la civilización**, al no poder prescindir de la figura del juez como elemento fundamental del Estado de Derecho.

Este tiempo demanda del juez una postura como árbitro **de controversias en las dimensiones sociales, económicas y políticas y exige una nueva mentalidad** ante nuevas funciones que institucionalmente se le exigen, como en los procesos de derechos difusos y colectivos. Además, para alcanzar un *orden jurídico justo*, es necesario un cuerpo de jueces adecuadamente preparados, con una nueva mentalidad, con sensibilidad para captar la nueva realidad social y sus vertiginosas transformaciones que el mundo globalizado exige. Ciertamente es que el juez no podrá desempeñar plenamente su misión si ignora otros componentes de la comunidad en la que se encuentra inmerso, como son lo moral, lo social, político o económico. Se exige, por tanto, **en este tiempo una actuación judicial más humana**, relacionada, evidentemente, con la implantación de **un proceso más humano y, por consiguiente, de un juez más humano**.

## VII.

Esta **nueva misión del juez en la posmodernidad** queda subrayada cuando se reflexiona sobre la visión de la economía neo-institucionalista, que destaca la importancia de las instituciones en el desarrollo socio-económico entre las que destaca la Justicia. Por consiguiente, estas afirmaciones económicas constituyen **un antecedente racional** hasta llegar a la concepción de la finalidad económica que reviste al proceso civil, es decir, ser **un objetivo económico para el proceso civil**.

Y es posible visualizar este **objetivo económico del proceso judicial** a partir de la premisa de que el político y el jurídico no se encuentran, en realidad social, distanciados del económico; muy al contrario, están íntimamente relacionados, siendo casi imposible la ocurrencia aislada de uno de esos factores.

Así, en la aplicación de las leyes al caso concreto, mediante el acto culminante del proceso, de **emisión de una sentencia, también se puede ver la concurrencia de efectos económicos**. Algunos de estos efectos son reflejos socio-económicos que han sido generados a partir de la emisión de una sentencia. Otros adquieren incluso efectos macro-económicos ante la actuación institucional del Poder Judicial al proporcionar *seguridad jurídica y protección contractual*. Se pretende así, vislumbrar, más allá de los efectos económicos directamente implicados con los sujetos procesales, otros efectos que, aunque reflejados en la economía nacional, **generan efectos generales de ayuda al equilibrio del mercado**.

## VIII.

Con la estabilidad que implica la *seguridad jurídica* en el acontecer social y la eficacia del ordenamiento social que en ella se fundamenta, se verifica que los ciudadanos aprenden a manejar las más diversas leyes, pues ellas se tornan, de forma práctica, previsibles y calculables. Por consiguiente, el derecho se convierte realmente en un medio que permite formar y configurar la vida en lo personal y en lo social. Y aunque algunas decisiones judiciales no tengan contenido económico inmediato, **solamente por proporcionar *seguridad jurídica y paz social*, se admite la producción de efectos económicos** en el medio social en que las mismas condiciones en que fueran pronunciadas. Este raciocinio está en conformidad con el valor reconocido a las instituciones para el éxito de la economía y, por consiguiente, podría proporcionar condiciones satisfactorias, junto con los tradicionales factores y causas explicativas, para que el desarrollo socio-económico se verificase en una realidad social. Podría ocurrir, por ejemplo que la justicia de determinado país, que se revela como eficiente y profiere decisiones en tiempo razonable (una celeridad compatible con el principio del *due process of law*), sirviera de estímulo para que las inversiones de origen transnacional se realizaran en el país y no en otro en que la demora de la prestación jurisdiccional y la incertidumbre de la recuperación de altos valores aplicados son la tónica de su realidad socio-económica.

## IX.

Estamos de acuerdo con aquellos que defienden que el principio del Estado de Derecho y el principio de la seguridad jurídica contribuyen a la estabilidad de un concepto jurídico y social que es imprescindible para la construcción y el funcionamiento de una sociedad que respete la dignidad de la persona humana. Creemos también que **los juristas de la postmodernidad tenemos la gran tarea**, en especial en los países del tercer mundo, **de justificar la justicia social**, como tarea del propio derecho (y de todos nosotros), que mira en dirección de la satisfacción de las necesidades más cruentas del ser humano y **este nivel sólo será alcanzado si hay una mayor atención a los derechos humanos y en esto el *derecho al desarrollo* parece asumirlo como su principal misión.**

## X.

Proponemos aquí, siguiendo la teoría *neo-institucionalista económica*, que las inversiones de los agentes económicos, tanto los que ya están instalados en suelo

patrio como aquellos oriundos de nuevas aportaciones externas, **deben considerar en la toma de decisiones los costes de las demandas judiciales surgidas de sus contratos celebrados en sus actividades empresariales.** Incluso, con respecto a las exportaciones, se puede percibir algunas implicaciones económicas relacionadas con la actividad judicante.

Hay que observar, en la concepción de la Economía Neo-Institucionalista, **el nuevo vigor que asume la Economía del Desarrollo**, en razón de que, en los últimos años, la literatura de la historia y del desarrollo económico ha enfatizado el papel de las instituciones, y de entre éstas, los sistemas legales y judiciales, para entonces **explicar casos de éxito y de fracaso en el proceso de desarrollo económico.**

## XI.

La percepción de la importancia de recorrer alguna especie de evaluación o análisis económico en la formulación de las normas jurídicas, convoca los estudios del denominado *Funcionalismo Social Económico* o *Law and Economics* que reflejan y al mismo tiempo amplifican esos efectos económicos que el derecho posibilitaría – del que no podemos excluir el derecho procesal civil en su expresión que aquí se propone de *análisis económico del derecho procesal* - con su entendimiento de la sociedad y de toda la práctica social y política (teoría de la *public choice*), en que se observa la estructura del mercado, con el utilitarismo y con el postulado del « hombre racional» (en que la racionalidad es apenas la inteligencia de los intereses), con su tesis behaviorista del comportamiento humano-social.

Para esas concepciones, el derecho sólo tiene sentido en la perspectiva de la *eficiencia económica* o de la *maximización de la riqueza*. Mientras que, como sabemos todos los juristas, que el derecho alcanza un sentido social que va mucho más allá de esta concepción económica del mismo, por su función reguladora, de ordenador de las relaciones interpersonales y de pacificador en los conflictos sociales.

## XII.

**Si un buen Poder Judicial es importante para el adecuado funcionamiento de cualquier economía, más lo será para aquellas que acaban de adoptar reformas macroeconómicas, como las que fueron adoptadas en Brasil y en**

**la mayor parte del mundo no desarrollado en el último decenio.** Véase, por ejemplo, las privatizaciones, el fin de los monopolios y control de los precios y la apertura comercial; muchas transacciones antes realizadas dentro de la maquinaria del Estado o coordinadas por él, pasarán a ser hechas en el mercado, que carece del apoyo de un buen Poder Judicial, pues de lo contrario esas transacciones pueden simplemente no ocurrir o darse de forma ineficiente.

En esta perspectiva, hay que subrayar las justicias de los denominados **países emergentes como China, India, Rusia o Brasil**, que en la actualidad juegan un importante papel en el escenario económico-financiero internacional, con una **función de protección de los contratos y de proporcionar la seguridad jurídica** necesaria para que el mercado se sienta tranquilo al hacer las inversiones específicas de nuevos capitales.

### XIII.

Dada **la importancia que para el mercado representan los consumidores e incluso los efectos para la economía y para el desarrollo de un país** - y no sólo para el propio mercado, ya que su equilibrio se refleja significativamente en la economía - es fundamental propiciar las condiciones favorables para que el mercado sea estable y esté en crecimiento. Esto dependerá, sin duda, entre otras cuestiones, de **la protección legal y judicial que se dé a los consumidores, especialmente la protección a través de las tutelas procesales** (tanto individuales como colectivas), cuando la primera no resulte por sí sola eficaz.

Ahora bien, con este hecho se deduce fácilmente que **la búsqueda de esos consumidores y usuarios de tutelas procesales específicas** (individuales o colectivas) que protejan sus derechos e intereses de consumidor **está contribuyendo** a la protección real y efectiva no sólo de esos derechos e intereses, **sino del propio mercado y, por tanto, al crecimiento de la economía.** Por consiguiente, es posible proponer la hipótesis académica de que el Poder Judicial, con esas tutelas de protección a los consumidores y usuarios ofrecería, indirectamente, su contribución para el desarrollo socio-económico de una sociedad beneficiada con esas tutelas de protección.

Se ve que **la mejora de la calidad de vida de una sociedad no depende únicamente de políticas públicas** del Poder Ejecutivo o de leyes emanadas del

Legislativo, sino **también de actuaciones concretas del Poder Judicial en la comunidad** en que se encuentra insertado. Es posible defender los efectos benéficos que la protección de los consumidores y usuarios propicia: la *seguridad jurídica* es para los economistas de gran valor para el mercado e importa significativas influencias en el mismo.

#### XIV.

Se puede afirmar que los cambios entre los agentes económicos que buscan maximizar la riqueza en la sociedad y reducir los costes de transacción, tienen en cuenta en la actualidad la realidad de la Justicia y las implicaciones de su actuación en el mercado; **dónde y cuánto invertir depende hoy también de la eficiencia de la Justicia.**

Es cierto que a medida que su percepción es negativa, a causa de los altos costes transaccionales, incluso asociados al retraso de sus decisiones y a la inseguridad jurídica, se pone de relieve en la toma de decisiones, que entonces serán disminuidas en número y en valores económico-financieros.

#### XV.

**El proceso civil**, en cuanto instrumento que el Estado dispone para hacer Justicia a los ciudadanos, más allá de su función redistributiva y de reintegración social al aplicar normas jurídicas a situaciones factuales, ha asumido, modernamente, una función de cooperador de la economía, ante justamente, **el papel adyuvante del desarrollo socio-económico**, que la *seguridad jurídica* puede proporcionar en el contexto social. Así, *seguridad jurídica* y *seguridad social* se complementan ante la activación mutua y recíproca que despiertan una a otra. Es así, como un círculo vicioso que se mueve en casi un interminable flujo de acción y reacción.

En la actualidad y en los países de la modernidad, **el proceso civil debe comportar algunas características y jamás apartarse de ellas**, tales como duración razonable, efectividad de las medidas judiciales concedidas (de cualquier tipo procesal, conocimiento, ejecutivo y cautelar), para producir todos los efectos a los que se suele aspirar y para proteger los contratos que **sirven así a la causa de instrumentos de las más diversas combinaciones e interacciones de los agentes económicos en sus**



**actividades de generación de riquezas y de crecimiento de la economía** y sin descuidar la protección de los recursos naturales y del medio ambiente, que es la exigencia del concepto de *desarrollo sostenible*.

## XVI.

La Constitución brasileña acoge **el principio de la eficiencia procesal**, expreso en la norma prevista en *caput* del art. 37 de la Constitución Federal/88, que determinó que el Estado debe ser eficiente, y por tanto, pasó a exigir que las decisiones judiciales sean al mismo tiempo social y económicamente tolerables para la sociedad civil. La edición de la Enmienda Constitucional nº 45/04, al acrecentar al art. 5º, el inciso LXXVIII, aseguró a todos la **“razonable duración del proceso”** y **“celeridad en la tramitación”**.

En efecto, se puede afirmar que, ante a estos cambios, **el sistema judicial brasileño se tornó más eficiente** y está proporcionando, en muchos casos, soluciones a los conflictos de intereses de las partes en tiempo razonable, **con efecto positivo y de estímulo para el crecimiento de la economía brasileña**, reduciendo la inestabilidad del mercado y mejorando la calidad de la política económica nacional y con eso, **generando un específico incremento del desarrollo brasileño**.

Esos estudios económicos jamás pueden ser ignorados por el derecho, sobre todo la rama que reglamenta la actividad prestadora de la tutela jurisdiccional a los individuos y agentes económicos, que es el Derecho Procesal Civil. Deben ser incorporados, en un **esfuerzo científico interdisciplinario**, para mejor reflexión y búsqueda de soluciones que tornen el sistema de justicia, ágil y eficiente.

## XVII.

Defendemos que **la eficacia de los derechos sociales y de los derechos de tercera generación sólo puede ser progresiva**, es decir, la concretización de tales derechos debe realizarse de forma gradual, en función de los recursos públicos disponibles y de las necesidades del caso concreto. De esta forma, respecto a los derechos mencionados, se da una *eficacia diferida o elastecida*, siempre en sentido prospectivo y dirigido a la prosecución de una aplicabilidad optimizada de los derechos sociales y de los de tercera generación, de conformidad con las posibilidades de hecho, ya que *la dimensión prospectiva de la eficacia es propia del Estado de Derecho Social*.

**Los derechos fundamentales sociales están implicados decisivamente en la noción de la *persona social* inmersa en el proceso económico y cultural.** Hoy existe una conciencia social respecto a la ineludibilidad de contribuir al desarrollo integral de todo ser humano. Y es evidente que ese desarrollo integral exige atender a todos y cada uno de los derechos de que es titular el hombre en las distintas dimensiones que su vida presenta.

## XVIII.

**El derecho al desarrollo tiene un claro sentido de *justicia social*.** Se ha señalado que es fundamental asegurar una constante mejora del bienestar respecto de todos los individuos, con base en su participación no sólo en el desarrollo, sino también en la “justicia distributiva”, eso es, la justa distribución de los beneficios que del mismo resulten. Y, a la vez, garantizar la igualdad de oportunidades para todos en lo relativo al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios sanitarios, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos. Con eso, se percibe claramente **una estrecha relación entre su contenido y los conceptos de no discriminación, igualdad y protección de los derechos económicos y sociales en su conjunto.** Esta es, en verdad, la exacta comprensión que debe tenerse en relación al *derecho al desarrollo*, su preocupación en la erradicación de la extrema pobreza y la distribución de los ingresos.

**La *justiciabilidad* puede ser una vía para favorecer la efectividad de los derechos humanos,** quizás necesaria, pero con **límites propios**, derivada muchas veces de la **gran conflictividad jurídica existente** en las sociedades constitucionalmente democráticas. Asumimos posición entre aquellas que defienden que los derechos, en cuanto a educación fundamental, salud básica, asistencia a los desamparados y el derecho de acceso a la Justicia, son integrantes indispensables y **con posibilidades de constituirse en un derecho subjetivo individual definitivo.**

Así cuando ocurre una violación por parte del Estado del derecho, el ciudadano podrá perfectamente manejar una acción judicial para defensa de su derecho violado o perjudicado. En estos casos, resultan **perfectamente viables muchas de las acciones judiciales tradicionales**, llámense acciones de inconstitucionalidad, de impugnación o nulidad de actos reglamentarios de alcance general o particular, declarativas de certeza, de amparo o incluso de reclamo de daño o perjuicios.

## XIX.

Defendemos, por consiguiente, que así como es perfectamente posible la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, igualmente es posible **la justiciabilidad del derecho al desarrollo en el estadio actual de los derechos humanos**, una vez que se han considerados los aspectos y dimensiones que diferencian unos de otros derechos y observado las implicaciones que son propias de los derechos de toda la colectividad y que por eso mismo poseen su legitimación ampliada. **Los tribunales y juzgados ya han protegido** de forma bastante enfática y en numerosas ocasiones algunos de estos **derechos de tercera generación**, como son los de los consumidores y del usuario y los de cariz ambientalista, algo no muy diferente al derecho al desarrollo.

Hay que considerar que la defensa de la protección y justiciabilidad de los DESCs ha sido gradualmente admitida en muchos países democráticos, no sólo con sede doctrinaria sino también jurisprudencial. Y de la misma manera, se puede prever que **el derecho al desarrollo, poco a poco, va siguiendo el mismo camino de aquellos otros derechos ya plenamente justiciables y protegidos por el Poder Judicial.**

## XX.

El **nuevo papel político del Poder Judicial en Brasil**, que permite confrontar las decisiones de los demás Poderes del Estado, surge con la Constitución de 1988 y sus enmiendas, llena de nuevos derechos humanos que fueron positivados, los derechos fundamentales y garantías procesales individuales y de orden colectivo, que han hecho que **el Poder Judicial se convierta en un gran palco de conflictos de elevada intensidad que envuelve a diferentes sectores sociales o grandes agrupamientos de individuos descontentos o perjudicados por las acciones del gobierno**, muchas de ellas de fuerte cariz económico. A esto puede añadirse el hecho de que la Constitución de 1988 ha ampliado sensiblemente las formas individuales y colectivas de acceso a la Justicia, **al mismo tiempo que se le ha entregado la difícil tarea de velar por los derechos constitucionales de los ciudadanos.**

Con esto, parece más que evidente que el papel político del Poder Judicial en Brasil se ha incrementado considerablemente y **la Corte Suprema** asume un **nuevo papel del control de los demás poderes, en cuanto a control de la constitucionalidad.**

## XXI.

En verdad, lo que ha ocurrido en Brasil ha sido una **modernización de la administración de la Justicia** cuya Constitución con más de veinte años de vigencia, ha cambiado como ninguna otra institución social, **con significativas mejoras y con un aumento de poder y de competencias**. En este contexto, las mayores transformaciones que se han realizado están vinculadas a la **Enmienda Constitucional nº 45 y la sucesiva edición de dieciocho nuevas leyes** y de nuevas medidas tomadas por el Presidente de la República Brasileña y por el Presidente de la Corte de Justicia mayor, el Supremo Tribunal Federal – STF. Así, los poderes constituidos han firmado dos ***pactos republicanos de Estado por un Sistema de Justicia más accesible, ágil y efectivo***, es decir, por una Justicia mejor, más democrática y más eficiente. El *primer pacto* data de 2004 y el *segundo pacto* de 13 de abril de 2009.

Después del primer pacto reformista, los brasileños hemos podido disfrutar en la práctica de muchas medidas que han cambiado bastante el aspecto de la Justicia brasileña, como es el caso de la **creación del Consejo Nacional de Justicia, la actualización de los Códigos del Proceso Civil y Penal y la expansión de los Juzgados Especiales**, con su revolucionaria instancia que juzga causas de menor valor. Además, **a partir de 2007 se instalaron en Brasil los Juzgados Especializados en Violencia de Género**, con respuestas muy positivas en defensa de los derechos humanos de las mujeres y con ello se ha dado un **importante paso hacia la protección y respeto de los derechos humanos en general**.

Los cambios operados en la estructura de la Justicia brasileña en estos veinte años son significativos **porque revolucionaron el concepto de Justicia en Brasil** y, ciertamente, hoy tenemos **otra Justicia**, que va perfeccionándose y presentando **relevantes innovaciones en el seno de este gran país del hemisferio Sur** y que representan **una gran y nueva dimensión para la Justicia en Brasil**

## XXII.

También el **Tribunal Superior de Justicia** ha avanzado en el proyecto de la **era virtual de digitalización de los procesos**, participando en más de trescientos mil procesos virtuales y con un modelo de gestión administrativa que ha colocado a este Tribunal como referente internacional. La *expertise* de la Corte en estas áreas ha

provocado **protocolos bilaterales de cooperación técnica con diversos países**, como el que fue firmado entre STJ y la Suprema Corte de la República Dominicana en agosto de 2009, y lo mismo ocurre **con los tribunales de España, Portugal, Mozambique, Líbano y Rusia, que también han firmado protocolos de cooperación técnica con el STJ.**

Son estas iniciativas de carácter de vanguardia y de apoyo al desarrollo, con políticas públicas judiciales eficientes las que han cambiado la Justicia brasileña. **El Banco Mundial ha querido aprovechar el modelo de desarrollo del STJ para ayudar en la modernización de las cortes de América Latina, Caribe y África, dentro del eje de cooperación conocido como “Sud-Sud”.** Otros órganos internacionales que han propuesto cooperaciones con el STJ han sido **la oficina de las Naciones Unidas sobre drogas y crímenes (UNODC)** para la articulación de proyectos de cooperación técnica entre tribunales y **el programa de la ONU para el medio ambiente (PNUMA)**, en la protección del medio ambiente. Estas cooperaciones con instituciones de países en desarrollo han sido valoradas por este importante organismo internacional de políticas de desarrollo. Además, el intercambio tecnológico, el análisis comparativo de los bloques regionales y la cuestión de los derechos humanos y de las migraciones han sido objeto de acciones internacionales por parte del **STJ**, logrando **insertar a esta Corte en la comunidad jurídica internacional.**

### XXIII.

También hay que tener en cuenta cómo se está solucionado la acumulación casi astronómica de procesos en la Justicia brasileña, con **el uso más racional de la estructura del Poder Judicial**, la búsqueda y el estímulo, por parte del propio poder referido, a través de su órgano central de planeamiento, que es el Consejo Nacional de Justicia/CNJ en el seno de la sociedad, y que está dando como resultado la **creación de Centros de Justicia Alternativa**, de conciliación y mediación entre los propios demandantes, para los litigios cuando se trate de derechos disponibles o transacionables, **con el uso de mecanismos alternativos que solucionen los conflictos, insertados en la estructura de los Tribunales de Justicia Provinciales (en los 27 Estados miembros) y de los Tribunales Regionales Federales (5 Cortes)**, e incluso admitiendo parcerías con los tribunales de arbitraje.

Así, defendemos la idea de que **el propio Poder Judicial, a través de su administración central, debe continuar estimulando programas de solución alternativos** para ser desarrollados en el seno de las comunidades brasileñas y para que los ciudadanos utilicen con mayor frecuencia los mecanismos alternativos en su propio beneficio, dirimiendo los conflictos en los que se vean envueltos. Habrá, por tanto, que reforzar **estímulos de canales *multipuertas de justicia***, canales que estén disponibles como diferentes formas de acceder a la Justicia y no solo como acceso al Poder Judicial, a través del proceso garantista.

Esta ampliación de la utilización de diversos mecanismos de solución de conflictos debe considerar con rapidez **la especialización de los jueces para que ellos mismos estimulen (sin desconsiderar su misión constitucional de juzgar los casos que les son encomendados) estos mecanismos alternativos con el objetivo de alcanzar el desiderátum de la prestación jurisdiccional efectiva.**

#### XXIV.

La creación del **Consejo Nacional de Justicia ha comportado en el seno nacional importantes cambios éticos y la modernización de carácter administrativo.** La divulgación de datos sobre la productividad de los jueces brasileños para toda la población, una verdadera rendición de cuentas y de su responsabilidad político-social a la hora de juzgar los procesos que les son encomendados, ha supuesto una importancia fundamental y una mayor responsabilidad institucional.

**La implantación del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), con la tarea de ejercer el control administrativo y financiero de los tribunales y juicios brasileños, ha contribuido a la implantación de medidas transparentes y democráticas, como son el presupuesto participativo** (con la participación de los interesados y afectados directamente por el presupuesto), la exigencia de la optimización de los gastos, el fin del nepotismo, la disciplina en el uso de coches oficiales para los magistrados y las decisiones que determinan la reestructuración profesional de los empleados de la Justicia (servidores públicos del Poder Judicial).

Según esta visión, la ***gestión administrativa es la vía más eficaz para tornar el conjunto de la magistratura*** (los jueces, en todos los niveles y justicias, común y especializada) **partícipe de las políticas judiciales** y acelerar los cambios

indispensables para la construcción de un **Poder Judicial aún más eficiente**, así como **conferir legitimidad a los elegidos** (internamente, en el seno de la corporación) para dirigir sus destinos.

**La gestión estratégica que está siendo construida e implantada por cada uno de los tribunales**, con la consideración de su realidad, con indicadores y sus respectivas metas que deberán ser alcanzadas a corto, medio y largo plazo, así como los medios necesarios a su alcance, van a proporcionar un cambio significativo de la realidad, una verdadera modernización administrativa.

Con ello, la expectativa que se está produciendo es que los órganos de la Justicia brasileña caminan juntos y unidos por los mismos principios y propósitos, **con el fin de otorgar a la sociedad unos servicios judiciales de excelencia caracterizados por la transparencia, ética, celeridad, modernización, responsabilidad social, imparcialidad y probidad, para así alcanzar su visión de futuro.**

## XXV.

A partir de la Constitución de 1988 se ha tenido en cuenta la importancia de las escuelas de la magistratura, con la introducción del reconocimiento formal de la necesidad de “Cursos Oficiales” de formación y perfeccionamiento para fines de promoción y ascenso profesional de los jueces, y que se incrementó con la creación de la **ENFAM – Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados en Brasil**, con la responsabilidad de proporcionar a los jueces brasileños una formación continua de calidad.

La participación de esta **Escuela Nacional brasileña** de formación y de perfeccionamiento de los magistrados, **ha sido fundamental para la formación de magistrados con visión interdisciplinar y humanista**; y esta nueva dimensión se expande a través de las acciones de los mismos en su comunidad, por lo que se puede hablar de *jueces humanistas multiplicadores*.

## XXVI.

El **Estado** a través de su tríada de poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), asume el papel de *guardián de los derechos humanos* y el sistema legal-

jurisdiccional viene a proteger esos universales, inalienables e irrenunciables derechos. Sucede que **el proceso jurisdiccional** se presenta como instrumento disponible para hacer efectiva la defensa de los derechos humanos (o de derechos fundamentales en cuanto insertados en la orden interna), quizás violados o no observados *in concretum*.

Por tanto, es perfectamente posible defender la concepción de que siempre que el Estado interfiere de manera práctica para proteger y garantizar derechos humanos o derechos fundamentales, a través de la efectivación de estos derechos, estará por consiguiente, **contribuyendo al desarrollo humano e indirectamente al desarrollo socio-económico**. Insertado en esta perspectiva, **proponemos que al conceder una medida de protección a la integridad física de una mujer**, y algunas veces de protección al mayor derecho de un ser humano, que es la propia vida, el Estado Jurisdiccional estará adoptando, *in concreto*, **medidas que promueven el desarrollo humano**; y ampliando estas actuaciones estatales **al ámbito colectivo, también el desarrollo socio-económico**. De esta manera consideramos el sentido holístico del desarrollo.

Como ejemplo, resaltamos **el exitoso trabajo que está llevando a cabo el Juzgado de São Luís do Maranhão** (ver el Anexo 3), que desarrolla cinco *programas especiales*, con vistas no solamente a reprimir los crímenes relacionados con la violencia de género en el hogar (que supone más del 90% de los casos de violencia de género), sino también como prevención de esas prácticas que violan los más significativos derechos humanos de las mujeres como son los concernientes a la vida y a su integridad física, moral, sexual, psicológica y patrimonial.

## XXVII.

La Constitución brasileña en el **artículo 3º, inciso II, establece entre los objetivos nacionales “garantizar el desarrollo” y en el inciso IV, “la promoción del bien de todos sin cualquier discriminación”** con lo que se percibe que estos objetivos no están reservados únicamente al Poder Ejecutivo, al que incumbe constitucionalmente implementar las políticas públicas que fueron definidas por los respectivos gobiernos, **sino que también son objetivos de los Poderes Judicial y Legislativo**, aunque sus compromisos y sus misiones institucionales sean diferentes.



Estos tres Poderes deben armonizarse para que estos objetivos constitucionales sean alcanzados a través de las *normas, acciones* y de *su control*. En esto **consiste en realidad el control de la constitucionalidad**, y así cabe al Poder Judicial investigar todos los actos administrativos practicados por la Administración Pública. Donde llegamos a **la politización del Poder Judicial**, con el control jurisdiccional de las políticas públicas en Brasil, en contrapunto con los objetivos de la República brasileña. Y se constata cómo se **han hiperdimensionado los poderes de los jueces y de los tribunales en Brasil**, a partir del nuevo orden democrático, vigente desde el cinco de octubre de 1988.

Brasil ha experimentado **un fuerte proceso de judicialización en su vida pública**. Hoy, la Justicia ejerce un importante papel político en el país, a través del fenómeno conocido como la *judicialización de políticas públicas*; es posible afirmar que la democracia y la mejora de las condiciones de igualdad política en Brasil podrían avanzar con estos cambios en el derecho público, sobre todo en la Justicia. Entiéndase que con esta actuación el juez o tribunal, por ejemplo, **podrá determinar la política pública para el año siguiente y también podrá verificar si tal política se contempla en función de la disponibilidad del presupuesto**. Eso es la redimensión de los poderes de los jueces y tribunales en Brasil.

## XXVIII.

Es necesario no olvidar que **la protección judicial de los derechos sociales** (en sentido amplio) ocurre tanto a través del **orden jurisdiccional social** como del orden *jurisdiccional contencioso-administrativo*. El primero se refiere a la defensa de los derechos laborales y de seguridad social y el segundo a otras materias, por ejemplo, relativas a la educación, vivienda, urbanismo y ordenación del territorio. También hay que señalar la importancia de la *acción pública como acción popular en materia de urbanismo y patrimonio histórico*, como un instrumento de actuación de los ciudadanos en defensa de un derecho fundamental de tercera generación en España. La acción popular es acogida en la propia Constitución española en el artículo 125, dentro del Título VI relativo al Poder Judicial (si bien con una referencia directa a la más usual acción popular del proceso penal). **La actuación en juicio de cualquier persona en búsqueda de la protección del patrimonio histórico, cultural o artístico español, a través del proceso**, se hace por medio de la *acción popular*, acción que permite la

defensa de un mero interés a la legalidad, sin alegar una posición subjetiva específica lesionada o amenazada.

En consecuencia, se percibe que **el propio legislador considera importante facilitar el acceso a la jurisdicción a la propia sociedad** para que participe en la protección procesal de estos bienes. Así, se ha hablado desde hace tiempo de **la protección de intereses de grupo, supraindividuales, colectivos, difusos**, en atención a la participación de la propia colectividad afectada en el proceso. Y en esta protección el propio legislador considera importante facilitar el acceso a la Jurisdicción a la propia sociedad para que participe efectivamente en la defensa procesal de estos bienes o valores. En efecto, se puede constatar en **el art.8.2 de la ley nº 16/1985, una vía adecuada para la protección de intereses supraindividuales**, es decir, de estos intereses subjetivamente indeterminados y objetivamente referidos a bienes, no susceptibles de apropiación exclusiva, bienes indivisibles. Otro precepto que también se puede constatar en la protección de estos intereses supraindividuales es el **artículo 19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial**, el cual, sin distinción de órdenes jurisdiccionales, y por tanto, con aplicabilidad al proceso administrativo, establece que *“los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos por la ley”*. En definitiva, **la acción popular actúa más bien como un cauce para una acción colectiva**, lo determinante debiera ser el interés legítimo que se pretende defender, aunque se trate de un interés indirecto.

Otro caso de participación pública en defensa de bienes colectivos o difusos en España, se verifica en materia de **protección al medio ambiente**. A partir del **art.45 de la CE, que configura el medio ambiente como un bien jurídico de cuyo disfrute son titulares todos los ciudadanos** y cuya conservación es una obligación que comparten los poderes públicos y la sociedad en su conjunto, fue aprobada la **Ley 27/2006, de 18 de julio, mediante la cual todos tienen el derecho a exigir a los poderes públicos que adopten las medidas necesarias para garantizar la adecuada protección del medio ambiente**, para disfrutar del derecho a vivir en un medio ambiente sano (derecho este configurado como de tercera generación). Así, observando lo dispuesto en el art.9.2 de la Constitución y, en ámbito administrativo, y el art.105, en el ámbito administrativo, **se creó la acción popular, en el art.22 de la ley 27/2006.**

Creemos que con estos ejemplos de la legislación española se puede **plantear la defensa de la protección de los derechos sociales, como tutela procesal** de estos derechos envueltos en un matiz económico-social y cultural y con reconocidos e identificables **reflejos para el desarrollo socio-económico.**

## XXIX.

Hay que destacar además, con respeto a la tutela judicial de los derechos sociales en Brasil, el papel de las *acciones civiles públicas* que han sido propuestas, principalmente por la Fiscalía con la finalidad de **ejercer el control de las políticas públicas y con énfasis en las omisiones del Poder Público** en el cumplimiento de los deberes sociales, establecidos en sede de la Constitución Federal de 1988. Es importante resaltar que, aunque sean posibles los ejercicios de la tutela individual de forma directa frente al Estado en referencia a los derechos sociales, no cabe duda que las tutelas colectivas son las más abundantes en la práctica forense. Por consiguiente, es a través de las **acciones civiles públicas**, que recaen sobre los ciudadanos, derechos fundamentales como el derecho a la vida, el derecho a la salud o a la educación, con la propuesta de estas acciones colectivas, son tutelados de forma indirecta. Si bien son tutelados y protegidos judicialmente, también se subraya la posibilidad de que aquellos que están legitimados a proponer este tipo de acción judicial puedan **defender derechos económicos, sociales y culturales y los derechos de tercera generación.** Esta acción, por tanto, tiene por objetivo la responsabilización por daños morales y patrimoniales ocasionados al medio ambiente, a los consumidores, al orden urbanístico, al patrimonio histórico, estético, turístico y paisajístico y a los intereses difusos o colectivos por infracción de la orden económica y de la economía popular. Otros derechos difusos y colectivos podrán ser objeto de su protección (se aplica el principio de la no taxatividad), aunque no estén previstos directamente en la legislación ordinaria. Sin embargo, **la protección positiva de los derechos fundamentales individuales, inscritos en el art.5º de la CF/88, presupone el previo atendimento de los derechos sociales.** Es de destacar que la opción del gobernante frente a los derechos sociales puede consistir en políticas de generación de empleo, pretendiendo alcanzar así los objetivos preconizados en el art. 3º de la CF/88.

Es imposible proteger los derechos a través de una tutela individual sin que exista **un programa social de gobierno** que contemple esta necesidad. E incluso, en

este mismo caso, la protección de un derecho individual por medio de una *acción civil pública* no tiene posibilidad legal.

### XXX.

En referencia a **la protección de los derechos de los consumidores y sus implicaciones en el desarrollo**, es necesario decir, en lo concerniente a la realidad brasileña (que ha crecido significativamente gracias a la ampliación de las **clases sociales con mayor poder adquisitivo** y, por extensión, ha mejorado la vida de millones de brasileños) ha habido **un crecimiento del mercado consumidor y una disminución de la desigualdad social** en los dos últimos gobiernos presidenciales, lo que ha proporcionado una variación institucional jurídica significativa al incrementar la protección a la financiación del crédito. Se verifica **una mayor agilidad en los procedimientos judiciales a la hora de recuperar los bienes garantes de esas financiaciones**, lo que proporciona **reflejos directos en la economía** como es el caso de la disminución de las tasas de inversión bancaria, comparado con otros tipos de financiación. Lo que realmente se comprueba es un **incremento significativo de la economía brasileña**, que hoy ocupa el sexto lugar entre las mayores del mundo, aventajando incluso a la tradicional economía de Gran Bretaña.

Respecto al tema planteado más arriba, no se pueden olvidar en estas conclusiones los fenómenos de la ***bancarización del crédito o de inclusión financiera y de los programas asistenciales gubernamentales***, que han proporcionado un aumento de los arreglos y transacciones económicas y del crecimiento de la economía brasileña en los últimos años del Gobierno brasileño. Muchas de esas transacciones desembocaron en los foros brasileños de los cuales surgieron litigios entre los contratantes; y **muchos de estos litigios fueron a parar a los Juzgados Especiales Civiles y del Consumidor**. Como ejemplo, es notable **el incremento de demandas en los juicios y tribunales brasileños entre los años de 2006 y 2011**, con un número de procesos que casi llega a la cifra de 100 millones.

### XXXI.

**La creación de los Juzgados Especiales Civiles y del Consumidor en Brasil**, insertados en los órganos de la Justicia estatal, **generó un nuevo terreno de solución de conflictos con procedimientos y con una lógica diferente de los**

**procedimientos tradicionales del Estado a la hora de solucionar conflictos.** La creación de mecanismos como los órganos de protección del consumidor y canales de reclamaciones de los servicios públicos, las *Ouvidorias*, son otras formas de solución de conflictos que se añadieron al sistema de resolución de conflictos por el Estado.

La creación de estos institutos **insertó en el sistema jurídico brasileño rasgos propios del sistema de justicia de la *common law*** y que representan un importante **instrumento de defensa de los derechos difusos**. Estos cambios de la realidad de la justicia brasileña, exigían profesionales que no actuaran como en el sistema tradicional, profesionales como *los conciliadores* y *los jueces legos* (no integrantes de la magistratura profesional). El Juzgado Especial es un sistema que fue pensado para funcionar con reglas específicas y con un conjunto de requisitos que no son típicos del sistema de *civil law*, en el cual fueron constituidos el ordenamiento jurídico brasileño y su correspondiente sistema de Justicia. **Este nuevo sistema es una forma alternativa del Estado para mediar en los conflictos y que requiere un tipo de profesional diferente al que exige la Justicia ordinaria**, esto es, profesionales con habilidades de conciliación y mediación. En cuanto a la estructura, debe prevalecer la **informalidad, la oralidad, la rapidez, la economía de los costes del proceso** - ya que en un primer momento se trata de una justicia sin costes financieros para los sujetos procesales - **y la facultatividad**. Es importante señalar que este sistema ha obtenido resultados satisfactorios, sobre todo, en cuanto a la posibilidad de **solucionar los conflictos sociales por vías alternativas como es la conciliación**.

En la investigación de campo realizada para esta Tesis (Véase el Anexo 2), destaca la entrevista realizada en el 6º Juzgado Especial Civil y de las Relaciones de Consumo en la ciudad de S. Luis, Estado del Maranhão (Brasil), en el año de 2010 a los consumidores y usuarios demandantes de los procesos propuestos contra empresas y suministradores de servicios, obteniendo unos **resultados satisfactorios que señalan la gran utilidad que las tutelas judiciales de protección proporcionan a los consumidores y usuarios**, en una práctica demostración de que la efectiva actuación del Poder Judicial a través de sus sentencias contribuye también a la protección de los derechos humanos de tercera generación, en especial a los derechos de los consumidores y a su desarrollo personal, y con eso, consecuentemente, en un efecto más amplio, con la suma de todos los beneficiados, **contribuye también al desarrollo socioeconómico de aquellas comunidades atendidas por el mencionado Juzgado**.

## XXXII.

**En España**, el conocimiento y sustanciación de los litigios de **las acciones que deduzca el consumidor** o usuario frente al empresario corresponde a los órganos competentes del orden jurisdiccional civil, concretamente, y en primera instancia, a los Juzgados de Primera Instancia (art.45 LEC), ante los que puede pretender la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares o cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley (art.5º), a través de los cauces procesales correspondientes (juicio ordinario, juicio verbal, proceso monitorio). **Tenemos dos tipos de tutela judicial de los consumidores: individual o colectivo y difuso.** La tutela procesal de los intereses colectivos se hace por medio de **las acciones colectivas**. La defensa de intereses plurisubjetivos mediante estas acciones colectivas no sólo han sido objeto de atención en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (art.20.1 de la ley LGDUC) y en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio, art.7.3), sino que otras leyes sustantivas posteriores, reguladoras de diversas materias, han ido incorporando normas de carácter procesal a favor de una tutela jurisdiccional ejercitada por asociaciones de consumidores o, en general, a quienes se ha otorgado la protección de esos intereses. En ámbitos específicos como el de la publicidad engañosa, competencia desleal, o el de las condiciones generales de la contratación, la legislación española desarrollada en los últimos años ha ido tomando en consideración la protección de tales intereses y la previsión de que las asociaciones de consumidores y otros sujetos legitimados insten en la vía judicial el cese de prácticas ilícitas o desleales.

Es necesario reconocer que **la protección procesal y procedimental de los consumidores se ha basado en gran parte en el reconocimiento de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios**, bien por sectores determinados y para el ejercicio de concretas acciones, bien, más generalmente, en defensa de la propia asociación, de sus socios y de los intereses generales de los consumidores. Resulta, pues, que la tutela jurídico-procesal de los consumidores puede ser considerada como una necesidad propia de nuestra época. Esta legitimación activa se encuentra en el art. 20.1 de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, Ley nº 26/1984, mediante la cual las asociaciones de consumidores y usuarios podrán *“representar a sus asociados*

*y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios”.*

### XXXIII.

**El proceso jurisdiccional, en su conformación tradicional,** tiene enormes desventajas para el individuo que, como consumidor afectado por alguna lesión o amenaza en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, pretenda su protección. **La evidente relevancia supraindividual de muchos de los intereses de los consumidores conlleva que la mejor forma de tutela jurisdiccional para ellos es la colectiva.** Cuando se trata de la protección colectiva de intereses individuales de contenido idéntico, por ejemplo, para reclamar por daños masivos que ha producido una remesa de productos defectuosos, en realidad cada uno de los afectados aparece como directamente titular de un interés. Hay una relación directa entre sujeto y el interés que se pretende proteger, sólo que se pretende potenciar la posición de los consumidores y usuarios a través del ejercicio colectivo. Las asociaciones de los consumidores y usuarios lo hacen ejercitando intereses que en realidad no son propios de esa persona jurídica sino de **todos los consumidores individuales que se han visto personalmente afectados por la actividad lesiva.** En cambio, cuando se trata de un interés de grupo en sentido estricto, relativo a bienes indivisibles, la actuación del ente exponencial se basa en la afirmación de un interés de grupo frente a un riesgo que afecta a todos los miembros de esa colectividad por el mero hecho de serlo; en estos casos la actuación de las asociaciones es de legitimación ordinaria *sui generis*, con algunos rasgos de legitimación extraordinaria, pues el ente exponencial no es ni sustituto procesal ni estrictamente representante de sus asociados, sino gestor autónomo del interés colectivo y también, junto a los demás miembros de la colectividad, titular del mismo.

### XXXIV.

En estos más de 60 años transcurridos desde la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU, ha habido **un claro progreso, sobre todo con la jurisdiccionalización de la protección internacional de los derechos humanos.** El dominio de su protección no puede sufrir ya un retroceso, tanto en el ámbito interno como en el internacional, pues nuestro ideal común es construir una *cultura universal*. La observancia de los derechos humanos, que este siglo XXI impondrá a todos los hombres

del planeta como **el mejor *ethos universal* que la humanidad haya alcanzado hasta hoy**, pero deberá convivir con el persistente **desafío de proporcionar a todos los seres humanos una existencia digna**, por tanto, el *derecho al desarrollo* tendrá que evolucionar sensiblemente, porque ya no resulta admisible que haya hambre en el mundo cuando hay alimentos suficientes para todos y tampoco se admite que hombres y mujeres (y principalmente los niños) no tengan acceso a la educación elemental ni a la sanidad pública, así como a una vivienda digna.

Entonces resulta oportuna la reflexión de que en el umbral del siglo XXI surjan **otros desafíos que incluyen la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales así como la justiciabilidad de los derechos humanos de tercera generación** – y entre ellos **destaca el derecho al desarrollo**- la toma de medidas de prevención y seguimiento en la acción de protección, la salvaguardia de los derechos humanos en emergencias públicas, y el desarrollo de las formas de reparación a las víctimas de violaciones de derechos humanos. El futuro de la protección internacional de los derechos humanos depende hoy día, en gran parte, de medidas nacionales de implementación, con base en el entendimiento de que el derecho internacional y el derecho interno se encuentran en interacción constante y dinámica en el presente dominio de protección. Las normas internacionales de protección son directamente aplicables en el derecho interno, en beneficio de todos los seres humanos bajo las jurisdicciones de los Estados respectivos. Como manifestación de la emergencia de las normas imperativas del derecho internacional (*jus cogens*), el desarrollo tan necesario del régimen jurídico de las obligaciones *erga omnes* de protección (incluidas las consecuencias jurídicas de sus violaciones) fomentaría considerablemente el establecimiento de un sistema efectivo de monitoreo continuo de la situación de los derechos humanos en todos los países. Al fin y al cabo, la protección de la persona humana en todas las circunstancias, contra todas las manifestaciones del poder arbitrario, corresponde al **nuevo *ethos* de nuestro tiempo, a saber: los derechos humanos**.

#### XXXV.

Para finalizar estas conclusiones es oportuno destacar algunos principios que en la actualidad están asumiendo **el diálogo global en la realización del derecho al desarrollo**: la objetividad, el respeto a la soberanía nacional y a la integridad territorial, la imparcialidad, la no-selectividad y la transparencia, respetando las características



políticas, históricas, sociales, religiosas y culturales de cada país. Aunque la defensa de estos principios es bastante polémica, teniendo en cuenta que la mayoría de los países desarrollados se han posicionado en contra, no se puede desconsiderarlos, dada su importancia en **la construcción del derecho al desarrollo de manera vinculante**, principalmente a nivel interno, pero también, aunque de forma más tenue, en el ámbito de las relaciones internacionales públicas.

En efecto, parece oportuno defender la idea de construcción del **derecho al desarrollo como un hard-law**, que sea realmente imponible tanto internacionalmente como a nivel interno a los gobiernos nacionales, como un derecho de todos los individuos y de todos los pueblos, por revelarse inconsistente su mantenimiento como un *soft-law*. Creo que las generaciones venideras no dudarán en abrazar esta honorable causa.

En la actualidad no hay Estado, entre los países desarrollados, que no intervenga de una u otra forma en el proceso económico. Por eso, es más razonable la **idea humanista** de que es preciso enfrentar la crisis económica-financiera global mediante reformas y adaptaciones que permitan **reorganizar el sistema del bienestar**, proporcionando a los ciudadanos **medios eficaces para su desarrollo personal**, que adoptar simplemente medidas ortodoxas, con objetivos únicamente centrados en los números y en la reducción del déficit público. Es más: en esta concepción se encuentra enmarcada esta Tesis Doctoral: ***“La Contribución del Poder Judicial a la Protección de los Derechos Humanos de Tercera Generación, en Especial Referencia al Derecho al Desarrollo”***.



## BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH COSARÍN, Victor, “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la denuncia ante a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, in *Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en Honor a Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ed Lorena González Volio, San José/Costa Rica, 1998;

ABRAMOVICH, Victor & COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002;

\_\_\_\_\_ *Los Derechos Sociables como Derechos Exigibles*, Trotta, Madrid, 2002;

ABRANTES GERALDES, António Santos, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Almedina, , 2ª ed. vol. 1, reimpressão, Coimbra, 1999;

ADELMAN, Irma & TAFT Cynthia Morris, *Economic, Growth and Social Equity in Developing Countries*, Stanford University Press, 1974;

ALBÁCAR LOPEZ, José Luis, “La Tutela Jurisdiccional de Los Derechos Fundamentales”, in *Jornadas de Derecho Procesal/Consejo General del Poder Judicial*, Gráficas Arias Montano, Madrid, 1984;

ALBUQUERQUE ROCHA, José de, *Estudos sobre o Poder Judiciário*, Malheiros editor, S. Paulo, 1995;

\_\_\_\_\_ *Teoria Geral do Processo*, 7ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2003;

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994;

\_\_\_\_\_ *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993;

\_\_\_\_\_ *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, (versión castellana de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, 1997;

\_\_\_\_\_ *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección *El Derecho y la Justicia*, (trad. española de lo original *THEORIE DER GRUNDRECHTEK*), Madrid, 2001;

\_\_\_\_\_ *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección *El Derecho y la Justicia*, (trad. española de lo original *THEORIE DER GRUNDRECHTEK*), Madrid, 2001;

ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, “La Judicialización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” in *XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, 2009;

ALONSO DE ANTÓNIO, Ángel Luis, Universitas, Madrid, 1998;

ALSTON, P. “Conjuring up new human rights: a proposal for quality control”, en *American Journal of International Law*” vol. 78, 1984;

\_\_\_\_\_ “Conjuring up new human rights: a proposal for quality control”, en *American Journal of International Law*” vol. 78, 1984;

ANDRADE BARBOSA, Leonardo A. de; DINO, Flávio; DINO, Nicolau & MELO FILHO, Hugo, *Reforma do Judiciário, Comentários à Emenda nº 45/2004*, Ed. Impetus, Niteroi –RJ, 2005;

ANGULO SANCHES, Nicolás, *El Derecho Humano al Desarrollo frente a la mundialización del Mercado*, IEPALA editorial/Universidad Complutense de Madrid, 2005;

ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia, *Consttuição e Segurança Jurídica*, ed. Fórum, Belo Horizonte, 2004;

APPIO, Eduardo, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Ed. Juruá, Curitiba, 2006;

ARAGÓN REYES, Manuel, “Problemas del Recurso de Amparo”, in *La Reforma del Recurso de Amparo*, (Coordinación de PÉREZ TREMP, Pablo), Ed. Tirant to Blanch, Valencia, 2004;

ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; PELLEGRINI GRINOVER, Ada y RANGEL DINAMARCO, Cândido, *Teoria Geral do Processo*, 19ª ed, Malheiros, São Paulo, 2004;

ARELLANO GARCIA, Carlos, *Teoria General del Processo*, ed. Porruá, México, 1980;

ARENDT, Hannah, *A Condição Humana*, Relógio d’água editores, Lisboa, 2001;

\_\_\_\_\_, *Karl Marx y la Tradición del Pensamiento Político Occidental*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2007;

ARMELIN, Donaldo, “Uma Visão da Crise Atual do Poder Judiciário” in *A Reforma do Poder Judiciário*, Ed. Quartier Latin, S. Paulo, 2006;

ARRUDA ALVIM, Manuel, *Manual de Direito Processual Civil*, vol.1, 2ªed, ed. Revista dos Tribunais, S.Paulo, 1986;

ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1985;

ATRIA, F, “¿Existen derechos sociales?”, in *Discusiones*, nº 4, Año 2004;

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, (Coordinador), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. 1, 2ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2007;

\_\_\_\_\_ *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2005;

BALLESTEROS, A. Montoro, *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, Murcia, 1983;

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, “O Controle Judicial dos Atos Administrativos” in *Revista de Direito Administrativo-RDA*, Fundação Getúlio Vargas, nº 152, S.Paulo, 1983;

\_\_\_\_\_ *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, S. Paulo, Ed. RT, S. Paulo, 1980;

\_\_\_\_\_ *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed, Malheiros Editores, S.Paulo, 2002;

\_\_\_\_\_ *Curso de Direito Administrativo*, 25ª ed, Malheiros Editores, S. Paulo, 2008;

\_\_\_\_\_ *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed., Malheiros Editores, S.Paulo, 2009;

\_\_\_\_\_ *Eficacia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*, Malheiros Editores, S. Paulo, 2009;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de Direito Processual Civil*, Saraiva, S.Paulo, 1.977;

\_\_\_\_\_, “Notas sobre o problema da «efetividade» do processo”, in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, ed. Saraiva, S. Paulo, 1984;

BASIAGO, Andrew, *Methods of defining sustainability*, Sustainable Development, 3 (3), Londres, 1995;

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio *et all*, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, ed Tecnos, Madrid, 2004;

\_\_\_\_\_, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*;

BAYE, Keba M., “Le droit au développement comme un droit de l’homme”, *Revue des Droits de l’Homme*, 1972 ;

BEDJAQUI, M., “Le droit au développement” in *Droit International. Bilan et Perspectives*, 2 vol, Paris, 1991;

BERMEJO GARCIA, R. & BEACA DOUGAN, J. D., “El derecho al desarrollo: un derecho complejo con contenido variable”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 1985;

BERMUDES, Sérgio, *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005;

BOBBIO, Norberto, *Le Fondement des Droits de L’Homme*, La Nuova Itália, Firenze, 1966 ;

\_\_\_\_\_, *Teoria Geral da Política, A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, ed. Campus,, 9ª tiragem, S.Paulo, 2000;

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (trad. de Juan L. Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993;

BONAVIDES, Paulo, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, Malheiros Editores (3ªed), S. Paulo, 2008;

BURNIE, David, *Man Changes the World*, The Reader’s Digest Asociation Limited, Londres, 1997;

CALAMANDREI, Piero, “Processo e giustizia”, in *Revista de Diritto Procesale*, p. 148 y nota 3, 1950;

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Direitos humanos e meio ambiente paralelo dos sistemas de proteção internacional*, Sergio Fabris editor, Porto Alegre, 1993;

\_\_\_\_\_, *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001;

CAPPELLETTI, Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giufre, Milano 1971;

\_\_\_\_\_, *Giudici Legislatori?*, Milão, 1984;

\_\_\_\_\_, *Juizes Legisladores?*, (trad. De Carlos Alberto A. de Oliveira), Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993;

\_\_\_\_\_, *L' accesso alla giustizia e la responsabilità del giurista nella nostra epoca*, *Studi in Onore di Vittorio Denti I*, Pádova, 1994;

\_\_\_\_\_, *Processo e Ideologie*, apud, RANGEL DINAMARCO, Candido *A Instrumentalidade do Processo*, 12ª ed., Malheiros Editores, S. Paulo, 2005;

CARDOSO, Fernando Henrique, *Dependência e Desenvolvimento em América Latina*, 1969;

CARNELUTTI, Francesco, *Instituições del Processo Civile Italiano*, 5ª ed., vol.1, Soc. Ed. Del Foro Italiano, Roma, 1956;

CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *Teoria Geral do Processo*, 8ªed, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002;

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, “El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana”, in REDI – Revista Española de Derecho Internacional, Vol. XXV, Nº 1-4, Madrid ,1972;

\_\_\_\_\_, *Dignidad frente a Barbarie, La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Editorial Trotta, Madrid, 1999;

CASSESE, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Editorial Ariel, Barcelona, 1993;

CASTELAR PINHEIRO, Armando & COSTA CABRAL, Célia da, *Credit Markets in Brazil: The Role of the Judiciary and Other Institutions*, Pagano, Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2001;

\_\_\_\_\_, “A Justiça e seu Impacto sobre as Empresas Portuguesas”, in *Os Custos da Justiça, acta do colóquio internacional*, Almedina, Coimbra, 2003;

CASTELAR PINHEIRO, Armando & SADDI, Jairo, “Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil”, in *Direito & Economia, Análise Econômica do Direito e das Organizações*, Ed. Campos/Elsevier, São Paulo, 2005;

CASTELAR PINHEIRO, Armando, *Judiciário e Economia no Brasil*, Ed. Sumaré, S. Paulo, 2000;

\_\_\_\_\_, *Decisões Judiciais, Desenvolvimento Econômico e Crédito no Brasil*”, Febraban, S. Paulo, janeiro de 2.003;

\_\_\_\_\_, *Credit Markets in Brazil: the Role of the Judiciary and other Institutions*”, Banco central do Brasil, 2003;

\_\_\_\_\_, *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?*” Fundação Ipea, Brasília, fevereiro de 2003;

\_\_\_\_\_, *Segurança Jurídica, Crescimento e Exportações*, Fundação IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (vinculada ao Min. do Planejamento, Orçamento e Gestão da República Federativa do Brasil), Brasília/Rio de Janeiro, outubro de 2005;

CELARE – Centro Latino Americano para las Relaciones con Europa, *Relaciones Unión Europea/ América Latina y el Caribe/ Documentación de Base*, Santiago/Chile, 2007;

CHIOVENDA, Giuseppe, “Del Sistema Negli Studi del Processo Civile”, in *Scritti Giuridici, Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, ed. Jovene, Nápoli, 1954;

CLÉVE, Clémerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, S, Paulo, 1999;

CMMAD, Fundação Getúlio Vargas, 2ª ed, Rio de Janeiro, 1991;

COASE, Ronald, “Industrial Organization: A Proposal for Reserch, *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization*, V.R. Fuchs, National Bureau of Economic Research, Nova York, 1972;

\_\_\_\_\_, “The Problem of Social Cost”, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1960;

COLMAN, David & NIXSON, Frederick, *Desenvolvimento Econômico, uma perspectiva moderna* ( tradução por Maria Célia Pinto Guedes), Ed Campus/Universidade de S.Paulo, S. Paulo, ano 2002;

COMMONS, John. R., *Institutional Economics, Its Place in Political Economy*, Transaction Publishers, Londres, 1990;

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Los Derechos del Consumidor y la Transparencia del Mercado*, Deptº de Publicaciones del Consejo Económico y Social, Colección Informes, 1ª Ed., Madrid, 1999;



- CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos Sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994
- COUTURE, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, ed, Depalma, Buenos Aires, 1988;
- CRANSTON, M., *Human Rights, Real and Supposed*, London, 1967;
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Los Derechos Sociales como Técnica de Protección Jurídica”, in *Derechos Sociales y derechos de la minorías*, CARBONEEL, Miguel;
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000;
- D. FRIEDMAN, Daniel, *Law’ Order: What economy has to do with law and why it matters*, Princeton University Press, Princeton, 2.000;
- D’AVACK, L., *Sviluppo dei diritti dell’uomo e protezione giuridica*, Guida, Napoli, 2003. LUÑO, Antonio Enrique Pérez, *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Fundesco, Madrid, 1987;
- DA SILVA, João Baptista, *Reforma do Judiciário*, Belo Horizonte, 2004;
- DE CASTRO CID, B., Dimensión Científica de los Derechos del Hombre”, in *Los Derechos Humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*, Coordinación de PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Anales de la Universidad Hispalense/Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979;
- \_\_\_\_\_, *El reconocimiento de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1982;
- \_\_\_\_\_, “Estado Social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales” in *Derechos y Libertades*, nº6, Madrid, 1996;
- \_\_\_\_\_, “Estado Social y Crisis de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, in *Derechos y Libertades*, Año III, Nº 6, febrero 1998;
- DENNINGER, E., “El derecho a la autodeterminación informativa”, trad. cast. de A. E. Pérez Luño, en el vol.col. *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Tecnos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987;
- DÍAZ, Elíaz, *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, 1978;
- DINO, Flávio, “Novo Pacto por Uma Justiça Melhor”, in *Periódico “Jornal Pequeno”*, Cuaderno General, edición de 22.04.2009;

DOS SANTOS, Gervasio Protásio, *La Democratización de la Justicia*, Periódico “Estado de S.Paulo”, edición de 19/09/2009;

DRUGGER, Willian, *Radical Institutionalism: Contemporary Voices*, Greenwood Press, Nova York, 1989;

DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona, 1998;

\_\_\_\_\_, *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1984;

\_\_\_\_\_, *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, (5ª Reimpresión), 2002;

\_\_\_\_\_, *O Império do Direito*, (trad. Jefferson Luiz Camargo), Martins Fontes, S. Paulo, 2003;

ELIZONDO BREEDY, Gonzalo y FERRARO CASTRO, Fernando, “Efectos de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Formulación del Presupuesto Nacional”, in *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Unión Europea, Vol.I, San José/Costa Rica, 1998;

ENFAN *Subsídios à Implantação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados*, vol. VII, Brasília-DF, 2006;

ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rafael Zafra, “Propuesta de Mejora: La Incorporación Efectiva del Derecho al Desarrollo, en tanto que Derecho Humano, al Régimen Jurídico Aplicable a la Renegociación de la Deuda Externa”, in *La Deuda Externa, Aspectos Jurídicos del Endeudamiento Internacional*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001;

\_\_\_\_\_, *La Deuda Externa, Aspectos jurídicos del endeudamiento internacional*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001;

ESTEVES M., João Luiz, *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*, Ed. Método, S. Paulo, 2007;

FACURY SCAFF, Fernando & MOREIRA MAUÉS, Antonio G., in “Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais”, Dirección de PAULO BONAVIDES, nº 05, 2005;

FALCÃO, Joaquim, “Uma Reforma Muito Além do Judiciário”, in *Interesse nacional*, Sérgio Fausto Editor/Asociación Interesse Nacional, S.Paulo, 2008;

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando & ARGUELHES, Diego Werneck, “Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito, in *Revista de Direito Administrativo RDA* nº 243, Ed. Atlas, S.Paulo, Dez. de 2006;

FAZZALARI, Enzo, *Istituzioni di Diritto Processuale*, 6ª ed, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Pádua, 1992;

FÉRNANDEZ NAVARRETE, Donato, “Unión Europea-América Latina: de la Cooperación a la asociación”, *Politica Exterior*, nº 104, Estudios de Política Exterior, Madrid, marzo/april 2005;

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Dignidad de la Persona como Valor Supremo del Ordenamiento Jurídico Español y como Fuente de todos los Derechos”, in *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, Vol.2, Università Cattolica del Sacro Coure, Milano, año L, mayo-agosto de 2003;

FERNANDEZ VILLAVERDE, Luis Friginal, *La Protección de los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Español*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1981;

FERNÁNDEZ, Eusebio, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1984;

FERRAJOLI, “Crisi del sistema político e giurisdizione”, in AA.VV., *Il potere dei giudici*, Roma, 1994;

\_\_\_\_\_ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (Trad. de P. Andrés Ibáñez y otros), Trotta, Madrid, 1995;

\_\_\_\_\_ *El fundamento de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001;

\_\_\_\_\_ Prologo en *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, ABRAMOVICH COSARÍN, Víctor & COURTIS, Christian, Editorial Trotta, Madrid, 2002;

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *Direitos Humanos Fundamentais*, ed. Saraiva, 5ª ed., S.Paulo, 2002;

FERREIRA MENDES, Gilmar, “O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstrato de Normas”, in *Revista Jurídica Virtual da Presidencia da República*, nº 4, agosto de 1999, dispobible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_04/efeito\\_vinculante.ht](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.ht);

\_\_\_\_\_ *Jurisdição Constitucional*, ed. Saraiva, S. Paulo, 1999;

FERREIRA MENDES, Gilmar; MARTIRES COELHO, Inocêncio y GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Hermenêutica cosntitucional e direitos fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 2000;

\_\_\_\_\_, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed, Ed. Saraiva, S.Paulo, 2008

FIDELIS DOS SANTOS, Ernane, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1, 5ª ed, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1997;

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva* (Temas Claves de la Constitución Española), Editorial Tecnos, Madrid, 1990;

\_\_\_\_\_, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Social y su Eficacia en las Relaciones Privadas” in *Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996;

\_\_\_\_\_, “Addenda a los Derechos Fundamentales en el Estado Social y su eficacia en las relaciones privadas”, *Memórias Congreso Internacional, Derecho Publico, Filosofia y Sociología Jurídica: perspectivas para el proximo milenio*”, Universidad Externado de Colombia/Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 1996

FLIBECK, G., *The Right to Development, Conciliar and Pontifical Texts* (1960-1990), Pontifical Council for Justice and Peace, Vatican City, 1991;

FROSINI, V., “Los Derechos Humanos en la Sociedad Tecnológica”, in *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2, Universidad Complutense, Madrid, 1983;

FURTADO, Celso, *O Mito do Desenvolvimento Econômico*, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1974;

\_\_\_\_\_, *A Fantasia Organizada*, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1985;

\_\_\_\_\_, *Formação Econômica do Brasil*, Cia. das Letras (Ed. Comemorativa), S. Paulo, 2009;

GARAPON, Antoine, *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*, Instituto Piaget, Lisboa, 1996;

GARCÉS SANAGUSTÍN, Angel Garcés, *Prestaciones Sociales, Función Administrativa y Derechos de los Ciudadanos*, Mc Graw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1996;

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, vol.1, Civitas, Madrid, 1974;

GARCIA MORALES, Aniza Fernanda, *La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2003;

\_\_\_\_\_, *La Justiciabilidad de Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Servicio de Publicaciones de La Universidad Complutense, Madrid, 2003;

GARCÍA MORILLO, Joaquín, “Las Garantías de los Derechos Fundamentales” in LÓPEZ GUERRA, Luiz, *et all*, *Derecho Constitucional*, Vol. I, Tirant to Blanch, 7ª ed., Valencia, 2007;

GARCÍA RAMIREZ, Sergio, “Protección Jurisdiccional Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y culturales” in *Cuestiones Constitucionales*, nº 09, julio-diciembre, 2003;

GIALDINO, Rolando E., “Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *Revista IIDH – Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol.37, Buenos Aires, enero/junio 2003;

GIMÉNEZ, Tereza Vicente, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tirant to Blanch, Valencia, 2006;

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENILLA ALLARD, Pablo; TORRES DEL MORAL, Antonio y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, 1ª ed, Editorial Colex, Madrid, 2007;

GIMENO SENDRA, Vicente; TORRES DEL MORAL, Antonio; MORENILLA ALLARD, Pablo y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid, 2007;

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed, Almedina, Coimbra, 2006;

GOMES GARCIA, Juvêncio, *Função Criadora do Juiz*, Brasília Jurídica, 1ª ed, Brasília, 1996;

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, “Recursos Extraordinário e Especial”, in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Ed. Síntese, , v.6, nº 34, mar/abr., Porto Alegre-RS, 2005;

GÓMEZ GALÁN, Manuel & SANAHUJA, José António, *El Sistema Internacional de Cooperación al Desarrollo, una aproximación a sus actores e instrumentos*, Ed. Cideal, 2ª ed., Madrid, 1999;

GÓMEZ ISA, Felipe, *El Derecho al Desarrollo entre la Justicia y la Solidaridad*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 1, Bilbao, 1998;

\_\_\_\_\_, *El Derecho al Desarrollo como Derecho Humano en el Ámbito Jurídico Internacional*, Serie Derechos Humanos Vol. 3, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999

GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Madrid, 2002;

GRAU, Eros Roberto, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, Ed. Malheiros, 6ª ed, São Paulo, 2005;

GRECO, Leonardo, “A Revolução Tecnológica e o Processo”, in *Estudos de Direito Processual*, Ed. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes/RJ, 2.005;

GROS ESPIELL, Hector, *Derecho Internacional del Desarrollo*, Cuadernos de la Cátedra, J. B. Scott, Universidad de Valladolid, 1975;

\_\_\_\_\_, *La Evolución del concepto de los derechos humanos: criterios occidentales, sociales y del Tercer Mundo*, Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, vol. 5, 1979;

\_\_\_\_\_, *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Ed. Civitas, Madrid, 1988;

GRUCHY, Allan, *The Reconsturcion of Economics: An Analysis of the Fundamentals of Institutional Economics*, Greenwood, Nova York, 1987;

GUASTINI, R., “Istruzioni per l’uso della teoria del diritto. Una lezione introduttiva” in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, 1980-1981, fasc.1/2;

GURVITCH, G., *La Déclaration des Drotis Sociuax*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1946;

HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, (trad. Flávio Beno Siebeneichler), 2ª ed., Vol. 2, ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2005;

\_\_\_\_\_, *Factividad y validez*, Trotta, Madrid, 2001;

HARZHEIM MACEDO, Elaine, “Os Tribunais Superiores e os Novos Óbices Recursais” in *A Reforma do Poder Judiciário*, Ed. Quartier Latin, S.Paulo, 2006;

HAYEK, F., *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol.2, *El espejismo de la justicia social*, Unión Editorial, Madrid, 1979;

HECK, Philipp, *El Problema de la Creación del Derecho*, BELAID, Sadok, *Essai sur le Pouvoir Créateur et Normatif du Juge*, L.G.D.J., Paris, 1974;

HERKENHOFF, João Batista, *O Direito Processual e o Resgate do Humanismo*, Thex Editora, Rio de Janeiro, 1997;

HERRERA FLORES, Joaquín, “La Fundamentación de los Derechos Humanos desde la Escuela de Budapest”, en *Los Derechos Humanos, una reflexión interdisciplinar*, Publicaciones Etea, Córdoba, 1995;

HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991;

HESSE, Konrad, “Significado de los Derechos Fundamentales”, in *Manual de Derecho Constitucional*; BENDA, Ernest; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2ª ed. en castellano, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Madrid, 2001;

HILL, Roger *Keynes, Money and Monetarism: the Eight Keynes Seminar held at the University of Kent at Canterbury*, Hants, Inglaterra, 1987;

HIRSCHAL, Ran, *Towards Juristocracy: the origins and the consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2004;

HODGSON, Geoffrey, “Institutionalism, Old and New”, in Hodgson, Geoffrey; Samuels, Warren; Tool, Marc, *The Elgar Companion to Institutional Evolutionary*, Edward Elgar, vol. 1, Aldershot, 1994;

\_\_\_\_\_, *Economia e Instituições, Manifesto por uma Economia Institucionalista Moderna*, (trad. de Ana Barradas da ed. original, *Economics and Institutions – A Manifesto for a Modern Institutional Economics*, 1988, Polity Press, Cambridge), Celta Editora, Oeiras, 1994;

HOLLINGSWORTH, J. Rogers & BOYER, Robert *Contemporary Capitalism: The Embeddedness of Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997;

J. RODRIGUES, Valdemar, *Desenvolvimento Sustentavel, uma introdução crítica*, Editora Princípia, Lisboa/PT, 2009;

JAUERING, Othmar, *Direito Processual Civil*, Ed Almedina, 25ª ed., Coimbra, 2002;

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 1999;  
KANT, Imanuel, *Metafísica dos Costumbres*, Edições 70, Lisboa, 2001;

KELLEY, Allen C., “The Human Development Index: «Handle With Care»”, in *Population and Development Review*, vol.17, nº 2, junio de 1991;

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Armênio Amado Editora, 6ª ed., (Trad. João Baptista Machado), Coimbra, 1984;

\_\_\_\_\_, *Teoria Geral das Normas*, Sérgio Antonio Fabris Editor, (Trad. de José Florentino Duarte), Porto Alegre, 1986;

KING, A. & SCHNEIDER, B., *La Primera revolución Mundial. Informe al Club de Roma*, Plaza & Janes, Barcelona, 1991;

KLEIN, PH., “The Institutional Challenge: Beyond Dissente” in *Institutional Economics: Theory, Method, Policy*, Marc Toll, Boston e Londres, Kluwer Academic, 1993;

KONDER COMPARATO, Fabio, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, Ed. Saraiva, 3ª edición, S.Paulo, 2003;

KRELL, Andréas Joachim, “Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa)” in *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, nº 144, out./dec. de 1999;

LAPORTA, Francisco J., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, nº4, 1987, Madrid, 1987;

\_\_\_\_\_, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, in BETEGÓN, J.; DE PÁRAMO, J.; LAPORTA, F. y PRIETO SANCHÍS, L. (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004;

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. de José Lamego), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989;

LÉLÉ, Sharachchandra, *Sustainable development: a critical review*, World Development, 19 (6): 607-621, 1991;

LEÓN JIMENEZ, Fernando, “Aspectos Fundamentales del Derecho Humano a un Medio Ambiente Adecuado para el Desarrollo de la Persona” in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Universidad de Granada, 3ª época, nº 3, Granada, 2000;

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Direito Processual Civil*, vol.1, Intellectus Editora, Tocantins, 2003;



LIMA LOPES, José Reinaldo, *Derechos Sociales, Teoría y Practica*, Ed. Método, S. Paulo, 2006;

\_\_\_\_\_, In *Direitos Sociais, teoria e prática*, ed. Método, S.Paulo, 2006;

LÓPEZ GUERRA, Luís *et all*, *Derecho Constitucional*, Vol.I, 7ª ed, Tirant to Blanch, Valencia, 2007;

LOPEZ PINA, Antonio (Cordinación), *La Garantia Constitucional de los Derechos Fundamentales: Alemania, España, Francia e Itália*, Civitas-Universidad Complutense, 1991;

LOWENTAL, Araham, “Obama and the Américas: Promise, Disappointment, Opportunity, in *Foreign Affairs*, julio/2010;

LOYOLA DA ROCHA, Ana Cláudia & AGUIRRE DE CASTRO, Rodrigo P., “A Proteção do Consumidor como Princípio da Ordem Econômica na Constituição de 1988”, in *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Instituto Paranaense de Direito Administrativo/Ed. Fórum, ano 8, abril/jun, Belo Horizonte, 2008;

LUCIANI, M., “Sui diritti sociali”, in ROMBOLI, R., *La Tutela dei Diritti Fondamentali alle Corti Costituzionali*, G. Giapichelli, Torino, 1994;

LÚCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto, *O controle jurisdiccional da constitucionalidade das leis*, 2ª ed, Ed. Forense, 1968;

M' BOW, Amadou Mahtar, *Moving Towards Change. Some Thoughts on the New Internacional Economic Order*, UNESCO, Paris, 1976;

MANZINI, Vincenzo, *Instituzioni di Diritto Processuale Penale*, 1976;

MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel, *Repercussão Geral no recurso extraordinário*, Ed Revista dos Tribunais, 2ª ed, S.Paulo, 2008;

MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes Obrigatorios*, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2010;

MARITAIN, J., *El Hombre y el Estado*, Madrid, 1983;

MARKIEGI CANDINA, Xavier, *Una Cultura de Paz: Cimiento para los Derechos Humanos*, Ararteko, Vitoria/Gasteiz, 2000;

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, CEDESCS Editorial, Barcelona, 1997;

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Manual de Derecho Constitucional*, Tirant to Blanch, valencia, 2007;

MARTINS, Sandro Gilbert, “Súmula Vinculante” in *Revista de Processo* (Publicación Oficial del IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual), Revista dos Tribunais, RePro 172, año 34, S.Paulo, junio de 2009;

MATSCHER, Franz, *La Protection Judiciaire des Droits de L’ Homme*, Informe General presentado en el Congreso Internacional Extraordinario de Derecho Procesal, vol. I, Bolonia, 1988;

MÉDA, Dominique, *El Trabajo, un valor en peligro de extinción*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1998;

MERCUSE, Herbert, *El Hombre Unidimensional*, ed.Seix Barral, Barcelona, 1972;

MERLIN CLÈVE, Clèmerson, “ A Eficácia dos Direitos Sociais”, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, nº 54, 2006;

MICHELI, Gian Antonio, *Curso de Derecho Procesal Civil*, vol. 1, (trad. de Santiago Sentís Melendo de la obra *Corso di Diritto Processuale Civile*, ed Giuffré, Milão, 1959), Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires, 1970;

MIGUEL, Alfonso Ruiz “Los derechos humanos como derechos morales”, in *Anuario de Derechos Humanos*, nº 6, 1990;

Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Gobierno de España, *Revista Miradas al Exterior*, Madrid, Enero-Marzo de 2010;

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional; direitos fundamentais*, 2ª ed. Coimbra editora, Coimbra, 1993;

\_\_\_\_\_, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, Coimbra, 2000;

MOLAS, Isidre, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, (1ªed.1998), 4ª ed., Madrid, 2008;

MOLTÓ, Áurea, “Por Una Relación Contemporánea con Latinoamérica”, in *Política Exterior*, nº137, Estudios de Política Exterior, Madrid, Septiembre/Octubre 2010;

MONTALVÃO MACHADO, Antônio y PIMENTA, Paulo, *O Novo Processo Civil*, 5ª ed., Ed. Almedina, Coimbra, 2003;

MONTEIRO, Pinto, *A Proteção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais*, in *AJURIS – Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul*, ed. especial sobre o 1º Congresso Inter-Americano de Direito do Conumidor, Tomo I, 1998;

\_\_\_\_\_, *Sobre o Direito do Consumidor em Portugal* nº 1, *Estudos de Direito do Consumidor*, vol. 04, também publicado pela *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº 17, 1999;

MONTELEONE, Girolamo, “Princìpi e ideologie del Processo Civile: Impresioni di un «Revisionista», in *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LVII, nº 2, ed Giuffrè, Milão, junho de 2003;

MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Amparo Constitucional y Proceso Civil*, Ed. Tirant to Blanch, 2ª ed (ajustada a la LO 6/2007), Valencia, 2008;

\_\_\_\_\_, *Tratado de Los Recursos en el Proceso Civil*, Ed. Tirant to Blanch, Valencia, 2005;

MONTESQUIEU, *Del Espírito de las Leyes*, vol. 1, livro XI, Ed. Nova Cultural, 1997;

MORAES RÊGO, Bruno Noura de, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre/RS, 2003;

MORAES RÊGO, Nelson M. de, *Da Sentença e sua Eficácia no Processo Civil*, Trabajo de Conclusión del Curso de Expert en Derecho Civil Y Proceso Civil, Universidade Gama Filho, año 1986;

\_\_\_\_\_, “ A Arte da Decisão Judicial”, *In Verbis*, Revista do IMB – Instituto dos Magistrados do Brasil, Rio de Janeiro, mayo de 1997;

\_\_\_\_\_, *Da Boa Fé Objetiva nas Cláusulas Gerais em Matéria de Direito do Consumidor e Outros Estudos Consumeristas*, Forense, Rio de Janeiro, 2009;

\_\_\_\_\_, *Sistemas Integrados de Jurisdições, uma interação do processo civil com a arbitragem*, TJAEM, Brasília, 2010;

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 17ªed, Ed. Atlas, S. Paulo, 2005;

MOREIRA, Vital, *Economia e Constituição: para o conceito de constituição econômica*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979;

MORELLO, Augusto M., *El Proceso Justo. Del garantismo formal a la tutela judicial efectiva de los derechos*, La Plata, Librería Editora Platense, Abeledo-Pierrot, 1994;

\_\_\_\_\_, *Estudios de Derecho Procesal, nuevas demandas nuevas respuestas*, vol. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires; 1996;

MORENILLA RODRIGUEZ, José Maria, *Los Sistemas para la Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Temas Constitucionales 8, Centro de Publicaciones del Ministerio de la Justicia, Madrid, 1986;

MÜLLER, Friedrich, “Dez propostas para a reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil”, (Tradución de Peter Naumann) in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, (Coordinación de Paulo Bonavides), Vol. 4, Livraria Del Rey Editora, Belo Horizonte/São Paulo, 2005;

MURILO DE LA CUEVA, P. Lucas, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990;

MYRDAL, Gunnar, in. *A Contribution Towards a More Realistic Theory of Economic Growth and Development*, In *Mondes en Développement*, nº1, 1973;

NAYAK, R. Rumar, “Evolving right to development as a principle of Human Rights Law”, en ROY CHOWDHURY; DENTERS, E. and P. DE WAART (Eds.): *The Right to Development in Internacional Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992;

NERY, Nelson & ANDRADE NERY, Rosa Maria de, *Código Civil anotado e legislação extravagante*, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2003;

NEVES, Castanheira, “Entre o Legislador, A sociedade e o Juiz, ou entre Sistema, Função e Problema- Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdiccional do Direito”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXIV, Coimbra, 1998;

\_\_\_\_\_, *O Direito Hoje e com que Sentido? O problema actual da autonomia do directo*, Instituto Piaget, Lisboa 2002;

NIKKEN, Pedro, “El Concepto de Derechos Humanos” en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza (comps.), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Fundación Mc Arthur y Comisión de la Unión Europea, San José da Costa Rica, 1994;

NORTH, Douglas, *Struture and Change in Economy History*, Cambridge University Press, 1990;

\_\_\_\_\_, *Transacion Costs, Instituitons and Economic Performance*, Economic Center for Economic Growth, Nova York, 1992;

\_\_\_\_\_, “Institutions And Economic Performance”, in *Rationality, Institutions and Economic Methodology*, Routeldge, London e N. York, 1993;

\_\_\_\_\_, *The New Institutional Economics and the Third World Development*, Routeldge, London e N. York, 1997;

NUNES, Avelãs, *Neo Liberalismo, Globalização e Desenvolvimento Econômico*, in *Boletim de Ciências Económicas da FDUC*, vol. XLV, Coimbra, 2002;

NUVOLONE, Pietro, “Discrezionalità Del Giudice e certezza Del Diritto”, in *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*, vol. 1, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1979;

O’ RIORDAN, Timothy & VOISEY, Heather, “Governing institutions for sustainable development: the United Kingdom’s national level approach” in *Sustainable development in Western Europe: coming to terms with Agenda 21*, Frank Cass, London, 1997;

OCDE, *Conflicto, paz y cooperación para el desarrollo en el umbral del siglo XXI*, Serie Directrices de la cooperación para el desarrollo, (trad. Española), Madrid, 1999;

OFFE, Clauss & PREUSS, Ulrich K., “Democratic Institutions and Moral Resources”, in *Political Theory Today*, Ed. David Held, Polity Press, Oxford, 1990;

OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de, *Processo Constitucional*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984;

OLSON, M. *Distinguished Lecture of Economics in Government – Big Bills Left on the Sidewalk: Why Some Nations are Rich and Others Poor*, Journal of Economic Perspective, Nova York, 1996;

ONU, *United Nations Action in the Field of Human Rights*, New York, 1980;

ORDÓÑES SOLÍS, David, *La Protección Judicial de los Derechos Fundamentales de Solidariedad, Derechos Sociales, Medio Ambiente y Consumidores*, Editorial Comares, Granada, 2006;

ORTEGA Y GASSET, José, “Democracia Morbosa”, in *El Espectador/Obras Completas*, Tomo II, Alianza Editorial & Revista do Occidente, Madrid, 1983;

OSUNA PATIÑO, Nestor Iván, *Apuntes sobre el Concepto de Derechos Fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995;

PAES DO AMARAL, Jorge Augusto, *Direito Processual Civil*, 4º ed., Ed. Almedina, Coimbra, 2003;

PASTOR RIDRUEJO, J. A., “La protección internacional de los derechos humanos y la cooperación para el desarrollo”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 1994;

PECES BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General.*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995;

\_\_\_\_\_, *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982;

PEIRCE, Charles; JAMES, William; MEAD, George Herbert Y DAWEY, John, *Historia del Pensamiento Filosófico Y Científico*, Editorial Herder, tomo III, Barcelona, 1988;

PELEJA JUNIOR, Antônio Veloso, *Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira*, Ed. Juruá, Curitiba, 2009;

PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *O Controle Judicial das Políticas Públicas*, in *Atas do Seminário do IBDP*, realizado en S. Paulo en 02 a 04 de agosto de 2009;

\_\_\_\_\_, *O Processo em Evolução*, 2ª ed, ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998;

PELLET, A. & COT, J. P. *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Economique -Bruylant, Paris/Bruxelles, 1985;

PELLET, S., *Le droit au développement. Genèse et concept*, Mémoire, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internacionales, Genève, 1990;

PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, “El Derecho al Desarrollo como Derecho Humano”, en *El Derecho al Desarrollo o el Desarrollo de los Derechos*, Instituto Ciencia y Sociedad de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología del Universidad Complutense, Madrid, 1988;

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979;

\_\_\_\_\_, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984;

\_\_\_\_\_, *Los Derechos Fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986;

\_\_\_\_\_, “Libertad Informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales”, en el vol. de LOSANO, M., *La libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989;

\_\_\_\_\_, “Las Generaciones de Derechos Humanos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 10, Madrid, 1991;

\_\_\_\_\_, “La Evolución del Estado Social y la Transformación de los Derechos Fundamentales” in *Problemas de Legitimación en el Estado Social*, Ed. Trotta, Madrid, 1991;

\_\_\_\_\_, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, (1984, 1ª ed) Madrid, 2001;

\_\_\_\_\_, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, novena edición, Madrid, 2005;

\_\_\_\_\_, *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006;

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, (10ª ed), Madrid, 2005;

PÉREZ TREMPES, Pablo, *El Recurso de Amparo*, Ed. Tirant to Blanch, Valencia, 2004;

PÉREZ TREMPES, Pablo; ESPÍN, Eduardo; GARCÍA MORILLO, Joaquin y SATRÚSTEGUI, Miguel “El Tribunal Constitucional (II). Procedimientos”, in *Derecho Constitucional*, Ed. Tirant to Blanch, Valencia, 2007;

PEZOLLI, Keith, *Sustainable development: a transdisciplinary overview of the literature*, Journal of Environmental Planning and Management, 40 (5); Londres, 1997;

PICARDI, Nicola, “La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione”, in *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ed. Giuffrè, Milão, 2004;

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar, *Acesso à Justiça, Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999;

PINILLA, Inácio Ara, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990;

PORTO ARAUJO, Luiz Nelson, *Jornal do Brasil* (edición de 14.03.2010), Rio de Janeiro;

POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Sixth Edition, Aspen Publishers, New York, 2003;

POUND, Roscoe, “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence”, in *Harvard Law Review*, nºs 24: 591 e 25:440, 1911 y 1912;

PREBISCH, Raul, *Transformación Y Desarrollo, - La gran tarea de América Latina*, Naciones Unidas/Edición del FCE, México, 1963;

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 2ª ed., Editorial Aranzadi, Pamplona, 1985;

PRINCIPATO, L., “I Diritti Sociali nel Quadro del Diritti Fondamentali” in *Giurisprudenza Costituzionali*, año 46, nº 2, marzo/abril, 1995;

QUISPE REMÓN, Florabel (Edición a cargo de DÍAZ BARRADO, Cástor M.; FENÁNDEZ LIESA, Carlos R.; ZAPATERO MIGUEL Pablo), *Perspectivas sobre las Relaciones entre la Unión Europea y América Latina*, Universidad Carlos III; Madrid, 2008;

R. CARRIÓ, Genaro, *Los Derechos Humanos y su Protección, distintos tipos de problemas*, Alfredo Perrot, Buenos Aires, 1990;

RANGEL DINAMARCO, Cândido, *A Instrumentalidade do Processo*, 12ª ed. (revista e atualizada), Malheiros Editores, S. Paulo, 2005;

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*. (2ª ed.). Fondo de Cultura Económica, España, 2002;

\_\_\_\_\_ *Uma Teoria da Justiça*, (trad. Almiro Pisetta e Lenita Ma. R. Esteves), 2ª ed, Martins Fontes, S.Paulo, 2002;

RECANSES SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Ed. Porruá, 2ª ed., México, 1971;

REIS, José, “A Economia Constitucional: o Estado e as Instituições na visão de um individualista radical (J. Buchanan)”, in *Notas Económicas*, nº 6, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, dezembro de 1995;

\_\_\_\_\_ “O Institucionalismo Económico: crónica sobre os saberes da economia”, in *Notas Económicas*, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, diciembre de 1998;

RIBEIRO PARENTE, Kadja Maria, “Desenvolvimento Sustentável: Questão de Fato e de Direito”, in *Revista dos Mestrados em Direito Económico da UFBA*, nº 5, D. Ambiental, ed. especial, (Coordinadores: Kadja Maria Parente & Sérgio Novais Dias), Nova Alvorada Edições, Salvador, dez.1997;

RIPOL CARULA, Santiago, “La respuesta desde el sistema universal de los derechos humanos a las violaciones graves de los derechos y libertades fundamentales” in *Cursos de Derechos Humanos de Donastia-San Sebastián*, Vol. III, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2002;

RODRÍGUEZ, Fernández, *La organización territorial del Estado y la Administración Pública en la nueva Constitución*, Lecturas sobre la Constitución Española I, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978;

ROLDAN BARBERO, Javier, *Democracia y Derecho Internacional*, Editorial Civitas, Madrid, 1994;

ROSAS. A. y HELGESEN, “Democracy and Human Rights”, en *Rights in a Changing East-West Perspective*, 1990;

SADEK, Maria Teresa “A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes: Resultados da Pesquisa Quantitativa”, in *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*, ed. Sumaré, S. Paulo, 1995;



SADEK, Maria Teresa (organización), *Reforma do Judiciário*, Fundação Konrad Adenauer, S. Paulo, 2001;

\_\_\_\_\_, *Magistrados: uma imagem em movimento*, Ed. FGV/Direito Rio, Rio de Janeiro, 2006

SANCHES, L. PIETRO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003;

SANCHEZ BRAVO, A., *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998;

SÁNCHEZ DE ALVA, Alfonso Rodríguez, *Cooperación Institucional, Económica y Comercial de la Unión Europea con América Latina*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999;

SANTIAGO NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos, un ensayo de fundamentación*, Editorial Paidós, Buenos Aires/Barcelona y México, 1984;

\_\_\_\_\_, *Ética y Derechos Humanos, un ensayo de fundamentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989;

SANTOS BEZERRA, Paulo César, *A Produção do Direito no Brasil*, Editora da UESC – Universidade Estadual de Santa Cruz, Ilheus/Bahia, 2003;

SCHACHTER, O., “Implementing the Right to Development: programme of action”, en S. ROY CHOWDHURY; E. DENTERS and P. DE WAART (Eds.), *The Right to Development in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992;

SCHAFER, Jairo Gilberto, *Direitos Fundamentais, proteção e restrições*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001;

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth, “Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips”, in *Grundgesetz Kommentar* (Organización de Horst Dreier), Vol II, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998;

SCHUMPETER, Joseph Alois, *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung: Eline Untersuchung über Unternehmergewinn, Kapital, Kredit, Zins und den Konjunkturzyklus*, 9ª ed., Berlim, Duncker & Humblot, 1997;

SEBASTIÁN, Luis De, *Mundo rico, Mundo pobre. Pobreza y solidaridad en el mundo de hoy*, Sal Térrea, Santander, 1992;

SEGADO, Francisco Fernandez, “El Ámbito de Aplicación del Artículo 6.1 del Convenio de Roma en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in *Los Derechos Fundamentales y Libertades Publicas II*, vol.1, Centro de Publicaciones del Ministerio da Justicia en España, Madrid, 1993;

- SÉGUIN, Elida, *O Direito do Desenvolvimento*, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000;
- SEN, Amartya, *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1999;
- \_\_\_\_\_, *Desenvolvimento como Liberdade*, Cia. das Letras, S. PAULO, 2007;
- SICHES, Luis Recaséns, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Porrúa, 7ª ed, México, 1985;
- SILVA RAMOS, Marcelene Carvalho da, “Aplicabilidade das normas constitucionais de direitos sociais”, in *O Direito* (Director Inocêncio Galvão Telles), ano 140, II, Almedina, Coimbra, 2008;
- SILVA, João Batista da, *Reforma do Judiciário*, Ed. Líder, Belo Horizonte, 2004;
- SIMON, Helmut, “La Jurisdicción Constitucional” in *Manual de Derecho Constitucional*, BENDA, Ernest; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen, HESSE, Conrad, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2ª ed. en castellano, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Madrid, 2001;
- SMITH, Adam, *Riqueza de Las Naciones*, ed.;
- SOMMERMANN, K. P., “El desarrollo de los derechos humanos desde la declaración universal de 1948”, in el vol. Colección *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Ed. A cargo de PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Marcial Pons, Madrid, 1996;
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade*, Edições Afrontamento, 5º ed. Porto, 1996;
- STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002;
- \_\_\_\_\_, “A repercussão geral das questões constitucionais” e a admissibilidade do recurso extraordinário: a preocupação do constituinte com as “causas relevantes” in *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*, Coord. Walber de Moura Agra, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005;
- STRECK, Lenio Luiz; WOLFGANG SARLET, Ingo y CLÈVE, Clemerson Merlin, “Os limites Constitucionais das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNPM)”, in *Revista de Doutrina*, [www.revistadoutrina.trf4.gov.br](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br);
- STREETEN, Paul et al., *First sings first: Meeting basic human needs in developing countries*, New York/Oxford University Press, 1981;

- STUART MILL, Jonh, *El Utilitarismo* (trad. E. Guisán), Alianza, Madrid, 1984;
- SZMITKOWSKI, M. T., “Reconnaissance du droit au développement et doctrine chretienne”, en *René Bassin Amicorum Discipulorumque, Liber IV, Méthodologie des droits de l’ homme*, Pedone, Paris, 1972;
- TÁCITO, Caio, “Administração e o Controle da Legalidade”, *Revista de Direito Administrativo – RDA*, nº 37, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1977;
- TAMBUSSI, Carlos Eduardo, “Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos”, in *Derechos Humanos*, (Coordinación Agustín Gordillo), Fundación de Derecho Administrativo, 5ª ed, Buenos Aires, 1999;
- TARZIA, Giuseppe, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milão, 2002;
- TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, Ed. Lex, Lisboa, 1997;
- \_\_\_\_\_, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., Lex, Lisboa, 1998;
- THEOTONIO, Vicente & PRIETO, Fernando, *Los Derechos Humanos, una reflexión interdisciplinario*, Publicaciones ETEA, Córdoba, 1995;
- TOBIM, James “The Monetarist Counter-Revolution Today – An Appraisal” In *The Economic Journal*, vol. 91, março/1981;
- TOLEDO BARROS, Suzana., *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritiva de Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 1996;
- TOMÉ GARCIA, José Antonio, *Protección Procesal de los Derechos Humanos ante los Tribunales Ordinarios*, Editorial Monte Corvo, Madrid, 1987:
- TORRES DEL MORAL, Antonio, “El Sistema de Garantías de los Derechos”, in GIMENO SENDRA, Vicente; TORRES DEL MORAL, Antonio; MORENILLA ALLARD, Pablo y DÍAZ MARTINEZ, Manuel, *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid, 2007;
- TORRES DEL MORAL, Antonio; DÍAZ MARTINEZ, Manuel; MORENILLA ALLARD, Pablo y GIMENO SENDRA, Vicente, *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid 2007;
- TORTOSA, J. M., “La paz como componente del desarrollo social”, en GUZMÁN, Martínez, Ed. Teoría de la Paz, NAU Libres, Valencia, 1995;

TOUBES MUNIZ, Joaquín Rodríguez, *La Razón de los Derechos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995;

TROCKER, Nicolás, “Il Contenzioso Transnazionale e L’ Evoluzione del Diritto delle Prove” in *Studi in Onore di Vittorio Denti*, vol.1, ps 618-669, en especial p.664, nº 10 y sigs., Cedam, Pádova, 1994;

TRUBECK, David M., “O Novo Direito e Desenvolvimento: entrevista com David Trubek”, *Revista Direito GV* 6, vol.3, nº2, S.Paulo, julio a diciembre de 2007;

UPRIMNY, Rodrigo, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, *Derecho Público*, nº 12, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001;

VALCAVI, Giovanni, *Diritto Processuale: Problemi Attuali e Prospettive di Reforma del Processo Civile*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Pádua, 1994;

VALLESPIN PÉREZ, David, *El Modelo Constitucional de Juicio Justo en el Ámbito del Proceso Civil*, Atelier, Barcelona, 2002

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel y NORA, Sampaio E., *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Ed. Coimbra, Coimbra, 1985;

VASAK, Karel, *Pour les droits de l’homme de la troisième génération*, Institut International des Droits de l’Homme, Strasbourg, 1979;

VASCONCELOS DOS REIS, José Carlos, *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003;

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “ A Jurisprudência Vinculante na «Common Law» e na «Civil Law””, *Temas Atuais do Direito Processual Ibero-Americano*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998;

\_\_\_\_\_, “A Jurisprudência Vinculante na «Common Law» e na «Civil Law» ”, *Temas Atuais do Direito Processual Ibero-Americano*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998;

VEBLEN, Thorstein, “Why is economics not an evolutionary science”, in *The Quarterly Journal of Economics*, vol.XII, julio de 1898;

\_\_\_\_\_, “Preconceptions of Economics”, vol. XII, feb. de 1990 (replicado en *The Collected Works of Thorstein Veblen*, Routledge/Thoemms Press, Londres, 1994);

VENTURI, Elton, “Introdução”, *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos*, (Coordenadores Gidi, Antonio & Ferrer Mac-Gregor, Eduardo), Ed. JusPODIVM, Salvador, 2009;

VERÍSSIMO, Marcos Paulo, *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*, Universidade de S. Paulo, Tese Acadêmica, S. Paulo, 2007;

VIANNA, L.W., *et al*, *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*, ed, Revan, S. Paulo, 1997;

VIANNA, Luiz Werneck, *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Ed. UFMG & IUPERJ/FAPERJ, Belo Horizonte/Rio de Janeiro, 2003;

VIDAL GIL, Ernesto J., *Los Derechos de Solidariedad en el Ordenamiento Jurídico Español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002;

VILHENA VIEIRA, Oscar, “Supremocracia” in *Revista Direito GV*”, vol.4, nº 2, julio a diciembre de 2008, S. Paulo;

VIRALLY, Michael, *L’Organisation Mondiale*, Paris, 1972;

VIRÁN DURÁN, Carlos, “La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal y su vigencia en España”, in *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol.II, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000;

VIRÁN DURAN, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Lección 2, Trotta, Madrid, 2002,;

WCED, Our common future: World Commission on Environment and Development (*Brundtland Commission*), Oxford Press, Oxford, 1987;

WILLIAMSON, Oliver, “The Economic Analysis of Institutions and Organization”, in *General and With Respect to Country Studies*, OCDE, Paris, 1993;

\_\_\_\_\_, *The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets. Relational Contracting*, Free Press, Nova York, 1985;

WOLFERT, Michael L., *Let My Country Awake, The human role in development: thoughts on the next ten years*, UNESCO, Switzerland, 1970;

WOLFGAN SARLET, Ingo, *A Eficacia dos Direitos Fundamentais*, 3ªed, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003;

\_\_\_\_\_, *A Eficacia dos Direitos Fundamentais*, 4ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004;

\_\_\_\_\_, “A Eficacia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro”, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, (Cordinación de PAULO BONAVIDES), nº 4, iten 15, Livraria Del Rey Editora, Belo Horizonte/São Paulo, 2005;

WOLKMER, Antônio Carlos, *Ideologia, Estado e Direito*, ed. Revista dos Tribunais, S.Paulo, 1989;

ZUBERO, I., *Las nuevas condiciones de la solidaridad*, Instituto Diocesano y Pastoral, Editorial Desclée de Brouwer, 1994;

## ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

### A) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 16/1981.

STC 21/1981.

STC 25/1981.

STC 31/1981.

STC 2/1982.

STC 15/1982.

STC 62/1982.

STC 281/1982.

STC 32/1983.

STC 62/1983.

STC 68 /28 julio 1983.

STC 103/22 noviembre 1983.

STC 55/7 mayo 1984.

STC 84/12 noviembre 1984.

STC 126 /26 diciembre 1984.

STC 19/7 febrero 1984.

STC 85/1984.

STC 50/29 mayo 1985.

STC 53/1985.

STC 77/25 junio 1985.

STC 89 / 19 julio 1985.

STC 105/7 octubre 1985.

STC 147/1985.

STC 156/13 noviembre 1985.  
STC 164/3 diciembre 1985.  
STC 182/30 diciembre 1985  
STC 53/1986.  
STC 66/23 mayo 1986.  
STC 159/1986.  
STC 21/1987.  
STC 65/21 mayo 1987.  
STC 198/14 diciembre 1987.  
STC 199/16 diciembre 1987.  
STC 24/1 marzo 1988  
STC 254/1988.  
STC 37/1989.  
STC 41/16 febrero 1989.  
STC 43/20 febrero 1989  
STC 129/1989.  
STC 04/18 enero 1990.  
STC 55/28 marzo 1990.  
STC 56/29 marzo 1990.  
STC 79/5 abril 1990.  
STC 120/1990.  
STC 136/23 mayo 1990.  
STC 147/23 abril 1990.  
STC 149/1 octubre 1990.  
STC 149/1991.  
STC 245/1991 (caso Bultó II)



STC 113/14 septiembre 1992.  
STC 136/13 octubre 1992.  
STC 66 /12 noviembre 1992.  
STC 229/14 diciembre 1992.  
STC 184/31 mayo 1993.  
STC 254/1993.  
STC 303/25 octubre 1993.  
STC 307/25 octubre 1993;  
STC 320/8 noviembre 1993.  
STC 65/28 febrero 1994.  
STC 205/11 julio 1994.  
STC 299/14 noviembre 1994.  
STC 28/6 febrero 1995.  
STC 35/6 febrero 1995.  
STC 37/7 febrero 1995  
STC 102/1995.  
STC 111/4 julio 1995.  
STC 76/30 abril 1996.  
STC 83/20 mayo 1996.  
STC 84/23 mayo 1996.  
STC 149/30 septiembre 1996.  
STC 193/26 noviembre 1996.  
STC 199/3 diciembre 1996.  
STC 17/10 febrero 1997.  
STC 22/11 febrero 1997.

STC 64/07 abril 1997.

STC 152/20 julio 1998.

STC 116/1999.

STC 181/2.000.

STC 119/24 mayo 2001.

STC 16/23 febrero 2004.

STC 44/23 marzo 2004.

STC 73/2004.

STC 119/12 septiembre 2005.

STC 213/21 julio 2005.

STC 248/10 octubre 2005.

## **B) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

STS Sala Contencioso-Administrativo, 5ª Sección, 04 de octubre de 1990.

STS 23 mayo 1990.

STS Sala Contencioso-Administrativo, 24 enero 2001.

STS Sala Contencioso-Administrativo, 4 octubre 2001.

STS Sala Penal, 22 diciembre 2001.

STS Sala Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, 22 abril 2002.

## **C) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

STEDH 1983, 25 marzo, Caso Silver.

STEDH 1984, 22 de octubre, Caso Sramek.

STEDH 1984, 26 de octubre, Caso De Cubber.

STEDH 1986, 17 octubre, Caso Powell y Rayner vs. Reino Unido.

STEDH 1988, Caso Norris vs. Irlanda.

STEDH 1990, 28 de junio, Caso Mats Jacobson.

STEDH 1990, 28 de junio, Caso Skaby.

STEDH 1990, 23 octubre, Caso Huber.

STEDH 1993, 24 agosto, Caso Nortier.

STEDH 1994, 9 diciembre, Caso López Ostra vs. España (Recurso nº 16798/1990 § 51)

STEDH 1996, 3 diciembre, Caso de contaminación ambiental de una refinería cercana a una vivienda.

STEDH 1998, 19 febrero, Caso Guerra y otros vs. Italia.

STEDH 2003, 8 julio, Caso Hatton vs. Reino Unido (Recurso nº 36022/1997).

STEDH 2004, 16 noviembre, Caso Moreno Gómez vs. España.

#### **D) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

STIDH 2006, 24 noviembre, Caso de los trabajadores cesados del congreso, Aguado Alfaro y otros vs. Perú.

STIDH 2008, 05 agosto, Serie C, nº 183, Caso Albán Conejo vs. Ecuador.

STIDH 2008, 12 agosto, Serie C, nº 185, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname.

STIDH 2009, 1 julio, Serie C, nº 198, Caso Acevedo y otros.

#### **E) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANO**

C. 409 de 1994.

SU.559 de 1997.

SU.225 de 1998.

C. 252 de 1998.

C. 122 de 1999.

C. 383 de 1999.

C. 700 de 1999.

C. 747 de 1999.

C. 955 de 2000.

C. 1433 de 2000.

C.1064 de 2001.

C. 776 de 2003.

C. 1017 de 2003.

C. 754 de 2004.

## **F) JURISPRUDENCIAS DE OTROS TRIBUNALES**

### **F. 1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BRASIL)**

Recurso Extraordinario nº 17.126.

### **F. 2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA (BRASIL)**

Recurso Especial nº 2005.0068634-5, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, 18.08.2005.

ROMS nº 8.915-MA, 1ª Turma, Rel.Min. José Delgado, DJ. 17.08.1998.

### **F. 3 TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO**

TJCE 1996, 8 de octubre, Caso Dillenkofer (C. 178/94; C.179/94; C.188/94 a C-190/94).

TJCE 2000, 4 de abril, Caso Darbo (C.465/98, rec. P.I. 22 a partir do nº 209).

TJCE 2000, 27 de junio, Caso nº 24º/98.

TJCE 2003, 23 de enero, Caso Sterbenz y Haug (C.421.00; C.426.00, 16/01, rec. P. I. 1065, a partir de 43).

TJCE 2004, 15 de julio, Caso Douwe Egberts NU (C.239/202, rec. P. I. 7007).

### **F. 4 CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA**

*Hábeas Corpus Colectivo*, Caso Verbitsky, de 3 de mayo de 2005.

### **F. 5 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN**

BverGE 33, 303.

BverGE 43, 291.

BverGE 105, 2002.

## ÍNDICE DE REVISTAS

American Journal of International Law;

Anuario de Derecho Internacional;

Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Cuestiones Constitucionales;

Derecho Público;

Harward Law Reviw;

In Verbis (Instituto dos Magistrados do Brasil);

Journal of Law and Economics;

Journal of the Economic Perpective;

Political Theory Today (Oxford);

Population and Development Reviw;

Preconceptions of Economics;

RDCDO (Itália).

RDU;

REDI – Revista Española de Derecho Internacional;

Revista da Ordem dos Advogados do Brasil;

Revista de Direito Administrativo – RDA;

Revista de Direito Administrativo & Constitucional (Instituto Paranaense de D. Administrativo);

Revista de Doutrina;

Revista de Informação Legislativa;

Revista de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación;

Revista de Processo (IBDP);

Revista di Diritto Procesale;

Revista Diálogo Jurídico;

Revista Direito-GV;

Revista Jurídica Virtual da Presidencia da República;

Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais;

Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil;

Revista Telemática de Filosofia del Derecho;

Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile;

The Quarterly Journal of Economics;

## **ÍNDICE DE TRATADOS, CONVENIOS Y OTROS REGLAMENTOS INTERNACIONALES**

1ª Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, en 1964;

Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, Nairobi, 1981, Unidad Africana;

Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos;

Carta Americana de Garantías Sociales, 1948 (aplicable a 31 Estados miembros de la OEA);

Carta de San Francisco, Estados se comprometen con el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales;

Carta Europea sobre Medio Ambiente Saludable;

Carta Social Europea. Turín, 1961;

Comisión Europea de Derechos Humanos;

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1959;

Conferencia de Estocolmo de las Naciones Unidas, 1972, introducción del principio de desarrollo sostenible;

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, 1993, Viena;

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 1992, Río de Janeiro, Declaración del Río o Carta de la Tierra;

Conferencia Internacional con respecto al establecimiento humano, Estambul, junio de 1996;

Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijin, 1995;

Conferencia Internacional sobre población y desarrollo, Cairo, 1994;

Consejo de Europa. Roma, 1950;

Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, 1969 (en vigencia en 1978), Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ratificación de once Estados y aplicable a treinta y ocho Estados miembros de la OEA);

Convención de Beijing, 1995, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer;

Convenio de Aarhus de julio de 1996, sobre medio ambiente sano, de la Comisión Económica para la Europa de Naciones Unidas;

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de los Derechos Fundamentales;

Convenio y Convención Europea de Derechos Humanos, expone un catálogo de derechos con sucesivos protocolos, en extensión;

Corte Interamericana de Derechos Humanos;

Cumbre sobre desarrollo social, Copenhague, 1995;

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948 (aplicable a 31 Estados miembros de la OEA);

Declaración de Deberes y Derechos del Hombre Americano;

Declaración de Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, 1992, ONU:

Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia y de la Independencia de los Estados Unidos. Virginia, 12.06.1776;

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Paris, 26.08.1789;

Declaración de Viena, documento adoptado por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993;

Declaración del Filadelfia, fines y objetivos de la Organización Internacional de Trabajo;

Declaración del Milenio, Septiembre de 2000;

Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos, de septiembre de 1981, Liga de Estados Árabes;

Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en el Dominio Social, 1969, ONU;



Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. New York, 11.12.1948;

Declaración y programa de acción de la cumbre mundial sobre derechos sociales, conferencia nº 166/L 3, Add.1, de 10 de marzo de 1995;

El procedimiento nº 1235 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas;

El Procedimiento nº 1503, situaciones que afectan a numerosas personas durante un período de tiempo significativo;

Estatuto del Consejo de Europa, 1949, con finalidades de salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y libertades fundamentales;

Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Doc. Nº E/2000/22;

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, ONU;

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, ONU;

Protocolo de Kioto, 1977, Japón;

Reglamento del Consejo Europeo, de 25 de febrero de 1992, recoge y desarrollo con compromisos de ECO/92;

Resolución nº 1235, reacción a violaciones a los derechos humanos;

Resolución nº 1503, de 23 de mayo de 1970;

Resolución nº 1503, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de prohibición de determinadas prácticas de incorporar al Estado infractor al marco jurídico de protección de los derechos humanos;

Resolución nº 1514 de las Naciones Unidas;

Resolución nº 1989/45 de la Comisión de Derechos Humanos, convoco consulta mundial sobre derecho al desarrollo como derecho humano;

Resolución nº 200/3 de 16 de junio de 2.000;

Resolución nº 2001/24 de la Comisión de los Derechos Humanos sobre la situación de la República de Chechenia;

Resolución n° 2625, de 24.10.1970, sobre principios referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de conformidad con la Carta de la ONU.;

Resolución n° 2626 (XXV);

Resolución n° 4 (XXXIII), de 21 de febrero de 1977;

Resolución n° 41/128, de 04.12.198 sobre desarrollo;

Resolución n° 41/128, Declaración sobre Desarrollo, de 4 de diciembre de 1986, ONU;

Resolución n° 45/155 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 18.12.90, en que se convoca la conferencia para cambiar las relaciones entre el derecho al desarrollo y el disfrute universal de los DESCs así como de los DCP;

Resolución n° 5 (XXXV), de 2 de marzo de 1979, en que se declara que el derecho al desarrollo es un derecho humano y la necesaria igualdad de chances material; ese derecho fue reconocido como una prerrogativa tanto de las naciones cuanto de los individuos;

Resoluciones n° 1994/21; 1995/17; 1996/15;

Reunión regional para la América Latina y el Caribe, San José de Costa Rica, 18 a 22 de enero de 1993, Declaración de San José;

Tratado de la Unión Europea;

Tratado de Maastricht;

Tratado de Roma, en 29 de octubre de 2004, que establece una Constitución para Europa;

Tratado de Roma/ Convenio de Roma;

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establece estándares precisos de protección de los derechos fundamentales;

## ÍNDICE DE ACCESO A INTERNET (RED MUNDIAL W.W.W.)

[www.jstor.org](http://www.jstor.org) , acceso a 06.11.07;

[www.onu.org](http://www.onu.org) , acceso a 24.08.09;

<http://unbisnet>;

<http://www.un.org/spanish/documents/esc/puc.htm#2000> , acceso a 31.08.09;

[www.unesdoc.unesco.org](http://www.unesdoc.unesco.org);

[www.petrobras.com.br](http://www.petrobras.com.br) , acceso a 25.08.09;

[www.estadao.com.br](http://www.estadao.com.br) acceso a 14.08.09;

[www.oestadodesaopaulo.com.br](http://www.oestadodesaopaulo.com.br) ;

<http://fundación.usal.es/estudiosos> do brasil;

<http://www.ohchr.org>;

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) ;

[www.stf.jus.br/noticias](http://www.stf.jus.br/noticias) ;

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br);

[www.stj.jus.br/noticias](http://www.stj.jus.br/noticias) ;

<http://www.cidh.org> (dispone sobre la Convención Americana de los Derechos Humanos);

<http://www.elpais.com/articulo/andalucia/derecho/vivenda/elpepiespand/20090925el> ;

<http://www.elpais.com/articulo/sociedad/pais/vasco7> ;

<http://www.elpais.com/articulo/andalucia/derecho/vivenda/> ;

[www.ajufe.org.br](http://www.ajufe.org.br) ;

[www.folha.com.br](http://www.folha.com.br) ;

[www.revistadoutrina.trf4.gov.br](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br) acceso a 21.09.09;

[www.amb.org.br](http://www.amb.org.br) ;

[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br) ;

[www.enfam.stj.jus.br](http://www.enfam.stj.jus.br) acceso a 14.09.09;

[www.violenciamulher.org.br](http://www.violenciamulher.org.br) ;

[www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br) ;

[www.bacen.gov.br](http://www.bacen.gov.br) ;

[www.fgv.org.br](http://www.fgv.org.br) ;

[www.mec.gov.br](http://www.mec.gov.br) ;

[www.jb.com.br](http://www.jb.com.br) ;

<http://www.filosofiyderecho.com/RTFD> ;

[http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/clinicas\\_juridicas\\_uprimny.pdf](http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/clinicas_juridicas_uprimny.pdf) ;

[http://www.bcb.gov.br/nor/deorf/projincfin/livro\\_inclusao\\_financiera\\_internet.pdf](http://www.bcb.gov.br/nor/deorf/projincfin/livro_inclusao_financiera_internet.pdf) ;

[www.maec.es](http://www.maec.es) .

---

# **A N E X O S**

---



**- ANEXO A -**

**JUSTICIA EN NÚMERO, AÑO 2011, CNJ**





# Justicia

en números

---

2010

## 1. Contextualización

Este **Sumario Ejecutivo** sintetiza las principales informaciones presentes en el *Informe Justicia en Números 2010* respecto del Poder Judicial brasileño<sup>1</sup>. El material integra el Sistema de Estadísticas del Poder Judicial (SIESPJ) y abarca la colecta y el tratamiento de datos que hacen posible abrir, en bases consistentes, la discusión para el entendimiento de indicadores presupuestales, administrativos y de litigiosidad de la Justicia brasileña<sup>2</sup>.

En esta edición, el *Informe Justicia en Números 2010* presenta a la sociedad valiosas informaciones sobre la realidad del Poder Judicial en el país, incluyendo análisis comparativas entre los años de 2009 y 2010, además de brindar los principales resultados agregados de la estructura y litigios de la justicia Estadual, Federal y del Trabajo.

## 2. Principales indicadores del Poder Judicial en 2010 (Justicia Estadual, Justicia Federal y Justicia del Trabajo)

Los indicadores del *Informe Justicia en Números* trazan el perfil del Poder Judicial bajo una perspectiva global, a partir de métricas que hacen posible la construcción del análisis en el campo de la litigiosidad, de la estructura y de aspectos presupuestarios.

Se presenta a seguir, el resumen de las informaciones colectadas y agregadas con base en los principales indicadores utilizados en las tres esferas judiciales: Estadual, Federal y del Trabajo.

---

1 Instituido por la Resolución CNJ n.º 4/2005 actualmente reglamentado por la Resolución CNJ n.º 76/2009.

2 Se resalta que los datos informados integrantes del Informe Justicia en Números son de responsabilidad exclusiva de los tribunales estaduais, federales y del trabajo participantes de la encuesta, de acuerdo en lo dispuesto en el art. 4º de la Resolución n.º 76 de 2009 .

## 2.1 INSUMOS, DOTACIONES Y GRADOS DE UTILIZACIÓN

### 2.1.1 Gastos en relación al PIB, gastos totales y por habitante

En 2010, los gastos totales de la Justicia Estadual, Federal y del Trabajo sumaron el monto de R\$ 41 mil millones, equivalente al 1,12% del PIB Nacional, al 2% de los gastos de la Unión y de los Estados y a R\$ 212,37 al año por habitante. El gasto total de 2010 presentó un incremento del 3,7% en relación al año anterior (R\$ 39,6 mil millones)<sup>3</sup>.

### 2.1.2 Gasto total de la Justicia *versus* estructura de personal y demanda procesal

El promedio de gastos en las tres ramas de la Justicia alcanzó R\$ 1.693,94 por proceso nuevo, variando de R\$ 1,3 mil en la Justicia Estadual hasta R\$ 3,2 mil en la Justicia del Trabajo. En promedio, la Justicia gastó R\$ 127,5 mil por servidor y R\$ 2,4 millones por magistrado. Se destaca que sobre el presupuesto fueron sumados todos los gastos de los tribunales, además de los gastos con recursos humanos.

### 2.1.3 Gastos con recursos humanos

El gasto con recursos humanos en las tres esferas investigadas llegó al total de R\$ 36,8 mil millones, lo que representó un aumento del 3% en relación al año de 2009. El porcentaje del gasto con recursos humanos en relación al total de los gastos llegó, en promedio, al 89,6% (variando del 86,5% en la Justicia Estadual hasta el 95,5% en la Justicia del Trabajo).

---

<sup>3</sup> Valores deflacionados monetariamente por el índice IPCA, base de diciembre/2010.

### 2.1.4 Ingresos

En los valores recaudados por las tres ramas de la Justicia (Estadual, Federal y del Trabajo) se hace el cálculo de los ingresos provenientes de los gastos, así como otras decurrentes de recaudación de ejecuciones fiscales y de aportes al Seguro Social. El valor total de ingresos en 2010 fue de R\$ 17,6 mil millones. En el cálculo del indicador “ingresos en relación a los gastos totales de la Justicia”, el porcentaje de la Justicia Federal llega al 95%, bastante superior al verificado para la Justicia Estadual (34,6%) y para la Justicia del Trabajo (31,6%).

### 2.1.5 Recursos humanos

La fuerza de trabajo de las tres esferas del poder judicial (Estadual, Federal y del Trabajo) consistía, a fines de 2010, de aproximadamente 339 mil funcionarios, de los cuales 16.804 magistrados y 321.963 servidores. El total de servidores está compuesto por el personal del cuadro efectivo (excepto aquellos en préstamo), requeridos de otros organismos, tercerizados, pasantía y comisionado sin vínculo. El número de magistrados subió el 3,2% en relación a 2009, al paso que el total de servidores sufrió un incremento en el orden de apenas el 1,8%. Se analizó todavía, el total de servidores del área judicial<sup>4</sup> referente al cuantitativo total de servidores, obteniéndose, en promedio, el 78,5% de los de la Justicia actuando en el área meta.

---

<sup>4</sup> Se entiende por área judicial los sectores que impulsan directamente la tramitación del proceso judicial, tales como: protocolo judicial, reparto, oficinas, contaduría, exhortos, secretarías judiciales, centrales de mandatos, taquigrafías, estenotipia, sectores de tramitación de los expedientes, subastas públicas, pericia (contable, médica, de servicio social y de psicología), central de conciliación, sectores de admisión de recursos, archivo. En el cuadro de personal, fueran considerados los servidores efectivos, excepto cedidos (en préstamo), los requeridos y los comisionados.

### **2.1.6 Magistrados y fuerza de trabajo por cien mil habitantes**

La Justicia dispone, en promedio, en las tres ramas investigadas, de aproximadamente nueve magistrados para cada grupo de cien mil habitantes. El índice más elevado se encuentra en la Justicia Estadual (seis magistrados para cada cien mil habitantes) y el menor en la Justicia Federal (con apenas un magistrado para cada cien mil habitantes).

Analizando la fuerza de trabajo de los tribunales por cien mil habitantes, había, a fines del 2010, 167 servidores del poder Judicial (variando de 122 en la Justicia Estadual hasta 20 en la Justicia Federal) para cada grupo de cien mil habitantes.

## **2.2 LITIGIOSIDAD**

### **2.2.1 Datos generales de tramitación procesual**

Durante el año de 2010 ingresaron 24,2 millones de procesos en las tres esferas de la Justicia (17,7 millones en la Justicia Estadual, 3,2 millones en la Justicia Federal y 3,3 millones en la Justicia del Trabajo), siendo que había en el mismo período 59,2 millones de procesos pendientes. De esa manera, tramitaron, en las tres ramas de la Justicia investigadas, alrededor de 83,4 millones de procesos, en 2010, cuantitativo que equivale a la suma de los casos nuevos y de los procesos pendientes. Es importante destacar que, del total de procesos en tramitación, más del 71% ingresaron antes de 2010 (es decir, ya se estaban pendientes el inicio de 2010).

Aproximadamente 22,2 millones de sentencias fueron proferidas con base en la siguiente subdivisión: 15,8 millones en la Justicia Estadual (representando el 71% del total), 2,9 millones en la Justicia Federal y 3,5 millones en la Justicia del Trabajo.

## **2.2.2 Casos nuevos por cien mil habitantes**

A fines de 2010, había 11.536 casos nuevos para cada grupo de cien habitantes en las tres ramas del Poder Judicial. La rama de la justicia más demandada es el de la Justicia Estadual, con 8.641 casos nuevos para cada grupo de cien habitantes.

## **2.2.3 Litigiosidad de 1º Grado y Juzgados Especiales**

En el 1º Grado de jurisdicciones<sup>5</sup> ingresaron alrededor de 20,5 millones de procesos en el año de 2010, siendo que el 73% corresponden a los procesos de conocimiento, y el restante, el 27%, se refieren a los procesos en fases de ejecución. El total de casos nuevos en 1ª instancia disminuyó en aproximadamente el 5%, cuando comparado a 2009 (en aquel año el cuantitativo fue de 21,6 millones de casos nuevos). Estaban pendientes, a fines de 2010, 55,7 millones de procesos, lo que corresponde a un aumento del 2% en relación al anterior año.

## **2.2.4 Procesos de ejecución fiscal**

De los 83,4 millones de procesos en tramitación en la Justicia brasileña en el año de 2010, 27 millones se referían a procesos de ejecución fiscal, constituyendo aproximadamente el 32% del total.

Es importante mencionar que, de los 46,3 millones de procesos pendientes en la 1ª instancia de la Justicia Estadual, aproximadamente 20,9 millones (equivalente al 45%) eran ejecuciones fiscales.

Analizando los procesos que tramitaban en la fase de ejecución de los tres ramos de la Justicia, el monto de procesos de ejecución fiscal se hace más expresivo, puesto que representa el 76% del total. Se destaca que en la Justicia Federal,

---

<sup>5</sup> Incluye 1º grado y Juzgados Especiales (pequeñas causas).

también en fase de ejecución, el porcentaje de procesos de ejecución fiscal alcanzó el 79% de los procesos en tramitación en marcha en el año de 2010.

### **2.2.5 Casos nuevos por magistrado y servidor del área judicial por magistrado en el 1º Grado y en los Tribunales Especiales**

La 1ª instancia de la Justicia brasileña en las tres esferas investigadas recibió en 2010, en promedio, para cada magistrado en actuación, aproximadamente 1.290 casos nuevos<sup>6</sup>. Ya el índice de servidores actuantes en el área judicial<sup>7</sup> por magistrado fue igual a 11, es decir, había en 2010, en promedio, para cada magistrado de 1ª instancia, 11 servidores del área judicial, puesto que en la Justicia del Trabajo eran 8, en la Justicia Federal eran 10 y en la Justicia Estadual, 12.

### **2.2.6 Carga de trabajo y tasa de congestión en el 1º Grado y en los Juzgados Especiales**

La carga de trabajo es el indicador utilizado para medir el cuantitativo de procesos que los magistrados tienen para juzgar, en promedio por año. Cada magistrado de la 1ª instancia tuvo, en 2010, 5.423 procesos pasibles de juzgado en promedio. En comparación con 2009, la carga de trabajo en 1º Grado disminuyó el 3,6%.

---

6 Fueran considerados los casos nuevos de conocimiento y los casos nuevos de ejecución de título extrajudicial en el 1º grado y en los Juzgados Especiales.

7 Se entiende por área judicial los sectores que impulsan directamente la tramitación del proceso judicial, tales como: protocolo judicial, reparto, oficinas, contaduría, exhortos, secretarías judiciales, centrales de mandatos, taquigrafías, estenotipia, sectores de tramitación de los expedientes, subastas públicas, pericia (contable, médica, de servicio social y de psicología), central de conciliación, sectores de admisibilidad de recursos, archivo. En el cuadro de personal, fueron considerados los servidores efectivos, excepto en préstamo, los requeridos y los comisionados.

La Tasa de congestión es el indicador utilizado para medir, en determinado año, el porcentaje de los procesos en tramitación que aún no se bajaron definitivamente.

- Tasa de congestión en la fase de conocimiento

En el 1° Grado de jurisdicción, en 2010, la tasa de congestión promedio, en su fase de conocimiento, fue del 58%, es decir, de cada cien procesos que tramitaban en 2010, aproximadamente, 58 no tuvieron su baja<sup>8</sup> (y envío para la fase de ejecución) alcanzada. Los porcentajes más altos se verificaron en la Justicia Estadual y en la Justicia Federal (60% y 58%, respectivamente).

- Tasa de Congestión en la fase de ejecución

Ya en la fase de ejecución de 1° Grado en 2010, la tasa de congestión promedio fue del 84%, es decir, de cada cien procesos que tramitaban en 2010 aproximadamente 84 no tuvieron su baja definitiva alcanzada. Los porcentajes más elevados se verificaron una vez más en la Justicia Estadual y Federal (86% y 85%, respectivamente).

## 2.2.7 Sentencias por magistrado y procesos dados baja por caso nuevo en el 1° Grado y en los Juzgados Especiales

El indicador de toma de decisiones terminativas de procesos por magistrado, apunta a la productividad de los jueces, es decir, el total de sentencias que fueran proferidas en determinado período.

En el 1° Grado y Juzgados Especiales cada magistrado brasileño sentenció, en promedio, 1.281 procesos, habiendo disminución del 10% en relación al año de 2009.

---

<sup>8</sup> En esta, el concepto de baja dice respecto al cambio de fase de conocimiento del proceso para la fase de ejecución.



El indicador de procesos descargados por caso nuevo, en la 1ª instancia, tiene el objetivo de demostrar, en porcentajes, el monto de procesos que fueron descargados en relación a los procesos que ingresaron, en determinado año. Se considera, que si el indicador sea mayor que 1 (o 100%), el resultado fue positivo, puesto que fueron descargados numéricamente más procesos que el monto ingresado.

La Justicia Estadual, la Federal y la del Trabajo, en la 1ª instancia, obtuvieron saldo superior al 100% en lo que dice respecto al indicador de procesos descargados por caso nuevo: 111%, 106 % y 104%, respectivamente.

### **2.2.8 Litigiosidad de 2º Grado**

En 2010 ingresaron en el 2º Grado de jurisdicción aproximadamente 2,9 millones de procesos. Se encontraban pendientes, en el mismo año, 2,6 millones de procesos. Había por lo tanto, el total, 5,4 millones de procesos en tramitación en la 2ª instancia.

### **2.2.9 Casos nuevos por magistrado y servidores del área judicial por magistrado en el 2º Grado**

Ingresaron en 2010 aproximadamente 2,9 millones de casos nuevos en la Justicia de 2º Grado (Estadual, Federal y del Trabajo). De esa manera, había en promedio 1.267 casos nuevos para cada magistrado en actuación en el 2º Grado del Poder Judicial. El índice de servidores actuantes en el área judicial por magistrado en el 2º Grado fue igual a 13, puesto que en la Justicia Federal se puede ver el mayor valor medido, con 26 servidores por Juez de segunda instancia.

### **2.2.10 Carga de trabajo y tasa de congestión en el 2º Grado**

La carga de trabajo es el indicador utilizado para medir el cuantitativo de procesos que los magistrados tienen para juzgar, en promedio, a cada año. El indicador mostró que cada magistrado en el 2º Grado tuvo, en 2010, 2.819 procesos posibles de juzgado, en promedio. El indicador varía de 1.877 procesos en la Justicia del Trabajo hasta 11.896 procesos en la Justicia Federal, lo que indica la elevada carga de trabajo de esa última en la segunda instancia del Poder Judicial.

La Tasa de Congestión es el indicador utilizado para medir, en un determinado año, el porcentaje de los procesos en tramitación que todavía no fueron descargados en definitivo (el índice corresponde a la división de los casos no descargados por la suma de los casos nuevos y de los casos pendientes de descarga). En promedio, la tasa de congestión en el 2º Grado de la Justicia fue del 50% (indicando que mitad de los procesos que tramitaban se acumularon para el siguiente año). Las tasas de congestión en el 2º Grado, por ramo de la Justicia, corresponden al 48% (Justicia Estadual), 68% (Justicia Federal) y el 28% (Justicia del Trabajo). En 2009, los porcentajes fueron del 49% (Justicia Estadual), 68% (Justicia Federal) y 30% (Justicia del Trabajo). Los decrecimientos en puntos porcentuales para 2010 fueron: - 1,2 p.p. (Justicia Estadual), - 0,1 p.p. (Justicia Federal) y - 2,4 p.p. (Justicia del Trabajo).

### **2.2.11 Decisiones por magistrado y procesos descargados por caso nuevo en el 2º Grado**

El indicador de decisiones terminativas de procesos por magistrado en el 2º Grado apunta la productividad de los jueces, es decir, el total de decisiones que fueron dictadas en un determinado período. De ese modo, cada magistrado actuante en esa instancia decidió, en promedio, 1.312 procesos en 2010 (1.112 en la Justicia Estadual, 3.532 en la Justicia Federal y 1.356 en la Justicia del Trabajo).

El indicador de procesos descargados por caso nuevo en el 2º Grado tiene el objetivo de demostrar el monto de procesos que fueron descargados en relación a los procesos que ingresaron en determinado año. Se considera que, si el indicador es superior a 1 (el 100%), el resultado fue positivo, puesto que se han descargado, numéricamente, más procesos que el monto ingresado, indicando que el saldo de procesos pendientes será disminuido y reflejará positivamente en la tasa de congestión. Se verifico que en el 2º Grado, la Justicia Federal y la Justicia del Trabajo ya presentan saldos positivos, en la medida en que presentan porcentajes por encima o mismo iguales al 100% (100% y al 104%, en respectivo). Ya la Justicia Estadual presenta en ese indicador el porcentaje alrededor del 92%.

### **3. Números de la Justicia Brasileña – Principales resultados agregados y análisis comparativos 2009-2010**

La séptima edición del *Informe Justicia en Números de 2010* presenta los principales datos del Poder Judicial y de modo inédito, brinda al público el análisis comparativo de los recientes indicadores introducidos por la Resolución n. 76/2009, como también el cuantitativo procesual “criminal”, “no criminal”, “fiscal” y “no fiscal”, entre los años de 2009 y 2010.

En el cómputo general, tramitaron, en las tres ramas de la Justicia, alrededor de 83,4 millones de procesos en el año de 2010, contabilizándose la suma de los casos nuevos con los procesos pendientes. Se evalúa que el 71% de ese monto ingresaron anteriormente a 2010 (es decir, ya se encontraban pendientes al inicio del año).

En las esferas estadual, federal y del trabajo ingresaron 24,2 millones de procesos durante el año de 2010. De ese monto, aproximadamente el 73% de los casos nuevos (17,7 millones) fueron protocolados en la Justicia Estadual. En la Justicia Federal y en la Justicia del Trabajo ese porcentaje es de menor expres-

sión, representando alrededor del 13% en cada rama. En lo que dice respecto al indicador de “casos nuevos por cien mil habitantes”, se pudo observar, en promedio, que la demanda por la Justicia brasileña fue de 11.536 procesos para cada cien mil habitantes. La Justicia Común es la principal demandada por la población, con 8.641 procesos para cada cien mil habitantes. La Justicia Federal y la Justicia del Trabajo presentan valores más bajos, pero próximos, de 1.554 e de 1.350 procesos por cien mil habitantes, respectivamente.

Todavía analizándose los casos nuevos, se registró una reducción del 3,9% del monto total entre 2009 y 2010. En la Justicia Federal ese porcentaje de reducción se hizo aún más significativo (6,1%), al paso que en las justicias estaduais y del trabajo se pudieron observar respectivamente rebajas del 3,5% y del 3,9%. Se observaron que las mayores reducciones de porcentaje de ingreso de nuevos procesos en ese período se dieron en el 1º Grado de jurisdicción y en los Juzgados Especiales.

Por otro lado, se destaca el pequeño incremento de los casos en tramitación en el Poder Judicial entre 2009 y 2010, en el porcentaje del 0,6%. Ese pequeño crecimiento se derivó, principalmente, del aumento de los casos pendientes entre esos dos años, en el valor del 2,6%, puesto que los casos nuevos disminuyeron en el período. En términos de porcentaje, la Justicia del Trabajo registró el mayor aumento de casos pendientes (3%), mientras que la Justicia Estadual y la Federal presentaron incremento del 2,5% y 2,9%, respectivamente.

El cuantitativo de magistrados en 2010 fue de 16.804, registrando crecimiento del 3% en relación al año anterior. Para que se tenga una idea, de ese contingente con relación a la población brasileña, se calcula el número de magistrados por cien mil habitantes que, en 2010, llegó al 8,70 superando la marca de 2009, que se estableció en el 8,50.

En la consolidación de los datos de casos nuevos se constató que, en comparación con 2009, hubo una disminución del 6,6% en el cuantitativo de “casos nuevos por magistrado”, viabilizada en virtud del aumento registrado de magistrados (3,2%) conjugado a la reducción de casos nuevos en relación al año de 2009 (-3,9%).

La tasa de congestión busca medir si la Justicia logra decidir con presteza las demandas de la sociedad, es decir, si las nuevas demandas y los casos pendientes del período anterior son finalizados al largo del año<sup>9</sup>. En 2010, la tasa de congestión global de la Justicia brasileña fue del 70%, porcentaje que aumentó al rededor de tres puntos en comparación al 2009. La Justicia Estadual presentó tasa de congestión del 72% y es la gran responsable por esa tasa global tan expresiva, puesto que los demás ramos de la justicia se presentaron por debajo del promedio medido. Énfasis para la Justicia del Trabajo, que presentó tasa del 48%, aparentemente demostrando ser la rama del Judicial que atiende con mayor celeridad a los jurisdicionados<sup>10</sup>.

Analizando los datos por grado de jurisdicción, se observa que, en todos los ramos de la Justicia, el principal embudo esta en el total de procesos que no se finalizan en la 1ª instancia. De cada cien procesos en tramitación, solamente veintinueve fueran finalizados hasta el final del año. Destaque para la Justicia Estadual, que presentó tasa de congestión del 73% en el 2010.

---

9 Índice que corresponde a la división de los casos no descargados por la suma de los casos nuevos y de los casos pendientes de descarga. Se consideran descargados los procesos: a) remitidos para otros organismos judiciales competentes, desde que vinculados a tribunales distintos; b) remitidos para las instancias superiores o inferiores; c) archivados en definitivo. No se constituyen por descargas los envíos para cumplimiento de diligencias y las entregas de carga/vista.

10 49 La Justicia del Trabajo obtuvo tasas de congestión iguales al 46,3%, en 2004, 48,1%, en 2005,%, en 2006, 46,7%, en 2007 y el 44,6%, en 2008.

La tasa de congestión en la fase de conocimiento de la Justicia Estadual en la 1ª instancia (1º Grado y Tribunales Especiales) alcanzó el total de 60% en 2010<sup>11</sup>, porcentaje próximo al de la Justicia Federal de 1º Grado (58%). En relación a la tasa de congestión en la fase de ejecución, se observa que la congestión es bastante superior a la fase de conocimiento, y, en el promedio general, el indicador llegó a la primera instancia de la Justicia Estadual y Federal, los porcentajes del 85% y del 86%, respectivamente.

Aunque persiste el recto de que se minimicen los porcentajes elevados de las tasas de congestión en el Judicial, los datos de 2010 señalaron que la Justicia brasileña ya logra descargar el 4% más procesos en relación a los que dan entrada en el Judicial – ese índice alcanzó el 104% en 2010.

En el ámbito de los indicadores de litigiosidad del *Justicia en Números*, las sentencias y decisiones terminativas de proceso por magistrado reflejan la capacidad de juzgado de actuaciones de los magistrados durante determinado año. En promedio, en el año de 2010, cada magistrado juzgó 1.318 procesos, lo que representó una disminución del 7% en relación a los datos del 2009. La Justicia Estadual registró una rebaja del 11% y la Justicia Federal del 6% en la productividad promedio de los magistrados. Ya los datos de la Justicia del Trabajo registraron un aumento del 8% en el número promedio de decisiones y sentencias por magistrado.

Esta publicación también aportó informaciones importantes sobre de los procesos criminales. En 2010, ingresaron en la Justicia Estadual y Federal 2,6 millones de casos nuevos criminales de conocimiento en el 1º Grado y Juzgados Especiales, que representan el 17% del total de casos nuevos de conocimiento (1ª instancia) en esas ramas de la Justicia. También se iniciaron 281 mil ejecu-

---

11 Es decir, el 32,8% de los procesos que tramitaron mientras el año de 2009 fueran descargados.

ciones criminales en la Justicia Estadual y más de 6 mil en la Justicia Federal, totalizando más de 287 mil nuevas ejecuciones criminales.

El *Justicia en Números* también aportó el índice de procesos electrónicos, con el objetivo de investigar el nivel de informatización de la Justicia brasileña y la adopción de la nueva sistemática tecnológica de tramitación procesual. El indicador se obtiene por la razón de los casos nuevos electrónicos y del total de casos nuevos de todas las instancias de la Justicia (2º Grado, 1º Grado, Clases de Recursos y Tribunales Especiales). Se pudo observar que la Justicia Federal permanece invirtiendo en la implementación del proceso virtual en sus tribunales, con el índice de virtualización de procesos de 43% (3ª Región) a 82% (5ª Región). Se destaca, en especial, que el TRF de la 1ª Región atingió el porcentaje del 64% de virtualización de casos nuevos en la 1ª instancia. En contrapartida, se destaca el bajo índices de respuesta en ese indicador en el ámbito de la Justicia del Trabajo, puesto que el mismo demuestra dificultades en la adopción del proceso electrónico en el ámbito de la esfera laboral.

*El Justicia en Números* aportó los datos de las ejecuciones fiscales en el Brasil: de los 83,4 millones de procesos en tramitación en la Justicia brasileña en el año de 2010, 27 millones eran procesos de ejecución fiscal, constituyendo aproximadamente el 32% del total. Se resalta que el 88% de esos procesos (es decir, 23,7 millones) tramitaban en la Justicia Estadual, traendo como consecuencia la congestión de esa rama de justicia. Es importante señalar que de los casi 48 millones de procesos pendientes de la Justicia Estadual, aproximadamente 20,9 millones, el equivalente al 43,5%, eran ejecuciones fiscales.

Cuando se analizan solamente los procesos que tramitaban en la fase de ejecución<sup>12</sup> de los tres ramos de la Justicia, el monto de casos de ejecución fiscal se hace aún más expresivo, puesto que representan el 76% del total en esa fase

---

12 No se consideraron las ejecuciones criminales, ni tampoco los procesos de conocimiento.

procesual. Es importante destacar que en la Justicia Federal, también en fase de ejecución, el porcentaje de procesos de ejecución fiscal alcanzó el 79% de los procesos en tramitación en el transcurso de 2010.

A partir de los datos relativos a las ejecuciones fiscales, se puede observar que el combate a la morosidad judicial en Brasil debe involucrar necesariamente el debate específico sobre la temática de los procedimientos de ejecución fiscal, puesto que el enfrentamiento de ese tema tiene el potencial de solucionar uno de los principales embudos de la justicia brasileña.

En lo que dice respecto a los aspectos estructurales, los datos del *Justicia en Números* revelarán que los gastos totales de la justicia<sup>13</sup> totalizaron R\$ 41.040.301.422, en 2010, aclarando que se consideran las informaciones de la Justicia Estadual, Federal y del Trabajo. La Justicia Estadual respondió por el 58% de ese valor, la Justicia Federal por el 16%, y la Justicia del Trabajo por el 26%. En relación al PIB, los gastos totales del Poder Judicial representaron el 1,12%. Ese porcentaje fue inferior al del año anterior, en que el porcentaje fue del 1,17%. Se destaca, sin embargo, que la principal causa para la disminución de la participación de los gastos en el PIB fue el significativo aumento de esa última variable entre los dos años, puesto que los gastos de la justicia subieron el 4% en ese período.

Los gastos con recursos humanos representó el 89,6% del total en las tres esferas de la justicia (Estadual, Federal y del Trabajo), porcentaje inferior al del año anterior, que fue del 90,8%. Esa rebaja se muestra particularmente oportuna, puesto que desde 2006 los gastos en esta rubrica se mantuvieron en niveles superiores al 90%, hecho este que perjudica la realización de inversiones importantes para la modernización de los tribunales y para el perfeccionamiento de su estructura de trabajo.

---

13 De acuerdo con el SIAFI y el Justicia en Números, los costos de los organismos del Poder Judicial brasileño, excluyendo a la Suprema Corte, sumaron, en 2010, R\$ 49,18 mil millones.



No obstante ese resultado, se hizo posible observar entre 2009 y 2010 un incremento del gasto por caso nuevo en el Poder Judicial en un porcentaje del 8%. Ese indicador es importante, puesto que busca cotejar el valor de los gastos en función de la demanda procesual. El porcentaje de aumento fue en particular más intenso en la Justicia Estadual (11%), al paso que en la Justicia del Trabajo y en la Federal se registraron porcentajes del 3% y del 6%, respectivamente.

Ya el valor global de los ingresos en 2010 totalizó R\$ 17,6 mil millones, monto este que representó una rebaja del 32% en relación al año anterior. Es importante decir que los TRFs de la 1ª y 2ª Región, que presentaron sus ingresos de ejecuciones fiscales en el valor de R\$ 8,5 mil millones en 2009, no informaron este dato en 2010, produciendo una rebaja del 60% en el total de la Justicia Federal. Otro dato que exige atención en ese quesito es la reducción en esa rubrica de los TRFs que presentaron esos datos para el año de 2010, en porcentajes que varían del 5,4% (TRF3) al 19,7% (TRF5). En contrapartida, es importante destacar el significativo aumento verificado en ese punto de la Justicia Estadual, en que el porcentaje de aumento de los ingresos con ejecuciones fiscales entre el año de 2009 y de 2010 fue del 58%.

Por fin, se destaca que los datos presentados representan solamente un primero paso en dirección al mejor entendimiento de la realidad del Poder Judicial. A partir de ese momento, la sociedad en general y la comunidad jurídica en particular pueden investigar las informaciones del Informe *Justicia en Números* y buscar comprenderlas de forma más detallada, contrastándolas con otros estudios y levantamientos, rumbo a una aprehensión cada vez más rica de la realidad. Superado el exhaustivo y complejo trabajo de colecta y consolidación de informaciones sobre el Judicial brasileño – marcado este por grande número de tribunales de las más diversas esferas y jurisdicciones –, se estrena el desafío de análisis y perfeccionamiento de los datos para que puedan aportar de la mejor manera posible para la planificación de políticas judiciales, con visas al continuo perfeccionamiento de la prestación jurisdiccional en el País.

Tabla 1 – Variables utilizadas en el *Informe Sintético Justicia en Números 2010*, por Justicia y total

Variable	Justicia			Total
	Estadual	Federal	Trabajo	
Gastos y ingresos				
Gastos totales de la Justicia	R\$ 23.879.860.039	R\$ 6.487.340.490	R\$ 10.673.100.893	R\$ 41.040.301.422
Gastos con recursos humanos	R\$ 20.647.717.888	R\$ 5.920.758.120	R\$ 10.190.829.936	R\$ 36.759.305.945
Total de ingresos	R\$ 8.022.122.476	R\$ 6.189.599.085	R\$ 3.370.428.638	R\$ 17.582.150.199
Recursos humanos				
Total de magistrados	11.938	1.749	3.117	16.804
Total de magistrados en el 2º Grado	1.622	135	505	2.262
Total de magistrados en el 1º Grado y Juzgados Especiales	10.264	1.534	2.612	14.410
Total de servidores	236.578	37.990	47.395	321.963
Total de servidores efectivos	148.523	23.907	35.390	207.820
Total de servidores en préstamo	2.259	545	1.681	4.485
Total de servidores solicitados	8.712	1.505	3.883	14.100
Total de servidores sin vínculos	11.574	158	209	11.941
Total de servidores del área judiciaria	146.359	18.727	28.910	193.996
Total de la fuerza de trabajo	248.516	39.739	50.512	338.767
Litigiosidad				
Total de casos nuevos	17.743.996	3.166.766	3.316.965	24.227.727
Total de casos nuevos en el 2º Grado	1.860.106	445.141	560.180	2.865.427
Total de casos nuevos en el 1º Grado	11.550.034	915.773	2.756.785	15.222.592

Variable	Justicia			Total
	Estadual	Federal	Trabajo	
Total de casos nuevos en los Tribunales Especiales	3.936.951	1.366.828	na	5.303.779
Total de casos pendientes	47.960.519	7.927.287	3.278.918	59.166.724
Total de casos pendientes en el 2º Grado	1.440.772	959.528	244.598	2.644.898
Total de casos pendientes en el 1º Grado	41.919.265	4.607.748	3.034.320	49.561.333
Total de casos pendientes en los Juzgados Especiales	4.421.974	1.737.811	na	6.159.785
Total de procesos descargados	18.476.308	3.386.186	3.454.456	25.316.950
Total de procesos descargados en el 2º Grado	1.707.872	445.264	582.054	2.735.190
Total de procesos descargados en el 1º Grado	11.821.627	1.205.483	2.872.402	15.899.512
Total de procesos descargados en los Juzgados Especiales	4.620.308	1.322.663	na	5.942.971
Total de fallos	15.827.697	2.870.562	3.454.119	22.152.378

Fuente: Justicia en Números 2010  
na: no se aplica

Tabla 2 – Indicadores utilizados en el Informe *Sintético Justicia en Números 2010*, por Justicia y total

Indicador	Justicia			Total
	Estadual	Federal	Trabajo	
<b>Gastos</b>				
Gasto total de la Justicia en relación al PIB	0,65%	0,18%	0,29%	1,12%
Gasto total de la Justicia por habitante	R\$ 124	R\$ 34	R\$ 55	R\$ 212
Gasto total de la Justicia por caso nuevo	R\$ 1.346	R\$ 2.049	R\$ 3.218	R\$ 1.694
Gasto total de la Justicia por la fuerza de trabajo (excepto magistrado)	R\$ 100.939	R\$ 170.764	R\$ 225.195	R\$ 127.469
Gasto total de la Justicia por magistrado	R\$ 2.000.323	R\$ 3.709.171	R\$ 3.424.158	R\$ 2.442.294
Gasto con recursos humanos en relación al gasto total de la Justicia	86,5%	91,3%	95,5%	89,6%
<b>Ingresos</b>				
Ingreso en relación al gasto total de la Justicia	34,6%	95,4%	31,6%	43,6%
<b>Recursos Humanos</b>				
Índice de servidores del área judicial	80,0%	74,8%	76,5%	78,5%
Magistrados por cien mil habitantes	6,2	0,9	1,6	8,7
Fuerza de trabajo por cien mil habitantes	122	20	25	167
<b>Litigiosidad general</b>				
Casos nuevos por cien mil habitantes	8.641	1.544	1.350	11.536
<b>Litigiosidad en el 2º Grado</b>				
Casos nuevos por magistrado en el 2º Grado	1.147	3.297	1.109	1.267
Servidores del área judicial por magistrado en el 2º Grado	11	26	16	13
Carga de trabajo de los magistrados en el 2º Grado	2.353	11.896	1.877	2.819
Tasa de congestión en el 2º Grado	48,2%	68,3%	27,7%	50,3%
Decisiones terminativas de proceso por magistrado en el 2º Grado	1.112	3.532	1.356	1.312

Indicador	Justiça			Total
	Estadual	Federal	Trabalho	
Índices de processos descargados por caso nuevo en el 2º Grado	91,8%	100,0%	103,9%	95,5%
<b>Litigiosidad en el 1º Grado</b>				
Casos nuevos por magistrado en el 1º Grado	1.169	597	784	1.036
Servidores del área judicial por magistrado en el 1º Grado	13	10	8	11
Carga de trabajo de los magistrados en el 1º Grado	5.897	4.437	2.450	5.085
Tasa de congestión en la fase de conocimiento del 1º Grado	64,9%	59,7%	35,8%	61,6%
Tasa de congestión en la fase de ejecución del 1º Grado	89,8%	85,0%	67,8%	87,6%
Fallos por magistrados en el 1º Grado	1.051	697	1.060	1.018
Índice de procesos descargados por caso nuevo en el 1º Grado	102,4%	131,6%	104,2%	104,4%
<b>Litigiosidad en los Juzgados Especiales</b>				
Casos nuevos por magistrado en el 1º Grado	1.374	3.060	na	1.607
Servidores del área judicial por magistrado en el 1º Grado	6	11	na	6
Carga de trabajo de los magistrados en el 1º Grado	3.524	7.199	na	4.224
Tasa de congestión en la fase de conocimiento del 1º Grado	43,4%	57,4%	na	47,5%
Tasa de congestión en la fase de ejecución del 1º Grado	50,7%	56,4%	na	51,1%
Fallos por magistrados en el 1º Grado	1.495	2.485	na	1.638
Índice de procesos descargados por caso nuevo en el 1º Grado	108,9%	96,8%	na	105,3%

Fonte: Justiça em Números 2010  
na: não se aplica



**Departamento de Pesquisas Judiciárias**

[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)



## - ANEXO B -

### CUADRO DE LA ENCUESTA DEL 6º JUZGADO ESPECIAL CIVIL Y DEL CONSUMIDOR DE LA COMARCA DE SÃO LUIS DEL MARANHÃO, BRASIL

ENTREVISTA/DOCTORADO UNIVERSIDADE DE SALAMANCA/  
A SER APLICADO NOS JUZGADOS ESPECIAIS CÍVEIS E DE RELAÇÕES DE  
CONSUMO - TESE: "Da Contribuição Do Poder Judiciário Para A Proteção Dos Direitos  
Humanos De Terceira Geração" - JUIZ NELSON MORAES RÉGO

1. NA SUA AVALIAÇÃO O \_\_\_\_\_ JUZGADO ESPECIAL TEM FEITO JUSTIÇA?

Sim

Não

Não sei

2. GRAU DE SATISFAÇÃO DA PROVIDÊNCIA JUDICIAL:

Insatisfatório

Satisfatório

Muito Satisfatório

3. A INSTALAÇÃO DO \_\_\_\_\_ JUZGADO ESPECIAL REPRESENTOU UMA CONQUISTA SOCIAL PARA OS MORADORES DO(S) BAIRRO(S) QUE CORRESPONDE À ÁREA DE SUA COMPETÊNCIA JURISDICCIONAL? ENTÃO, SEUS PROBLEMAS JURÍDICO-PATRIMONIAIS FORAM RESOLVIDOS?

Sim

Não

Não sei

3.1. Caso o mesmo fosse fechado isso representaria para você alguma perda?

Sim

Não

4. A INSERÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA DO JUZGADO ESPECIAL:

Ajudou-me, porque solucionou problema de natureza patrimonial, com reposição da situação anterior.

Proporcionou um ganho real e/ou aumento de receita pessoal.

Equilibrou orçamento doméstico.

Não trouxe nenhuma vantagem pessoal ou econômica.

4.1. Em caso afirmativo, poderia ser estimado este ganho, vantagem ou recomposição patrimonial em:

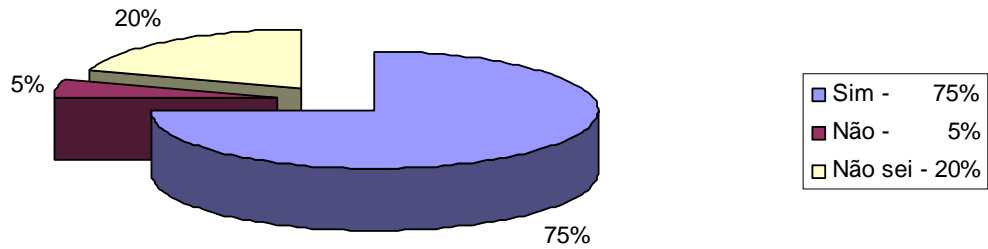
Até 03 salários-mínimos (R\$ 1.530,00)

De 04 a 10 salários-mínimos (R\$ 2.040,00 a R\$ 5.100,00)

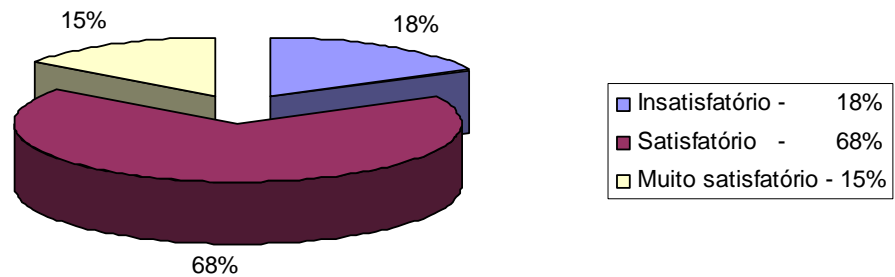
De 11 a 20 salários-mínimos (R\$ 5.610,00 a R\$ 10.200,00)

De 21 a 40 salários-mínimos (R\$ 10.710,00 a R\$ 20.400,00)

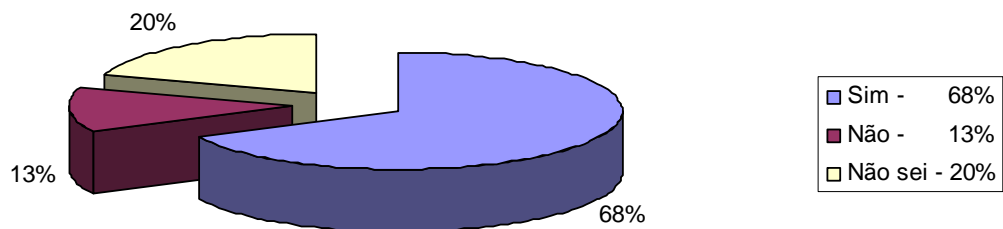
**1º PERGUNTA: NA SUA AVALIAÇÃO O 6º JUIZADO ESPECIAL TEM FEITO JUSTIÇA?**



**2º PERGUNTA: GRAU DE SATISFAÇÃO DA PROVIDÊNCIA JUDICIAL?**

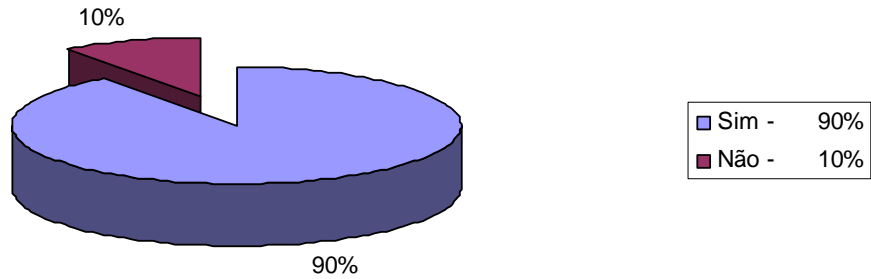


**3º PERGUNTA: A INSTALAÇÃO DO 6º JUIZADO ESPECIAL REPRESENTOU UMA CONQUISTA SOCIAL PARA OS MORADORES DO(S) BAIRRO(S) QUE CORRESPONDE À ÁREA DE SUA COMPETÊNCIA JURISDICCIONAL? ENTÃO, SEUS PROBLEMAS JURÍDICO-PATRIMONIAIS FORAM RESOLVIDOS?**

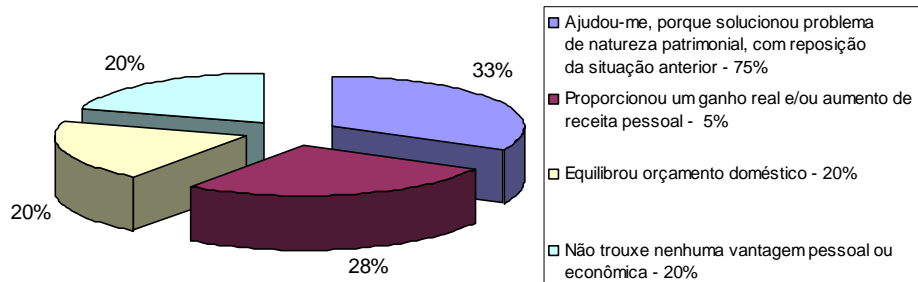




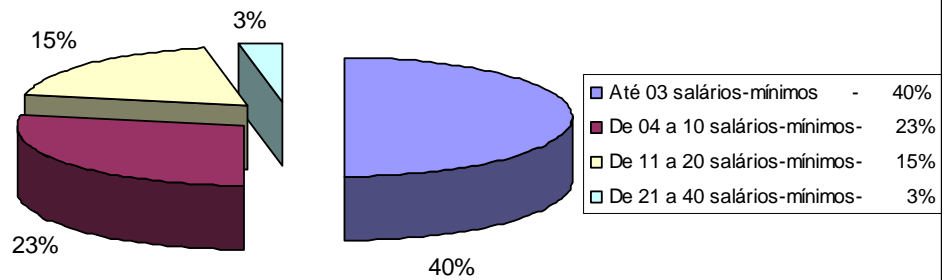
**3.1º PERGUNTA: CASO O MESMO FOSSE FECHADO ISSO REPRESENTARIA PARA VOCÊ ALGUMA PERDA?**



**4º PERGUNTA: A INSERÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA DO JUIZADO ESPECIAL?**



**4.1º PERGUNTA: EM CASO AFIRMATIVO, PODERIA SER ESTIMADO ESTE GANHO, VANTAGEM OU RECOMPOSIÇÃO PATRIMONIAL EM:**





**- ANEXO C -**

**III INVESTIGACIÓN SOCIAL DEL JUZGADO DE VIOLENCIA DE GÉNERO DE  
LA COMARCA DE SÃO LUÍS DO MARANHÃO**





**ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER**

**Violência Doméstica contra a Mulher: dados estatísticos da Vara  
Especializada da Comarca de São Luís**

**São Luis  
Março - 2012**



ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

**Danyelle Bitencourt Athayde Lima**

**Joseane Cardoso Abrantes**

**Maria José Sousa Alves**

**Taciane Silva Costa**

## **Violência Doméstica contra a Mulher: dados estatísticos da Vara Especializada da Comarca de São Luís**

Relatório de Pesquisa institucional referente aos casos denunciados na Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, de São Luís, no ano de 2010.

**Coordenador: Dr. Nelson Melo de Moraes Rego**

**São Luis**  
**Março - 2012**



ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

*Toda mulher tem direito  
a uma vida sem violência.*



ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

## SUMÁRIO

<b>1 - INTRODUÇÃO.....</b>	<b>5</b>
<b>2 - DADOS DA PESQUISA.....</b>	<b>9</b>
2.1- Dados referentes à Representante.....	9
2.2- Dados referentes ao Representado .....	13
2.3- Dados referentes ao Ato Violento.....	17
2.4- Dados referentes à Denúncia.....	20
2.5- Dados referentes às Medidas Protetivas de Urgência.....	21
<b>3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>23</b>
REFERÊNCIAS.....	28





ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

## 1- INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil está diretamente relacionada ao desenvolvimento social e histórico da sociedade brasileira, a qual é caracterizada por uma ordem patriarcal de gênero, conforme define Saffioti, onde se “atribui qualidades positivas aos homens e negativas, embora nem sempre, às mulheres, é pequena a proporção destas que não portam ideologias dominantes de gênero...”

*“As mulheres são ‘amputadas’, sobretudo no uso da razão e no exercício do poder. Elas são socializadas para desenvolver comportamentos dóceis, cordatos, apaziguadores. Os homens, ao contrário, são estimulados a desenvolver condutas agressivas, perigosas, que revelem força, coragem...” (SAFFIOTI, 2011: 35).*

Vale ressaltar que aqui consideramos *gênero* como a construção social do masculino e do feminino, seguindo como referência a autora supracitada. Portanto, podemos dizer que a sociedade brasileira é marcada por relações desiguais de gênero, onde o masculino exerce poder sobre o feminino. Tal contexto é um ambiente fértil para a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme vimos observando ao longo de décadas.

O agravamento da situação de violência doméstica contra a mulher no país provocou mobilizações sociais e movimentos organizados na defesa dos direitos da mulher, o que contribuiu efetivamente para o surgimento de uma legislação específica de proteção à mulher em situação de violência doméstica.

Com o advento da Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, temos observado o crescimento constante no número de denúncias, uma vez que se propõe, em seu Art. 1º, a criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A Lei Maria da Penha trouxe consigo a ampliação dos direitos da mulher; nela convergem um conjunto de ações e medidas de natureza protetiva, preventiva e de



ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

promoção. Esta lei é abrangente e propõe mudanças jurídicas, políticas e culturais para o enfrentamento à questão da violência doméstica.

Parte dessa dilatação de direitos configura-se na alteração do caráter privativo da violência que a Lei 9099/1995 trazia, onde se conformava numa reparação de danos sem, por exemplo, implicações civis ao agressor. Com a Lei Maria da Penha, passou-se a considerar o caráter público que a violência doméstica e familiar possui. O Estado na responsabilidade de proteção à família e garantia dos direitos do cidadão tem o dever de adotar medidas legais e desenvolver políticas que, de fato, respaldem a vítima numa legítima proteção.

Ainda nessa nova configuração, a Lei em comento aumentou o rigor das punições aos autores de violência contra a mulher, quando ocorridas no âmbito doméstico e familiar; definiu conceitos, tipificou as diferentes formas de violência, a mulher passa a ter garantia de assistência e proteção, apresenta mudanças nos procedimentos judiciais e, também, possibilitou a criação de Varas e/ou Juizados Especiais para atuação na área. Assim, a lei Maria da Penha foi criada com objetivos que vão além do punir. Ela traz aspectos conceituais e educativos, que qualificam a legislação e o enfrentamento à violência doméstica contra a mulher.

Então, no cenário jurídico do Maranhão foi inaugurada, no dia 7 de março de 2008, a Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Luis, criada através da lei complementar 104/2006. Com esse espaço a mulher ludovicense pode acessar um novo mecanismo para coibir a violência doméstica.

Conforme determina a legislação vigente, a referida Vara Especializada dispõe de uma equipe multidisciplinar, a qual é composta por assistentes sociais, psicólogo e comissários de infância e juventude, com o objetivo de auxiliar e assessorar o representante do judiciário nas áreas de suas respectivas competências através de elaboração de pareceres técnicos e/ou acompanhamento processual.

Conhecer a realidade com a qual trabalhamos tem sido uma prioridade para a Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, da comarca de São Luís. O ano de 2010 já é o terceiro ano pesquisado. Desse modo, este trabalho representa a continuidade desse processo de pesquisa estatística, no intuito de identificar o perfil dos casos denunciados, bem como outros elementos relacionados à prática de violência



ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

doméstica. Objetiva-se ainda, contribuir para a melhoria dos nossos e de outros serviços que atuam no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher e, por conseguinte, do trabalho em rede.

O presente relatório intitula-se como “Violência Doméstica contra a Mulher: dados estatísticos da Vara Especializada da Comarca de São Luís”, e abrange o levantamento de dados estatísticos acerca dos casos denunciados nessa instituição, no ano de 2010; sob a coordenação do Juiz Titular da Vara supracitada, Dr. Nelson Melo de Moraes Rego e apoio administrativo da secretária judicial, Jacy Tereza Beckman Gomes.

A coleta de dados foi realizada pelos membros da equipe multidisciplinar (assistentes sociais, psicólogo e comissários de justiça) e estagiárias do Serviço Social, os quais serão identificados ao final deste documento; o planejamento, sistematização dos dados e elaboração deste relatório foi executada pelas assistentes sociais Danyelle Bitencourt Athayde Lima, Joseane Cardoso Abrantes, Maria José Sousa Alves e pela estagiária de Serviço Social, Taciane Silva Costa.

Trata-se de uma pesquisa quantitativa por amostragem, para a qual lançamos mão de análise documental, que teve como fonte os processos de natureza cautelar de medidas protetivas de urgência requeridas na própria Vara ou por outras entidades de direitos.

Em 2010 foram distribuídos aproximadamente 1.161 processos e o universo pesquisado é composto de 44,09% desses, totalizando 512 processos. Desses, 75% estavam arquivados e 25% em andamento, ao tempo da coleta dos dados. Buscou-se equilibrar a seleção dos processos de acordo com a distribuição mensal.

No intuito de facilitar a coleta e organização dos dados, foram utilizados 5 formulários, estes divididos em 5 (cinco) categorias conforme descrição abaixo:

- **Representante (mulher)** - buscando identificar idade, estado civil, instrução, profissão, renda, local de moradia, existência de filhos e a paternidade dos mesmos, tempo de convívio com o agressor, dentre outros;
- **Representado (autor da violência)** - além das informações contidas no formulário da reclamante, buscou-se identificar o uso de bebidas alcoólicas e de drogas,



ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

características de reincidência<sup>1</sup> do ato de violência; bem como sua relação com a vítima e sua ocupação.

- **Ato Violento** - identificado o tipo de violência (sexual, moral, física, psicológica, patrimonial), o local onde foi praticada, tempo de exposição da vítima à violência e o uso ou não de armas na prática do ato violento.
- **“Denúncia”**<sup>2</sup> - neste item buscou-se identificar a instituição receptora da denúncia.
- **Concessão de Medidas Protetivas** – aqui se tratou de verificar a solicitação e concessão da medida protetivas, bem como a descrição das mesmas.

Para a tabulação e formulação dos gráficos foi utilizado o programa Windows Excel, que, durante o cálculo dos percentuais, fez automaticamente o arredondamento de alguns números.

Nos próximos tópicos será possível acompanhar os resultados e apresentação dos dados obtidos.

---

<sup>1</sup> A reincidência, aqui, foi registrada nos casos em que o processo pesquisado configurava-se como reincidência de violência já retratada em processos anteriores.

<sup>2</sup> Aqui se refere ao ato inaugural que instrumentaliza a instauração do processo penal.



## 2 – DADOS DA PESQUISA

A coleta das informações foi realizada em 512 processos de Medidas Protetivas de Urgência (MPU's), entre ativos e arquivados, referentes ao espaço temporal de 2010.

Com base nos formulários utilizados para coleta dos dados, as informações foram tabuladas de acordo com a subdivisão das categorias eleitas. A seguir, os perfis da representante e do representado poderão ser contemplados.

### 21 – REPRESENTANTE

#### 2.1.1- Idade

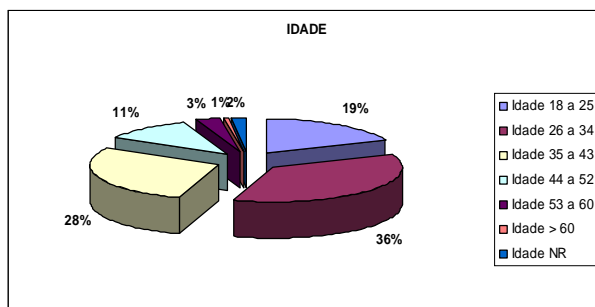


Tabela 1

Conforme gráfico à esquerda, a faixa etária preponderante entre as mulheres atendidas (36%), corresponde àquelas com idade de 26 a 34 anos. A segunda faixa etária com maior representação é a de 35 a 43 anos, com 28%; seguida das mulheres mais jovens, com idade de 18 a 25 anos, representando 19%.

#### 2.1.2- Estado Civil

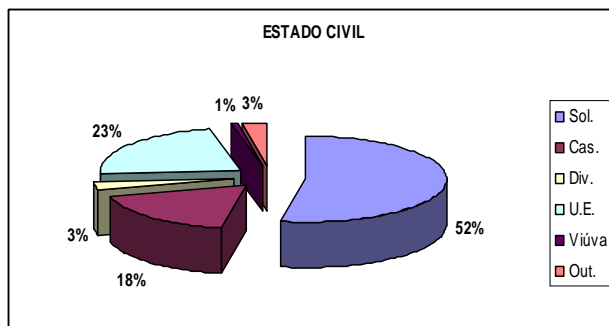


Tabela 2

Quanto ao estado civil, identificou-se que 52% das representantes são solteiras; 23% das mulheres vivem um relacionamento conjugal na modalidade união estável e 18% são casadas.

#### 2.1.3- Escolaridade

Como na pesquisa anterior, na grande maioria dos processos (78%) não foi possível identificar a escolaridade das requerentes, pois essa informação não constava nos autos. Dos 22% identificados, 8% das mulheres declararam possuir formação de ensino

médio completo, 4% de ensino superior completo e 3% de ensino fundamental incompleto, evidenciando uma pequena elevação no nível de escolaridade, em relação ao ano anterior.

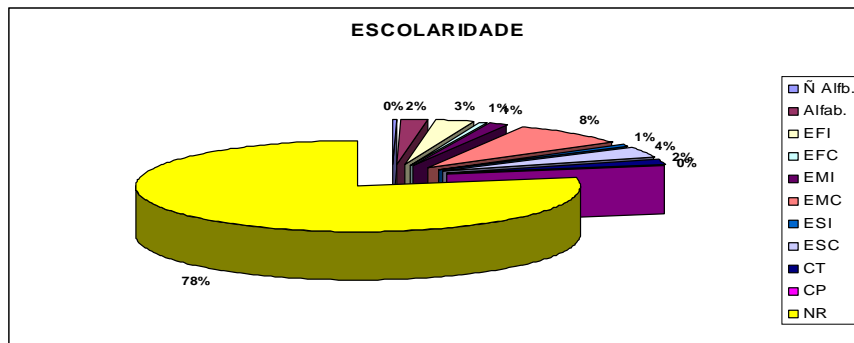


Tabela 3

#### 2.1.4. Trabalho e Renda

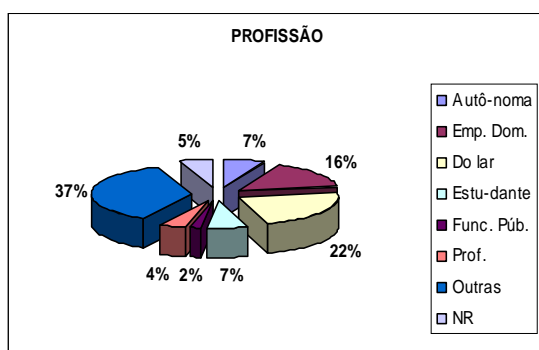


Tabela 4

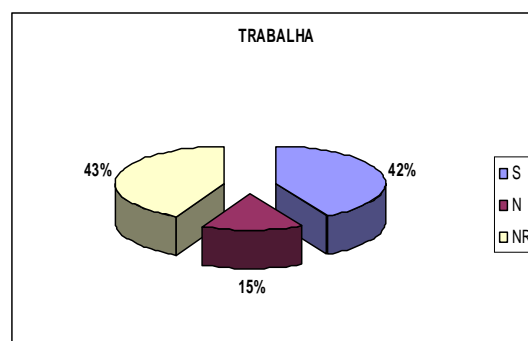


Tabela 5

Quanto à situação ocupacional, foi possível identificar que 22% das representantes se declararam **donas de casa**, seguidas das **empregadas domésticas** com 16% e das **autônomas** com 7%. O maior percentual de concentração foi atribuído a **outras profissões**, alcançando 37%, de acordo com o gráfico acima, à esquerda.

Em 57% dos processos encontramos informação sobre o exercício de atividade remunerada pelas representantes. Conforme mostra o gráfico acima, à direita, 42% das mulheres declararam trabalhar fora de casa, enquanto 15% informaram não desempenhar nenhuma atividade remunerada.

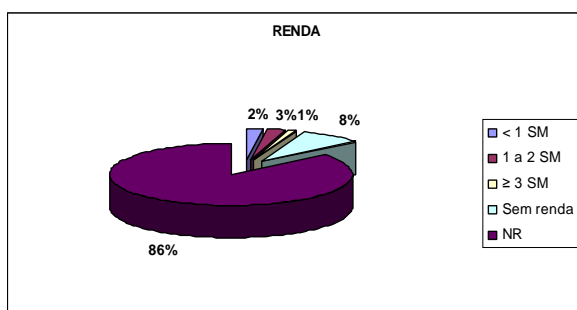


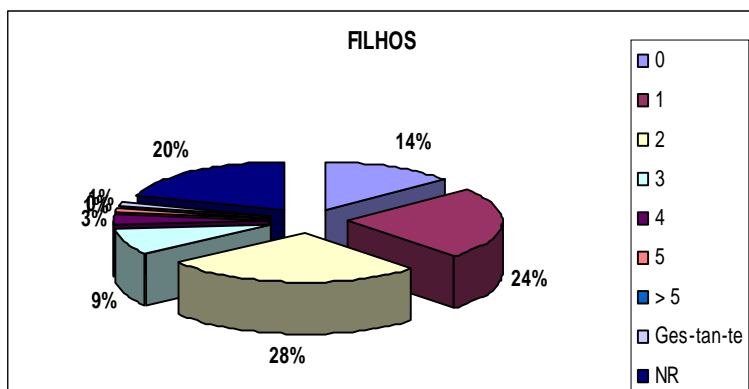
Tabela 6

Quanto à renda, a inexistência de dados é maior, pois em apenas 14% dos processos foi possível encontrar informação. Do total pesquisado, o maior percentual corresponde às mulheres que declararam não possuir nenhuma renda, equivalendo a 86%; 3%

possuem renda de 1 a 2 salários mínimos, enquanto 2% contam com uma renda mensal inferior a 1 salário mínimo. Apenas 1% declarou possuir renda igual ou superior a 3 salários mínimos.

### 2.1.5 - Filhos

Tabela 7



A relação de maternidade foi claramente explicitada em mais de 60% dos casos, pois muitas vezes as crianças estão inseridas diretamente no ato de violência, por sofrê-la junto com a mãe ou por presenciá-la. Através do gráfico acima

se observa que 28% das representantes possuem 2 filhos; 24% possuem 1 filho; 9% possuem 3 ou mais filhos e 14% não possuem filhos. Quanto à paternidade, de acordo com o gráfico abaixo, 83% das mulheres atribuíram ao companheiro atual.

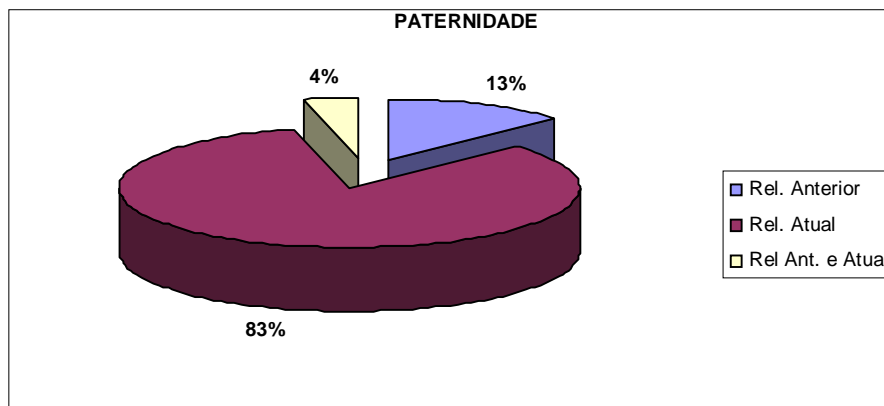
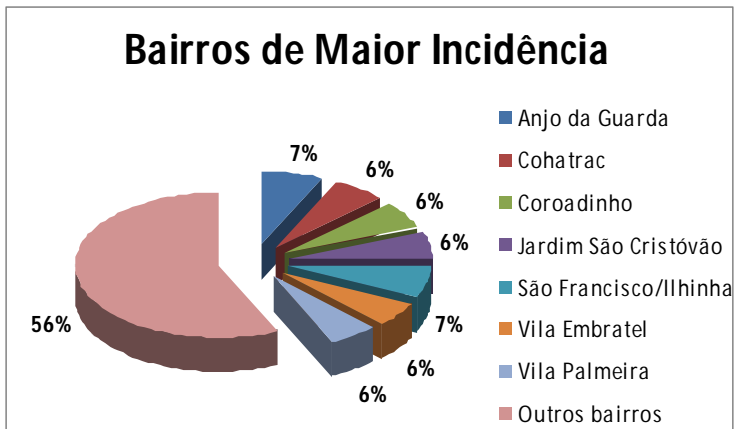


Tabela 8

### 2.1.6 – Naturalidade, local de residência e tempo de convívio

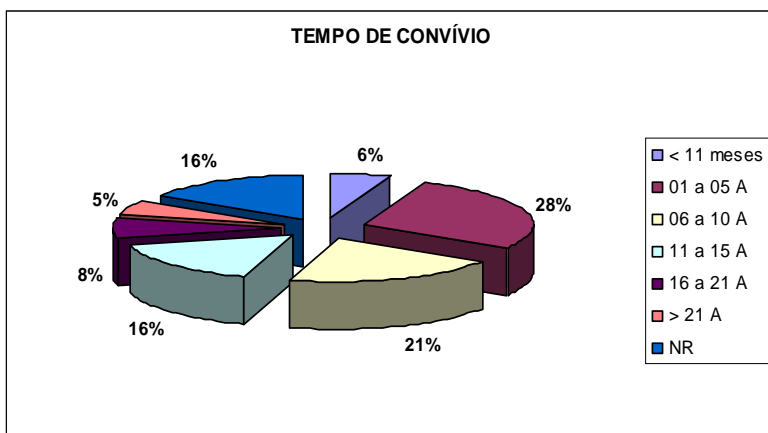
Com esse levantamento também foi possível apurar outros aspectos como: naturalidade, bairro de residência da representante e tempo de convívio com o agressor.

Quanto à naturalidade, identificou-se que 65% das representantes são maranhenses.



Os bairros mais citados como local de moradia da representante foram Anjo da Guarda, Vila Embratel, Cohatrac, Coroadinho, Jardim São Cristóvão, São Francisco/Ilhinha e Vila Palmeira, com percentual em torno de 7 e 6% cada, totalizando 44% dos bairros indicados.

**Tabela 9**



Procurou-se identificar o tempo de convivência da requerente com o representado enquanto cônjuge, companheiro ou namorado.

O maior percentual foi encontrado nos relacionamentos que duraram de 01 a 05 anos (28%); 21% das mulheres declararam conviver com o

**Tabela 10**

agressor de 06 a 10 anos, enquanto 16% apontaram uma convivência 11 a 15 anos. Vale destacar, por último, que 13% das representantes afirmaram conviver com o agressor há mais de dezesseis anos.

Esses dados revelam, causando preocupação, que um grande número de mulheres convive com a situação de violência por muito tempo e decide muito tardiamente denunciar o agressor. Não obstante, vale destacar que nos processos pesquisados, a maioria das mulheres buscou ajuda nos primeiros anos de relacionamento, levando a inferir que a tolerância em relação à situação de violência tem diminuído.





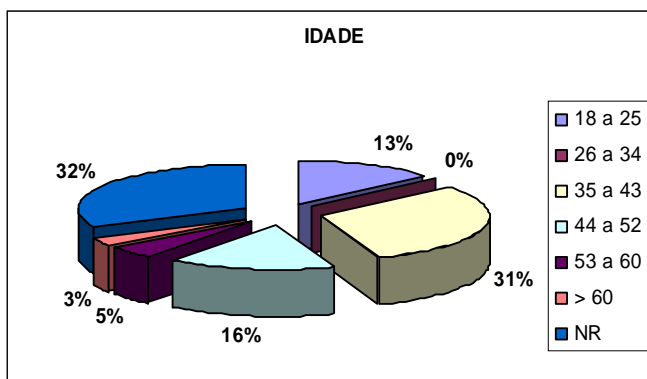
ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

## 2.2 – REPRESENTADO

Sobre o homem autor de violência, pretendeu-se identificar os mesmo aspectos relacionados sobre a representante, tarefa não alcançada a contento, uma vez que essas informações revelaram-se bastante limitadas, como se poderá verificar a seguir.

### 2.2.1- Idade

Tabela 11

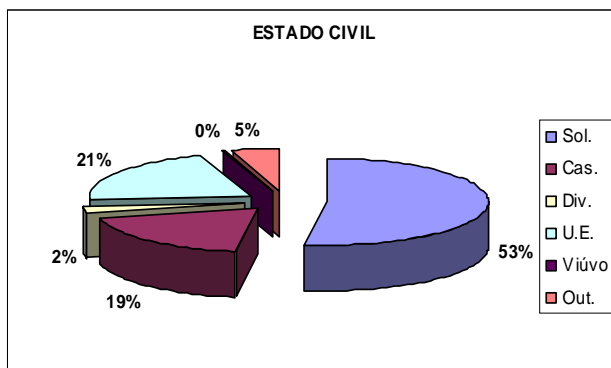


Para os homens, as faixas etárias mais recorrentes foram de 35 a 43 anos (31%), 44 a 52 anos (16%) e 18 a 25, com percentuais respectivamente de 31%, 16% e 13%. Em relação aos dados estatísticos do ano de 2009, destaca-se o aumento no percentual de agressores na faixa etária de 44 a 52 anos, os quais naquele ano representaram apenas 8%. Vale chamar atenção para a significativa

incidência de representados na faixa etária mais jovem (18 a 25 anos), que figura em terceiro lugar. Tal dado deve chamar a atenção para a necessidade de realização de ações educativas junto aos adolescentes e jovens, que continuam reproduzindo o comportamento agressivo e violento contra as mulheres.

### 2.2.2- Estado Civil

Tabela 12



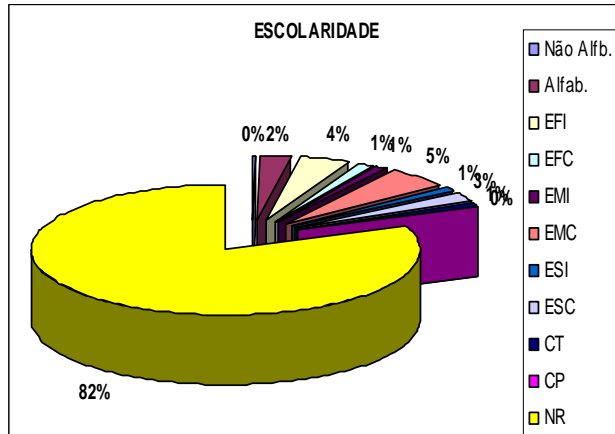
- 53% dos representados são solteiros; 21% mantinham relação conjugal de união estável e 19% eram casados.



**ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER**

**2.2.2- Escolaridade**

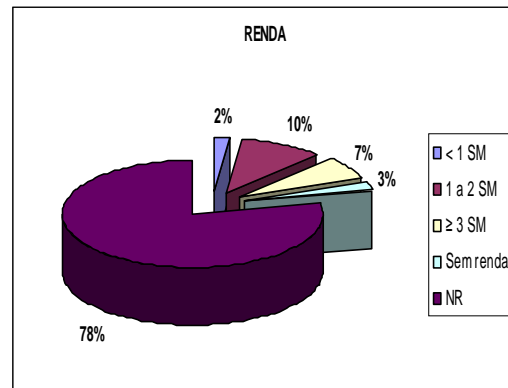
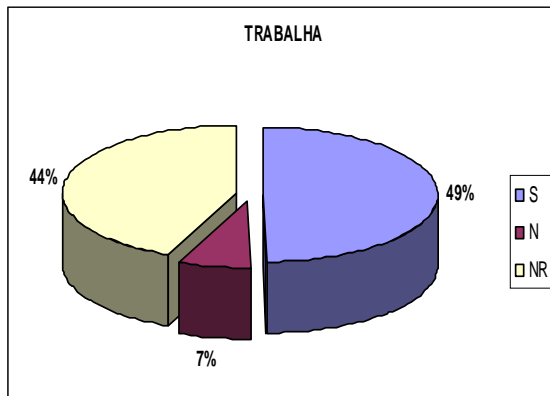
Foi possível identificar a escolaridade de apenas 18% (92) dos homens. Desses, 5% possuem ensino médio completo, 4% ensino fundamental incompleto e 3% possuem ensino superior completo; sendo estes foram os dados mais recorrentes nesse item.



Em 82% dos processos essa informação, fundamental para o planejamento de ações de educação/prevenção, foi omitida.

**Tabela 13**

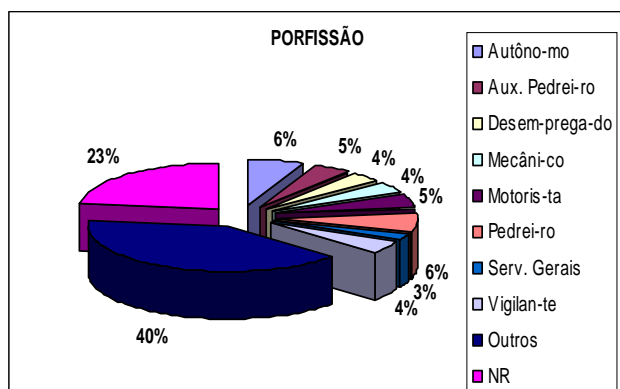
**Tabelas 14 e 15**



**2.1.3. Trabalho e Renda**

Referente à relação de trabalho e renda dos homens autores de violência foi possível identificar a ocupação de 49% deles, conforme mostra a tabela 17. Nesta relação estão incluídos os diversos vínculos de trabalho como formal, informal e autônomo.

Porém, em apenas 22% dos que trabalham foi identificada a renda que possuíam, sendo que desses, 10% recebiam entre 01 e 02 salários mínimos, 7% recebiam valor igual ou superior a 3 salários mínimos, 2% declaram renda de até 1 salário mínimo e 3% não possuíam nenhuma renda. Aqui vale a ressalva de que, embora tímidos, os números evidenciam que os homens apresentaram percentuais de renda mais elevados que as mulheres, corroborando com as estatísticas mundiais que apontam que as mulheres ainda recebem remuneração inferior aos homens.



**Tabela 16**

- Dentre as profissões identificadas, as mais recorrentes entre os representados foram *autônomo* e *pedreiro*, com 6% cada; seguidas de auxiliar de pedreiro e motorista, com 5% cada; seguidas de mecânico e vigilante com 4% cada.

- Nesse item apareceram 4% de desempregados e 40% de outras profissões.

#### 2.1.4 - Uso de álcool e outras drogas

O uso de álcool e substâncias psicoativas são elementos citados pelas mulheres atendidas na Vara da Mulher como influenciadores/estimuladores e intensificadores da violência. Durante a análise dos processos, foi possível identificar maior incidência do uso abusivo de álcool (27%), embora também presente e com significância, o uso de substâncias psicoativas (11%). Em relação a 2009 identifica-se alguma queda no percentual de uso de álcool e leve aumento (1%) quanto ao uso de drogas. Importante destacar que também quanto a este item a falta de informação é muito comprometedora dos dados, inclusive quanto ao tipo de entorpecente utilizado. Gráficos a seguir:



ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Tabela 17

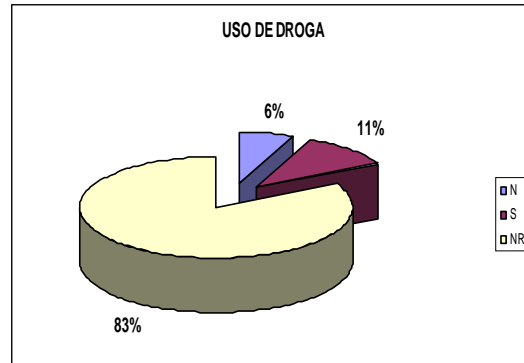
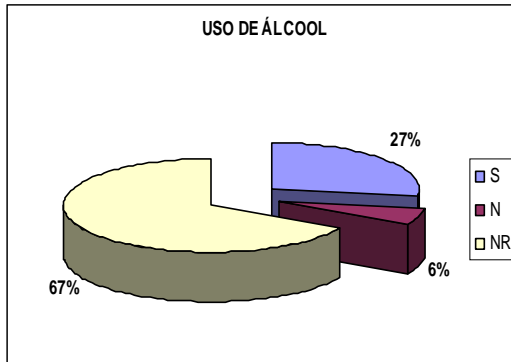
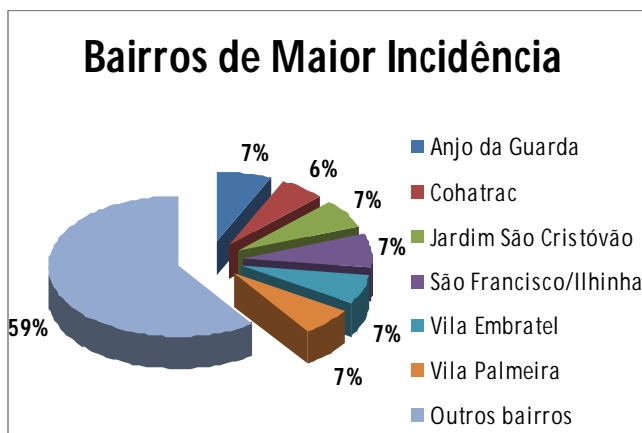


Tabela 18

### 2.1.5 – Naturalidade, local de residência e tempo de convívio

Assim como a representante, a maioria dos homens é maranhense.

Tabela 19



Quanto ao local de residência, os bairros mais citados são Anjo da Guarda, Jardim São Cristóvão, São Francisco/Ilhinha, Vila Embratel e Vila Palmeira, com 7% cada; em seguida, aparece o Cohatrac com 6%. Juntos equivalem a 41% dos bairros apontados.

Observa-se, como na pesquisa anterior, que alguns bairros mais recorrentes coincidem com os da requerente, o que pode se explicar de duas formas. Em alguns casos a

requerente ainda convivia com o agressor à época da denúncia. Em outros, mesmo após a separação, os agressores continuaram morando no mesmo bairro da representante, fato que se relaciona diretamente à reincidência da prática de violência.

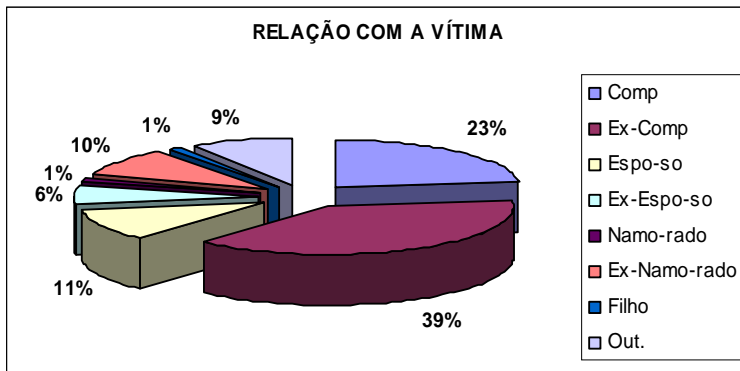
### 2.1.6 – Relação com a representante

Algumas informações destacaram-se durante a análise dos processos, por exemplo, a relação existente entre representante e representado e encaminhamento que este recebeu.



ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Tabela 20



- Percebe-se através do gráfico que a maioria dos casos de agressão é proveniente dos ex-companheiros da requerente (39%).

- Em segundo lugar, figura o companheiro como autor do ato violento (23%), ou seja, quando ainda mantém-se

a relação de união estável. Em seguida, aparecem o cônjuge (11%) e o ex-namorado (10%).

Em 18,55% dos casos, os processos foram remetidos à Equipe Multidisciplinar, para fins de realizar encaminhamentos, bem como para elaboração de laudos e pareceres técnicos.

Outros campos que compõem a pesquisa dizem respeito à prática do ato violento, aos locais de recebimento da denúncia e a medidas protetivas solicitadas, conforme apresentado abaixo.

### 2.3 – ATO VIOLENTO

Neste campo, procurou-se abordar os tipos de violência praticados, o registro de reincidência, bem como o uso ou não de armas e, em caso positivo, qual tipo das mesmas. Foi abordado, também, o local onde a violência aconteceu e o tempo de exposição das mulheres à violência, e, ainda o que motivou os agressores no cometimento do ato violento. Para tomar como referência os tipos de violência praticados, foi trazido à baila a tipificação e conceito de violência presentes na Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha.

**Violência física** - ação ou omissão que coloque em risco ou cause dano à integridade física de uma pessoa.

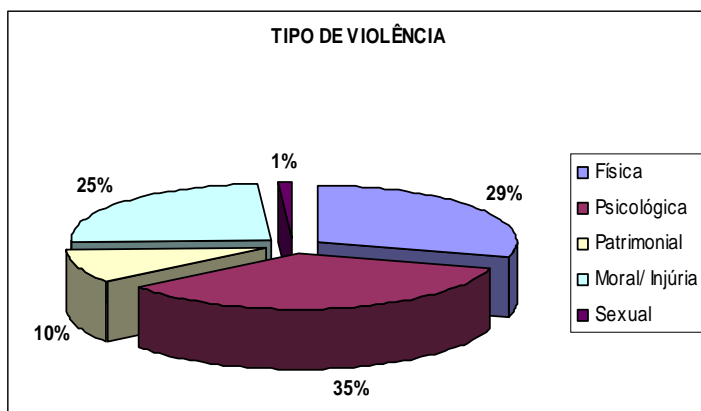
**Violência moral** - ação destinada a caluniar, difamar ou injuriar a honra ou a reputação da mulher.

**Violência patrimonial** - ato de violência que implique dano, perda, subtração, destruição ou retenção de objetos, documentos pessoais, bens e valores.

**Violência psicológica** - ação ou omissão destinada a degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões de outra pessoa por meio de intimidação, manipulação, ameaça direta ou indireta, humilhação, isolamento ou qualquer outra conduta que implique prejuízo à saúde psicológica, à autodeterminação ou ao desenvolvimento pessoal.

**Violência sexual** - ação que obriga uma pessoa a manter contato sexual, físico ou verbal, ou a participar de outras relações sexuais com uso da força, intimidação, coerção, chantagem, suborno, manipulação, ameaça ou qualquer outro mecanismo que anule ou limite a vontade pessoal.

**Tabela 21**



- O ato violento mais recorrente foi a prática de violência psicológica com 35% dos casos, seguido pela violência física com 29% dos registros.

- A ofensa moral/injúria foi mencionada em 25% dos processos.

- Neste tópico, salienta-se que na maioria dos casos,

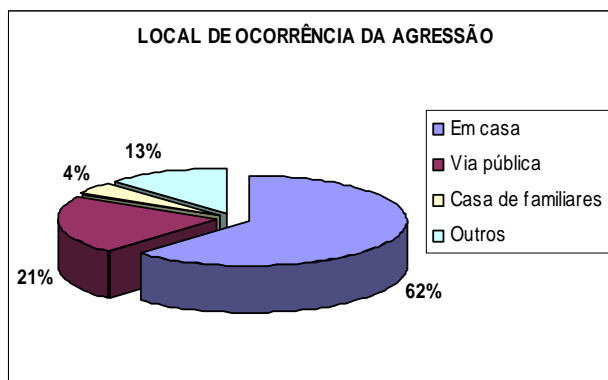
ocorrem mais de um tipo de violência ao mesmo tempo.

**Tabela 22**

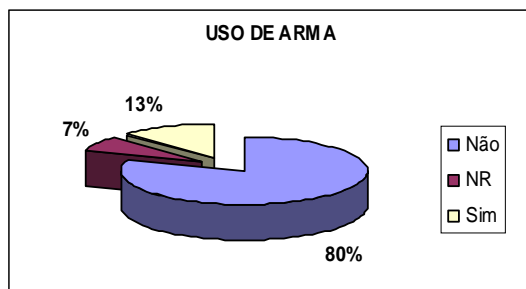
- Conforme o gráfico à direita, a prática da agressão foi praticada, na maioria dos casos, na casa da representante, no ambiente familiar.

- Averiguou-se a ocorrência em mais de um local na prática do ato violento.

- Em 21% a violência aconteceu em via pública.

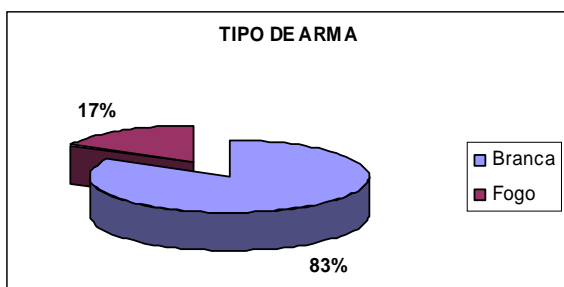


**Tabela 23**



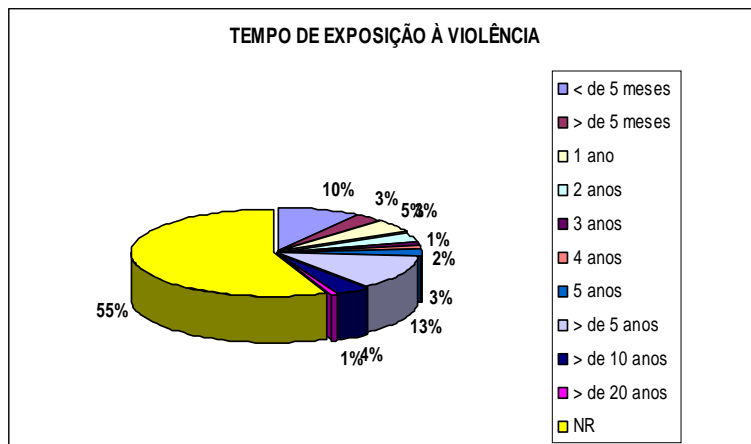
Em relação à reincidência, aqui considerada nos casos em que o processo pesquisado configurava-se como reincidência de violência já retratada em processos anteriores, constatamos o percentual de 12,69%.

**Tabela 24**



Nos casos em que foram registrados o uso de arma durante a prática da violência (gráficos acima), o percentual foi de 13%. Em 83% das ocorrências foi usada arma branca (objetos perfurocortantes).

**Tabela 25**



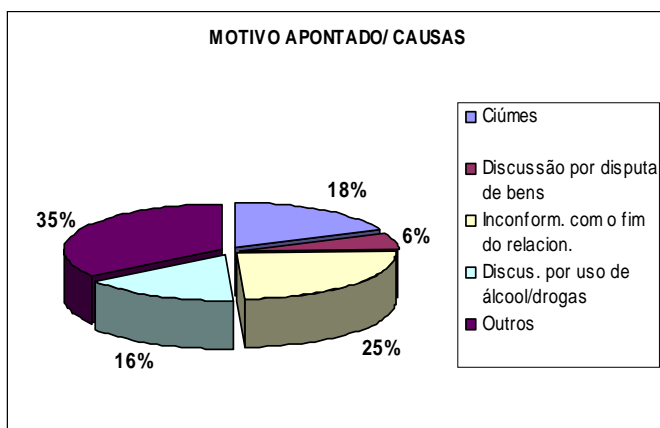
- Na coleta dos dados, tentou-se identificar o tempo de exposição à violência em que a mulher foi submetida. Porém, em 55% dos processos consultados não foi possível esse levantamento.

- Nos casos em que foi possível extrair essa informação nota-se que

10% das mulheres sofreram violência doméstica por menos de 5 meses. Em 13% dos casos a violência perdurou de 6 meses a 5 anos. Esse mesmo percentual foi encontrado nos casos em que a violência foi sofrida por um período de 5 a 10 anos.

Destaca-se ainda, que identificamos em 4% dos casos, a violência foi sofrida por mais de 10 anos e que em 1%, já perdurava há 20 anos.

Concernente aos motivos que impulsionaram os requeridos à prática do ato violento, este foi um dado que encontrou restrição para ser extraído dos processos. Merece destaque o inconformismo com o fim do relacionamento, apontado como a principal causa de tal ato. No relato deste motivo, bem como do ciúme, pode-se perceber nitidamente a violência de gênero arraigada no pensamento patriarcal dos requeridos o que revela a relação de poder e dominação que o homem deseja exercer sobre a mulher. O segundo motivo que mais apareceu diz respeito às discussões geradas pelo uso e abuso de álcool e drogas. No gráfico a seguir podem ser visualizados os motivos mais recorrentes.



**Tabela 26**

- Em 25% a agressão foi motivada pelo inconformismo com o fim do relacionamento.

- O uso de álcool e drogas ilícitas muitas vezes impulsiona e intensifica a prática das agressões. Nesse caso, 16%

registraram que a violência foi gerada pelo uso e/ou abuso do álcool e/ou substâncias psicoativas. Vale chamar atenção para a informação de que 27% dos processos registrem uso de álcool pelo requerido (Tabela 20), ou seja, nem todos os homens que usaram álcool praticaram violência contra suas mulheres.

## 2.4 – “DENÚNCIA”

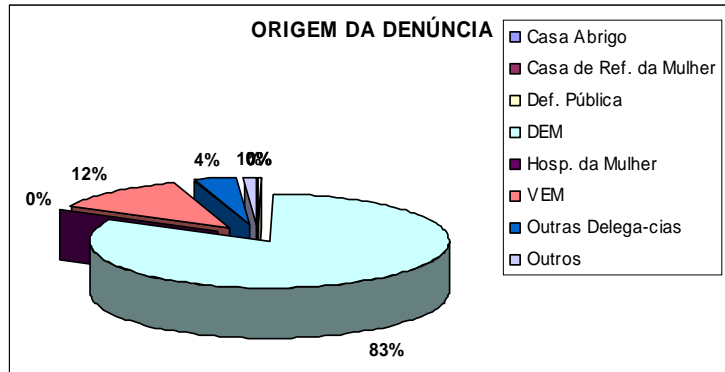
Sobre a denúncia o que se buscou identificar foi sua origem, a “porta de entrada” da reclamação da violência. A Delegacia Especial da Mulher confirmou-se como principal instituição recebedora da mulher vítima de violência com 83% dos registros. No gráfico abaixo é possível observar as demais instituições.





ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Tabela 27



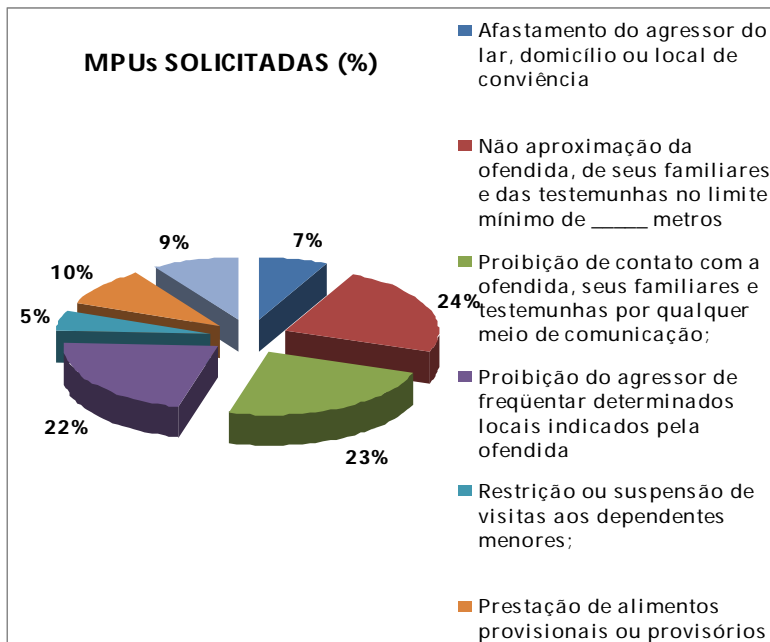
- É importante destacar que 12% das mulheres procuraram a Vara Especializada para buscar seus direitos.

- Outras delegacias, apesar de não serem especializadas, registraram 4% dos números de ocorrências.

## 2.5 – MEDIDAS PROTETIVAS

Neste item buscou-se identificar a relação entre a solicitação de medidas protetivas de urgência e sua concessão, bem como identificar as espécies de medidas mais requeridas, acrescentando-se a informação sobre os casos em que a mulher desistiu do processo contra o requerido.

Tabela 28



- Dos processos com concessão, 76% deles reúnem medidas destinadas a manter o distanciamento do representado da representante. Vale lembrar que na maioria dos casos são solicitadas mais de uma medida protetiva.

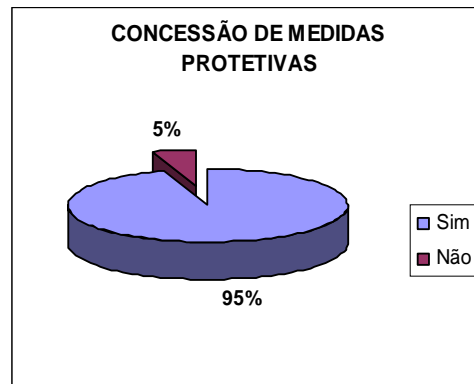


ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

- Dos processos em que houve solicitação de medidas protetivas, foram concedidas em 95% destes.

- É importante esclarecer que dentre as medidas solicitadas que não foram concedidas, em 5% dos casos é porque não satisfizeram os requisitos concessivos, ou por terem sido encaminhadas/redistribuídas para esta Vara, oriundas de outras Varas Criminais e das Delegacias sem condições legais de concessão; ou porque já tinham sido concedidas sem informações sobre seu cumprimento ou ainda, por já existir outro processo com medidas protetivas vigentes. Houve casos em que foi solicitado parecer técnico da equipe multidisciplinar, antes de conceder-se a medida de restrição e/ou suspensão de visitas do pai aos filhos, e nesse intervalo de tempo a requerente manifestou-se pela desistência do pedido ou do processo. Ressalta-se que somente em cerca de 2% dos processos de medidas protetivas de urgência havia pedido de prorrogação das medidas.

Tabela 29





ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

### 3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como referências as informações coletadas junto às MPU's, é possível fazer uma síntese dos dados que merecem maior destaque.

#### **Síntese - Representante:**

- 36 % delas têm entre 26 e 34 anos de idade;
- 52% (220) são solteiras, mas 23% mantinham relação de união estável com o autor da violência à época da denúncia e 18% eram casadas;
- Identificou-se o grau de instrução em apenas 22% dos processos, sendo que em 8% desses, as mulheres possuem ensino médio completo, 3% ensino superior e 4% ensino fundamental, onde nota-se uma maior notificação por parte das mulheres com escolaridade superior;
- 42% afirmaram que exercem algum tipo de atividade remunerada nos processos que foi possível extrair tal informação;
- Em apenas 8% dos casos foi possível inferir que a mulher não possui renda própria;
- 60% têm filhos e destes, 83% com o representado;
- 22% são donas de casa;
- Os bairros de moradia mais identificados foram: Anjo da Guarda, Vila Embratel, Cohatrac, Coroadinho, Jardim São Cristóvão, São Francisco/Ilhinha e Vila Palmeira – todos com índices de 6% e 7%.
- Em 28% dos casos, o tempo de convivência entre as partes varia de 1 a 5 anos, 21% varia de 6 a 10 anos, 16% de 11 a 15 anos de convivência e 13% relataram um tempo maior que 16 anos.

#### **Síntese - Representado:**

- 31% dos homens possuem entre 44 a 52 anos de idade;
- 53% são solteiros e, destes, 21% eram companheiros da representante;
- Identificou-se escolaridade de ensino fundamental e ensino médio como a maioria somando 9% dos processos;
- 22% dos 49% identificados exercem atividade remunerada e detém o “poder” financeiro no lar;
- 27% fazem uso de bebida alcoólica;
- 6% dos homens, a maioria dos identificados, são pedreiros e autônomos; 5% são auxiliares de pedreiro e motoristas e 4% são mecânicos e vigilantes;
- 39% dos agressores eram os ex-companheiros e 23% eram companheiros das mulheres agredidas;
- 7% residem nos Bairros do Anjo da Guarda, Jardim São Cristóvão, São Francisco/Ilhinha, Vila Embratel e Vila Palmeira;



ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Muitas vítimas registraram que o uso de bebida alcoólica pelo agressor influencia diretamente em seu comportamento, potencializando a prática da violência. **Considerando que 27% dos homens envolvidos nos processos usam álcool, sua prevenção constitui um elemento significativo para o combate à violência contra a mulher.**

Alguns dos principais bairros de moradia da representante e do representado foram os mesmos, pois em alguns casos mesmo após a separação de corpos o agressor permanece morando no mesmo bairro, o que colabora com a sensação de insegurança da mulher agredida, bem como para a reincidência da violência.

Em um número significativo dos casos, a agressão foi praticada por ex-companheiros, demonstrando, que mesmo após o fim do relacionamento, a mulher não está isenta do processo de vitimização, pois o homem não reconhece o rompimento do vínculo e alimenta o sentimento de pertença da mulher para com ele.

Mais da metade das mulheres atendidas têm filhos, evidenciando que as consequências da violência contra a mulher podem repercutir em gerações futuras. Deste modo, é importante articular ações em parceria com as instituições que atuam nas áreas de criança e adolescência e de violência doméstica de forma geral.

A violência foi registrada tanto em relacionamentos recentes, de até um ano, como também em casais com mais de 16 anos de convivência. Em muitos casos a vítima sofre violência há vários anos. Poucos são os casos em que a mulher denuncia o agressor no primeiro ato de violência.

**Síntese - Ato Violento:**

- 35% são de prática de violência psicológica;
- 25% de prática de violência física;
- 25% de violência moral/injúria;
- 10% de violência patrimonial;
- 1% de violência sexual;
- 62% a violência é praticada dentro de casa;
- 40% sofreram violência durante o período entre mais de 05 meses e 10 anos e 5% entre 10 e 20 anos, ou mais.
- Dos casos possíveis de identificar, houve uso de armas (13%) destes usaram arma branca, como facas e outros objetos perfurocortante;
- 25%, a maioria, indicou o inconformismo com o fim do relacionamento como o principal motivo para a prática da violência e 18% apontaram o ciúme.



ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A prática de violência psicológica foi a mais citada, o que representa grande avanço, uma vez que significa que as mulheres estão conseguindo identificar, outras práticas de violência ou considerá-las tão séria quanto a violência física.

Em segundo lugar, aparecem a violência física, com 25% e a moral, idem.

Ressaltamos que em muitos processos foram identificados mais de um tipo de violência.

Mesmo havendo o exercício de diversas formas de violência, a mulher justifica a dependência econômica do companheiro, a existência dos filhos, o sentimento para com o homem e outros, como elementos para não o denunciar de imediato.

O ambiente familiar, considerado como sagrado pelos costumes e valores e repassados de geração a geração, abriga 62% das agressões. Fato que levanta à discussão sobre os limites do espaço privado.

Para a prática da agressão o autor, em muitos casos, fez uso de arma ou objetos. Predominou o uso de arma branca.

#### **Síntese - “Denúncia”:**

- 83% são originárias da Delegacia Especial da Mulher;
- 12% originadas na Vara Especial da Mulher;

A Delegacia Especial da Mulher concentra o recebimento do maior número de denúncias de violência contra a mulher, vindo, logo em seguida, a própria Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Nota-se que de 2009 para 2010 houve um aumento significativo do número de recebimento pela delegacia especializada, que passou de 54% para 83% dos processos de Medidas Protetivas de Urgência.

#### **Síntese - Solicitação de Medidas Protetivas**

- Dos processos consultados, foram solicitadas medidas protetivas em 100% deles, sendo concedidas em 95% desses;
- O total de medidas protetivas solicitadas corresponde a 2.058, número justificado pelo fato de ser solicitada mais de uma medida por processo;
- 76% das medidas solicitadas têm por objetivo manter o representado afastado da representante.



ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Referente às medidas protetivas de urgência verificou-se que em 95% dos casos foram concedidas medidas protetivas, destacando-se sua aplicação como forma de buscar a preservação da integridade física, moral e psicológica das mulheres agredidas.

Os dados desta pesquisa corroboram com pesquisas de âmbito nacional e com relatórios divulgados pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, do Governo Federal.

A pesquisa nacional realizada pelo Iboop, em parceria com o Instituto Avon, divulgada pela Secretaria de Políticas para Mulheres traz, ainda, que para a população a questão cultural e o álcool estão por traz do quadro da violência contra a mulher, e que 44% acreditam que a Lei Maria da Penha já está tendo efeito.

Dados da Organização Mundial de Saúde revelam que 60% dos casos envolvendo violência física foram praticadas pelos maridos ou companheiros. De acordo com o Pacto Nacional de Enfrentamento da Violência contra a Mulher foi possível, através da Central de Atendimento a Mulher Ligue 180, extrair que 80% das mulheres relataram ter filhos e 73% de denúncias foram causadas por violência praticada pelo companheiro ou ex-companheiros.

Em São Luis, de 2009 para 2010, houve um aumento de casos notificados através do aumento de registros e processos contra os agressores nesta Vara.

A criação da Lei Maria da Penha tem sido, em geral, a justificativa para o fato do aumento das notificações, o que certamente demonstrou mais seriedade na forma como a violência doméstica passou a ser tratada no âmbito do judiciário. A violência contra a mulher deixou de ser vista como assunto de natureza privada e passou a ser encarada como de caráter público. O Estado na responsabilidade de proteção à família e garantia dos direitos do cidadão tem o dever de adotar medidas legais e desenvolver políticas que de fato respaldem a vítima numa legítima proteção.

Os resultados da pesquisa confirmam algumas informações já relatadas em outros documentos e apresenta um pouco da realidade da cidade de São Luis, para que, assim, esta Vara Especializada, junto com as demais instituições da Rede de Atenção a Mulher Vítima de Violência, possa continuar a organizar e intensificar ações de alcance social,



ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

bem como possa servir de subsídio para outras instituições que atuam na área de violência doméstica na cidade.

O combate ao fenômeno da violência doméstica contra a mulher tem proporções internacionais, pois uma vida sem violência é um direito das mulheres. Esse direito é inegociável e é assegurado na Constituição Federal e em tratados internacionais ratificados pelo Brasil – em especial a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher/CEDAW, Bejing, 1995.

É preciso convencer a sociedade de que a violência contra as mulheres não é só das mulheres, mas é de todos e, para isso, faz-se necessário potencializar a união e articulação de forças e ações das entidades governamentais e organizações da sociedade civil, não apenas no combate à violência, mas, também, na sua prevenção. É preciso investir em políticas públicas e na articulação delas e em ações preventivas e educativas que modifiquem comportamentos e padrões culturais, conforme o preconizado no Pacto Nacional para o Enfrentamento da Violência contra a Mulher e nas diretrizes do Art. 8º da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha.



ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

**REFERÊNCIAS**

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. Gênero, patriarcado, violência.  
São Paulo: Editora. Fundação Perseu Abreu, 2004.

Lei 11.340/2006

Pesquisas disponíveis em [www.spm.gov.br](http://www.spm.gov.br)





ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

**PESQUISADORES**

**COORDENAÇÃO:**

**Dr. Nelson Melo de Moraes Rêgo**  
Juiz Titular da Vara Especial de Combate à  
Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

**APOIO ADMINISTRATIVO:**

**Jacy Tereza Beckman Gomes**  
Secretária Judicial da Vara Especial de Combate à  
Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

**EQUIPE DE PLANEJAMENTO, SISTEMATIZAÇÃO DOS DADOS E  
ELABORAÇÃO DO RELATÓRIO:**

**Danyelle Bitencourt Athayde Lima**  
Assistente Social. CRESS-MA/2412

**Joseane Cardoso Abrantes**  
Assistente Social. CRESS-MA/2123

**Maria José Sousa Alves**  
Assistente Social. CRESS-MA/2220

**Taciane Silva Costa**  
Estagiária de Serviço Social.  
MAT.88101160



ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

**EQUIPE DE COLETA DE DADOS:**

**Ângela Maria Barros**

Estagiária de Serviço Social

**Danyelle Bitencourt Athayde Lima**

Assistente Social. CRESS-MA/2412

**Jacqueline Costa Borralho**

Estagiária de Serviço Social

**Joseane Cardoso Abrantes**

Assistente Social. CRESS-MA/2132

**Luanne Silva Reis**

Estagiária de Serviço Social. MAT 55101009

**Letícia Costa Pinheiro Mota de Sá**

Comissário da Infância e da Juventude. MAT. 133975

**Maria Do Carmo Freitas**

Estagiária de Serviço Social



ESTADO DO MARANHÃO  
PODER JUDICIÁRIO  
COMARCA DE SÃO LUÍS  
VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

**Maria José Sousa Alves**

Assistente Social. CRESS-MA/2220

**Raimundo Ferreira Pereira Filho**

Psicólogo- CRP. 11.1732

**Taciane Silva Costa**

Estagiária de Serviço Social. MAT-88101160

**EQUIPE DE EDIÇÃO DOS INSTRUMENTAIS E GRÁFICOS**

**Selma Cristina Brito Lobo Barros**

Comissária da Infância e da Juventude. MAT- 148544