Revista lus et Praxis, Año 20, N° 1, 2014, pp. 335 - 350 ISSN 0717 - 2877

Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales "Del control de la insuficiencia de la tutela normativa a los derechos fundamentales procesales" Luiz Guilherme Marinoni

Colaboración recibida el 26 de diciembre de 2013 y aprobada el 3 de febrero de 2014

Del control de la insuficiencia de la tutela normativa a los derechos fundamentales procesales*

LUIZ GUILHERME MARINONI**

1. Primeras consideraciones

Los primeros pasos del control de constitucionalidad por acción ya eran distantes cuando se comenzó a hablar de omisión inconstitucional. Los brotes de la concepción del control de inconstitucionalidad por omisión surgieron cuando se percibió que no bastaba impedir al legislador agredir a la Constitución, siendo necesario, también, garantizar la efectividad de las normas constitucionales y la plena realización de los derechos fundamentales, de modo que la cuestión de la omisión constitucional es corolario de la comprensión de que la Constitución, para ser cumplida, necesita de prestaciones normativas o de la acción del legislador infraconstitucional.

Si esta percepción surgió en la doctrina de países en los que el control de constitucionalidad era entregado a las manos de las Cortes Constitucionales, es natural que la cuestión haya sido asociada al control de constitucionalidad por vía directa o principal. No obstante, tal asociación no se muestra adecuada a la tradición brasilera, en la que el control de constitucionalidad, desde la última década del siglo XIX, es difuso y realizado de forma incidental.

En los países en los que el control de constitucionalidad es incidental –o es conjugado con el control principal, como en el Brasil– el desarrollo del argumento de la inconstitucionalidad por omisión no necesita ni debe mantenerse distante de la noción de que todo y cualquier juez tiene el poder-deber de, incidentalmente, realizar el control de constitucionalidad.

Es cierto que el *mandato de inyunción* permite el control de la omisión constitucional en el caso concreto. No obstante, no se cuida del problema del control de omisión constitucional ante los casos conflictivos concretos direccionados

^{*} Traducción de Christian Delgado Suárez, Máster en Derecho Procesal Civil por la Universidade Federal do Paraná, Brasil.

^{**} Profesor titular de la Universidade Federal do Paraná, Brasil. Post-Doctor (Università degli Studi di Milano). Visiting Scholar en la Columbia University. Correo electrónico: guilherme@marinoni. adv.br. Página web: www.marinoni.adv.br.

a las decisiones de los tribunales ordinarios. Es curioso, ya que no se puede suponer que la omisión constitucional no pueda existir en estas situaciones.

Sin embargo, la realidad forense muestra cotidianamente que los jueces de primer grado, así como los Tribunales de Justicia, también Regionales Federales, realizan el control de constitucionalidad por omisión con gran frecuencia. La gravedad de eso está en la ausencia de método para la realización de este control, para no decir que, bien vistas las cosas, los jueces y tribunales ordinarios siquiera perciben que están listos para suprimir la "ausencia de ley".

Por lo tanto, más que detectar que la omisión inconstitucional está insertada en el poder conferido a todo y cualquier juez de controlar la constitucionalidad, es importante percibir que este poder viene siendo ejercido de forma disimulada y que, por ello, no existe alguna metodología para tanto y, mucho menos, modo de control del razonamiento judicial.

Nótese que si el juez, sin decir y menos justificar, suple la ausencia de ley, asume que, aunque pueda ser un poder de él, es ejercido de modo completamente arbitrario y destituido de legitimación, lo cual debe reclamar atención de la academia y de los tribunales.

2. El poder de controlar la insuficiencia de tutela normativa a los derechos fundamentales

Las Constituciones, al instituir derechos dependientes de prestaciones normativas a cargo del legislador, evidenciaron que para negar su fuerza y autoridad, no era suficiente emitir leyes discordantes con el Texto Constitucional. La autoridad y la fuerza de la Constitución también pasaron a depender de normas infraconstitucionales.

En esta perspectiva no se está aludiendo, como es obvio, sólo a las normas constitucionales que expresamente imponen, mediante términos variados, el deber de legislar. El problema aquí dice respecto a las normas de naturaleza impositiva o negativa imprescindibles a la realización o a la protección de derechos fundamentales.

Pues bien, no existe razón para entender que el juez tiene el poder para controlar la constitucionalidad de la ley y no tiene poder para controlar la falta de la ley cuando esta es imprescindible para la tutela de un derecho fundamental. La constitucionalidad de la ley y la falta de la ley, en esta dimensión, constituyen dos caras de la misma moneda.

El control de la omisión constitucional, vía modelo difuso, será posible cuando de la ley faltante dependa la tutela del derecho fundamental pertinente al caso conflictivo concreto. O sea, el control de la omisión constitucional por cualquier juez o tribunal, convive con la acción directa de inconstitucionalidad por omisión e incluso con el mandato de inyunción.

3. Situaciones en las que la falta de ley es frecuentemente suprimida en la práctica

Son frecuentes las acciones colectivas en las que el legitimado, al pedir la tutela de determinado derecho de naturaleza difusa o colectiva, deduce la ausencia de una norma de protección al derecho fundamental. También son comunes las acciones individuales en las que, bajo el fundamento de derecho fundamental *no protegido normativamente*, se postula una *prestación fáctica* que estaría a cargo del Estado.

Adviértase que la protección del derecho fundamental puede depender de la norma impositiva o prohibitiva. Es posible que para la tutela del derecho material, del derecho del consumidor, etc., sea necesaria una norma que imponga una conducta positiva o negativa al administrado, así, por ejemplo, para obligarlo a instalar (norma positiva) alguna tecnología destinada a disminuir la efusión de gases y contaminantes o a no comercializar (norma negativa) un producto con determinada substancia. Además de ello, existen casos en los que la prestación estatal, aunque sea de naturaleza fáctica, depende de una norma. Es el caso, por ejemplo, de los medicamentos, en el que el individuo, afirmando un derecho fundamental a la salud, postula, frente al Estado-Administración, determinado remedio no regulado en la legislación.

No es raro que los jueces sean llamados a suprimir omisiones normativas que impiden la tutela de derechos fundamentales, inclusive de naturaleza procesal. Recuérdese, por ejemplo, la determinación de la escucha del embargado en los *embargos de declaración*¹, cuyas reglas de regencia no permiten la alteración de la decisión judicial y la consecuente necesidad de apertura a la participación de la parte que puede ser afectada, sólo pueden estar basadas en los derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva y al contradictorio.

El problema es que, cuando se complemente la legislación en casos como los mencionados, no hay alguna percepción de que se está delante de un control de insuficiencia de tutela normativa y, por lo tanto, de que existe una necesidad de aplicación de la regla de la proporcionalidad y de un raciocinio judicial racionalmente adecuado, con reflejo en la debida justificativa de la decisión.

4. La eficacia de los derechos fundamentales, el deber estatal de tutela y el juez en el control de la insuficiencia de la tutela normativa

Existe discusión sobre la cuestión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, o sea, sobre la eficacia de los derechos fundamentales sobre

¹ [Nota del traductor]: El término en cursiva alude al término jurídico brasilero *embargo de declaração* el cual es una solicitud de parte mediante la cual ésta solicita a un tribunal o a un juez emisor de sentencia que elimine alguna ambigüedad o posible obscuridad que pueda viciar lo juzgado.

las relaciones entre los particulares². Se habla de eficacia inmediata y mediata de estos derechos sobre los sujetos privados. La eficacia mediata dependería de la mediación del Estado, al contrario de la eficacia inmediata, que dispensaría tal intervención. Como es intuitivo, la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales sobre los particulares posee íntima relación con el tema del control de la omisión inconstitucional.

Se alude a la eficacia mediata cuando se dice que la fuerza jurídica de las normas constitucionales sólo puede imponerse, en relación a los privados, por medio de normas infraconstitucionales³ y de los principios de derecho privado. Tal eficacia también existiría cuando las normas constitucionales son utilizadas, dentro de las líneas básicas del derecho privado, para la concretización de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados⁴.

De acuerdo con los adeptos a la teoría de la eficacia inmediata, por el contrario, los derechos fundamentales son aplicables directamente sobre las relaciones entre particulares. Además de normas de valor, tendrían importancia como derechos subjetivos contra entidades privadas portadoras de poderes sociales o incluso contra individuos que tengan una posición de supremacía en relación a otros particulares. Llegándose más lejos, se admite su incidencia inmediata también en relación a "personas comunes". Vale decir: se dispensa la intermediación del legislador –y así, las reglas de derecho privado– y se elimina la idea de que los derechos fundamentales podrían ser utilizados sólo para completar las cláusulas abiertas⁵.

Al lado de esa discusión, el hecho es que los derechos fundamentales obligan al Estado a una prestación normativa de protección y, así, a la emisión de normas para proteger un particular contra el otro. Cuando estas normas no son observadas, surge al particular el derecho de ir en contra de aquel que no la cumplió. Además, el derecho de acción –en estas hipótesis– podrá

² SARLET, Ingo Wolfgang (2001): A eficácia dos direitos fundamentais (Porto Alegre, Livraria do Advogado), pp. 157-172; Novais, Jorge Reis (2006): Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria (Coimbra, Coimbra Editora), pp. 69-116; ALEXY, Robert (2002): Teoría de los derechos fundamentales (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 520-543; CANARIS, Claus-Wilhelm (2003): Direitos fundamentais e direito privado (Coimbra, Almedina); SILVA, Virgílio Afonso da (2005): A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares (São Paulo, Malheiros).

³ Según Canotilho, para la teoría de la eficacia mediata "los derechos, libertades y garantías tendrían una eficacia indirecta en las relaciones privadas, pues su vinculación se ejercería, *prima facie*, sobre el legislador, que estaría obligado a conformar las referidas relaciones obedeciendo a los principios materiales positivados en las normas de derecho, libertades y garantías" (Canotilho, José Joaquim Gomes (1992): *Direito constitucional* (Coimbra, Almedina), p. 593).

⁴ Andrade, José Carlos Vieira de (2001): *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976), (Coimbra, Almedina),* pp. 276-277.

⁵ Canotilho, José Joaquim Gomes (1992): Direito constitucional (Coimbra, Almedina), pp. 593 y ss.

ser ejercido en el caso de amenaza de violación (acción inhibitoria). En ese caso, existe ley por debajo de la Constitución, regulando las relaciones entre los particulares. En la hipótesis de la existencia de una ley restrictiva de un derecho fundamental, además de los valores constitucionales que justifican la restricción, deberá ser enfocado el derecho limitado, que debe tener su núcleo esencial protegido⁶. El legislador obviamente no puede negar el núcleo del derecho fundamental limitado⁷. No obstante, cuando no existe alguna ley que regule la situación de forma directa, no se puede pensar que los derechos fundamentales no pueden ser tomados en consideración directamente por el juez.

Si la ley que impide la realización de los derechos fundamentales constituye un obstáculo visible que debe ser suprimido, la omisión de la ley, al impedir la efectividad de estos mismos derechos, no puede dejar de ser considerada. La omisión se presenta clara y concreta cuando el juez concluye que ella representa una negación de protección a un derecho fundamental. En ese caso, como también en aquel en el que actúa mediante una operación de integración de las cláusulas generales, el juez debe prestar atención a la necesidad de conciliación entre los derechos fundamentales, puesto que la tutela de un derecho fundamental, con la supresión de la omisión legal, podrá alcanzar otro derecho fundamental⁸.

Canaris, al abordar la cuestión de la repercusión de los derechos fundamentales sobre los sujetos privados, propone la observancia de la distinción entre eficacia inmediata y vigencia inmediata. Según Canaris, los derechos funda-

^{6 &}quot;El legislador también está vinculado sin mediaciones a los derechos fundamentales en el campo del Derecho Privado. Por eso él no puede restringirlos desmedidamente. Cuando lo hace, la reglamentación en especie es inconstitucional". (Canaris, Claus-Wilhelm (2003): "A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha", en: Sarlet, Ingo (org) (2003): Constituição, direitos fundamentais e direito privado (Porto Alegre, Livraria do Advogado), pp. 238-239).

⁷ En ese caso, por lo tanto, el objeto de la vinculación es la ley, el acto del Poder Legislativo, y no propiamente la relación entre los particulares. Como esclarece Virgílio Afonso da Silva, "cuando se habla de efectos de los derechos fundamentales más allá de la relación entre Estados e individuos, muchas veces se acostumbra a hablar también de efectos de los derechos fundamentales en el derecho privado o en otras ramas del derecho. Esos efectos, en el derecho privado –o en las otras ramas del derecho– pueden ser, no obstante, de dos órdenes distintos: están los efectos en la *producción legislativa* y los efectos en las *relaciones jurídicas* entre los individuos". (SILVA, Virgílio Afonso da (2005): *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares* (São Paulo, Malheiros), p. 68).

⁸ Es en los casos de aplicación directa que los problemas de armonización se tornan más agudos, pues ahí es que los derechos fundamentales colisionan con la autonomía privada. "La principal cuestión a ser resuelta en ese punto es la forma de combinar esa autonomía con derechos fundamentales que, aplicados directamente a la relación entre particulares, tienden a eliminarla". (Silva, Virgílio Afonso da (2005): *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares* (São Paulo, Malheiros), p. 148).

mentales tienen *vigencia inmediata* pero se dirigen sólo contra el legislador y el juez⁹. La construcción de Canaris está centrada en el art. 1°, n. 3 de la Ley Fundamental alemana, que afirma que los derechos fundamentales vinculan, *"como derecho inmediatamente vigente"*, al legislador y a los órganos jurisdiccionales. Alega que los "destinatarios de las normas de los derechos fundamentales son, en principio, *sólo el Estado y sus órganos, pero no los sujetos de derecho privado"*¹⁰. En esa línea, concluye que los objetos del control "según los derechos fundamentales son, en principio, solo *regulaciones y actos estatales, esto es, sobre todo leyes y decisiones judiciales,* pero no actos de sujetos de derecho privado, o sea, negocios jurídicos y actos ilícitos"¹¹.

Siendo el Estado el destinatario de los derechos fundamentales, no se piensa en una eficacia *inmediata* delante de terceros¹². O mejor, en esa dimensión no se considera la eficacia horizontal directa, sino, en la intermediación de la ley y de la decisión judicial para la protección de los derechos fundamentales. No obstante, no hay razón para negar que la decisión del juez, destinatario de los derechos fundamentales, produce efectos sobre las relaciones entre los particulares, aunque eso ocurra *mediatamente*¹³.

Incluso aceptándose que sólo el legislador y el juez son los destinatarios de los derechos fundamentales, es cierto que la decisión judicial incide sobre la esfera jurídica de los particulares. Como la doctrina de Canaris fue influencia por la Ley Fundamental alemana, su preocupación fue la de dejar claro que los derechos fundamentales vinculan al legislador y al juez, aunque puedan ser tomados en consideración para la definición de los litigios que involucran a particulares.

Canaris advierte que los derechos fundamentales tienen una función de mandato de tutela (o de protección), obligando al legislador a proteger a un ciudadano frente a otro. En el caso de inexistencia o insuficiencia de esa tutela, el juez debe tomar en cuenta esa circunstancia, proyectando el derecho fundamental sobre las relaciones entre los sujetos privados y, de

⁹ Canaris, Claus-Wilhelm (2003): Direitos fundamentais e direito privado (Coimbra, Almedina).

¹⁰ Canaris, Claus-Wilhelm (2003): *Direitos fundamentais e direito privado* (Coimbra, Almedina), p. 55.

¹¹ Canaris, Claus-Wilhelm (2003): *Direitos fundamentais e direito privado* (Coimbra, Almedina), p. 55; Canaris, Claus-Wilhelm (2003): "A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha", en: Sarlet, Ingo (org) (2003): *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* (Porto Alegre, Livraria do Advogado), pp. 236-237.

¹² CANARIS, Claus-Wilhelm (1989): "Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitzprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts", en: *JuS* (München, Beck), pp. 161 y ss.

¹³ Canaris, Claus-Wilhelm (2003): "A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha", en: Sarlet, Ingo (org) (2003): *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* (Porto Alegre, Livraria do Advogado), p. 236.

tal forma, confiriendo la protección prometida por el derecho fundamental, pero olvidada por la ley. En esa línea, por ejemplo, si el legislador no actuó protegiendo al empleado frente al empleador, cuando tal acto era imperativo frente al derecho fundamental, hubo omisión de tutela o violación del deber de protección estatal¹⁴.

El raciocinio de Canaris está aprisionado en una premisa que le impide ir más allá de ese punto. En la visión tradicional del derecho constitucional alemán –compartida por el autor– cuyo principal marco es la decisión del Tribunal Constitucional Federal en el caso Lüth, los derechos fundamentales solo caracterizan derechos subjetivos reclamables por sus titulares cuando aparecen como prohibiciones de intervención y derechos de defensa. Eso no ocurre cuando se trata de mandatos de tutela y deberes de protección. En este último caso, se vislumbran apenas y solamente deberes objetivos de los individuos. No es por nada que Canaris utiliza, en un caso, la expresión derecho (derechos de defensa) y, en el otro, la expresión deber (deber de protección). Detrás de esa nomenclatura está la tesis de que la Constitución garantiza a los individuos solo derechos originarios positivos, derechos de prestación por parte del Estado. Estos últimos la Constitución los consagra únicamente por medio de principios objetivos que imponen deberes al Estado, vinculando a legisladores, administradores y jueces, sin, no obstante, ser exigibles por sus propios beneficiarios. Así, a partir del momento en el que la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales se basa en mandatos de tutela y deberes de protección, automáticamente se excluye la posibilidad de que los derechos fundamentales regulen directamente las relaciones privadas.

No obstante, no hay motivo para no admitir, en el derecho brasilero, el deber del juez de considerar el derecho fundamental y, al mismo tiempo, aplicarlo de forma que no viole el derecho fundamental con el que se contrapone. Nótese que, en esa dimensión, interesa solamente saber si el derecho fundamental puede ser directamente considerado por el juez en el momento de la solución del litigio.

1.4

¹⁴ Canaris reconoce que "es evidentemente posible que la propia Constitución establezca la aplicación inmediata de un derecho fundamental en las relaciones entre particulares" y cita como ejemplo, en el caso alemán, el art. 9°, III, línea 2 de la Ley Fundamental, donde quedó expresamente afirmada la nulidad de los acuerdos para la restricción de la libertad de coalición de empleados y empleadores. (Canaris, Claus-Wilhelm (2003): "A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha", en: Sarlet, Ingo (org) (2003): Constituição, direitos fundamentais e direito privado (Porto Alegre, Livraria do Advogado), p. 235). La Constitución brasilera de 1988, sobre todo en lo que atañe a la regulación de las relaciones de empleo –pero no sólo en esta materia– es pródiga en esa especie de dispositivo, como lo demuestra buena parte de los incisos de los artículos 7° y 8° y el artículo 11.

5. El límite judicial en la substitución de la falta de la ley necesaria a la tutela del derecho fundamental

No hay duda de que la teoría de que los derechos fundamentales tienen función de mandato de tutela (o de protección), obligando al juez a suprimir la omisión o insuficiencia de tutela (o de protección) otorgada por el legislador, facilita la comprensión de la posibilidad de que el juez pueda controlar la omisión inconstitucional.

Cuando se tiene presente el deber de protección y, de esta forma, que una medida idónea debe ser instituida por el legislador, la ausencia de una tutela normativa –o falta de ley– puede ser llevada a cualquier juez, pidiéndosele la medida de protección que substituya la omisión inconstitucional. A propósito, cuando la propia norma constitucional requiere que, para que el derecho fundamental sea realizado, el particular deba observar determinada prestación, nada impide que de él se exija el inmediato cumplimiento¹⁵, aunque la cuestión pueda ser presentada al juez, por cualquiera de las partes involucradas, para la definición de la legitimidad de la providencia.

No obstante, las normas de derechos fundamentales no definen la forma, el modo, ni la intensidad con la que un particular debe ser protegido frente a otro. En otras palabras, los derechos fundamentales, al generar un deber de protección por parte del Estado, no dice "cómo" debe darse esta tutela. Pensar en "cómo" el Estado protege los derechos fundamentales es lo mismo que considerar las providencias que el Estado debe tomar necesariamente para tutelarlos. La Constitución posee, a lo mucho, disposiciones fragmentarias sobre las medidas de tutela que deben ser utilizadas en la tutela de los derechos fundamentales.

Subráyese que la decisión respecto de cómo es que el deber de tutela debe ser cumplido es, ante todo, una cuestión que afecta al parlamento¹⁶. Cuando el legislador viola un derecho fundamental en su función de mandato de tutela, cabe al Poder Judicial asegurar el adecuado grado de tutela del derecho fundamental. No obstante, el problema está en la circunstancia de que la acción del juez, frente a la falta de ley, no tiene la misma elasticidad o la misma latitud de la acción del legislador. Para ser más claro: el legislador tiene amplia esfera de libertad para la definición de la providencia o del medio para la tutela del derecho fundamental, mientras que el juez, por no tener la misma latitud de

_

¹⁵ Así, sólo para citar un ejemplo, el art. 7°, XVI de la Constitución Federal, establece que cualquier empleado, urbano o rural, puede exigir de su empleador la remuneración del trabajo extraordinario superior en, como mínimo, cincuenta por ciento a la del normal.

¹⁶ Hesse, Konrad (1998): *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (Porto Alegre, Fabris), p. 279.

poder del legislador, debe actuar apenas para garantizar el deber de protección que *satisfaga las exigencias mínimas de su eficiencia*. Así, le incumbe al juez actuar de modo de imponer no más que el mínimo necesario para la protección del derecho fundamental¹⁷.

El legislador tiene amplio margen de maniobra entre las prohibiciones de insuficiencia y de exceso, pero este margen, o esta latitud de poder, no es la misma que está liberada o permitida a la intervención del Poder Judicial. Más allá de responder a un deber de tutela, el Poder Judicial *garantiza el control de la insuficiencia de la tutela debida por el legislador*. En verdad, el control de la insuficiencia tiene, en el razonamiento argumentativo judicial, el deber de protección como antecedente lógico, en el estricto sentido de que el juez, para controlar la insuficiencia e imponer el medio mínimo para la satisfacción del deber de protección debe, antes de todo, verificar si existe un deber de protección del derecho y, luego de ello, analizar cómo la legislación debe manifestarse para no descender por debajo del mínimo de protección jurídica constitucionalmente exigida¹⁸.

En estos términos, el juez, al suprimir la omisión de tutela al derecho fundamental, no puede ir más allá de lo que es mínimamente suficiente para garantizar el deber de protección. Ir más allá es adentrarse a un espacio prohibido a quien tiene el deber de apenas controlar la insuficiencia de tutela o, en otros términos, dar al juez poder igual al del legislador.

6. De la insuficiencia de tutela normativa a un derecho fundamental procesal

Los derechos fundamentales, al generar un deber de tutela al Estado y, al mismo tiempo, por incidir sobre las relaciones de los privados, tienen, respec-

_

¹⁷ Canaris, en "Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts", advierte que en el derecho privado frecuentemente se confrontan intereses que pueden ser garantizados como derechos fundamentales. En el caso que el legislador proteja al titular de un derecho fundamental, por consecuencia, interviene muchas veces, al mismo tiempo, en la posición de otro titular de un derecho fundamental. *El examen constitucional, por consecuencia, se orienta típicamente en dos direcciones: por un lado la protección no debe retenerse por debajo del mínimo constitucional exigido; por otro lado, no debe ser "excesiva" o sea, excedente a lo proporcional y a lo necesario, interviniendo en los derechos fundamentales de otros sujetos privados. En el original: "Die verfassungsrechtliche Prüfung geht folglich typischerweise in zwei Richtungen": einerseits darf der Schutz nicht hinter dem verfassungsrechtlich er gebotenen Minimum zurückbleiben, andererseits darf nicht 'übermäßig', d. h. mehr als erforderlich und verhältnismäßig, in die Grundrechte des anderen Privat rechtssubjekt eingreifen" (Canaris, Claus-Wilhelm (1989): "Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitzprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts", en: <i>JuS* (München, Beck)).

¹⁸ Marinoni, Luiz Guilherme (2013): Curso de Direito Constitucional (com Ingo Sarlet e Daniel Mitidiero), 2ª ed. (São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais), pp. 823 y ss.

tivamente, eficacia vertical y horizontal¹⁹. De tal suerte, el legislador y el juez tienen el deber de tutelar los derechos fundamentales en razón de que estos tienen eficacia vertical. Mientras sucede ello, la ley o la decisión judicial, regulando las relaciones entre los privados, incide sobre estos de forma horizontal. La eficacia de los derechos fundamentales, mediada por la ley o por la decisión, constituye eficacia mediata.

Algo un tanto diferente sucede cuando se piensa en los derechos fundamentales de naturaleza procesal, como el derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional (art. 5, XXXV, de la CF)²⁰²¹. Este derecho fundamental, está

¹⁹ Cuando se habla de eficacia vertical y horizontal, se desea aludir a la distinción entre la eficacia de los derechos fundamentales sobre el Poder Público y a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares. Existe eficacia vertical en la vinculación del legislador, del administrador y del juez a los derechos fundamentales. Hay eficacia horizontal -también llamada "eficacia privada" o de "eficacia en relación a terceros" (Drittwirkung, en la expresión alemana)en las relaciones entre particulares, aunque se sustente que, en el caso de manifiesta desigualdad entre dos particulares, también existe relación de naturaleza vertical. La necesidad de pensar en la incidencia de los derechos fundamentales sobre los particulares, en vez de simple incidencia sobre el Poder Público, deriva de la transformación de la sociedad y del Estado. Como escribe Vieira de Andrade, "la regla formal de la libertad no es suficiente para garantizar la felicidad de los individuos y la prosperidad de las naciones, antes de ello, sirve para aumentar la agresividad y enfatizar los antagonismos, agravar las formas de opresión e instalar las diferencias injustas. La paz social, el bienestar colectivo, la justicia y la propia libertad no pueden realizarse espontáneamente en una sociedad industrializada, compleja, dividida y conflictiva". Por eso "es necesario que el Estado regule los mecanismos económicos, proteja a los débiles y desfavorecidos y promueva las medidas necesarias a la transformación de la sociedad en una perspectiva comunitariamente asumida del bien público". (Andrade, José Carlos Vieira de (1976): Os direitos fundamentais (na Constituição portuguesa de 1976) (Coimbra, Almedina), pp. 273-274). El problema frente a la eficacia horizontal es que en las relaciones entre particulares hay dos o más titulares de derechos fundamentales y por eso en ellas es imposible afirmar una vinculación (eficacia) semejante a aquella que incide sobre el Poder Público.

²⁰ V. Taruffo, Michele (2002): "Diritti fondamentali, tutela giurisdizionale e alternative", en: T. Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali* (Torino, Giappichelli), pp. 173-188.

²¹ La obligación de comprender las normas procesales a partir del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional y, así, considerar las varias necesidades de derecho sustancial, da al juez el poder-deber de encontrar la técnica procesal idónea a la protección (o a la tutela) del derecho material. En el derecho alemán, dedicándose especialmente a la situación en la que los jueces ordinarios se deparan con cuestiones procesales de dimensión constitucional, Kirschhof observó, antes de la reforma procesal del 2002, que "cuando las posiciones jurídicas constitucionales reclaman únicamente la consideración de simples leyes positivas, sea en la concesión del derecho a ser oído (art. 103, II, GG), en la consideración del juez natural (art. 101, I, 2, GG) o en la garantía de la protección judicial (art. 19, IV, GG), es de considerarse si el legislador no debería ceder este control a los tribunales ordinarios especializados más próximos" (Kirchhof, Paul (1996): "Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts in Zeiten des Umbruchs", en: NJW, p. 1497). Recuérdese que, en principio, los órganos ordinarios en Alemania no hacen control de constitucionalidad, lo cual es hecho únicamente por el Tribunal Constitucional. Mientras tanto, como el análisis de constitucionalidad de normas procesales por el Tribunal Constitucional mitigaba mucho la efectividad del proceso, frente a la demora y la acumulación del servicio traído a ese Tribunal, parte de la doctrina –ahí incluido Kirchhofpasó a sustentar que el juez ordinario podría decidir sobre la violación del derecho fundamental procesal

claro, incide sobre el Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). El legislador tiene deber de protección. La omisión normativa, de tal suerte, igualmente puede ser suprimida por el juez en la medida de la suficiencia mínima para la protección del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. El problema es que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva incide sobre el juez para permitirle tutelar los derechos – cualesquiera que sean ellos, fundamentales o no – de forma efectiva, o sea, para permitirle desempeñar *una función estatal de forma idónea*. O mejor aún, el deber de control de la insuficiencia, en este caso impuesto al juez, no le da el poder para emitir una decisión que *regule la situación substanciada entre privados*.

La relación del juez con los derechos fundamentales debe ser vista de manera particular cuando son considerados los derechos fundamentales procesales, especialmente el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Cuando el juez tutela un derecho fundamental material, suprimiendo la omisión del legislador, el derecho fundamental tiene *eficacia horizontal mediada por la jurisdicción*. No obstante, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, al incidir sobre la jurisdicción, *tiene por objetivo conformar su propio modo de actuación*²².

La jurisdicción toma en cuenta el derecho fundamental material para que este incida sobre los particulares, pero considera el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva porque su función debe ser cumplida de modo

por parte de la norma procesal. Tal discusión -subráyese- ocurrió antes de la reforma procesal del 2002. En ese año fue insertado en el ZPO (CPC alemán) el § 321.a, que trata del remedio por violación al derecho a ser oído. En esa nueva hipótesis, el juez puede entender que la parte recurrente tiene razón o que ocurrió una violación al derecho fundamental. No obstante, si el juez entendiera que no hubo violación, el remedio no tendría que ser necesariamente remitido al Tribunal Constitucional. Esto solamente ocurrirá si el juez ordinario llegara a la conclusión de que el tema tiene importancia, relevancia y, por estos motivos, debe ser apreciado por el Tribunal Constitucional. (ver RAGONE, Alvaro Pérez (2004): "El nuevo proceso civil alemán: principios y modificaciones al sistema recursivo", en: Revista de Direito Processual Civil (Vol. 32), pp. 357 y ss.). Se discute si el remedio debe limitarse al derecho a ser oído o debe alcanzar otros derechos fundamentales procesales (ver Vosskuhle, Andreas (2003): "Bruch mit einem Dogma: die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter", en: NJW, pp. 2193-2264; Müller, Friedrich (2002): "Abhilfemöglichkeitenbei der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach der ZPO-Reform", en: NJW, p. 2747; Kroppenger, Inge (2003): "Zum Rechtsschutzbereich der Rüge gemäss § 321 a ZPO", en: ZZP (Vol. 116), pp. 421-445). La decisión plenaria del Primer Senado del Tribunal Constitucional (BVerfG), del 30.04.2003, ordenó al legislador la demarcación de los límites presupuestos y detalles del remedio del § 321.a. Se afirmó que este parágrafo no consigue conciliar en la práctica la correcta distribución de tareas entre la justicia constitucional y la ordinaria y, así, confirió al legislador un plazo para corregir el defecto o la falla. Respondiendo a la orden del Tribunal Constitucional (BverfG), el Legislativo emitió la Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

²² El derecho a la tutela jurisdiccional debe ser visto como "un derecho de protección del particular a través de los Tribunales del Estado en el sentido de protegerlo ante la violación de sus derechos por terceros (deber de protección del Estado y *derecho* del particular de exigir esa protección)". (Canotilho, José Joaquim Gomes (2002): *Direito constitucional e teoria da constituição* (Coimbra, Almedina), p. 463).

que propicie el alcance de la tutela de los derechos, sean estos fundamentales o no. El derecho fundamental material incide sobre el juez para que pueda proyectarse sobre los particulares, mientras que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional incide sobre el juez para regular su propia función.

La decisión jurisdiccional funge de puente entre el derecho fundamental material y los particulares, al paso que los derechos fundamentales instrumentales o procesales son dirigidos a vincular el propio procedimiento estatal. En el primer caso, el derecho fundamental incide mediatamente sobre los particulares, al paso que, en el último, no se puede pensar en su incidencia —ni siquiera mediata— sobre los particulares. Tal derecho fundamental se destina únicamente a regular el proceder estatal y, por eso, su única eficacia es sobre el Estado, evidentemente directa e inmediata.

Percíbase que, en el caso de la eficacia mediada por el juez, el *contenido* de la decisión (la regla en ella fijada) incide sobre los particulares. En esa hipótesis, el derecho fundamental se proyecta sobre los sujetos privados. Se trata, por ende, de la eficacia sobre los particulares –y, así, horizontal– mediada por el juez y, por eso, es considerada mediata o indirecta. La eficacia vertical en relación al juez deriva del derecho fundamental material, el cual le confiere un deber de protección y acaba teniendo repercusión horizontal cuando se proyecta mediante la decisión sobre los privados.

Sin embargo, algo distinto sucede cuando se piensa en la incidencia del derecho fundamental de cara a los órganos estatales –que también es eficacia vertical– para el efecto de vincular su modo *de proceder y actuar*. En esa hipótesis, el derecho fundamental, aunque tenga por objetivo vincular el modo de actuación del Estado ante el particular, no se destina a regular las relaciones entre los particulares y, por eso mismo, no necesita ser mediado por el juez.

En realidad, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, al recaer sobre la actividad del juez, puede repercutir *lateralmente* sobre el particular, conforme el mayor o menor "grado de agresividad" de la técnica procesal empleada en el caso concreto. Pero nunca horizontalmente, una vez que ese derecho no se destina a regular las relaciones entre los sujetos privados.

En esa perspectiva, para evitarse la confusión entre la eficacia del derecho fundamental material objeto de la decisión judicial y la eficacia del derecho fundamental sobre la actividad del juez, debe ser hecha la distinción entre eficacia horizontal mediatizada por la decisión jurisdiccional y eficacia vertical con repercusión lateral, esa última propia de derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional. Mientras el derecho fundamental material incide sobre los particulares por medio de la decisión (eficacia horizontal mediada por el juez), el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional incide sobre la jurisdicción y repercute, lateralmente, sobre las partes. En el primer caso el juez actúa porque tiene el deber de proteger los derechos fundamentales materiales

y, así, suprimir la omisión de protección del legislador; en el segundo, porque tiene el deber de dar tutela efectiva a cualquier tipo de derecho, aunque la ley no le ofrezca técnicas adecuadas.

Cuando el juez no encuentra una técnica procesal idónea a la tutela del derecho y, así, puede hablarse de omisión o insuficiencia de regla procesal, él debe suprimir esta falta o insuficiencia con la mirada en las exigencias del derecho material que reclama protección. Al final, como esclarece Canotilho, el derecho de acceso a los tribunales -también reconocido por él como derecho a una protección jurisdiccional adecuada- es un derecho fundamental que carece de densificación a través de otros derechos fundamentales materiales²³. Lo que el derecho a la tutela jurisdiccional asegura a su titular es un poder (power) cuyo correlato es una situación de sujeción (liability)²⁴, o sea, el poder de exigir del Estado que lo proteja ante la violación de sus derechos. No se trata de un derecho a una acción u omisión determinada por parte del Estado o a un bien específico, pero sí a un ejercicio del poder del Estado cuyos contornos sólo serán definidos a la luz del derecho material del particular que reivindica protección. En rigor, se trata del poder de una persona de provocar a un órgano público para que este ponga en marcha el poder estatal de intervenir coercitivamente en la esfera jurídica de un tercero de manera adecuada para asegurar un derecho.

Ahora, si ya está pre-determinando cuál es el derecho a ser tutelado, condición que es presupuesta por el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional, y la discusión gira solo en torno a cuál es el medio adecuado para conferir efectividad a ese derecho, no hay controversia o duda sobre quién tiene derecho a qué, no hay problema interpretativo a ser solucionado o situación jurídica a ser esclarecida. No hay necesidad de justificar la intervención coercitiva del Estado en la esfera jurídica del particular. Eso ya está hecho. La cuestión que persiste trata respecto del modo de intervención, al medio por el cual el Estado debe actuar para preservar el derecho reclamado. En ese contexto, la duda sólo se coloca cuando existe más de un medio apto a satisfacer el derecho tutelado. No hay aquí debate sobre medios más o menos eficaces, simplemente porque un medio es plenamente eficaz y satisface el derecho protegido o no es plenamente eficaz y, entonces, no satisface el derecho protegido. Siendo necesario escoger entre diferentes medios aptos, teniéndose en cuenta que ninguna acción estatal puede ser arbitraria, incluso

²³ Canotilho, José Joaquim Gomes (2002): *Direito constitucional e teoria da constituição* (Coimbra, Almedina), p. 464.

²⁴ Adoptándose la terminología de Wesley Newcom Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning* (originalmente publicado en 1919).

cuando acarrea perjuicios, cargas o encargo a un particular, es necesaria la existencia de criterios para ello. El criterio aquí sólo puede ser el de la menor lesividad. Si existen dos formas posibles por las cuales el Estado puede cargar a un particular, alcanzando mediante todas ellas el mismo beneficio, obviamente la única forma no arbitraria de carga, entre estas, es aquella que impone el menor daño a la esfera jurídica del particular.

O sea, no es necesario sopesar el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional y el derecho de defensa. Esos derechos no entran en colisión. Cada uno de ellos incide en un plano distinto, sin que se produzca cualquier especie de antinomia. El primero exige la selección de un medio idóneo para la protección del derecho reivindicado; el segundo, la opción –en la hipótesis de existir diversos medios idóneos– de aquel que se muestre como el menos lesivo a la esfera jurídica del particular afectado²⁵.

En el caso de la eficacia horizontal mediada por la decisión jurisdiccional, la ponderación es hecha para que el derecho fundamental tenga eficacia sobre los particulares. Ya en el caso de la eficacia vertical con repercusión lateral no hay por qué hablar de ponderación o peso, pero sí de un test de adecuación –por el motivo de que el Estado se somete directamente al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional— y de un test de necesidad o lesividad mínima, toda vez que esa eficacia puede reflejarse o repercutir lateralmente sobre la parte.

Las definiciones de eficacia horizontal mediada por la jurisdicción y de eficacia vertical con repercusión lateral permiten que se comprenda la posibilidad de que la jurisdicción pueda suprimir la omisión del legislador en proteger un derecho fundamental material y en dar al juez instrumentos o técnicas procesales capaces de otorgar efectividad a la protección jurisdiccional de los derechos, sean fundamentales o no, sin que con ello se retire de la parte alcanzada por la actuación jurisdiccional el derecho de permitir que los derechos sean considerados en el caso concreto.

7. Legitimidad del raciocinio decisorio en el acto de suprimir la ausencia de técnica procesal

Tratándose de la insuficiencia de la previsión procesal o de la inexistencia de la técnica procesal adecuada al caso concreto, no bastará al juez demostrar el carácter de imprescindible de determinada técnica procesal no prevista en la ley, sino, también, será necesario que él argumente que la técnica procesal

²⁵ Marinoni, Luiz Guilherme (2013): *Teoria Geral do Processo*, Curso de Processo Civil, 7ª ed., (São Paulo, Ed. RT), V. 1, pp. 75 y ss.

identificada como capaz de dar efectividad a la tutela del derecho es la que trae menor restricción posible a la esfera jurídica del demandado²⁶.

En el caso de la omisión inconstitucional, la identificación de las necesidades de los casos concretos y el uso de las técnicas procesales idóneas para darles protección, obviamente deben ser justificadas. En verdad, el juez debe establecer una relación racional entre el significado de la tutela jurisdiccional en el plano sustancial (tutela inhibitoria, resarcitoria, etc.) y, de otro lado, las necesidades del caso concreto y la técnica procesal (técnica anticipatoria, sentencia ejecutiva, multa coercitiva, búsqueda y captura, etc.). En otros términos, debe demostrar que determinada situación de derecho material debe ser protegida por cierto tipo de tutela jurisdiccional y que, para que esa modalidad de tutela jurisdiccional pueda ser implementada, debe ser utilizada una técnica procesal precisa.

Antes de partir al encuentro de la técnica procesal adecuada, el juez debe demostrar las necesidades del derecho material, indicando cómo las encontró para el caso concreto, de manera que la argumentación relativa a la técnica procesal se desarrolla sobre un discurso de derecho material ya justificado. En ese caso existen dos discursos: un primer discurso sobre el derecho material y, otro, incidente sobre el primero, respecto del derecho procesal. El discurso de derecho procesal se presenta como un sobre-discurso o un meta-discurso, en el sentido de ser un discurso que recae sobre un previo discurso que le sirve de base para el desarrollo²⁷. El discurso jurídico procesal es, por ende, un discurso que tiene su base en un discurso de derecho material. Es cierto que la idoneidad de esos dos discursos se vale de los beneficios generados por la realización y por la observancia de las reglas del procedimiento judicial. Pero, aún así, no se puede dejar de percibir la nítida distinción entre un discurso de derecho material legitimado por la observancia del procedimiento judicial y un discurso de derecho procesal que, además de beneficiarse de las reglas del procedimiento judicial, se sustenta sobre otro recurso (de derecho material).

El discurso de derecho procesal o, precisamente, el discurso que identifica la necesidad de una técnica procesal no prevista en la ley, no representa amenaza alguna a la seguridad jurídica, en la medida en que se basa en un

²⁶ Marinoni, Luiz Guilherme (2013): *Teoria Geral do Processo, Curso de Processo Civil,* 7ª ed., (São Paulo, Ed. RT), V. 1, pp. 125 y ss.

²⁷ Esclarézcase que la terminología "metadiscurso" o "sobrediscurso" no significa que el discurso del derecho procesal sea un discurso acerca de las reglas del discurso que rigen la interpretación y la aplicación del derecho material. Este, en rigor, es un problema de la metodología del derecho o de la teoría del discurso jurídico. Aquí, la alusión al metadiscurso tiene un objetivo menos ambicioso: ella pretende demarcar que el discurso del derecho procesal opera en un plano diverso al material, sin que, no obstante, sea independiente de él.

discurso que se apoya en los hechos y en el derecho material. El discurso procesal objetiva atender una situación ya demostrada por el discurso del derecho material y no puede olvidar que la técnica procesal elegida debe ser la más suave, o sea, la que, tutelando el derecho, cause menor restricción posible al demandado.