

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO**

**“EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y SU
ENTORNO TEÓRICO CONSTITUCIONAL”**

M.Sc. DINA AZUCENA CERÍN MIRANDA

CHIQUIMULA, GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2018

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO**

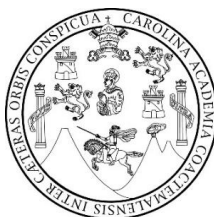
**“EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y SU
ENTORNO TEÓRICO CONSTITUCIONAL”**

Informe final de tesis para la obtención del grado de Doctora en Derecho, con base al Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el día dos de abril del año dos mil catorce.

M.Sc. DINA AZUCENA CERÍN MIRANDA

CHIQUIMULA, GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2018

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



RECTOR

MURPHY OLYMPO PAIZ RECINOS

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:	Ing. Agr. Edwin Filiberto Coy Cordón
Representante de Docentes:	M.Sc. José Leónidas Ortega Alvarado Lic. Zoot. Mario Roberto Suchini Ramírez
Representante de Graduados:	M.Sc. Oscar Augusto Guevara Paz
Representantes Estudiantiles:	P.C. Diana Laura Guzmán Moscoso M.E.P. José Roberto Martínez Lemus
Secretaria:	Licda. Marjorie Azucena González Cardona

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

JURADO EXAMINADOR

Presidente:	Ph.D. Melvin Giovanni Portillo Arevalo
Secretario:	Ph.D. Oscar Estuardo Paiz Lemus
Vocal:	Ph.D. Aníbal González Dubón

Asesora de Tesis: Ph.D. Jorge Mario Rodríguez Martínez

Guatemala, 5 de agosto de 2018

Maestro

Mario Roberto Díaz Moscoso

Director del Departamento Estudios de Postgrado

Centro Universitario de Oriente-CUNORI

Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Maestro Díaz:

El motivo de la presente es informarle que, en mi calidad de asesor respectivo, que he aprobado la tesis de Doctorado en Derecho de la Maestra Dina Azucena Cerín Miranda. El título de la tesis es: El derecho a la tutela judicial y su entorno teórico constitucional.

Dicha tesis defiende de manera competente las bases teórico-constitucionales de la tutela judicial dentro del Estado constitucional de derecho. Por razones históricas y sociales, este tema posee especial pertinencia en lo que, respecto al futuro del derecho latinoamericano, en general, y el guatemalteco, en particular. Este trabajo de doctorado muestra algunos de los caminos que se deben seguir para que la tutela judicial efectiva se consolide en Guatemala.

La disertación de la doctoranda Cerín Miranda se ubica dentro de los parámetros de calidad que se esperan de un trabajo de nivel doctoral. La estructura del texto refleja la solidez de un trabajo en el que existe un vínculo orgánico entre el problema, la hipótesis, objetivos y

conclusiones. La bibliografía es actualizada y pertinente. Por estas razones, el trabajo de la maestra Cerín Miranda constituye una contribución académica valiosa.

Este tema es de relevancia para nuestro contexto jurídico, especialmente en una época de continuas transformaciones. En este sentido, el trabajo de la maestra Cerín Miranda contribuye a la misión de la USAC de contribuir a la solución de los problemas nacionales.

En virtud de lo anterior, me permito entregar esta carta con el fin de que la interesada prosiga con los procedimientos establecidos en nuestra escuela a fin de que se nombre al respectivo tribunal examinado.

Sin otro particular me suscribo de Ud.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'JRM', with a large, stylized flourish extending to the right.

Dr. Jorge Mario Rodríguez Martínez

Asesor de Tesis

Centro Universitario de Oriente

Universidad de San Carlos de Guatemala.

CERTIFICACIÓN.ACTA.EPT.DEPG-44-2018

El Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, CERTIFICA: que ha tenido a la vista el Libro de Actas de Exámenes Privados de Tesis, del Departamento de Estudios de Postgrado, del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, doscientos cuarenta y uno y doscientos cuarenta y dos, donde se encuentra el Acta EPT veinticinco guion dos mil dieciocho (ACTA EPT-25-2018), que copiada literalmente dice:-----

"Acta EPT-25-2018: En el salón L-1 de las instalaciones del Centro Universitario de Oriente, nos reunimos los miembros del Jurado Examinador, integrado por: Doctor Melvin Giovanni Portillo Arévalo, (Presidente), Doctor Oscar Estuardo Paiz Lémus (Secretario) y Doctor Aníbal González Dubón (Vocal), el día sábado veinticinco de agosto de dos mil dieciocho (2018), siendo las siete horas, para practicar el **EXAMEN PRIVADO DE TESIS DOCTORAL**, de la **Maestra en Derecho Penal Dina Azucena Cerín Miranda**, (Postulante), inscrita con Registro Académico No. **100015188**, en el programa de **Doctorado de Doctorado en Derecho**, de esta Unidad Académica, como requisito previo a optar el grado de **Doctor en Derecho en el Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente**.-----

PRIMERO:Procedimos a efectuar el referido examen de conformidad con el **NORMATIVO DE TESIS DE MAESTRÍA Y DOCTORADO**, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el Punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el dos de abril de dos mil catorce y haber revisado que el informe de tesis cumple con lo establecido en el artículo sesenta y tres (63), Literal C, numeral uno (1) del Estatuto de la Universidad de San Carlos de Guatemala.-

SEGUNDO: El examen privado de tesis doctoral fue oral y consistió en la evaluación de los elementos técnico-formales y de contenido científico del informe final de la tesis intitulado: **"EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y SU ENTORNO TEÓRICO CONSTITUCIONAL"**, elaborado por el postulante Maestra en Derecho Penal Dina Azucena Cerín Miranda-----

-TERCERO: El resultado del examen fue **APROBADO POR UNANIMIDAD** de votos, por los miembros del Jurado Examinador. En fe de lo cual firmamos la presente acta, en el mismo lugar, siendo las ocho horas del día sábado veinticinco de agosto de dos mil dieciocho.-----



**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

Firmaron el acta Doctor Melvin Giovanni Porillo Arévalo, Doctor Oscar Estuardo Paiz Lémus, Doctor Aníbal González Dubón y Maestra en Ciencias Dina Azucena Cerín Miranda.

Para los efectos que a la interesada convengan, extiendo y firmo la presente en dos hojas de papel bond, en la ciudad de Chiquimula, el día veintiuno de septiembre de dos mil dieciocho.


M. Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

Director Departamento de Estudios de Posgrado

Centro Universitario de Oriente



D-TG-DDC-157/2018

EL INFRASCRITO DIRECTOR DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, POR ESTE MEDIO HACE CONSTAR QUE: Conoció el Informe Final de Tesis de la maestra DINA AZUCENA CERÍN MIRANDA titulado “EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y SU ENTORNO TEÓRICO CONSTITUCIONAL”, cumpliendo con lo establecido en el Capítulo III del Doctorado, Artículo 63 inciso c) numeral 3 del Estatuto de la Universidad de San Carlos de Guatemala y que cuenta con el aval de su Asesor y Coordinador del Departamento de Estudios de Postgrado de esta Unidad Académica. Por tanto, la Dirección del CUNORI con base a las facultades que le otorga las Normas y Reglamentos de Legislación Universitaria **AUTORIZA** que el documento sea publicado como **Informe Final de Tesis** a Nivel de Grado, previo a obtener el título de **DOCTORA EN DERECHO**.

Se extiende la presente en la ciudad de Chiquimula, a seis de noviembre de dos mil dieciocho.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Ing. Agr. Edwin Filiberto Coy Córdón
DIRECTOR
CUNORI - USAC



c.c. archivo

EFCC/lchp

DEDICATORIA

- A DIOS:** Toda la Honra y la Gloria.
- A MIS PADRES:** José Leonel Cerín y Elba Beatriz Miranda López
Por mostrarme el camino hacia la superación.
- MI HIJA:** Dina Andrea Rosa Cerín, por ser el motor que me
Impulsa para seguir adelante y enfrentar cualquier
adversidad con valentía.
- A MI SOBRINITA:** Nataly Alejandra por ser alegría en medio de las
situaciones difíciles que enfrento.
- A MIS HERMANOS:** Sarita y Leonel por ser los mejores hermanos con
los que Dios me ha bendecido, por su ayuda
incondicional.
- A MIS MAESTROS:** Dr. Rene Arturo Villegas Lara, por su enseñanza,
sus consejos y aportes, Dra. Blanca Odilia
Alfaro Guerra, Dr. Aníbal González Dubón,
Dr. Jorge Rodríguez por su ayuda e impulsarme
para seguir superándome.

A MIS AMIGOS:

Dra. Gabriela Patricia Portillo Lémus, Doctor Melvin Geovanni Portillo Arevalo y M.Sc. Olga Lucrecia Morales Aragón. Gracias por su amistad incondicional y ayuda para ver realizado este sueño.

AL CUNORI:

Por haber abierto sus puertas y darme la oportunidad de culminar con éxito los estudios académicos.

A MIS AMIGO:

Con cariño, especialmente a mi amigo M.sc. Edgar Haroldo Hichos Flores.

ÍNDICE

CONTENIDO	PÁGINA
INTRODUCCIÓN	iv
CAPÍTULO I	
LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	
1.1 La tutela judicial efectiva dentro del marco constitucional de Derecho	5
1.2 La concepción ampliada de la tutela judicial efectiva	13
1.3 El surgimiento del Estado constitucional de Derecho	15
1.4 La crisis del Estado constitucional de Derecho	28
1.5 El retroceso de las garantías individuales y sociales	29
CAPÍTULO II	
LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DENTRO DEL SISTEMA DE GARANTÍAS JURÍDICAS	
2.1 Derechos, garantías y tutela jurisdiccional	36
2.2 La naturaleza de los derechos	37
2.3 Los derechos fundamentales	39
2.4 El concepto de garantía	42
2.5 La tutela judicial efectiva: una garantía de garantías	46
2.6 Dimensiones de la tutela judicial efectiva	51
2.6.1 Las dimensiones lógicas de la tutela judicial	52
2.6.2 La dimensión sociológica del derecho a la tutela judicial efectiva	58

2.6.3	Las dimensiones axiológicas de la tutela judicial efectiva	64
2.7	Ámbitos de la tutela judicial efectiva	68
2.8	La tutela judicial efectiva y el cambio de institucionalidad	69
2.9	Jurisdiccionalidad y división de poderes	71

CAPÍTULO III

EL MAL USO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

3.1	El abuso de los derechos y la tutela judicial efectiva	78
3.2	La subjetividad de las decisiones jurisdiccionales	86
3.3	Los ilícitos atípicos	87
3.4	La violación de la tutela judicial efectiva en el ámbito constitucional	94
3.5	La problemática general del derecho en Guatemala	100
3.6	Dificultades doctrinales para la tutela judicial efectiva	106

CAPÍTULO IV

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL CAMPO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

4.1	El surgimiento de la gobernanza no democrática	117
4.2	Métodos alternativos de resolución de conflictos	123
4.3	La tutela judicial efectiva en el derecho laboral contemporáneo	126
4.4	La tutela judicial efectiva en el ámbito penal	129
4.5	La tutela judicial en el campo administrativo	133
4.6	La tutela judicial efectiva en el ámbito civil	136
4.7	La tutela judicial efectiva en el campo del derecho ambiental	139
4.8	Las debilidades generales de la tutela judicial de los derechos sociales	142

4.9	El acceso a la justicia	147
	CONCLUSIÓN	152
	BIBLIOGRAFÍA	155

INTRODUCCIÓN

El derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho. La organización del poder público de modo que quede garantizada la justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la justicia existe con independencia a que figure en las Declaraciones de Derechos Humanos y Pactos internacionales, constituciones y leyes de cada Estado.

Como los demás derechos humanos es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser personas. Los ordenamientos positivos se limitan a recogerle, como recogen otros principios del Derecho natural al lado de los principios políticos tradicionales.

El derecho a la tutela judicial efectiva es aquel por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización. El calificativo de efectiva que se le da añade una connotación de realidad a la tutela jurisdiccional llenándola de contenido. Derechos como: el derecho a acceder a los tribunales, el derecho a un proceso de garantías, el derecho a una resolución fundada en derecho, (motivación necesaria, razonable, exhaustiva y congruente), el derecho a los recursos legalmente previstos, el derecho a la

efectividad de la resolución son parte de la esfera que incluye la tutela judicial efectiva de las personas, cabe aclarar que el derecho a la tutela judicial efectiva no hace exigible una resolución favorable a los intereses de quien pide la tutela.

La tutela judicial efectiva podemos definirla entonces como la manifestación constitucional de un conjunto de instituciones de origen eminentemente sustantivo, cuyo propósito consiste en cautelar el libre, real e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas vigentes o la creación de nuevas situaciones jurídicas, que culmine con una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia, susceptible de ser ejecutada coercitivamente y que permita la consecución de valores fundamentales sobre los que se cimienta el orden jurídico en su integridad.

Sin embargo, no es suficiente que este derecho este reconocido expresamente en los textos constitucionales, pues la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste en su protección procesal, para lo que es preciso distinguir entre los derechos y las garantías de tales derechos, que no son otra cosa que los medios o mecanismos procesales a través de los cuales es posible su realización y eficacia. Es por ello que muchas veces se reclaman nuevas formas procesales que aseguren, fundamentalmente, una tutela jurisdiccional pronta y eficiente.

El problema planteado previamente al inicio de la investigación se formuló del modo siguiente: ***¿Puede darse la existencia de una tutela judicial efectiva que no solo se limite al aspecto procesal, sino fundamentalmente, al aspecto material, en el sentido de resolver la pretensión planteada dentro del Estado Constitucional de Derecho?***

Mientras que la hipótesis planteada ante tal problema fue la siguiente: ***“Si, puede existir la tutela judicial efectiva antes del proceso y durante él en un Estado Constitucional de Derecho. En el primer caso se sostiene que aun cuando el ciudadano no tenga un conflicto concreto ni requiera en lo inmediato de un órgano jurisdiccional, el Estado debe proveer a la sociedad de los presupuestos materiales y jurídicos indispensables para que el proceso judicial opere y funcione en condiciones satisfactorias. Así, debe existir infraestructura (locales y equipos) adecuados y suficientes para una óptima prestación del servicio a la justicia. En el segundo caso, esto es durante el proceso la tutela judicial efectiva debe verificarse en todos sus momentos, acceso, debido proceso, sentencia de fondo, doble grado y ejecución de sentencia. Se trata entonces del derecho al proceso y el derecho en el proceso”.***

El trabajo de investigación se dividió en cuatro capítulos presentados de manera deductiva, en los que paso a paso se trata de desarrollar el tema planteado:

En el primer capítulo se desarrolla el tema de la tutela judicial efectiva dentro del Estado Constitucional de Derecho, buscando situar este concepto dentro de la evolución del Estado constitucional de Derecho, en cuyo sistema normativo se presta particular significancia a la función jurisdiccional, como instancia que custodia el pleno sentido axiológico de dicho derecho.

El segundo capítulo se desarrolla el tema de la tutela judicial efectiva dentro del sistema de garantías jurídicas, la tarea que se propone este capítulo es alcanzar una comprensión más profunda de la tutela judicial efectiva, de manera que sea posible identificar su naturaleza conceptual y así poder identificar sus potenciales problemas, su buen uso y la forma en que puede ser efectiva dentro de un sistema constitucional de Derecho.

El tercer capítulo se dirige a comprender los fallos estructurales que se encuentran detrás de la tutela judicial efectiva. Se hace especial énfasis en los problemas del abuso de derechos, con particular énfasis en la noción contemporánea de “ilícitos atípicos” que ha sido desarrollada por los juristas españoles Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Se identifican desafíos doctrinales a la tutela judicial efectiva que surgen en la actualidad, a partir de estas consideraciones, se le dedica especial atención a la configuración problemática de la tutela judicial en el ámbito jurídico guatemalteco.

El cuarto capítulo se dirige a examinar algunas debilidades del actual uso de la tutela judicial efectiva. Se brinda especial atención a la forma en que dicha tutela

retrocede en las diferentes ramas del derecho, especialmente tomando como referencia el advenimiento de la denominada “gobernanza”, como modelo de gobierno contemporáneo en el cual se asumen, sin mayor justificación, que las decisiones soberanas de una nación deben ceder su espacio a las directivas que emanan de los poderosos agentes internacionales, como es el caso de las instituciones financieras internacionales. También se analizan las consecuencias negativas que trae consigo la popularización de los arbitrajes y resolución alternativa de los conflictos, procedimientos que se sustraen a la necesaria tarea del juez llamado a garantizar la tutela jurisdiccional de los derechos.

Al final del trabajo se presenta una conclusión general en la que es posible distinguir las diferentes estrategias por las que se debe transitar para lograr una recuperación del potencial positivo de la tutela judicial efectiva. Estas conclusiones ofrecen perspectivas para otros trabajos que busquen profundizar en el conocimiento de la tutela judicial efectiva.

CAPÍTULO I

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

La tutela judicial efectiva es uno de los derechos fundamentales de las personas dentro del régimen constitucional de Derecho. En efecto, nada puede servir tanto a la consolidación de este sistema o régimen, como los institutos procesales que realizan los principios que inspiran el modelo constitucional de Derecho, el cual surge en la conciencia de la humanidad después de las dos guerras mundiales que acontecieron en el siglo recién pasado. En este sentido, la misma idea de procesos jurídicos basados en la constitución axiológica, realiza la opción de resolver los conflictos sociales y jurídicos a partir de un conjunto de principios racionales y morales, de común aceptación social y cultural, lo que a su vez significa la expulsión de la fuerza y la arbitrariedad del ámbito del Estado. Es la tutela, en pocas palabras, un elemento institucional fundamental para realizar el anhelo de justicia de las sociedades contemporáneas.

De manera un tanto paradójica, este objetivo de realizar el derecho constitucional a partir de procesos dotados de racionalidad moral, particularmente importante en una época en la que cada vez se reconoce con mayor urgencia la progresiva erosión de los derechos fundamentales cuyo reconocimiento, como ya se enfatizó, marca el desarrollo del derecho en el período a la Segunda Guerra Mundial. El progresivo avance en el reconocimiento integral, y valga decir concreto, de los derechos humanos, ha sido bloqueado no sólo por las falencias de cada sociedad y

cultura jurídica, sino también, y ahora especialmente, por las variadas estrategias que han adoptado los poderes de la ortodoxia económica que rige la vida de la mayor parte de países.

La situación de los derechos humanos, en general, y los derechos fundamentales reconocidos en constituciones, en especial, que como lo dice, de manera contundente, el constitucionalista y político italiano Stefano Rodota:

“Hay derechos que vagan sin tierra por un mundo global en busca de un constitucionalismo, también global, que les ofrezca anclaje y garantías. Huérfanos de un territorio en el que echar raíces y de una soberanía nacional a la que confiar su tutela, van por un mundo sin confines en el que actúan unos poderes al parecer incontrolables.”¹

En la actualidad, en efecto, las garantías que alguna vez se pusieron en práctica a punto para asegurar los derechos individuales y colectivos han sido desmontadas de una manera que hubiese sido imposible imaginar apenas hace algunas décadas. Los jueces se ven presionados a no seguir de manera estricta las garantías judiciales para emitir determinado número de sentencias o a juzgar a los detenidos en función de criterios actuariales (riesgo, probabilidades, peligrosidad, etc.). Algunos conflictos, laborales, por otro lado, se privatizan a través de métodos de resolución de

¹ Stefano Rodota, *El derecho a tener derechos*, traducción de José Manuel Revuelta López, Madrid, Trotta, 2014, p. 11.

conflictos, dejando en el limbo la cuestión de los derechos laborales y sus garantías, los cuales habían sido protegidos por la figura del proceso jurisdiccional garantista.

De este modo, prácticas jurídicas como la extinción de dominio, aunque justificadas hasta cierto punto, parecen hacer a un lado la garantía constitucional de presunción de inocencia. Así mismo, se acude al derecho penal, y a la prisión provisional, como primera medida cuando antes se asumía que el derecho penal constituía la *última ratio*. Por último, y central para las tesis de esta investigación, la comprensión de las figuras jurídicas se distorsiona, haciendo que la maquinaria jurídica funcione de manera anómala, muchas veces justificando medidas que van claramente contra el más básico sentido de justicia.

Es de lamentar que el discurso de los derechos humanos o fundamentales, la insistencia de lograr su protección constitucional, hayan terminado por ser impotentes de impedir el progresivo desmantelamiento de las salvaguardas institucionales que protegen los derechos humanos. El reconocimiento de esta verdad no constituye, sin embargo, un motivo para abandonar la lucha por la profundización de las conquistas jurídicas. El discurso y la práctica de los derechos humanos siguen siendo importantes para evitar el crecimiento de la brecha de desigualdad, para cancelar la posibilidad de genocidios, para evitar el deterioro ambiental, en pocas palabras, para eludir el camino que lleva al colapso de la civilización global, proceso que, a pesar de las múltiples advertencias que se han lanzado, parece estar sujeto a un ritmo imparable.

Las preguntas son claras: ¿Por qué las violaciones de los derechos humanos no desaparecen, sino más bien se incrementan, en una época como la nuestra? ¿En dónde radican las dinámicas sociales a través de las cuales los derechos fundamentales son distorsionados o eludidos? Para responder a todas estas preguntas, el tema de las garantías, y especialmente el de la tutela judicial efectiva, tema de investigación de este trabajo, ofrece respuestas, y también sugerencias para la reflexión. Se trata de reconstruir un Estado constitucional de Derecho que se encuentra en crisis, y que necesita de esfuerzos teóricos para hacerlo recuperar su genuina significatividad. En este contexto, el análisis integral de la función jurisdiccional debe ayudar a entender cómo pueden protegerse los derechos fundamentales en una época en la cual predomina la más inaceptable inequidad, y porque no decirlo, iniquidad en el mismo corazón del ejercicio jurídico en general.

Este capítulo se ocupa de investigar el marco jurídico dentro del cual la noción de tutela judicial efectiva debe funcionar para cumplir sus importantes funciones. Lo hace dentro de la estructura normativa que nos ofrece el Estado constitucional de Derecho en diferentes países y regiones del mundo. Además, lo hace con la vista puesta en poner de manifiesto las áreas en donde radica la progresiva inutilización de este principio, lo cual implica señalar las áreas en que las fallas del Estado constitucional de derecho se hacen más notorias. Se busca, en todo caso, una aproximación inicial a la naturaleza integral de la tutela judicial efectiva, para que esta pueda alcanzar su objetivo como figura central de los procesos judiciales destinados a consolidar el Estado constitucional de Derecho.

1.1 La tutela judicial efectiva dentro del marco constitucional de Derecho

Dentro del espíritu jurisdiccional que anima el paradigma constitucional de Derecho, y respondiendo, no sólo al fenómeno de la multiplicación de los derechos humanos, sino al de la creciente complejidad de estos, ha ganado preeminencia el Derecho a la tutela judicial efectiva, la cual, refleja una necesidad de naturaleza estructural en el Estado constitucional de Derecho. Este ideal, en términos generales, surge de la conciencia de que el sistema constitucional de derecho debe ser algo más que un conjunto de compromisos normativos. El Derecho debe brindar remedios legales para aquellas personas o grupos que ven conculcados sus derechos fundamentales. Por esta razón, no debe extrañar que el jurista español Luis Díez-Picazo llegue a calificar a este derecho como “derecho-estrella” del actual ordenamiento jurídico español.²

En términos generales, este Derecho busca impedir la indefensión en el Estado Constitucional de Derecho; su objetivo es garantizar que siempre habrá un proceso disponible para aquéllos que sienten que sus derechos han sido vulnerados, o para los que han sido víctimas de una acción que niega estos derechos. En consecuencia, este derecho tiene como objeto garantizar el acceso a la justicia, especialmente en las dimensiones procesales de la función jurisdiccional, dentro de

² Luis Díez-Picazo, “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, Artículo publicado por el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEL REINO DE ESPAÑA en *Revista del Poder Judicial*, nº 5, Marzo 1987, disponible en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista010/tutela%20judicial%20efectiva.htm> (última consulta el 19 de enero de 2016).

un ordenamiento jurídico que se declara comprometido con los derechos fundamentales, discurso que recoge la noble aspiración de los derechos humanos.

Como se verá, este Derecho se acomoda con la naturaleza moral del ámbito constitucional, porque, en efecto, trata de llevar a cabo, de realizar, de hacer concreta, la promesa de los derechos reconocidos a los sujetos. Pero su naturaleza va mucho más allá, dado que, se argumentará más tarde, al ser un derecho procesal puede vincularse con el proceso de búsqueda de justicia en general, en otras palabras, lo que se denomina el derecho de acceso a la justicia.

El derecho a la tutela judicial efectiva no es radicalmente nuevo, dado que recoge sentidos que han estado presentes a lo largo de buena parte del desarrollo del derecho occidental, como puede notarse por el hecho de que el concepto de “acción” se encuentra ya en el derecho romano. Esta razón explica quizá la notable importancia que le es concedida. A decir de José Garberí Llobregat (2009), cuyo estudio será citado varias veces en este trabajo,

“la acción, el derecho de acción y la tutela judicial efectiva, no son, pues, sino manifestaciones de un mismo fenómeno, a saber: el reconocimiento de la posibilidad que asiste a los ciudadanos de instar al poder público la resolución de los conflictos en que se hallen involucrados, ante la prohibición jurídica que pesa sobre ellos de que

*los resuelvan por sí mismos, arbitrariamente o mediante el uso de la fuerza”.*³

Al situarnos en la época contemporánea resulta evidente que la tutela judicial efectiva tiene su fundamento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En efecto, el Art. 8 de dicho documento fundamental establece lo siguiente: *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”* Por esta razón, este principio se hace presente en la el Art. 24.1 de la Constitución italiana (1947) y en el Art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn (1947).

Resulta natural, pues, que el Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (una de las concreciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos) afirme, en su sección tercera:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

³José Garberí Llobregat, **Constitución y derecho procesal**: Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal, Navarra, Editorial Civitas, 2009, p. 116.

- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;*
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

En el contexto hispanoamericano, la figura de la tutela judicial efectiva esta prevista, en el art. 24 de la Constitución española promulgada en 1978. En efecto, en el primer inciso, el artículo respectivo establece que: *“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.”*

A su vez, en el segundo inciso de dicho artículo, el cual apoya y desarrolla al primero, se especifican algunos de los contenidos de tal derecho, los cuales ya denotan la amplitud de este:

“Todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por

razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

Como es de esperar, este derecho goza de especial protección en el contexto europeo. En efecto, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el art.13, se estipula el “Derecho a un recurso efectivo”, el cual se especifica en los siguientes términos:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

Se debe reconocer, en virtud de tales documentos, que tal principio se encuentra implícito en el derecho al debido proceso y el respectivo marco de derechos humanos que se regula dentro de la jurisprudencia europea. De este modo, este principio aparece en el art. 24 de la Constitución italiana (1947) y la Ley Fundamental de Bonn (en los arts. 19.4, 101.1 y 103. 1).

Según el jurista mexicano, Fix Zamudio, referido por Balaguer, la idea que subyace a la tutela judicial efectiva es que la función más fuerte para la garantía de

los derechos, es su observancia procesal.⁴ Esto supone, desde luego, la realización de un proceso jurisdiccional protegido por todas las garantías. En este sentido, se suele reconocer que dicho principio recibe una consideración especial en el derecho penal y, como tal, constituye el precepto más usado en la jurisprudencia constitucional (opinión consistente con el carácter de “derecho estrella” que, como hemos visto arriba, le ha atribuido a dicho derecho el jurista Luis Díez-Picazo.⁵

En América Latina este derecho se encuentra reconocido explícitamente dentro de algunos países. En el caso de Guatemala, que se apoya en determinadas provisiones de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, ha recibido una sanción explícita a través de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad. En efecto, el Decreto 7-2011 del Congreso de la Republica reforma el Código Procesal Penal, para establecer, de manera taxativa, que: *“La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva...”* En esta dirección, el jurista guatemalteco Manuel Duarte Barrera selecciona el siguiente párrafo de un expediente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, el cual nos brinda elementos que después nos ayudarán a extender el verdadero significado de dicho principio:

“La debida tutela judicial consiste en la garantía que al justiciable asiste, de acceder en condiciones de igualdad a los tribunales de justicia, con el objeto de solicitar de estos la reivindicación (tutela) de derechos e

⁴ Francisco Balaguer et al, *Derecho fundamental*, Vol. 2, Madrid, Tecnos, 1999, p. 198.

⁵Ibíd., pp. 198-199.

intereses legítimos. El acceso a este derecho y la efectividad del mismo, se dan por medio de un debido proceso, que debe culminar con la emisión de una decisión judicial que, observando de manera estricta este, resuelva la viabilidad o inviabilidad de la pretensión deducida. Por medio de una tutela judicial debida, el justiciable obtiene de manera legítima una resolución judicial que da respuesta al fondo del asunto, la que para ser válida constitucionalmente y no incurrir en arbitrariedad, debe emitirse con la pertinente fundamentación jurídica, y la debida congruencia de la decisión con lo pedido y aquello que consta en las actuaciones judiciales” Exp. 1143-2012, Derecho de Defensa.⁶

Por otro lado, debe mencionarse que la tutela judicial efectiva puede manejarse a diversos niveles jurisdiccionales, es decir, su efectivo funcionamiento supone la escalera de instancias que componen el proceso jurídico, tal y como este se perfila en el derecho constitucional moderno. Como se sabe, esta escalera procesal conlleva la referencia a órganos internacionales de derechos humanos, como el caso de las cortes internacionales. Desde luego, este principio se hace más evidente al nivel de los derechos humanos.

Puesto que se trata de derechos fundamentales que han sido reconocidos a través de tratados y convenios, su protección también puede lograrse con órganos

⁶ Manuel Duarte Barrera, presentación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2012, <http://www.cc.gob.gt/ijc/DocumentosIJC%5CFeb2013%5CJurisprudenciaDerechosIndividuales.pdf> (último acceso, 18-9-15).

internacionales como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, situada en Costa Rica, y cuya jurisprudencia cada vez gana mayor importancia a través del principio de convencionalidad, que, quizás llegue a ganar mayor protagonismo en Guatemala, proveyendo guías jurisprudenciales y normativas para resolver los importantes casos que han ido surgiendo en la vida nacional en los últimos años.

En ese sentido debe mencionarse que el Art. 25 de la Convención Interamericana de Derecho Humanas, el cual determina taxativamente la naturaleza de la protección judicial:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Se debe indicar, pues, en una primera aproximación, el lugar que cumple este principio dentro de la arquitectura del Estado constitucional de Derecho y dentro del orden democrático regional. Este derecho es, por decirlo así, el principio procesal fundamental del Estado constitucional de derecho, en virtud de que trata de proveer un remedio jurídico para los atropellos o inobservancia de derechos, especialmente los fundamentales.

1.2 La concepción ampliada de la tutela judicial efectiva

Ahora bien, surge un aspecto esencial que muestra la necesaria amplitud del derecho a la tutela judicial efectiva. Este aspecto, desde mi punto de vista, surge de la profunda influencia de la sociología jurídica en el pensamiento jurídico contemporáneo. En efecto, el inciso c del art. 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, compromete a los Estados a “desarrollar las posibilidades de recurso judicial”. A nuestro entender, este compromiso conlleva la tesis de que la tutela judicial efectiva trasciende el campo del derecho procesal para plantear los problemas más generales del acceso a la justicia. En el ejercicio real del derecho no puede haber tutela judicial efectiva sin acceso a la justicia; y aunque exista una diferencia entre ambos procesos, no puede garantizarse la primera sin la segunda, razón por la cual la tutela judicial efectiva debe incluir el acceso a la justicia.

Este punto ha sido reconocido por autores destacados en el campo, y debe tomarse en cuenta para mostrar la desfiguración y alcance limitado de esta noción en el contexto jurídico moderno. El doctor Carlos Calderón, sostiene que: “*no puede hablarse de Tutela Judicial Efectiva cuando no se proporcione de medios técnicos de acceso a la justicia [que] no se encuentren al alcance de cualquier ciudadano, sujeto activo o pasivo*”.⁷ En efecto, nada afecta más a los derechos humanos que su falta de anclaje en la realidad social; no existe dicho derecho si no se toman en cuenta los limitantes sociales que hacen que mucha gente no tenga acceso a la justicia. Como lo hace ver el jurista Garberí Llobregat:

“Si el derecho a la tutela judicial efectiva presenta unos contenidos plurales que se desenvuelven a lo largo del proceso de declaración, y aún se extienden también al de ejecución, es evidente que el presupuesto del ejercicio y observancia de todos ellos ha de ser, obviamente, el *derecho de acceso a los tribunales de los sujetos que invoquen la lesión de un derecho subjetivo o de un interés legítimo controvertido*”. Pues, como es natural, no resulta jurídicamente posible ejercitar cualesquiera otros derechos integrantes del genérico derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE [Constitución española] si, con anterioridad, no se ejercita debidamente *el derecho a acceder a los*

⁷ Carlos Abraham Calderón Paz, *La garantía de la tutela judicial efectiva*, tesis doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2012, p. ix.

*órganos judiciales para plantear ante ellos la correspondiente pretensión procesal.*⁸(Las itálicas son del texto de Garberí Llobregat)

En este sentido, para comprender la estructura lógica de la tutela judicial efectiva es necesario examinar, en términos generales, la naturaleza del Estado constitucional de Derecho. Esta esencia puede capturarse con una descripción sucinta del surgimiento del mismo. En efecto, este modelo de sistema jurídico se empeña en hacer realidad las motivaciones morales más profundas que se encuentran en valores como la justicia, la igualdad, la libertad y el bien común. En tal dirección, la tutela judicial efectiva es más consistente con un sistema basado en la primacía de los derechos fundamentales que con otros modelos jurídicos, tal como el del Estado legislativo de derecho. En efecto, la tutela judicial efectiva asume desde el principio una opción por el protagonismo de los jueces como garantes últimos de los derechos fundamentales.

1.3 El surgimiento del Estado constitucional de Derecho

Como se ha dicho arriba, para comprender la naturaleza de la tutela judicial efectiva, es necesario captar la esencia del Estado constitucional de Derecho. En este modelo se privilegia la subordinación del Estado a las disposiciones contenidas en el texto constitucional, el cual, a su vez, construye la ciudadanía en función de la titularidad de derechos fundamentales, los cuales muchas veces no son exhaustivamente reconocidos en la Constitución, pero que, en todo caso, establecen

⁸ Garberí Llobregat, Op. Cit., pp.133-134.

el marco dentro del cual se va a desarrollar el sistema jurídico.⁹ La textura abierta del texto constitucional hace ver que el reconocimiento de derechos es progresivo; el desarrollo de la ciencia médica, para poner un ejemplo, asume que se pueden identificar más derechos, como el de derecho a un trasplante, a un nuevo tratamiento, etc.

Este aspecto ya muestra las dificultades que trae consigo la interpretación constitucional, en donde muchas veces es necesario ir más allá de la letra de un texto constitucional. Dado que no todo puede estar escrito es siempre necesario acudir a la interpretación. Este punto afecta principalmente a la función jurisdiccional, ámbito en donde se dilucidan pretensiones opuestas de acuerdo con un proceso jurídico que debe garantizar los derechos de las partes, así como un resultado justo para el conflicto en cuestión.

Es una opinión bastante compartida que el Estado constitucional de derecho representa una de las más importantes conquistas de la reflexión jurídica de nuestro tiempo. En el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), se considera “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”. Después de la trágica experiencia del hitlerismo y el genocidio puesto en marcha por los nazis, se considera necesario

⁹Por ejemplo, la novena enmienda de la Carta de Derechos de la Constitución de los Estados Unidos de América afirma que “No se interpretará la enumeración en la Constitución de ciertos derechos para negar o menospreciar otros derechos retenidos por el pueblo.”

asumir que los seres humanos tienen derecho a vivir en un régimen que proteja sus derechos, en un sistema en el cual se garanticen acciones jurídicas en las que los ciudadanos reclamen la protección de sus derechos o remedios cuando se da la vulneración de estos. Este mandato mundial se ha realizado en la progresiva constitucionalización de los regímenes de derecho a lo largo y ancho de todo el mundo, aun cuando muchas veces el compromiso sea sólo en el papel.

A pesar de sus altruistas motivaciones, este movimiento aún debe hacer mucho para proteger los derechos humanos.¹⁰ Es necesario, estudiar el contexto histórico reciente de la constitucionalización del derecho para entender las barreras que dificultan la plena vigencia de los valores y derechos fundamentales en las diversas sociedades. En un contexto de general desconocimiento o desprecio de los derechos fundamentales el derecho a la tutela judicial efectiva no puede consolidarse. En este sentido, la reflexión histórica y la sociológica dejan en claro las posiciones sociales que se encuentran detrás de toda práctica y conceptualización jurídica, especialmente en un campo que, como el del derecho, registra tantos intereses sociales en juego, y en el que se refleja, por tanto, el poder e influencia de los distintos actores sociales.

Actualmente vivimos una época que, a pesar de la crisis de legitimidad que azotan a tantas sociedades alrededor de todo el mundo, todavía le gusta verse a sí

¹⁰ Es conveniente mencionar que la locución “derechos fundamentales” adquiere diferentes connotaciones con diversos autores. A veces se hace referencia a los derechos humanos más importantes, los verdaderamente fundamentales; en otras ocasiones, se indican los derechos humanos consagrados constitucionalmente. En este trabajo, usaremos dicha expresión en el primer sentido, como los derechos fundamentales que reclama la dignidad humana.

misma como la “Edad de los Derechos” para usar la expresión que, de manera optimista aunque no irreflexiva, forjara hace varias décadas el siempre actual jurista italiano Norberto Bobbio.¹¹ Consistente con su enfoque positivista, Bobbio reconocía el valor de los derechos humanos, sugiriendo que la cuestión crucial, no era fundamentarlos sino practicarlos. Desde luego, tal visión optimista era adoptada de manera reflexiva por Bobbio, pensador que también vislumbró en *El futuro de la democracia*, los problemas que asediaban a la democracia liberal, entre estos, problemas que ganan cada vez mayor actualidad como lo es la descomunal influencia de las clases oligárquicas, el escándalo de la corrupción y el problema de la población sin educación.¹²

Lo que Bobbio quería enfatizar es que en lugar de ocuparnos de fundamentar los derechos humanos se debe luchar porque estos se realicen en la realidad. Esta sugerencia implica, desde luego, un recordatorio acerca de la importancia del aspecto procesal en un régimen basado en un texto constitucional basado en los derechos humanos. En esta dirección, las garantías, como eje fundamental de un sistema jurídico determinado; constituyen los mecanismos necesarios para que el derecho cumpla con la función reguladora de la conducta de las personas.

Cabe apuntar que la importancia de la tutela judicial efectiva se vincula con la preeminencia de la jurisdicción en el Estado constitucional de derecho. Este

¹¹ Norberto Bobbio, *El tercero ausente*, traducción de Pepa Linares, Madrid, Cátedra, 1997.

¹² Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, tercera edición, traducción de José F. Fernández Santillán, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001. Pág. 25.

ordenamiento jurídico se había desarrollado a partir de la crisis del Estado legislativo de derecho que había dominado durante el siglo XIX, especialmente a partir de los desarrollos que se dieron a partir de la Codificación de Napoleón (1804). En este contexto, siguiendo las opiniones de Montesquieu, se hacía lo que la ley decía y el juez, en consecuencia, se veía como simple “boca de ley”. En este modelo, la tutela judicial efectiva simplemente no ataba a un juez que sólo tenía que subsumir el hecho concreto debajo de la ley general.

En este sentido, Luis Prieto Sanchís demuestra cómo el concepto de “voluntad general”, producto de las reflexiones filosóficas de Jean Jacques Rousseau, dio lugar a que se diera primacía a la ley como expresión de tal voluntad, dejando de lado las potencialidades de la Constitución.¹³ En efecto, el error no podía entrar en una comunidad que nunca se iba a dañar a sí misma; la voluntad general no afectaba negativamente a sus miembros. En el Estado de derecho legal, como lo especifica el autor argentino Rodolfo Luis Vigo,

“La voluntad general que había imaginado Rousseau se canalizaba a través del Poder Legislativo y, por ende, cabía confiar en la infalibilidad de la ley como en su justicia, y previsión de las soluciones para todos los casos que podían presentarse. Así el Código Civil francés no incluye mecanismos de integración dado que la posibilidad de lagunas

¹³ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, segunda edición, Madrid, Trotta, 2009, especialmente primer capítulo.\

era incompatible con la presunción de aquel legislador cuya voluntad era incapaz de equivocarse en algún sentido.”¹⁴

Ahora bien, es de conocimiento general cómo este desarrollo doctrinal fue desembocando en un positivismo extremo que iba perdiendo poco a poco el espíritu axiológico que había animado a los revolucionarios franceses en una gesta social y política gloriosa que, lamentablemente, concluyó en un terrible baño de sangre. En este sentido, y aunque situado en la línea del desarrollo kantiano, Hans Kelsen plantea una visión del derecho, cuya pureza deja de lado cualquier referencia a factores morales, que quedan condenados por su ineludible relatividad. En términos generales, esta expulsión de la moral del derecho contribuyó al acceso “legal” de Hitler al poder, aun cuando Kelsen mismo fuese un parlamentarista democrático.

De este modo, después de la experiencia de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, hechas posibles por los silencios de la “legalidad” nazi, se incrementó la conciencia universal de que el ser humano no podía vivir en sociedades que no respetaran y protegieran la dignidad humana. La mejor manera de articular jurídicamente esta dignidad era expresarla a través de derechos humanos que emanan de ella. Es el tiempo en el cual el gran filósofo del derecho alemán Gustav Radbruch, quien inspira a pensadores modernos como Robert Alexy, efectúa un giro brusco para abandonar su anterior positivismo, afirmando que “la injusticia extrema no es derecho”. Como lo afirma Vigo:

¹⁴ Rodolfo Luis Vigo, *Constitucionalización y judicialización del derecho: del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, México, D. F., Porrúa, 2013, p. 5.

“Testimonios como los de Radbruch en Alemania sirven para mostrar biográficamente todo lo que cambió después de la experiencia del “mal radical”; en los escritos radbruchianos posteriores a su retorno a Alemania caído el nazismo, pueden leerse las acusaciones al positivismo jurídico de haber insensibilizado la conciencia de los juristas y la necesidad de incluir en el análisis de validez jurídica la dimensión ética de manera que frente a la ‘injusticia extrema’ ya no había derecho.”¹⁵

Esta experiencia, traumática y atroz, había afectado a la región que había liderado la modernidad jurídica, esto es, la paradigmática Europa, la cual había caído bajo las huestes fascistas, en particular las de Benito Mussolini en Italia, Adolf Hitler en Alemania y Francisco Franco en España. Estos acontecimientos dejaron en claro las múltiples falencias de un Estado de derecho legalista, concebido al margen de los referentes axiológicos que constituyen el núcleo del Estado democrático y constitucional de derecho. Sin valores, una civilización, aunque haya llegado muy en el concierto de la civilización mundial, no podía vivir de acuerdo a la racionalidad que exige el humanitarismo.

De este modo, los derechos humanos desarrollan el signo axiológico del derecho, colocando en un sitio destacado la dignidad humana, como se hace patente en el Preámbulo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

¹⁵ *Ibíd.*, p. 2.

promulgada en 1948, en el cual se estipula, de manera taxativa, que: *“el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos universales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo.”*

La Declaración de 1948 junto con sus múltiples declaraciones, convenios, protocolos, trataron de convertir el discurso de los derechos humanos en una realidad. Destacan entre estos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los protocolos facultativos adheridos a tales pactos, conjunto de documentos que recibe el nombre de “Carta Internacional de Derechos Humanos”. Al mismo tiempo se configuraron documentos regionales que dieron vida, a su vez, a instrumentos internacionales como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha tenido una influencia notable en el desarrollo de la jurisprudencia, en las esferas nacionales e internacionales, de los países latinoamericanos. Ha sido precisamente en tales altas esferas, una de las áreas en las que el principio de la tutela judicial efectiva ha ido ganando importancia.

Con base en un movimiento político de alcance más amplio, la dignidad humana y la serie de derechos humanos asociados con esta, han devenido criterios de legitimidad de los órdenes políticos modernos. Este logro se manifiesta en la notable expansión del discurso de los derechos humanos y los procesos jurídicos que protegen y garantizan dicha ampliación. En un número creciente de países, el notable crecimiento del discurso de los derechos ha llevado a un ejercicio jurídico

constitucional cada vez más complejo, en el que se hace uso de enfoques progresivamente más sofisticados de la argumentación y la interpretación jurídicas — aunque debe reconocerse que dichos enfoques deben lograr aún más desarrollo, como lo prueba el retroceso, en muchos frentes, del respeto a los derechos humanos. Las cortes se convierten progresivamente en las instancias en las que los ciudadanos de una república constitucional ventilan reclamaciones relativas a derechos vulnerados.

Dichos procesos argumentativos, jurisdiccionales e interpretativos giran alrededor de los tratados de derechos humanos, los cuales ordenan la consideración de valores y principios morales. De este modo, los derechos humanos y los tratados que los protegen van tomando carta de naturaleza, en un número mayor de sistemas de derecho nacionales, que forman parte del sistema internacional de derechos.

En ese sentido, no debe olvidarse la progresiva consolidación del Control de Convencionalidad, el cual ya ha sido incorporado al derecho mexicano en la reforma constitucional del año 2011. Las Cortes Internacionales, especialmente las regionales, y los organismos internacionales de derechos humanos pueden ayudar a que sus altos objetivos puedan incorporarse en las decisiones concretas de los jueces, logrando así una victoria importante para la consolidación de un auténtico Estado constitucional de derecho. En Guatemala se ha ido incorporando de manera sólida en este contexto progresivo de alcance global, dado que nuestra Constitución Política de la República de Guatemala, en el art. 46 estipula: *“el principio general de*

que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

Por esta razón, junto con el proceso de constitucionalidad *per se*, se habla, cada vez con mayor frecuencia del control de convencionalidad e incluso, bajo la influencia del derecho francés, del bloque de constitucionalidad, el cual incorpora la materia cambiante de convenciones internacionales, los cuales funcionan como criterios de interpretación constitucional. Paralelamente, se va dando una creciente conciencia de que se opera un retorno de la ley al derecho paralelo al proceso de constitucionalización y judicialización del derecho, para usar la expresión de constitucionalista argentino Rodolfo Luis Vigo.

En la actualidad se ha generado unanimidad respecto a la tesis de que el Estado constitucional de derecho constituye el modelo jurídico que expresa el progreso de la conciencia de la humanidad. La persona está protegida, en un sistema formal que debe desarrollarse eficazmente por una serie de derechos fundamentales que, superando la esfera de las meras declaraciones jurídicas, deberían servir de fundamentos para recursos concretos que pueden accionarse a diversos niveles dentro de los órdenes jurídicos nacionales e internacionales.¹⁶ En esta dirección, el trabajo del juez es fundamental, dado que sólo la figura

¹⁶ Existen desarrollos interesantes que aún se encuentran en etapa embrionaria. El concepto de la dignidad humana tiende incluso a desarrollarse en planteamientos como el de la jurisdicción universal, enfoque que parece, sin embargo, encontrar obstáculos sólidos en la existencia de los Estados particulares, dado que puede llevar a interferencias entre sistemas jurídicos y políticos que están separados. Al final de cuentas, el derecho nunca puede independizarse totalmente de la política, en su sentido negativo. En todo caso, se han generado de este modo constituciones abiertas a los derechos humanos en diversas partes del mundo.

jurisdiccional puede evaluar la situación de los derechos en un contexto determinado, en el cual hay que considerar un cúmulo de circunstancias concretas que nunca pueden ser anticipadas en una pieza de legislación emitida por los órganos respectivos. Como se sabe, la generalidad de la promulgación de la ley, en el ámbito legislativo, no puede anticipar todas las circunstancias de aplicación.

En este contexto, el campo de la teoría del derecho se ha visto ocupado, de manera progresiva, por nuevas discusiones relativas a los perfiles conceptuales de las nuevas constituciones (por ejemplo, su relativa rigidez). Por otro lado, y este es un tema que como se verá es importante para la tutela judicial efectiva, se han planteado nuevas perspectivas respecto de la vinculación entre el derecho y la moral. Este tema ha sido tratado, desde perspectivas bastante diferenciadas, por brillantes teóricos contemporáneos entre los cuales podemos mencionar a Luigi Ferrajoli, Manuel Atienza, Gerardo Pisarello, Gustavo Zagrebelsky, Miguel Carbonell, Ronald Dworkin y Robert Alexy. En nuestro país dichas discusiones han ido adquiriendo su propio desarrollo a partir de los estudios de postgrado en derecho, especialmente en la estatal Universidad de San Carlos de Guatemala.

Esto significa que, en medio de tales discusiones y a pesar de las diferencias teóricas, se ha impuesto la tesis de que el vínculo entre derecho y moral es exigido por la incorporación de los derechos humanos a las constituciones contemporáneas. Esta tesis ha sido aceptada incluso por positivistas contemporáneos, que no objetan que la moral juegue un papel importante en el ámbito constitucional, sino tan solo que se identifique a la moral con el derecho. Por ejemplo, los planteamientos

iuspositivistas de corte garantista, como el propuesto por Luigi Ferrajoli, a quien citaremos adelante para aclarar el concepto de garantía, se alejan del positivismo decimonónico para darle la bienvenida al reconocimiento constitucional de los derechos humanos, lo que para él significa, en cierto sentido, la positivización y garantía de la moral.¹⁷

Pero los problemas no faltan. En efecto, el protagonismo que adquiere el Tribunal Constitucional en los órdenes constitucionales modernos ha llevado a prácticas en las que parece que se viola la división republicana de poderes, debido a que dicha corte especial puede llevar a un retroceso institucional de instituciones como el legislativo y el ejecutivo.

A reserva de tratar el asunto respectivo con otros detalles adelante en este trabajo, todos hemos visto la práctica común en nuestro país de botar cualquier pieza de legislación a través de recursos de inconstitucionalidad a través de recursos planteados. Esto ha llevado a una actitud de escepticismo frente a la real independencia del órgano de control de constitucionalidad.

¹⁷El anterior acuerdo sobre la relación importante entre derecho y moral no significa, desde luego, que las discusiones teóricas y académicas no sean profundas y a veces acaloradas. Entre las posiciones sujetas a los más arduos debates se puede mencionar a la familia de doctrinas englobadas en lo que se conoce como neoconstitucionalismo, enfoque que plantea un acercamiento radical entre el derecho y la moral, a la vez que presta una importancia central a las cortes constitucionales. Las posiciones neoconstitucionalistas son criticadas desde planteamientos que recuerdan los inconvenientes que tales tesis suponen para la estructura de las repúblicas democráticas, las cuales descansan en la división de los poderes.

Este fenómeno, sin embargo, no es privativo de nuestro país. En los EEUU, como lo hace ver el constitucionalista catalán Gerardo Pisarello, el presidente Richard Nixon inició la contraofensiva contra la Corte presidida por el juez Earl Warren (Corte Warren), la cual había tomado un papel activo en la defensa de los derechos civiles, nombrado a jueces conservadores con agendas antidemocráticas. Durante las últimas décadas estos han trabajado en decisiones que renuevan las agendas conservadoras en el campo constitucional.¹⁸ Esto demuestra que en ningún campo del derecho las conquistas pueden ser consideradas como definitivas. Asimismo, se vuelve a hacer evidente la naturaleza problemática de las cortes de constitucionalidad.¹⁹

Resulta claro, pues, que en el régimen que hemos descrito los derechos humanos y constitucionales son usados por la ciudadanía para elevar sus peticiones a las instancias más altas de gobierno; incluso pueden servir como justificaciones para la desobediencia civil y la rebelión, como lo prueban los movimientos de la primavera árabe o los movimientos ciudadanos que se han pronunciado contra la corrupción en el presente de nuestra nación. Estos movimientos cada vez llaman con mayor insistencia al derecho a la resistencia a un orden injusto, aun cuando éste supuestamente se deje guiar por el ideal de un régimen constitucional. La tarea es

¹⁸ Gerardo Pisarello, *Procesos constituyentes: Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014, p. 96.

¹⁹ No sólo se trata de las críticas de alguien como Jeremy Waldron, quien critica la función de protección de los derechos fundamentales, asignadas a cortes supremas y especializadas.

convertir los derechos fundamentales en derechos reales y concretos, pues, es una tarea pendiente y necesaria, que se vuelve cada día más necesaria.

Se puede notar, pues, que la tutela judicial efectiva, esto es, la protección y tutela efectiva de los derechos fundamentales es un componente esencial del Estado de derecho. ¿De qué sirve tener un gran número de derechos reconocidos si no existen mecanismos que protejan a estos de la arbitrariedad de los poderes públicos y privados? Cabe preguntarse el por qué dicho principio, el de la protección judicial de la justicia, no ha sido desarrollado todas sus consecuencias positivas dentro del Estado constitucional de derecho. Al final de cuentas, este es el modelo jurídico que sienta los lineamientos de vida cívica de países como el nuestro. Para comprender la falta de efectividad de la tutela judicial efectiva, y los replanteamientos que esta merece, es necesario poner cierta atención a la crisis constitucional que actualmente viven muchas sociedades alrededor del mundo. De otra manera, no se podrán captar importantes aspectos del contexto general de la implementación de este derecho.

1.4 La crisis del Estado constitucional de Derecho

Ya se ha hecho mención de la crisis que vive el actual Estado constitucional de Derecho, pero conviene adentrarse más en este problema para ir descubriendo la importancia fundamental que reviste la tutela judicial efectiva y la forma en que se le viola y las maneras en que se puede desarrollar este derecho para revertir la crisis del derecho constitucional. De otro modo, no puede quedar en evidencia la importancia de un principio y derecho que, por su uso constante, ha sido incluso tergiversado por muchos juristas que usan su vinculación con el amparo para

prolongar los procesos judiciales. En efecto, todo valor puede ser desfigurado en las prácticas inmorales y cínicas que, lamentablemente, se despliegan en la práctica real del derecho, especialmente en los tribunales.

Es conocido como algunos sectores económicos y gubernamentales aprovecharon las debilidades del Estado constitucional de Derecho para hacer valer sus estrategias de vaciamiento y desmantelamiento de los derechos humanos. De este modo, las economías fueron liberalizadas, las empresas estatales fueron privatizadas o concesionadas, de las maneras más anómalas, los bienes públicos fueron rematados, haciendo incluso que surgiera una nueva clase de ricos, creados por el latrocinio (privatización de los bienes públicos). En los países socialistas, los activos del Estado quedaron en manos de los antiguos funcionarios, quienes se volvieron en archimillonarios de la noche a la mañana.

En el escenario teórico contemporáneo, nuevas escuelas de filosofía del derecho surgen, planteando novedosas y profundas discusiones respecto a los tópicos tradicionales de la disciplina respectiva. Dentro de estas corrientes se puede mencionar, en primer lugar, el garantismo, el cual plantea un enfoque positivista en el que se asume, sin embargo, el reconocimiento de la moral como fuente del derecho.

1.5 El retroceso de las garantías individuales y sociales

Los procesos sociales y políticos que se han señalado apuntan a la pérdida gradual, pero ya bastante notoria, del poder del Estado, especialmente en la potencialidad de brindar las garantías necesarias a los derechos sociales, los cuales

casi nunca han sido respetados, a pesar de su importancia. Muchas veces las políticas laborales y penales de un Estado se deciden en función de acuerdos y convenios internacionales que marcan las políticas educativas, económicas y jurídicas de las naciones que firman los documentos respectivos. Incluso los instrumentos penales son usados para reprimir la protesta social.

Se puede decir, en consecuencia, que las primeras víctimas de la crisis del derecho constitucional son los derechos sociales y sus garantías, aspecto que repercute en la tutela judicial efectiva cuando esta se considera dentro del ámbito del derecho administrativo. Aunque se pueda iniciar procesos jurisdiccionales para reclamar estos derechos, es casi obvio que un Estado debilitado no puede proporcionar estas garantías a sus ciudadanos. El derecho a la salud es una muestra trágica, tanto más inaceptable, de este problema. Se puede notar, en consecuencia, que la tutela judicial efectiva, especialmente la relacionada con los derechos sociales, choca con la realidad de un Estado carente de recursos para satisfacer los derechos fundamentales regulados en la Constitución.

En este respecto también debe agregarse la continua degradación del derecho laboral, el cual quiere ser sometido a políticas cuestionables que quieren imponer la flexibilidad laboral, en especial en lo relativo a la reducción de salarios mínimos y el abaratamiento del despido. Debido a múltiples factores, entre ellos la vulnerabilidad de los trabajadores, muchos empresarios eluden el pago del salario mínimo, los derechos relativos al embarazo, enfermedad, seguro social, etc. En el terreno de la maquila, el Estado se hace a un lado para permitir violaciones

constantes al derecho laboral, bajo la justificación de que no se puede ahuyentar la inversión extranjera.

Por otro lado, también en el derecho penal se han ido imponiendo medidas que violan el derecho a la protesta, lo cual conlleva la criminalización de un derecho fundamental cómo es el derecho a la libre expresión del pensamiento. Por otro lado, cada vez se endurecen las penas y más actividades cuestionables son castigadas con una cárcel, violando la posibilidad de la resocialización de los privados de libertad.

Desde luego, si la ciudadanía estuviese consciente de las reales implicaciones del Estado constitucional de derecho estaría en una mejor situación para que el derecho no fuese utilizado de manera inadecuada. En el campo de la práctica del derecho, al menos en nuestro país, tenemos un lamentable desconocimiento de lo que conlleva la práctica del derecho constitucional: en muchos abogados, existe una tendencia únicamente a vincularse a lo expresado a través de la letra, ignorando los valores constitucionales, los cuales demandan un ejercicio de equidad, de atención a la ley en el caso concreto, algunos jueces resuelven también sin tomar en cuenta el derecho constitucional. Afortunadamente, esta situación está cambiando a partir del surgimiento de estudios de posgrado, los cuales están ayudando a que las corrientes constitucionalistas logren influencias el ejercicio de la profesión jurídica en nuestro país.

Los diferentes capítulos de esta disertación doctoral, nos permitirán ir comprobando la substracción de los derechos en algunas de las áreas más importantes del derecho. Por otro lado, presentarán sugerencias para renovar la verdadera tutela judicial de los derechos, tarea fundamental para recuperar el espacio perdido por las constituciones contemporáneas. Por esta razón, se hará mención a los aspectos procesales de esta figura con el afán de encontrar maneras de ayudar a construir una sociedad más justa.

Este capítulo ha establecido, primero, la caracterización general de la tutela judicial efectiva como derecho y como garantía fundamental para la tutela de otros derechos. Hemos visto cómo esta figura goza de general reconocimiento en diversos ordenamientos jurídicos nacionales y en institucionales internacionales, como los organismos americanos de derechos humanos. La razón de esta conclusión es que el derecho a la tutela judicial efectiva se enfoca en proteger los derechos fundamentales, bastión fundamental del Estado constitucional de derecho.

La tutela judicial se ve amenazada por la crisis que afecta al Estado constitucional de derecho en los tiempos actuales. Por ejemplo, la carencia de recursos de los Estados, hace casi imposible la satisfacción de los derechos sociales. Bajo el imperio de una visión reductiva de los derechos, las diversas comunidades se encuentran en la difícil situación de defender derechos colectivos.

Los derechos individuales, también se ven afectados, tal es el caso de las salvaguardas del derecho penal, el derecho laboral, entre otros. Porque se ha dado

un endurecimiento de las sanciones penales, lo cual incrementa de manera indebida el poder punitivo del Estado. Puede afirmarse, pues, que la situación de violación de los derechos fundamentales es generalizada, situación que, a su vez genera preguntas respecto a la real vigencia de la tutela jurisdiccional de los derechos. La tutela judicial efectiva, puede decirse, sólo funciona plenamente cuando existe una tutela genuina de todos los derechos. Esta tesis, como se verá en capítulos posteriores, le brinda una gran importancia a las consideraciones sociológicas, dado que en ellas se manifiestan muchas de las carencias reales del sistema constitucional de derecho.

Nos corresponde ahora examinar el entramado conceptual de la tutela judicial efectiva para aclarar sus contornos específicos. Esto permitirá descubrir nuevas maneras de reforzar y consolidar la tutela judicial efectiva; demostrará, por lo demás, en donde radican las raíces del mal uso de este concepto fundamental del Estado constitucional de derecho.

CAPÍTULO II

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DENTRO DEL SISTEMA DE GARANTÍAS JURÍDICAS

En el capítulo anterior, se ha efectuado una primera aproximación a la tutela judicial efectiva y su situación dentro de un orden constitucional moderno que se encuentra en una crisis que ya no se puede ocultar. Se ha logrado establecer el reconocimiento general del que esta figura goza dentro del virtual concierto de las naciones que se han comprometido, al menos de manera discursiva, con el Estado constitucional de derecho. Su presencia se hace patente incluso dentro de entidades regionales dedicadas al tema de los derechos humanos, aspecto positivo dado que muchas veces el avance jurídico se da gracias al trabajo de estos entes transnacionales, los cuales poseen la capacidad de corregir la plana a entes nacionales sujetos a sectores influyentes.

Examinando el desarrollo y crisis del Estado constitucional de derecho se ha lanzado la pregunta acerca de las razones por las que la tutela jurisdiccional efectiva no ha sido capaz de frenar los procesos a partir de los cuales el Estado se ha ido desmantelando, provocando un retroceso en las garantías, a todo nivel y en prácticamente todas las esferas del ámbito jurídico. Esta es una cuestión sumamente compleja en virtud de que una de las funciones de tal figura jurisdiccional es precisamente hacer que se garantice el acceso jurisdiccional a la justicia de los ciudadanos que ven violados sus derechos fundamentales. En consecuencia, como

es de imaginarse, las respuestas distan mucho de ser sencillas y, desde luego, únicas e inmunes a cualquier objeción. Es en este contexto, en donde se manifiesta la importancia de lograr una mayor comprensión de las garantías del Estado constitucional de derecho, así como las funciones que corresponden a los jueces y juezas en la protección integral y efectiva de las garantías y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Ya se ha hecho evidente, en el primer capítulo, que garantizar la tutela judicial efectiva no es una tarea fácil, en virtud de los factores extrajudiciales y doctrinales que afectan la tarea del juzgador o juzgadora. De hecho, el jurista guatemalteco Carlos Calderón, en su tesis doctoral dedicada al tema, insiste en la naturaleza sumamente complicada de la tutela judicial efectiva. Sabiendo que la eficacia del derecho depende de un reconocimiento social sólido, puede decirse que la tutela judicial efectiva es una tarea que no puede desvincularse de la eficacia institucional del Estado constitucional de derecho. Es necesario, pues, considerar la estructura conceptual de esta figura, no sólo en términos de teoría del derecho, sino incluso respecto a los presupuestos sociales, especialmente los relativos al acceso a la justicia.

Para que exista un Estado respetuoso de los derechos fundamentales, es necesario construir una tradición constitucional y jurídica sana, una que sea capaz de escapar de las tradiciones centenarias de manipulación burda del derecho, aquellas tradiciones que se resume en la reveladora frase “hecha la ley, hecha la trampa”. En esta dirección, si se permite la distorsión de la tutela jurisdiccional efectiva se habrá

perdido, de manera definitiva, un valioso auxiliar en la lucha por el derecho justo. Por esta razón, es necesario analizar esta figura de la manera más profunda que sea posible, usando las intuiciones que ha alcanzado la teoría jurídica moderna.

La tarea que se propone este capítulo, en consecuencia, es alcanzar una comprensión más profunda de la tutela judicial efectiva, de manera que sea posible identificar su naturaleza conceptual y así poder identificar sus potenciales problemas, su buen uso y la forma en que puede ser mejorada para mejorar un sistema constitucional de derecho.

2.1 Derechos, garantías y tutela jurisdiccional

Para lograr un cambio positivo que reencauce el ideal de los derechos humanos y sus garantías se debe tratar de alcanzar los rasgos estructurales que el Estado constitucional de derecho ha articulado para proteger los derechos humanos. En ese sentido, el examen de las falencias de dicho sistema de convivencia política no puede llevarse a cabo sin comprender las figuras que se manipulan, se distorsionan, se ignoran o se violan impunemente. Sólo así se pueden concebir nuevas estrategias para contrarrestar el ingente proceso de desconstitucionalización de las sociedades modernas, ya no sólo las de del llamado “Tercer Mundo” sino aquellas que pertenecen al todavía llamado “Primer Mundo”.

En efecto, los abusos de derecho, los fraudes de ley, etc., son realidades sin las cuales no se puede comprender qué ha ido mal en la realización de los ideales constitucionales. Comprender estas falencias es una tarea que demanda poner

atención a las dimensiones sociales que garantizan el acceso a la justicia. Un poderoso bufete de abogados, por ejemplo, puede darse el lujo de presentar recursos y recursos para alcanzar sus objetivos, mientras aquellas personas que no pueden ni siquiera garantizar el acceso a la justicia en su idioma a veces no tiene otra opción que resignarse antes los recursos de aquellos que violan sus derechos.

Es necesario examinar la estructura y funcionamiento del Estado constitucional de derecho en lo que respecta al concepto de derecho y el concepto de derechos fundamentales. En segundo lugar, es necesario aclarar el concepto de “garantía”, una de las nociones primordiales dentro de dicho sistema. Esto ayudará a entender la forma en que se puede manejar la tutela judicial efectiva, en su doble vertiente de derecho y garantía, de una manera que realice su sentido, y no se preste a las manipulaciones, especialmente aquellas que expresan el puro deseo de imponer los propios intereses a costa de los niveles mínimos de justicia que necesita una sociedad gobernable.

2.2 La naturaleza de los derechos

Un derecho, en términos generales, es un enunciado normativo que especifica que alguien posee ciertas facultades en virtud de ciertas características. Un derecho se suele entender como un paquete de inmunidades, facultades, privilegios, etc., que cubren ciertas características cuya protección se considera necesaria para preservar la dignidad de la persona, su capacidad de actuar, su libertad, etc.

Ya situados en una perspectiva más técnica, el jurista italiano Mauro Barberis sostiene que los derechos se pueden entender como: a) situaciones favorables simples (micro derecho); b) situaciones favorables complejas (macro derechos); y c) situaciones favorables puramente argumentativas.²⁰ Los micro derechos, según Barberis, se pueden entender en función de la tabla creada por el jurista norteamericano Wesley Hohfeld, quien establece una correspondencia entre derechos y deberes.²¹ Los macro derechos, por su parte, son “paquetes” de derechos. Un ejemplo podría ser el del derecho a la vida: este derecho incluye una gran cantidad de derechos, individuales y colectivos. De este modo, no se puede ejercer este derecho (a la vida) sin una multiplicidad de otros derechos (relativos a la subsistencia, seguridad, acceso a la justicia, etc.), ante todo porque el objetivo no es sólo la vida, sino, como acontece en el modelo constitucional moderno, una vida digna.

Finalmente, Barberis considera los derechos en tanto factores que funcionan como razones. En este sentido, cuando un agente tiene un derecho, este puede servir para justificar ciertas demandas. Por ejemplo, en un momento determinado se pueden justificar ciertas acciones apelando a estos derechos-razones (como les

²⁰ Mauro Barberis, *Ética para juristas*, traducción de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp. 14-20.

²¹ Según Hohfeld a un derecho (en el sentido de una pretensión) le corresponde un deber (como cuando el derecho a mi plato de comida implica el deber general de que nadie me lo quite); a una libertad le corresponde una no-pretensión (como cuando mi derecho a caminar por la calle impide la pretensión de alguien de evitar que yo lo haga); a un poder le corresponde una no-sujeción (como cuando el derecho del policía a pedirme mis papeles de identificación, hace que no se sujete a las restricciones que recaen sobre otras personas a hacer lo mismo); y, finalmente, a una inmunidad y no poder (el policía tiene el derecho de detener a una persona, lo cual implica que los demás no pueden impedirsele).

llama Barberis): se puede decir, por ejemplo, que un agente merece algo o realizó tal acción porque tenía derecho a hacerlo. Para poner otro ejemplo: se puede exigir que se contemple determinada pieza de legislación porque esta es exigida por ciertos derechos reconocidos en el texto constitucional.

No se trata de resolver demandas aisladas; cuando una sociedad quiere resolver la violación de un derecho debe acudir a medidas integrales, entre estas, aquellas que mejoren las condiciones sociales en general. Sólo piénsese en el cúmulo de acciones que conlleva tutelar, de manera judicial, el derecho a la vida. Es obvio que se necesita de una cantidad considerable de medidas simples y complejas.

2.3 Los derechos fundamentales

Es conveniente ahora echar un poco más de luz sobre lo que constituye un derecho fundamental. A primera vista, tal denominación sugiere que el derecho en cuestión puede ser un derecho bastante importante, o simplemente un derecho reconocido como fundamental en una carta constitucional, y, por lo tanto, reconocido a los ciudadanos de la nación respectiva.

El jurista Martin Borowski considera que, desde un punto de vista formal, un derecho es fundamental cuando se verifica un aspecto formal, por ejemplo, la pertenencia a una carta constitucional. El problema con este enfoque, sin embargo,

es que puede darse el caso de que un derecho fundamental determinado no se haya incluido en una enumeración de derechos.²²

Por otra parte, según el mismo autor, desde un punto de vista material, un derecho es fundamental cuando este es un derecho humano que ha sido reconocido como tal dentro de un texto constitucional. La materialidad de los derechos, por lo tanto, se fundamenta en los derechos humanos. A su vez, un derecho humano es un derecho que es conferido en función de la pertenencia del sujeto a la clase de los seres humanos.

Desde luego, este planteamiento no es absolutamente claro, dado que muchas veces el mismo contenido de los derechos humanos es objeto de discusión.²³ Si se enfrentan un liberal libertario o conservador con un liberal igualitario, se verá que ambos sostienen diferentes puntos de vista respecto al alcance de los derechos humanos. Asimismo, se podrán presenciar diferencias respecto a las estrategias con que se van a satisfacer los derechos humanos. Por ejemplo, los derechos individuales requerirán no interferencia por parte de los gobiernos; mientras que los sociales se realizarán a través de programas de gobierno, como los que distingue el Estado de bienestar. Las dificultades no se detienen ahí, cuando se plantea el fenómeno de que los derechos humanos no le

²² Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 34-35.

²³ *Ibíd.*, pp. 35-36

son reconocidos a los que no pertenecen a una comunidad política determinada, como pasa con los extranjeros, los apátridas, los refugiados.

La situación se complica aún más cuando se considera la forma en que un derecho puede ser reconocido. Muchas veces se dice que los derechos de libertad simplemente son derechos de no-interferencia. Yo tengo el derecho de expresar mi pensamiento y nadie puede interferir con él dentro de ciertos límites. Este argumento es inválido dado que la satisfacción de todo derecho supone un marco institucional.

En efecto, un derecho no puede determinar por sí mismo su observancia; para seguir con el ejemplo anterior, tenemos el derecho a expresar libremente nuestro pensamiento, pero este debe ser movilizado con un conjunto de mecanismos jurídicos que garanticen su observancia en los más diferentes contextos sociales. De este modo, deben idearse las formas en que este derecho sea observado y tutelado dentro de un orden jurídico determinado. Dichas formas de satisfacción demandan medidas de largo alcance; por lo mismo, la diferencia entre las formas de satisfacer derechos sociales y las formas de hacerlo con los derechos individuales no son tan diferentes. Ambos presuponen acciones programáticas de gobierno que no son gratis.

En este contexto muestra su importancia el concepto de garantía. Este concepto, en realidad, es tan antiguo como el mismo concepto de derechos y el mismo concepto de Constitución, en el sentido moderno del término. En efecto, la misma Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, promulgada en

Francia en 1789 establece en su art. 16 que: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.” La noción de garantía hace su presencia en el pensamiento jurídico occidental al mismo tiempo que el concepto de derechos.

Desde el primer momento queda claro, pues, que no basta con enunciar los derechos fundamentales; es necesario, ante todo, buscar mecanismos institucionales y jurisdiccionales que permitan el ejercicio pleno de los derechos y su protección frente al poder público. La situación se ha vuelto más compleja debido a que en la actualidad, con el surgimiento de la gobernanza globalizada, se hacen evidentes cada día la multitud de las violaciones horizontales de derechos fundamentales, debido a empresas que, por ejemplo, contaminan las aguas necesarias para la subsistencia de los miembros de comunidades vulnerables. Se hace evidente, pues, que es necesario caracterizar el concepto de *garantía*.

2.4 El concepto de garantía

La misma idea de satisfacer los derechos fundamentales hace arribar el análisis al concepto de garantía. Desde la perspectiva de este trabajo, se definirá a una garantía como un mecanismo jurídico-institucional, una técnica jurídica, que hace posible el ejercicio de un derecho fundamental. En este sentido, para el mismo Ferrajoli, el derecho es un sistema de garantías destinado a tutelar los derechos fundamentales. En efecto, para este destacado jurista, las “garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia

estructural entre normatividad y efectividad.”²⁴ Puede notarse, desde este momento, que el concepto de garantía es un concepto que se subordina a la eficacia de un sistema jurídico, esto es, a su efectiva observancia o vigencia dentro de un orden social determinado.

Desde una perspectiva bastante amplia, el jurista español Antonio Manuel Peña Freire llega a considerar a la garantía como un “macro-concepto” de la teoría general del derecho. Con esta afirmación se quiere enfatizar el concepto de “garantía” viene a constituir un concepto fundamental, abstracto y general, del derecho en su totalidad.²⁵ Según este autor, con un giro que debe ser analizado con mayor atención, la garantía es una noción puramente procesal, por lo que no se debe preguntar qué es la garantía, sino como funciona ésta.²⁶ Desde luego, como se verá adelante, en un sentido amplio, la misma tutela es un derecho substantivo. En las páginas sucesivas de este trabajo se irá aclarando este punto, el cual debe analizarse debido a que él no reconoce la doble naturaleza de la tutela judicial efectiva puede llevar a una incomprensión de su verdadera naturaleza.

Siguiendo a destacados autores, como el mismo Ferrajoli, se suele acordar que las garantías primarias funcionan al nivel de las instituciones y son constituidas al nivel de la función legislativa; por su parte, las garantías jurisdiccionales son de

²⁴ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, tercera edición, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2002, p. 25.

²⁵ Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 19.

²⁶ *Ibíd.*, p. 25.

naturaleza secundaria, esto es, se dan en el caso de que las garantías primarias no hayan funcionado o hayan sido violadas. Son, para decirlo, con Gerardo Pisarello, garantías de naturaleza subsidiaria.²⁷ Del hecho de que sean subsidiarias, desde luego, no se deriva un carácter secundario. En efecto, la tutela judicial efectiva trata de asegurar, en última instancia, el cumplimiento de ciertas normas vinculadas a la obligatoriedad de respetar ciertos derechos.

Como es sabido, Ferrajoli brinda preeminencia fundamental al concepto de garantía, y dentro de este énfasis, a la función jurisdiccional. Para el destacado autor italiano, esta visión del derecho “se refleja además en un reforzamiento del papel de la judicatura y en una nueva y más fuerte legitimación democrática del poder judicial y su independencia.”²⁸ En el modelo garantista, en efecto, “la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por los poderes públicos.”²⁹ Con Ferrajoli, se pone de manifiesto la fundamental importancia que reviste el poder jurisdiccional dentro del sistema constitucional de derecho, un poder activo y no pasivo como en el modelo de Montesquieu.

²⁷Gerardo Pisarello, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, p. 3. Disponible en <file:///C:/Users/Jorge/Downloads/Dialnet-FerrajoliYLosDerechosFundamentales-174864.pdf> (última consulta el 15 de diciembre de 2015).

²⁸ Ibíd., pp. 25-26.

²⁹ Ibíd., p. 26.

Por la atención que su enfoque brinda a la noción de garantía, no es extraño que nuestra investigación se sitúe en el contexto de la corriente garantista en la filosofía del derecho. Esta corriente ha sabido bregar contra sus oponentes en las últimas décadas. Incluso, como lo apunta el jurista español Tomás Fernández Rodríguez, hubo un tiempo en el cual el término “garantismo” era visto con desdén por los juristas exclusivamente académicos, quienes hacían de menos a aquellos que, inmersos en la práctica del derecho (el mismo Ferrajoli fue juez en un momento de su vida), veían con suma claridad la necesidad de asegurar los derechos en los contextos de la vida cotidiana.³⁰

El poder de la transformación doctrinal actual, es notable porque en la época contemporánea el garantismo es una de las corrientes que recibe más apoyo dentro de la comunidad académica jurídica, especialmente de la iberoamericana. Este hecho es verificable a partir de la gran cantidad de estudios que, bajo la bandera garantista, han sido publicados en el mundo de habla hispana, e incluso en el de habla portuguesa, especialmente en las últimas tres décadas. De hecho, ha surgido el movimiento del derecho alternativo, el cual busca ayudar a los sectores vulnerables a superar los problemas que plantea una cultura legalista y un pobre acceso a la justicia por parte de los sectores más vulnerables, niños, mujeres y la comunidad lesbiana.

³⁰ Véase el prólogo de este autor al libro de Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 13.

Puede decirse, en virtud de lo dicho hasta este momento, que la tutela judicial efectiva es una garantía de garantías; en otro sentido, también es un derecho destinado a proteger otros derechos. Por eso mismo, reviste un carácter muy especial. Cuando se olvida dicho carácter es muy fácil caer en un mal uso de esta figura jurídica, como es el caso del abuso de esta en la interminable presentación de amparos destinados a retardar los juicios. Por el contrario, cuando se la usa de manera adecuada, se pueden encontrar soluciones a los problemas que enfrenta en la actualidad la construcción de la democracia constitucional.

2.5 La tutela judicial efectiva: una garantía de garantías

En esta investigación se pretende establecer la diferencia entre la tutela jurídica y otros derechos, a fin de comprender su naturaleza. En este sentido, el primer punto que debe aclararse es que la tutela jurídica, especialmente la jurisdiccional, es un derecho subjetivo, pero, en segundo lugar, es un derecho *sui generis*, debido a que tiene a los demás derechos como su objeto. La tutela judicial efectiva quiere garantizar la eficacia jurisdiccional del sistema de los derechos fundamentales. En esta naturaleza quizás consista su especificidad como elemento del Estado constitucional de derecho.

Se debe prestar atención al carácter adjetivo de la tutela judicial efectiva, porque este derecho es procesal en defensa en su actuar en la sede jurisdiccional de los derechos vulnerados, *para asegurar el concreto y efectivo acceso a la justicia*, el cual puede verse afectado en un proceso de cualquier índole. El derecho a la tutela judicial efectiva es una figura que expresa el derecho general a la justicia.

Este derecho es intrínseco a la institucionalidad misma del derecho. Es, por decirlo así, un derecho que surge de la transformación del derecho a la propia tutela. En la opinión del jurista español Andrés de la Oliva Santos existe este derecho porque:

“Desde el preciso momento en que se prohíbe la autodefensa o auto tutela, desde el momento en que el Estado (en nuestros días) recaba para sí la tutela sustitutoria de la autodefensa y establece unos órganos determinados para conceder esa tutela cuando corresponda, mediante un proceso ajustado a la ley, parece abonado —por una correlación absoluta y de intrínseca necesidad— que exista ese derecho sobre el que inquirimos” [*el derecho a la tutela jurisdiccional*].³¹

La mera existencia de una institucionalidad dirigida a impartir justicia hace que surja este derecho, como una proyección de un derecho intrínseco a tutelar la propia persona. Por otro lado, una garantía asegura un derecho, por lo tanto, es un derecho en un sentido más restringido; la tutela judicial efectiva, entonces, hace referencia a garantías, por lo que en cierto modo es una garantía de garantías. Esta naturaleza peculiar de la tutela jurisdiccional debe analizarse para evitar, ante todo, su uso malicioso, mientras se consolida su buen uso.

³¹ Andrés de la Oliva Santos, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1980, p. 12.

En ese sentido, la necesidad de asegurar la tutela judicial efectiva debe ser parte del esfuerzo por construir un Estado constitucional de derecho. Esto es: debe garantizarse el camino procesal hacia la tutela judicial de los derechos. Como lo dice el jurista chileno Alex Carocca. Pérez, “la tutela judicial efectiva como garantía del proceso comienza a desplegar sus efectos antes de que éste exista; al momento de la creación y estructuración de los procedimientos por el legislador.”³² Esto quiere decir que se busca identificar los mecanismos institucionales que hacen posible el logro de la justicia; nótese que este autor dice que esta figura empieza a “desplegar sus efectos antes de que este exista”. Esta figura, entonces, va más allá de los mecanismos institucionales. Pero tampoco puede independizarse de estos, porque precisamente es una guía para que estos puedan ser diseñados.

Por decirlo de algún modo, si la garantía une a la normatividad con la efectividad, es porque tiene una naturaleza común con ambas. Sin el cumplimiento de las garantías, todo ordenamiento constitucional pierde su eficacia o razón de ser, como ya lo señalaba taxativamente el texto constitucional que emanó de la Revolución Francesa en 1789. La tutela jurídica se constituye entonces en un derecho subjetivo.

El acceso a la justicia procesal es un bien adjetivo porque es el acceso a un proceso. La tutela judicial efectiva, y una garantía en general, comparten aspectos procesales y substantivos. El problema es cuando se quiere privilegiar un aspecto a

³² Alex Carocca Pérez, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1998, p. 120.

costa de otro. Adelante, tendremos la oportunidad de analizar algunos malos usos de la tutela judicial efectiva, precisamente cuando se quiere usar ésta para conseguir decisiones substantivas, sin notar que lo que dicha tutela promueve es un acceso al proceso respectivo.

Como es de esperar, existe una vinculación de manera inmediata entre el concepto de garantía y la noción de tutela. Según Peña Freire, “un sistema de garantías adecuado será aquel que *maximice el grado de tutela* de los valores más importantes del sistema jurídico- político en que se inserta”.³³ Según este autor, las garantías no apuntan a un sistema perfecto, siempre habrá grados de garantías, esto es, grados de cumplimiento de las promesas de los derechos fundamentales. Por esta razón, siguiendo a Ferrajoli, este autor aclara que es necesario distinguir entre el modelo constitucional y el “funcionamiento efectivo del sistema”.³⁴ Precisamente, se ha visto en el capítulo anterior la situación de precariedad en el que se encuentra la realización del Estado constitucional de derecho, precisamente en cuanto se refiere al funcionamiento y efectividad del sistema.

Se puede concluir, provisionalmente, que para salvar al Estado constitucional de derecho es necesario repensar las garantías del sistema. Además de lo dicho por Ferrajoli arriba, estas opiniones van confirmando, desde ya, la importancia que posee el juzgador para exorcizar la influencia de los poderes políticos y jurídicos que están robándole a la humanidad de un régimen que garantiza los derechos humanos. Se

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*, p. 26.

sigue de lo dicho, naturalmente, que también se deben asegurar al juez las garantías básicas para que pueda llevar a cabo su necesaria labor. No se puede tampoco echar toda la carga de la responsabilidad constitucional sobre los hombros del juzgador. Por esta razón, la tutela judicial efectiva sólo puede realizarse en una sociedad sana y verdaderamente democrática.

No debe olvidarse que la tutela judicial efectiva es un principio que atribuye al juez la tarea de erigirse en el último valladar de defensa de los derechos fundamentales, haciendo lo posible para que las garantías institucionales de los derechos fundamentales sean objeto de corrección, cuando no cumplen con su cometido. Por estas razones, defender dicho principio debe gozar de la mayor perentoriedad dentro de las tareas generales de promoción del Estado constitucional de derecho. Esto apunta a diversas tareas, cuando se consideran las dimensiones axiológicas, lógicas y sociológicas de la tutela jurisdiccional efectiva, dimensiones que serán examinadas con posterioridad en este trabajo.

Dicha tutela desarrolla uno de los principios que intenta hacer efectivo, al nivel jurisdiccional, el régimen constitucional cuyo pivote central lo constituyen los derechos fundamentales. Es un principio que, quizás en última instancia, quiere hacer efectiva la mirada de la conciencia jurisdiccional sobre una situación en el que el cumplimiento de los derechos fundamentales, de definitivo cariz axiológico, se ha puesto en peligro, por ejemplo, por el ejercicio ilegítimo de las dimensiones formales de las normas que constituyen el Estado constitucional de derecho—como sucede con la noción de “ilícitos atípicos”, la cual será examinada más tarde. En efecto,

como todo sistema normativo que incluye reglas, el Estado constitucional de derecho puede ser sometido a estrategias formalistas para alcanzar fines que son incompatibles con su substancia.

De este modo, la jurisdicción se constituye en el garante fundamental de los derechos fundamentales, los cuales coinciden, en gran medida, con los derechos humanos. La función jurisdiccional, encarnada en uno de los tres poderes del Estado en consonancia con las ideas consagradas del Barón de Montesquieu se convierte en la instancia que garantiza los derechos, especialmente cuando las garantías institucionales se han visto impotentes de garantizar el derecho en cuestión. Por esta razón, la carrera judicial requiere de funcionarios con características muy especiales, que debe estar dotados de independencia para poder ejercer con responsabilidad la tarea de preservar el sistema jurídico que regula la sociedad en las que viven. Por lo mismo deben gozar de inamovilidad; un juez que no es independiente e inamovible no gozará de las condiciones para actuar conforme a derecho. Una jurisdicción que no emite, como regla general, decisiones vinculadas al sentido del derecho, puede perder, de manera progresiva, su legitimidad democrática.

2.6 Dimensiones de la tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva, como concepto general del derecho, se relaciona con las diferentes dimensiones que son reguladas por dicho concepto dentro de la vida humana. Por lo tanto, es necesario tener una perspectiva precisa de sus contornos conceptuales para que dichas dimensiones puedan ser correctamente evaluadas.

Ya se ha insistido en el carácter complejo de la tutela judicial efectiva, en tanto derecho y garantía; asimismo, se ha recalcado en su naturaleza como derecho subjetivo y como derecho procesal. En esta sección, nos concentraremos en las características lógicas, sociológicas y ético-axiológicas de la tutela judicial efectiva. Estas disquisiciones son necesarias para identificar las medidas que deben tomarse para lograr un fortalecimiento de dicho derecho y garantía, dentro del genuino Estado constitucional de derecho, dado que, como se argumentó en el primer capítulo, dicho modelo de convivencia civilizada se encuentra en una profunda crisis de ineficacia, diagnóstico que, por su lado, debe dirigir la mirada analítica a las potenciales dificultades que asedian a la tutela judicial efectiva.

2.6.1 Las dimensiones lógicas de la tutela judicial efectiva

Los órdenes jurídicos suelen tener un carácter sistemático y funcionalmente integrado. Por la misma razón, sus enunciados, reglas, principios, valores, etc., se apoyan y sostienen de manera sistemática con otros elementos del sistema, a menudo de manera escalonada. De este modo, el mal funcionamiento de un elemento, pone en riesgo el desenvolvimiento del sistema como un todo, así como en un motor el fallo de una pieza, incluso una aparentemente sin importancia, puede tener consecuencias desastrosas.

Poner atención a estos factores relacionales hace que hablemos de la estructura lógica de un sistema normativo. Desde esta perspectiva, la tutela judicial

efectiva goza de una condición especial, lo cual abona a las disquisiciones efectuadas arriba³⁵

El principio de la tutela judicial efectiva goza de gran importancia, en el terreno del derecho constitucional, debido a que su estructura permite conjuntar dos características: en primer lugar, la necesidad de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, es un derecho muy especial; una especie de derecho a que se cumplan los derechos. Pero dado que busca, por otro lado, que dicha búsqueda de justicia jurisdiccional se logre con base en el respeto de las garantías procesales, también es, en segundo lugar, una garantía de garantías. En este caso, dicho principio busca asegurar no sólo la validez, sino también la eficacia del derecho constitucionalizado, en lo relativo a derechos y garantías. De este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva concreta la defensa de los otros derechos porque busca un remedio para su violación; la garantía de la tutela judicial efectiva apunta a otras garantías (presunción de inocencia, el derecho al silencio, etc.).³⁶

Para decirlo de alguna manera, debería reconocerse que la tutela judicial efectiva es un meta derecho y una meta garantía, un derecho de derechos y una garantía de garantías. Tales derechos y garantías deben subordinarse al objetivo

³⁵ El terreno puro de las relaciones normativas, se ha desarrollado lo que se denomina *lógica deóntica*, uno de cuyos cultores más destacados a nivel mundial fue el filósofo de origen zacapaneco Héctor-Neri Castañeda Calderón. La lógica deóntica estudia las relaciones entre deberes, permisos y prohibiciones; de este modo, permite el análisis de la estructura lógica profunda de los sistemas normativos en general, no sólo de los jurídicos. El objeto general de la lógica deóntica no deja de tener sus influencias en el razonamiento práctico, y por tanto, en el razonamiento judicial, razón por la cual tendremos algo más que decir al respecto en páginas posteriores, especialmente cuando examinemos la naturaleza de la tutela judicial en cuanto concierne a la deliberación judicial en contextos concretos.

³⁶Carocca, op. cit., p. 120.

general de brindar justicia en el ámbito jurisdiccional. Quizás por esta razón Luis Díez Picazo considera a la tutela judicial efectiva un derecho-estrella.

En la tutela judicial efectiva se supone la existencia de un conflicto; alguien, por ejemplo, clama que uno de sus derechos fundamentales ha sido violado. La otra parte en el proceso puede decir que este no es el caso. El jurista colombiano Carlos Bernal Pulido, quien se ha destacado por sus colaboraciones al enriquecimiento del derecho constitucional en América Latina, nos ofrece una manera adecuada de comprender este proceso. Bernal Pulido sigue de una manera creativa las doctrinas del jurisconsulto alemán Robert Alexy, quien a su vez ha seguido en la filosofía el pensamiento del filósofo Jürgen Habermas, uno de los actuales herederos de la Escuela de Frankfurt. Escuela que, como se sabe, nació bajo la dirección de Theodor W. Adorno y Max Horkheimer, planteando una crítica del capitalismo, y que ha sido desarrollada, además, por el pensador alemán contemporáneo Axel Honneth.³⁷ O sea Bernal Pulido toma una posición bastante desarrollada y respetable en el mundo de la filosofía del derecho de nuestros días.

Bernal Pulido argumenta que la idea estructural del sistema constitucional de derecho es de tipo *discursivo*, noción que tiene en el sentido contemporáneo impuesto por Habermas, un sentido casi equivalente al de “argumentativo”. Esto es, en este tipo de Estado “se presupone que el soberano y los súbditos son en realidad

³⁷ Como se sabe, Jürgen Habermas es un propulsor de la idea de razón comunicacional. Para este pensador, la verdad se alcanza a través de un consenso racional, en el cual participan todos los potencialmente afectados.

interlocutores que actúan mutuamente dirigidos al entendimiento, con el fin de responder la pregunta práctica por excelencia: ¿qué debe hacerse?”³⁸ Ampliando esta perspectiva, podemos plantear la idea que un proceso jurídico es, en realidad, un acontecimiento dialógico en el cual se intentan resolver diversas preguntas: ¿es culpable “x”? ¿La acción u omisión de “y” ha violado el derecho “z”? ¿Los mecanismos institucionales gestionados por “A” garantizan el derecho fundamental de “B”?

Resulta, claro, pues que dado que el derecho, el constitucional y el ordinario, supone una actividad dialógica constante, entonces el derecho procesal en general, y el constitucional en particular, viene a constituirse en las salvaguardas, esto es, los mecanismos de seguridad, de una genuina democracia constitucional. En este sentido, en un proceso judicial lo que se buscaría es un diálogo judicial en el que se respetan todas las garantías, lo cual permite el acceso a una decisión dialógica justa. En este sentido, en un proceso judicial se garantiza la tutela judicial efectiva, sólo si se respetan los derechos de los actores en el proceso, esto es, si se permite la auténtica interacción dialógica entre los actores en el proceso, y desde luego, se permite el acceso a dicho diálogo.

Resulta pues, desde un punto de vista lógico, que la tutela judicial efectiva es, en realidad, un haz de derechos procesales que permiten el diálogo en sede jurisdiccional: acceso a la justicia, derecho al mismo debido proceso, derecho a una

³⁸ Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

decisión judicial plenamente motivada, derecho a todos los recursos que la ley contempla, derecho a la ejecución de la sentencia (la cual supone los adecuados recursos), en resumen, “expresa todo un conjunto de exigencias ineludibles del Estado de derecho en relación con la centralidad que en él ha de tener el fuero de la persona”.³⁹ Resaltamos la importancia del acceso a la justicia, que es en sí, la oportunidad de acceder al diálogo jurisprudencial en relativa igualdad de condiciones.

En este sentido, se manifiesta un rasgo peculiar del derecho a la tutela judicial efectiva: es claro que este derecho es uno de naturaleza substantiva, en toda regla. En efecto, en tanto derecho fundamental, que garantiza en todo caso el acceso mismo al valor de la justicia y otros valores, es una prerrogativa que hace funcionar el sistema como un todo. Pero es substantivo en el sentido de que exige que se realice un proceso de justicia, con todas las garantías necesarias; no presupone, en ese sentido, una respuesta particular a un conflicto social, como parecen suponerlo aquéllos que abusan de esta figura para plantear un sinnúmero de amparos, con el objetivo oculto de alcanzar una respuesta favorable a sus demandas. En ese sentido, puede decirse de nuevo que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es una atribución fundamental que, al proteger al individuo, se sitúa en la intersección entre el derecho adjetivo y el derecho substantivo. De ahí deriva el carácter peculiar de esta importantísima figura jurídica del Estado constitucional de derecho.

Ahora bien, hay otras características sistemáticas de un Estado constitucional de derecho. Debe ser claro, en efecto, que el primer nivel de las garantías debe ser

³⁹ Balaguer *et al*, Op. Cit., p. 199.

el institucional-administrativo, dado que estas protegen el bien jurídico especificado. El legislador debe contemplar la organización de un sistema en el que sea posible organizar una protección administrativa efectiva de los derechos fundamentales. Debe ponerse atención a la forma en que se organiza el derecho a la educación, a la salud, a la libertad de expresión, a la seguridad, al acceso a la justicia, a un medio ambiente sano. Es claro, en ese sentido, que la tutela judicial efectiva sólo se hace presente cuando un derecho ya ha sido vulnerado, proveyendo, por así decirlo, instancias de solución para el sistema mismo, garantizando el acceso al bien denegado. En un sistema como el que vivimos, con tantas carencias, debemos luchar y encontrar medios para para lograr que tal recurso no se trivialice debido a las múltiples falencias de las que adolece un sistema injusto.

Bajo esta perspectiva, resulta, entonces, que el radio de acción de la tutela judicial efectiva puede alcanzar un nivel que supera al campo estrictamente jurisdiccional, internándose en la estructura misma del Estado constitucional de derecho. Es por así decirlo, un principio que le recuerda a la parte administrativa del Estado, a la parte política, legislativa, etc., las consecuencias que se derivarían del hecho de no proteger institucionalmente los derechos fundamentales. Esto demuestra que dicho derecho es, en cierto sentido, condición de funcionamiento de un sistema constitucional de derecho que sea capaz de garantizar el uso y disfrute de los derechos fundamentales.

Hay otra característica lógica de la tutela judicial efectiva que no puede obviarse, especialmente en el tiempo contemporáneo de la globalización neoliberal.

En efecto, debido a que dicha figura protege derechos fundamentales, entonces su protección también se sitúa debajo de instancias como los tribunales regionales y los internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Penal Internacional, los diversos tribunales ad-hoc que se establecen para juzgar crímenes en ciertas regiones y países, etc.). De este modo, la real eficacia de los derechos fundamentales no puede desvincularse de la solidez de estos organismos internacionales.

2.6.2 La dimensión sociológica del derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho constitucional está en perpetua evolución; su desarrollo contemporáneo, en particular, se ha acelerado de manera notable a partir del reconocimiento de las dimensiones sociales del derecho. Esta transformación es relativamente reciente y aun no se ha manifestado en todo su significado dentro del derecho contemporáneo.

A primera vista, puede decirse que la tutela judicial efectiva no ha sido desarrollada de manera que se hagan evidentes las estrategias usadas por los poderes económicos, u otro tipo de poderes como el militar o el cultural, para imponer sus perspectivas. De hecho, una situación de precariedad social y desigualdad aumenta el dominio de los sectores pudientes, debido a que los grupos vulnerables simplemente carecen de medios para poder defenderse en un proceso que conlleva dinero, tiempo, quizás viajes, etc. Muchas veces los sectores vulnerables se encuentran en la lucha por garantizar la supervivencia de un día para el otro, y no encuentran tiempos ni recursos para poder involucrarse en el área legal.

Esta, razón explica, parcialmente, la progresiva de constitucionalización del orden jurídico. De hecho, muchos sectores vulnerables simplemente desconocen el alcance de este derecho, alargando en el tiempo sus problemas con el sistema en el que viven. Puede decirse, en este sentido, que la tutela judicial efectiva debe asegurar hasta cierto punto el previo acceso a la justicia.

En el caso latinoamericano parece ser que la historia jurídica ayuda a explicar la poca efectividad del derecho y su utilización, casi descarada, como prueba de la posesión de poder, lo cual explica la terrible impunidad que vive la región. Esto lo hace ver con particular crudeza el sociólogo del derecho colombiano Mauricio García Villegas en el siguiente pasaje:

“En América Latina llevamos cinco siglos preguntándonos por qué hay tanto derecho que no se cumple. Ya es hora de que indagemos por otro lado; ¿no será que el derecho inútil persiste porque está destinado a cumplir otros propósitos? Muchas leyes que proclaman justicia, derechos sociales, participación política, salud pública o paz mantienen la ilusión de cambio sin que pase algo más allá de esas ilusiones.”⁴⁰

Esto ha sido parte de la historia latinoamericana, y por lo tanto, parte de la realidad guatemalteca a lo largo de toda la historia. Cómo lo sostiene el mismo García

⁴⁰ Mauricio García Villegas, *La eficacia simbólica del derecho: sociología política del cambio jurídico en América Latina*, Bogotá, Editorial Debate, 2014, p. 29.

Villegas, puede ser que el mismo derecho esté destinado a no realizarse, porque quizás busca otros objetivos.⁴¹ La experiencia latinoamericana ha demostrado, en efecto, como el derecho se usa como un medio simbólico de legitimación, sin que se imponga su realidad efectiva en el orden institucional, que sigue regido por los criterios menos democráticos. Esta es una experiencia que viene, por lo menos, desde la Colonia, cuando el pretexto de la evangelización fue usado para casi exterminar a los indígenas, o la seguridad jurídica fue usada para proporcionar títulos de propiedad que muchas veces despojaban a los indígenas de sus tierras, o cuando la supuesta defensa de la democracia llevó los crímenes y masacres de los gobiernos militares en muchos de los países de Latinoamérica.

Por esta razón, es importante recalcar el surgimiento del denominado “derecho alternativo”, movimiento jurídico que busca utilizar los medios del sistema jurídico para combatir las injusticias del sistema legal mismo. Bajo esta perspectiva, los exponentes del derecho alternativo aceptan lo que dice el texto constitucional, y usan los medios que este dispone para alcanzar un sistema de justicia realmente eficaz, logrando de este modo, presionar para que el sistema legal realmente responda a los valores que intenta defender.⁴² Institución como el Instituto Latinoamericano de Derecho Alternativo (ILSA) han desarrollado investigaciones, se han involucrado en casos específicos y brindan asesoría legal a grupos con altos grados de vulnerabilidad.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 46-47.

⁴² Véase el libro del brasileño Carlos Enrique Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, traducción de Felipe Cammaert, San Luis Potosí, Universidad Nacional Autónoma de San Luis Potosí, 2014.

Afortunadamente, existen maneras de subsanar las carencias de los sistemas jurídicos nacionales. Se debe mencionar, en este orden de ideas, el proceso de internacionalización del derecho, el cual ha venido a constituirse en una manera de defender una efectiva tutela judicial efectiva, la cual puede ir creando una jurisprudencia que después puede ser usada en los ámbitos de jurisprudencia nacional, siempre y cuando los abogados tengan un conocimiento adecuado de la jurisprudencia internacional acerca de los asuntos en que están litigando.⁴³ En este caso se habla de “litigio estratégico”.

Por otro lado, el desarrollo de la sociología jurídica hace que cada vez se reconozca con mayor fuerza la dimensión horizontal de los derechos. Los que violan los derechos ya no son sólo los Estados, especialmente cuando han perdido su poder en un ambiente internacional dominado por las grandes corporaciones transnacionales. En este sentido, a estas grandes empresas, como es el caso de la compañía guatemalteca Repsa (Olmeca), responsable de envenenar de forma masiva las aguas del río La Pasión, en la región selvática del Petén, se los puede llevar, como en efecto se está llevando a cabo, a los tribunales nacionales respectivos, bajo el cargo de afectar los intereses y derechos colectivos. Debe

⁴³ De hecho, en la actualidad existe ya un notable desarrollo de la denominada “jurisdicción universal” que, como sabemos, fue puesta en marcha por el juez Baltasar Garzón, cuando intentó enjuiciar al dictador chileno Augusto Pinochet. Desde entonces esta doctrina, a pesar de sus innumerables problemas con lo que, respecto a la noción de soberanía, sigue desarrollándose. En la actualidad se quiere aplicar la jurisdicción universal a los crímenes medio ambientales y a los crímenes financieros, responsables por una cantidad de sufrimiento inimaginable. Sólo piénsese en las normas leoninas que rigen el uso de las tarjetas de crédito, las cuales abusan sistemáticamente de los cuentahabientes, a través de cláusulas abusivas.

lucharse para que los crímenes contra los bienes de la humanidad, sean punibles en cualquier lugar del mundo.

En la actualidad se necesita de un Estado fuerte, no corrupto, que permita hacer las grandes tareas que demanda el bien común. Este bien común, en efecto, no puede ser alcanzado por conjuntos de empresas que buscan solo su beneficio. Un sistema de justicia que garantice la tutela judicial efectiva, debe tener a su disposición un marco institucional fuerte, que como es obvio, sólo puede ser proveído por un Estado fuerte, lo cual no implica ni un Estado corrupto ni uno autoritario. Parte de este esfuerzo de recuperación del Estado, debe ser la puesta en funcionamiento de sistemas de impartición de justicia que sean consistentes con el derecho internacional de los derechos humanos, y los tribunales internacionales, que llevan el liderazgo en su protección. La soberanía nacional, en nuestros tiempos, debe recrearse para tomar en cuenta los desarrollos internacionales en el área de los derechos humanos y otras ramas afines, como es el caso de los tribunales internacionales, que por ahora juzgan los crímenes de guerra, pero que algún día juzgarán crímenes como los ambientales y financieros, responsables por tanto sufrimiento a nivel global.

Por último, cuando se habla de las dimensiones sociológicas de la tutela judicial efectiva, también se debe descender a las áreas en las que se llevan a cabo las injusticias cotidianas. En este renglón, merecen mención especial las múltiples violaciones a la tutela judicial efectiva que surgen de la posición social desfavorable de las víctimas, como es el caso de las mujeres que viven en contextos bastante

machistas y conservadores. Existen, pues, factores sociales profundos, bien establecidos, que impiden el acceso a la justicia, desde el ámbito puramente social y cultural. En un manual dedicado al acceso a la justicia para los campesinos y campesinas se establece que:

“A pesar de constituir un sector de la población de grandes dimensiones, y de ser el grupo social y económico que se encarga de garantizar una de las tareas básicas de la supervivencia humana, la alimentación, las y los campesinos han sido deliberadamente invisibilizados y condenados a “desaparecer” a medida que avanza el “desarrollo” y la “modernización” de nuestras sociedades. Las violaciones masivas y sistemáticas a sus derechos humanos, raramente percibidas por los gobiernos, la justicia y la opinión pública en general, son quizás la muestra más flagrante de la opresión social, económica y cultural a la que prácticamente todas las sociedades contemporáneas han sometido al campesinado.”⁴⁴

Queda clara la tesis, entonces, que la tutela judicial efectiva, si va a ser real, debe ser traducida como *acceso a la justicia* de los grupos más vulnerables, como en este caso de los campesinos. Dicha tutela no puede pertenecer al campo abstracto de la teoría del derecho; si es efectiva, debe insertarse en la práctica cotidiana de la sociedad. Por ejemplo, acceder a la justicia no es gratis, y si muy caro (como la

⁴⁴ María Silvia Emmanuelli, Rodrigo Gutiérrez Rivas (coordinadores). *Manual para Juezas y Jueces sobre la protección de los derechos de las campesinas y campesinos*, México, D. F., Oficina para América Latina de la Coalición para el Hábitat, 2014, p. 30.

salud, por cierto), para aquéllos que carecen de los medios necesarios para acudir a la jurisdicción respectiva. Desde luego, esto no es culpa de los jueces *per se*, pero explica la necesidad de abordar con estrategias socialmente sensitivas la realidad del acceso a la justicia. Si el derecho es un sistema de garantías, este debe llegar a proteger los derechos de todos los miembros de la sociedad.

Debe apuntarse que, progresivamente se va reconociendo la posibilidad de proteger los derechos sociales a través de la tutela judicial efectiva. Así el art. 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela especifica que: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.” Igualessuertes corren los derechos ambientales, como lo muestra el caso del art. 397 de la Constitución de Ecuador, que reconoce la tutela judicial efectiva en la protección de los bienes ambientales.

2.6.3 Las dimensiones axiológicas de la tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva tiene ineludibles dimensiones axiológicas en tanto esta aspira a asegurar la aspiración a la justicia que posee todo ser humano; asimismo, también se cuestiona la naturaleza moral de las instituciones sociales y políticas dentro de las cuales llevamos a cabo nuestros proyectos de vida. En consecuencia, este derecho apunta a las entidades de naturaleza axiológica: la dignidad, la libertad, la justicia, el bien común, esto es, todos aquellos valores bajo los cuales se organiza una comunidad democrática y respetuosa de los derechos

humanos. En términos generales, el concepto de dignidad humana, que es el núcleo del movimiento constitucional moderno, asume una riqueza de contenido que no se puede realizar si el ser humano se encuentra inerme frente a la injusticia, la desigualdad, la indefensión, etc.

En este sentido, cabe señalar que las discusiones doctrinales sobre el Estado constitucional de derecho van más allá del ámbito puramente académico, el campo de la ciencia jurídica y filosofía del derecho, para internarse de manera decidida en el ámbito de la política, de la economía y de la ética. La libertad, la igualdad, el bien común, la solidaridad, son valores que no pueden ser proclamados constitucionalmente, sin que estos no se realicen en la vida cotidiana, y por ende, dentro de las estructuras sociales, económicas y políticas de una sociedad determinada. Dichos valores, en consecuencia, deben ser tutelados por garantías primarias estrictas y deben ser remediados, cuando son violados, por las garantías judiciales. Si no se cuenta con estas últimas, un Estado constitucional y democrático no puede subsistir.

En tanto valores, no son entidades empíricas; estos sólo son accesibles en actos de valoración que sólo pueden llevarse a cabo en el foro interno de la conciencia. Siempre se necesita un agente capaz de sopesar la situación concreta en el que se opera un proceso judicial. Por esta razón, se necesita ciudadanos conscientes, pero también se requiere del juez, revestido de ciertas capacidades morales, para que pueda decidir acerca de los valores en pugna que se dan en un conflicto social. En este sentido, el juez es un ciudadano empoderado para resolver

los más agudos problemas sociales, algunos de ellos atingentes a las mismas estructuras sociales en las que vive. Se sigue que el mismo juez debe ser consciente de su misión, y por lo tanto, debe gozar no sólo de independencia, sino también debe mostrar cualidades como la imparcialidad y la responsabilidad.

La situación dista de ser pacífica. Por ejemplo, como ya se sabe, y especialmente en el terreno de la disciplina jurídica, las diferencias doctrinales a menudo tienen consecuencias importantes en la práctica. El juez tiene sentimientos, preferencias, simpatías de todo tipo. En esta dirección, se puede decir que el escenario teórico y práctico en el que se desarrolla la función jurisdiccional en el Estado constitucional de derecho puede verse complicado por una serie de factores sociales y políticos, que afectan el trabajo del juez en su contexto más inmediato, llegando incluso al terreno de las relaciones personales. Sin duda, la profesión del juez es una de las más complicadas que pueda tener el ser humano, dado que los efectos de sus resoluciones poseen consecuencias permanentes.

La dimensión axiológica de la tutela judicial efectiva nos lleva a los parámetros éticos de la función judicial. Según el jurista mexicano Javier Saldaña, “Una de las más graves omisiones en la investigación jurídica de nuestro país es, sin duda, haber dejado de lado la reflexión teórica sobre la ética jurídica, particularmente la judicial”.⁴⁵ Desde nuestra perspectiva, tal importancia deriva del hecho de que, en el Estado constitucional de derecho, el núcleo básico del sistema lo constituyen los

⁴⁵ Javier Saldaña Serrano, *Ética judicial: virtudes del juzgador*, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 1

valores, pero difícilmente tal aspecto se toma en toda su seriedad. En todo caso, es lícito notar, por lo tanto, que un juez o jueza sin virtudes puede hacer que la normativa constitucional nunca surta efecto, esto es, no sea eficaz. En este sentido, se nota la importancia de garantizarle al juez, correctamente elegido y formado ética y profesionalmente, el conjunto de condiciones de trabajo que le aseguren una efectiva independencia en su trabajo. Después de todo, el sistema jurídico, en buena parte, es un sistema de garantías, de manera tal que una garantía mal estructurada, repercute negativamente en el funcionamiento de las demás garantías.

Ahora bien, el tópico de la responsabilidad jurisdiccional de garantizar los derechos, no puede entenderse al margen del devenir histórico que ha desembocado en la formulación del Estado constitucional de derecho. Como ya dijimos, solo puede haberse arribado a este principio cuando la conciencia jurídica se ha percatado de que el juez no puede ser simple “boca de ley” de un cuerpo normativo dotado con plenitud jurídica, como el ideal napoleónico alguna vez concibió al derecho y al trabajo del juez. En el Estado legislativo de derecho priva la voluntad del legislador que representa la voluntad general. Lamentablemente, parece que el positivismo del siglo XIX sigue perviviendo en muchas de las prácticas jurisdiccionales de nuestro país, lo cual lleva a la distorsión de los instrumentos conceptuales del constitucionalismo moderno.

En ese sentido, la tutela judicial efectiva supone la idea de que el juez someterá a un análisis moral-jurídico la situación del afectado o afectados en un ejercicio holístico. Es una concreción de la idea aristotélica de que el juez es la

“justicia animada”. Esta visión sitúa al juez en posiciones en las que debe satisfacer los intereses de los más débiles, en oposición a actores socialmente poderosos como corporaciones, grandes empresarios e incluso operadores de las diversas mafias.

Ya se sabe, además, que ningún conjunto de reglas garantiza, de por sí, la anticipación completa de la infinitiva variedad de las circunstancias en las que se presentan los casos jurídicos a la vista de sus actores. El juez deliberante, por lo tanto, juega un papel fundamental en la consecución del Estado de derecho, y por tanto, en la consecución de la tutela judicial efectiva. Esto permite descubrir otras dimensiones de la tutela judicial efectiva. Junto a las garantías tradicionales, deben considerarse el derecho a la equidad en las decisiones judiciales, dado que como lo recuerda también Aristóteles, la equidad es la corrección de la “justicia legal” para llegar a la justicia en el caso concreto.

2.7 Ámbitos de la tutela judicial efectiva

Queda claro, pues, que la tutela judicial efectiva se puede manejar a varios niveles. El primer nivel lo constituyen los jueces nacionales, dentro de las diferentes instancias (jueces de paz, jueces de instancia, etc.); posteriormente, si no hay remedio se puede acudir a los órganos jurisdiccionales internacionales⁴⁶, los cuales como es notable se van multiplicando y profundizando, de acuerdo a la lógica evolutiva del derecho.

⁴⁶ Véase Claudio Nash Rojas y Constanza Núñez Rodas, *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en América Latina*, México, D. F., Editorial Ubijus, 2015, p. 19.

En la actualidad contamos ya no sólo con instancias dedicadas a la protección de los derechos fundamentales, sino también con órganos jurisdiccionales transnacionales como la Corte Penal Internacional, la cual se relaciona con el Estatuto de Roma, y cuya sede se ubica en La Haya, Holanda, la cual juzga delitos de lesa humanidad, generalmente asociados con la guerra. Es interesante señalar que poderosos países como los EEUU no han suscrito tales acuerdos.

En todas las áreas señaladas, el denominado “litigio estratégico” puede ayudar a establecer jurisprudencia adecuada para resolver los problemas profundos de una sociedad determinada. En esta actividad jurídica, se identifica un caso paradigmático que refleja una situación general que necesita ser abordada y solucionada legalmente, de manera tal que se puedan crear parámetros para resolver casos similares. A menudo este litigio es visible en los ámbitos internacionales, que suelen ser inmunes a las presiones nacionales. Los resultados de los organismos jurisdiccionales en el ámbito internacional pueden, con posterioridad, incorporarse a la jurisprudencia relevante para los jueces que deciden en el ámbito nacional.

2.8 La tutela judicial efectiva y el cambio de institucionalidad

Debe reconocerse que, en su calidad de garantía suprema, enriquecida por sus dimensiones lógicas, sociológicas y axiológicas, la tutela judicial efectiva también funge para proteger intereses en el ámbito institucional. En efecto, todo ciudadano tiene derecho a plantear un caso, ya sea en el ámbito penal, en el área contencioso-

administrativo, laboral, etc., contra la violación de un derecho reconocido constitucionalmente. De este modo, los ciudadanos pueden obligar al Estado a subsanar cualesquiera deficiencias jurídicas en el proceso de mejorar las condiciones generales de vida.

Piénsese en la importancia de estas reflexiones en campos como el de la salud, renglón de nuestra vida ciudadana que prácticamente ha sido violado por el Estado, no sólo porque carece de fondos de manera sistémica, sino porque la corrupción, que envuelve tanto al sector público como el privado, hace imposible equipar un sistema del cual depende prácticamente la vida de todos los habitantes del país, los cuales no pueden sufragar los costos altísimos que conlleva una enfermedad grave. Si se deducen las transformaciones sociales que requiere la tutela judicial efectiva se puede lograr un mejoramiento general de las condiciones de vida.

Por su lado, esta es una medida de presión para que se busque la transformación de las estructuras sociales que, no sólo crean pobreza y desigualdad de por sí, sino que también debilitan o corrompen al Estado en el cumplimiento de sus obligaciones. Esto nos lleva a un tema que veremos abajo: las dimensiones sociales de la tutela judicial efectiva no pueden organizarse de manera adecuada si no concurren medidas que organicen a la sociedad bajo el dominio de un Estado democrático de derecho, el cual debe ser una realidad más o menos vigente, y no sólo un sistema de fachada para continuar viviendo de manera más o menos alejada de los avances del derecho contemporáneo.

Debe quedar claro que la presente situación que vivimos no se puede cambiar si no se usan los recursos institucionales que promueve nuestro sistema de convivencia constitucional. Con estas consideraciones se hace evidente la necesidad de organizar la reforma del sistema de justicia, dado que el actual no parece dar la talla para las tareas que requiere la población guatemalteca. Esta tarea de reforma no será efectiva si no se realizan otra serie de reformas, como es el caso en el ámbito tributario, en donde se origina el problema de la crónica escasez de fondos para atender las necesidades sociales. A menudo los reclamos de la población consciente quedan en una tierra de nadie en donde nadie tiene el poder para hacer los cambios necesarios.

2.9 Jurisdiccionalidad y división de poderes

La idea de que un ordenamiento jurídico se puede expresar en cuerpos normativos codificados que gozan de plenitud jurídica es una reliquia del pasado, especialmente del derecho de factura francesa de principios del siglo XIX y ha sido simplemente abandonada en el presente. Dicha creencia en una formulación exhaustiva del derecho refleja el particular desarrollo de las posturas racionalistas que han distinguido a la filosofía francesa desde el tiempo de Descartes.

Aun el positivismo contemporáneo acepta la imbricación entre derecho y moral, como lo prueba la profunda naturaleza moral del sistema garantista propuesto por el pensador positivista Luigi Ferrajoli, teórico cuya carrera empezó precisamente en el terreno de la judicatura. El modelo jurídico constitucional constituye una apertura de los sistemas legales a la moralidad.

La situación no es sencilla y pacífica. Precisamente uno de los problemas que se plantea en la actual filosofía del derecho son los límites que tienen el poder judicial frente a la sociedad y las otras instancias reconocidas en la clásica división de poderes. El problema, se complica cuando se reflexiona en la actual crisis del Estado y el derecho constitucional, dado que los tribunales constitucionales sólo son usados para desmontar las medidas jurídicas progresivas. Este fenómeno ha llevado a problemas de mala opinión acerca del ejercicio de las cortes constitucionales. Puede decirse que, en términos generales, la calidad del ejercicio jurisdiccional-constitucional no se ha convertido en una efectiva salvaguarda de los derechos fundamentales.

En todo caso, en el Estado constitucional de derecho, el juzgador ya no se limita a lo enunciado en leyes taxativas; el ejercicio jurisdiccional demanda una lectura que toma en cuenta los valores y las circunstancias particulares de los casos. Pero esto parece hacer que la jurisdicción, especialmente la constitucional, esté facultada para dismantelar cualquier decisión, sea legislativa o ejecutiva. De hecho, muchas veces, cuando una medida dañina para algún sector es adoptada legislativamente, los sectores acuden al tribunal constitucional.

Desde luego, la situación se complica por factores puramente doctrinales, especialmente relativos a la evolución del derecho. En efecto, se ha dado una notable multiplicación de los derechos reconocidos, haciendo más complicado la satisfacción simultánea de estos. A los derechos individuales, claramente insuficientes, se han sumado los derechos sociales, ambientales, de género, los

derechos de los niños, las mujeres, las minorías sexuales, grupos étnicos, para citar sólo los más importantes. Es previsible que las nuevas tecnologías traigan aparejados otros derechos como los que garantizan la libertad y la protección en las redes de internet.

Como es de esperar, el reconocimiento de más catálogos de derechos hace que surjan más conflictos; por ejemplo, el derecho a la libre expresión del pensamiento puede chocar con la pornografía (que filósofos como Dworkin considera parte del derecho a la libre expresión del pensamiento). En general, la proliferación de los derechos hace que estos colisionen en contextos particulares, los cuales, como se reconoce, ha dado lugar a la necesidad de procesos de ponderación, como los teorizados por el iusfilósofo alemán Robert Alexy. De este modo, es claro que no se pueden satisfacer con igual fuerza los valores axiológicos en un momento determinado. En la ponderación se hace evidente la necesidad de la reflexión jurisdiccional, porque en esta se balancean valores que entran en conflicto en ciertos contextos concretos.

Es indudable que estas situaciones de interferencia entre poderes son aspectos negativos cuyas raíces deben esclarecerse para diseñar un mejor sistema de convivencia constitucional. Siempre va a haber conflictos entre las diferentes ramas del Estado, pero el legislativo debe configurar sus reglas y leyes de acuerdo al más profundo sentido constitucional. Por otro lado, un juez revestido de caracteres morales positivos, sabrá respetar la institucionalidad de la mejor manera, y acudirá a sus potestades para cuando se dé el caso concreto, no aplicar o derogar la ley, pero

sólo cuando esta amenace en verdad el orden de los derechos. Un juez con un cariz moral, fuerte y progresivo —una necesidad crucial— es una garantía para el desarrollo positivo de la tutela jurisdiccional efectiva.

Al nivel doctrinal es necesario señalar que la interferencia del Poder Judicial sobre otros poderes, tiende a aparecer con mayor nitidez en las posturas neoconstitucionalistas, que, por decirlo así, fomentan una lectura moral del derecho. En posturas como las de Ferrajoli, sin embargo, la tarea jurisdiccional supone el descubrimiento de lagunas que pueden ser después remitidas al legislador para su resolución definitiva. Para este autor, los derechos fundamentales son tales porque han sido previamente positivizados en el proceso constitucional. La mejora institucional siempre corre a cargo del legislativo, pero el ala jurisdiccional neutraliza las debilidades del sector ejecutivo y legislativo.

De este modo, en la posición garantista de Ferrajoli y otros pensadores que siguen la línea garantista de pensamiento jurídico, el papel de la jurisdicción y la jurisprudencia respectiva no necesariamente tiene que afectar de manera negativa la división de poderes. En todo caso, bajo el enfoque garantista la interdependencia entre los poderes se hace evidente y se profundiza, dado que los distintos poderes del Estado se recuerdan, de manera mutua, sus obligaciones respecto al conveniente funcionamiento del aparato gubernamental.

CAPÍTULO III

EL MAL USO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Los dos primeros capítulos de esta disertación se han asomado a la tutela judicial efectiva en el contexto de las diferentes dimensiones de la estructura normativa que hace funcionar el Estado constitucional de derecho, esto es, el régimen de derecho que tiende a predominar en los órdenes democráticos de la actualidad. Esta presentación ha servido para describir la maquinaria garantista de la tutela judicial efectiva. En la arquitectura de este sistema, el concepto de garantía se ha caracterizado como mecanismo institucional, o técnica jurídica, destinada a realizar los derechos fundamentales. Dentro del entramado de garantías, juega un papel fundamental el concepto de tutela jurisdiccional efectiva, el cual se basa en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, esto es, los derechos, especialmente los humanos, reconocidos en las cartas constitucionales.

En esta dirección, la presentación de la arquitectura fundamental de las garantías ha brindado la oportunidad de comprender las razones fundamentales en virtud de las cuales la tarea jurisdiccional goza de tanta preeminencia en el derecho constitucional. No es una simple autoafirmación profesional por parte de los juzgadores; es una necesidad del Estado democrático de derecho en su versión constitucional. Por decirlo así, la mirada jurisdiccional hace posible que una conciencia concreta, informada por la técnica jurídica, sea capaz de analizar una situación compleja en la cual se interrelacionan o entran en pugna valores y

principios en una situación conflictiva específica, haciendo así factible las ineludibles prácticas interpretativas y el ejercicio de la equidad.

Desde un punto de vista lógico, la tutela judicial efectiva aspira a hacer operativas y eficaces las demás garantías, claro, siempre con el auxilio de otras disposiciones, especialmente las que brindan forma a los procesos jurisdiccionales. Para eso se ha puesto de relieve la estructura dialógica de la función judicial; un proceso judicial es una especie de diálogo en el cual las reglas de participación son importantes en grado supremo. Asimismo, se ha enfatizado que, en el contexto del Estado constitucional de derecho, el juez goza de esa preeminencia debido a que las falencias que afectan a las garantías institucionales sólo pueden ser subsanadas por el trabajo jurisdiccional, el cual exige la protección de los bienes vulnerados, a través de un proceso legal que subsane las mencionadas falacias administrativas. En efecto, el legislador nunca será capaz de anticipar todas las circunstancias que se harán presentes en el ejercicio jurídico de la sociedad en cuestión.

Es claro, entonces, que las garantías jurisdiccionales buscan corregir la arquitectura institucional que ha fallado, especialmente de manera sistemática, en el respeto a los derechos fundamentales. En ese sentido, al menos siguiendo al pensador Luigi Ferrajoli, el juez que descubre, en el desempeño de sus labores, dichas lagunas auténticas, plantea, de hecho, una necesidad que debe ser subsanada por el legislador. En este sentido, como ya se ha visto, se pueden evitar los problemas que plantean para el Estado la peculiar importancia que adquiere la función jurisdiccional en el sentido del neoconstitucionalismo, dado que los jueces

prácticamente establecen una especie de imperialismo moral. Desde luego, tal importancia no debe llevar a un irresponsable “gobierno de los jueces”.

Además, es de mencionar que el hecho de que el sistema constitucional depende de valores hace necesario la existencia de ejercicios informados de conciencia, los cuales sólo pueden llevarse a cabo en sede jurisdiccional, debido a que el juzgador es un ser moral que, no sólo tiene experiencia en el ramo, sino que, además, conoce las técnicas jurídicas que auxilian en la decisión. Conviene recalcar en que se ha hecho hincapié en la idea del concepto de garantía como mecanismo institucional-judicial destinado a realizar en concreto la idea de Estado constitucional de derecho. Siguiendo a destacados autores, se ha acordado en que esta disertación asume que las garantías primarias funcional al nivel de las instituciones; las jurisdiccionales son de naturaleza secundaria, esto es, se dan en el caso de que las garantías primarias no hayan funcionado.

Bajo las anteriores disquisiciones se pone en claro la necesidad del principio de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental de corte procesal, aunque con ciertas características que también lo hace substantivo en un sentido peculiar, debido a que, de alguna manera, garantiza la justicia concreta. Se ha insistido que la tutela judicial efectiva, en cuanto un derecho, es un haz de derechos; en cuanto garantía, es un haz de garantías. Por otra parte, al recalcar el carácter *efectivo* de dicha tutela, es preciso no perderse en el mal uso de las figuras jurídicas que es común en el terreno del derecho. Cuando se busca la efectividad, se debe

obligatoriamente poner el énfasis en la realidad sociológica del derecho y denunciar las estrategias que vuelven inútiles los logros del derecho.

En este capítulo nos ocupamos principalmente de caracterizar dicha figura procesal *sui generis* con un grado mayor de detalle, el necesario para poder distinguir los límites de su buen uso y su posibilidad como garante de la vigencia del Estado constitucional de derecho. Es de nuestro mayor interés dejar en claro la estructura de este derecho para pasar después a examinar los problemas específicos que acechan a dicho principio fundamental dentro de la cada día más importante actividad del derecho procesal constitucional y otras ramas afines (derecho penal, derecho administrativo, derecho ambiental, derecho civil, derecho laboral), dado que los principios constitucionales son transversales a todas las ramas del derecho, aun cuando en cada caso funcionen de manera diferentes. De este modo, hemos fijado nuestra atención en los orígenes históricos de esta noción, su creciente importancia; hemos, asimismo, se ha visto como estos aspectos se vinculan con sus dimensiones lógicas y sociológicas y éticas (especialmente desde el punto de vista jurisdiccional). Pero se debe estar claro de su mal uso, debido a que bajo tales prácticas se encuentra una de las causas de la debilidad del Estado constitucional de derecho.

3.1 El abuso de los derechos y la tutela judicial efectiva

En su conferencia *Relatividad y abuso del derecho*, el jurista francés Louis Josserand nota que desde la antigua Roma ya se había visualizado el abuso de los

derechos.⁴⁷ Anota este autor que tal conciencia se destinaba a señalar la mala intención de los participantes en los procesos respectivos. Sin embargo, en el derecho moderno, como lo apunta Josserand, se considera como abusivo “cualquier acto que, por sus móviles y su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; al criterio puramente *intencional* tiende a sustituirse un criterio *funcional*, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada”.⁴⁸

Por su complejidad, el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser objeto de dicho tipo de mal uso. Como ya se ha hecho ver, dada su importancia, el derecho a la tutela judicial efectiva se relaciona en con los demás derechos y garantías, especialmente las de corte procesal, como el amparo. Hemos visto que, por su amplitud, el derecho a la tutela judicial efectiva abarca diferentes aspectos procesales del derecho, como el estricto derecho de acceso a la justicia, el derecho a resoluciones plenamente motivadas, la observancia del debido proceso con todas sus garantías, la ejecución de las sentencias, etc. No resulta extraño, pues, que se encuentren medios de mal uso de dicho derecho.

Otro aspecto que motiva el mal uso de este derecho se asocia con la creciente conciencia de la importancia de dicho derecho. Progresivamente, y en concordancia con la profundización del pensamiento constitucional a nivel mundial, este derecho de derechos y garantía de garantías se ha ido expandiendo geográficamente a través

⁴⁷ Louis Josserand, *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Bogotá, Editorial Temis, 2009, pp. 4-5.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 5.

de actos de jurisprudencia de las cortes constitucionales, como acontece en el caso de Guatemala.⁴⁹ Por esta razón debe considerarse la tentación de su uso distorsionado por parte de los diferentes actores jurídicos.

El mal uso de dicha figura se asocia con el abuso de la figura del amparo. El mismo Díez Picazo nota que el carácter de “derecho-estrella” que él le reconoce a dicha tutela apunta a la relación que este tiene con el amparo”.⁵⁰ La relación es obvia cuando el amparo es, como lo dice Rubén Flores Dapkevicius, “el instituto de derecho público por medio del cual el titular de un derecho, interés legítimo o difuso, pide al juez competente que lo proteja y haga cesar los efectos de la amenaza o eventual lesión.”⁵¹ Este punto subraya la relación entre la tutela judicial efectiva y el amparo: se trata de evitar la vulneración de un derecho tutelado.⁵² En esta práctica, cuando se rechaza un amparo la parte afectada suele alegar una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido de que se ha transgredido un

⁴⁹Se ha visto que existen pronunciamientos, como en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a los artículos octavo y vigesimoquinto de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, los cuales protegen la tutela judicial efectiva, constituyéndose en artículos valiosos para la preservación de dicho principio en las legislaciones nacionales. Véase Paola Andrea Acosta Alvarado, *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 9.

⁵⁰<http://www.derechoycambiosocial.com/revista010/tutela%20judicial%20efectiva.htm> (última consulta 26 de diciembre de 2015).

⁵¹ Rubén Flores Dapkevicius, *Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data*, Montevideo, Editorial B de F, 2009, p. 95.

⁵² Es interesante notar que la figura del amparo es una contribución iberoamericana, especialmente, a la cultura jurídica. Flores Dapkevicius nos dice lo siguiente: “El amparo surge en México. Su Carta de 1824 no lo mencionaba directamente, pero autorizaba reclamar directamente ante la Corte Suprema por las infracciones a la Constitución. Expresamente, se lo reconoce en el Acta de Reformas de 1847, es incorporado en la Constitución de 1857 y perfeccionado en la Querétaro de 1817.” Véase Flores Dapkevicius, op. cit., p. 96.

principio o regla procesal. Por su propia naturaleza, el amparo es una figura destacada de la tutela judicial efectiva.

Como se sabe, el problema surge cuando una decisión no es del agrado de un litigante, y se acude a artilugios jurídicos para prolongar los procesos, los cuales a menudo hacen valer el poder social de los actores procesales; no cualquier persona puede involucrarse en un juicio de duración ilimitada. En este espíritu distorsionado, se procede a plantear amparos, algunos de ellos vinculados, supuestamente, en función de la protección a la tutela judicial efectiva. Como lo observa el ya mencionado Díez Picazo:

“Contribuye al protagonismo del derecho consagrado en el artículo 24 lo que puede llamarse la tentación de los abogados y de los litigantes de continuar el proceso por otros medios. Y, la verdad sea dicha, tanto el constituyente como el legislador que desarrolló la Constitución en la Ley Orgánica 2/1979 han dado para ello toda clase de facilidades. El derecho puede hacerse valer, como es lógico, en toda clase de procesos y en toda clase de jurisdicciones. La jurisdicción constitucional es gratuita y la habilitación de los abogados es sencilla. Este hecho está produciendo como consecuencia el que, a veces sin más que un vago pretexto, traten de llegar a la justicia constitucional asuntos decididos por un juzgado de Distrito y en apelación por un

juzgado de Instrucción (en materia penal) o por un juzgado de Distrito y una Audiencia Provincial (en materia civil).”⁵³

Desde luego, este autor español no quiere disminuir la importancia de este derecho en el ámbito público, especialmente en el administrativo y el penal. Refiere dicha crítica al campo del derecho privado. Se puede decir, desde luego, que aun en este campo se puede notar cuando dicha tutela se viola, como cuando un poderoso agente social se enfrenta a una persona sin mayor influencia social. Se sigue, por lo demás, que este principio debe tener sus límites en el ámbito administrativo y penal, decisión que, en nuestra opinión, muestra la importancia del juez, como supremo evaluador de las circunstancias que se verifican en el espacio en el cual se dirige, bajo su dominio y supervisión, un proceso determinado. El juez tiene una inmediatez con la aplicación del derecho que no puede ser igualada por el legislador.

Queda claro que muchos litigantes presentan otra y otra vez, el mismo caso, muchas veces de manera notoriamente frívola, sólo por el hecho de que el proceso no sido resuelto en su favor. La tutela judicial efectiva no debe implicar la resolución final de un caso en cierto sentido. En este sentido es una noción procesal. Como sigue diciendo Díez Picazo:

“No obstante lo que la fórmula literal sugiere -tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos - puede a primera vista afirmarse que el artículo 24 no significa que la Constitución

⁵³ *Ibíd.*

consagre el triunfo final de los derechos subjetivos de carácter sustantivo de que el ciudadano pueda encontrarse asistido. Esto es: si es propietario que triunfe su propiedad y sí es acreedor a que su derecho de crédito se vea satisfecho. Puede considerarse firme la idea, muchas veces repetida por la jurisprudencia constitucional, de que el artículo 24 no consagra el derecho al triunfo de las propias tesis o razones o al éxito de las pretensiones mantenidas ante los órganos jurisdiccionales del Estado.”

En este sentido, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho sustantivo; a menos que haya habido una falla procesal o un defecto en el acceso a la justicia, no puede hacerse mal uso de este valioso derecho para sostener la validez de un reclamo. Lo que se protege es el acceso judicial a la justicia no el predominio de la propia posición; si esto fuese así, prácticamente en todo juicio se violaría un derecho de las partes. Por la misma razón, si no se acepta un amparo, digamos uno evidentemente frívolo, no se viola la tutela judicial efectiva, en los aspectos relativos a dicho amparo. De nuevo, la figura del juzgador se yergue como una garantía de un proceso serio.

Es un gran error pensar que el derecho a la tutela judicial efectiva en tanto derecho subjetivo, de naturaleza eminentemente procesal y cuasi-dialógico, es un derecho exclusivamente de naturaleza sustantiva. En efecto, por su carácter lógico, dicho argumento no es aceptable, ante todo porque un proceso sólo se refiere al método para alcanzar *una* solución válida, no *la* solución que las partes desean en el

proceso respectivo. El derecho substantivo a la justicia no es un derecho que garantiza la validez de una postura procesal. Cuando existe una discusión racional debemos asegurar las condiciones para que este se lleve a buen puerto; esto no quiere decir, sin embargo, que de antemano la solución esté determinada. Desde luego se puede apelar cualquier decisión, pero también es necesario comprender la naturaleza procesal, porque al hacerlo de forma substantiva, aun de manera velada, se viola el mismo sentido axiológico y, por tanto, ético, de la tutela judicial efectiva.

En este sentido, la jurista española Ángela Figueruelo Burrieza, por ejemplo, señala que dicho derecho tiene un carácter difuso que la hace vulnerable para ser invocada en cualesquiera ejercicios de amparo, hasta en los más absurdos.⁵⁴ A partir de este fenómeno, como también lo señala Figueruelo, el derecho a la tutela judicial efectiva se configura para impugnar decisiones jurisdiccionales. Este carácter difuso de la tutela judicial efectiva congestiona el sistema judicial, a la vez que obstruye el adecuado funcionamiento del orden jurídico en su conjunto. Se pueden entonces constatar algunas de las raíces de las falencias del desgobierno judicial denunciadas arriba por Alejandro Nieto.

La opinión de Figueruelo es consistente con la opinión de De Bernardis, citada por Santos Urtecho Navarro. En efecto, para De Bernardis, la tutela jurisdiccional:

⁵⁴AngelaFiguerueloBurrieza, "Crisis constitucional y abuso del derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 5, 2006, pp. 301-318.

“constituye la manifestación constitucional de determinadas instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar el real, libre e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo de los órganos competentes del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas vigentes o la creación de nuevas situaciones jurídicas, que culmine con una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia, susceptible de ser ejecutada coercitivamente y que permita la consecución de los valores fundamentales sobre los que se cimienta el orden jurídico en su integridad.”⁵⁵

Es de mencionar, en esta línea, la idea de que la tutela judicial efectiva trata de integrar valores que siempre han estado en tensión, como es el caso de la justicia, por un lado, y la seguridad jurídica, por el otro. En efecto, como lo señala el jurista brasileño Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2009: 186), la tutela judicial efectiva se relaciona con la seguridad y la certeza jurídicas, y en cuanto tal, “el derecho fundamental al proceso justo y el derecho fundamental a una tutela jurisdiccional revestida de efectividad calificada”.

⁵⁵Urtecho Navarro, Santos. “La conexión del proceso debido y de la tutela jurisdiccional”, *Revista Jurídica Cajamarca*, Año 4, No. 13, octubre-diciembre 2003 (<http://www.derechocambiosocial.com/RJC/Revista13/debido.htm>). [Accesado el 30 de diciembre de 2014).

3.2 La subjetividad de las decisiones jurisdiccionales

En el Estado constitucional de derecho puede presentarse un problema con la tutela judicial efectiva en lo que concierne a las decisiones judiciales. Como es bien sabido en el terreno de la teoría constitucional contemporánea, y en función de la introducción de los valores en el orden jurídico, se ha dado lugar a procesos de ponderación, los cuales, en la opinión de autores como Jürgen Habermas, dan lugar a inconvenientes momentos de decisión subjetiva en las decisiones jurisdiccionales. En efecto, puede decirse que en la ponderación entran factores subjetivos, en el sentido de que dos jueces o tribunales pueden no llegar a las mismas conclusiones.

La subjetividad de las decisiones jurisdiccionales en el Estado constitucional de derecho, desde luego, entra en conflicto con los valores de la seguridad y la certeza jurídicas, que parecen exigir respuestas únicas y previsibles dentro de un proceso. De este modo, ya se puede ver lo complicado que resulta el derecho a la tutela judicial efectiva; dicho derecho comprende la obligación de proveer a las partes no sólo una decisión judicial motivada en profundidad, sino también un acceso a las respectivas instancias procesales, de una manera tal que se logre en un grado razonable la seguridad jurídica. En virtud de ese problema se pueden plantear recursos que traten de cambiar una decisión determinada. En particular, se pueden señalar la subjetividad de una decisión, y en el cambio de tribunales o instancias, puede darse que una decisión inicial pueda verse cambiada.

Para responder a esta crítica válida debe reconocerse que ningún valor jurídico puede ser absoluto. De este modo, nunca se podrá satisfacer todas las

demandas que se derivan de la seguridad jurídica. Lo importante es que en cada caso haya una justificación adecuada para las decisiones jurídicas, dado que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye un derecho a una sentencia bien motivada. Lo importante es que se agoten las instancias y que, de una manera u otra, se llegue a la mejor sentencia.

En todo caso, nuestra crítica se da hacia el mal uso deliberado de tan importante figura jurídica. Precisamente a la elucidación de ese importante aspecto se dirige la próxima sección.

3.3 Los ilícitos atípicos

Desde una perspectiva más actualizada, los abusos que han sido descritos hasta aquí, pueden ser encuadrados en lo que Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero denominan “ilícitos atípicos”. Estos juristas españoles muestran que los ilícitos atípicos surgen cuando los principios se tratan como reglas, o para decirlo, en otros términos: cuando la letra de la ley predomina sobre el espíritu de esta.

Esta caracterización, desde luego, asume la diferenciación entre principios y reglas, una distinción común en el campo del neoconstitucionalismo, la cual se ha difundido desde el trabajo de Ronald Dworkin. Según una caracterización muy común, las reglas se cumplen o no se cumplen. Los principios, por su parte, son entidades que, cumpliendo muchas veces una función justificatoria relativa a las reglas, pueden entrar en conflicto en los contextos de la deliberación. Generalmente

las reglas son mandatos que prohíben, permiten u ordenan; los principios son, en cambio, mandatos generales, que pueden entrar en conflicto entre sí.

En ese sentido, como lo dice Robert Alexy, los principios suponen el mandato, de maximizar el cumplimiento de estos. La idea es que se debe buscar la manera de realizar estos en las situaciones concretas que enfrentan cotidianamente los miembros de una sociedad.

Con base en esta caracterización general, para Atienza y Ruiz Manero, “la ‘vocación’ de los principios es dar lugar a reglas (legislativas o jurisprudenciales); y las reglas se justifican por su adecuación a los principios.”⁵⁶ En otras palabras, “los ilícitos atípicos serían las conductas contrarias a *principios* de mandato.”⁵⁷ A lo largo de su exposición, estos autores señalan al formalismo jurídico como condición facilitadora de los ilícitos atípicos.

Según los mencionados juristas españoles, las violaciones que se dan al principio de la tutela judicial consisten simultáneamente en un abuso de derecho y un fraude de ley. Por un lado, se abusa de un derecho subjetivo (esto es, se da un abuso de derecho); por el otro, se utiliza un poder normativo (usar un derecho procesal) para obtener fines que van contra los fines de un derecho fundamental y la estructura institucional recogida en un derecho procesal. Esta distinción, como lo

⁵⁶ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, segunda edición, Madrid, Trotta, 2006, p. 20.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 27.

reconocen dichos autores, se traslapa un tanto. Siguiendo a Michel Taruffo en su exposición, Atienza y Ruiz Manero afirman en el siguiente pasaje:

“Lo supuestos de “abuso del proceso”...nos proporcionan, asimismo, un buen banco de ejemplos de acciones que cabe asimismo calificar a la vez como abusivas y como fraudulentas. Si entendemos que el proceso tiene como finalidad la tutela efectiva y tempestiva de los derechos de las partes, diríamos que se produce abuso del proceso siempre que alguna de las partes usa sus poderes normativos procesales —esto es, aquellas facultades en que se concreta el derecho de defensa— sin otra finalidad reconocible que, bien la de dañar extraprocesalmente a otra parte, bien la de dañar el propio desarrollo del proceso. Ejemplo de lo primero sería la presentación de una demanda dirigida no a obtener un pronunciamiento judicial, sino inducir a la parte contraria a transigir, aceptando condiciones inicuas. Ejemplo de lo segundo sería el uso de acciones procesales con finalidades exclusivamente dilatorias.”⁵⁸

El caso, en efecto, es que se trata de lograr una decisión justa, no un resultado que satisfaga a una de las partes, precisamente aquellas cuyos reclamos son menos relevantes desde un punto de vista axiológico. En ese sentido, usar un derecho fundamental para prolongar un proceso de manera indefinida, supone someter una figura axiológica a fines ilegítimos como la prolongación de los procesos hasta lograr resultados favorables. En ese sentido, el juez que no cae ante tales juegos, debe ser

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 88.

apoyado por la sociedad en su conjunto. De hecho, cuando se cae en tales medidas dilatorias se impacta negativamente un componente de la tutela judicial efectiva: la celeridad del proceso. Como lo apunta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 22 de un interesante estudio sobre el acceso a la justicia:

*“El derecho al plazo razonable del proceso es otro de los componentes de la garantía del debido proceso legal en sede judicial que resulta particularmente relevante en materia del resguardo de derechos sociales. La CIDH y la Corte IDH han identificado ciertos criterios con miras a evaluar la razonabilidad del plazo de un proceso. Se trata de: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales; d) la finalidad del procedimiento judicial respectivo; e) la naturaleza de los derechos en juego.”*⁵⁹

Dado el marcado abuso de los recursos procesales, puede plantearse la pregunta de si la solución al uso malicioso de los mecanismos institucionales puede hallarse tan solo con marcos regulatorios más sofisticados; quizás debamos considerar que el abuso de las reglas no puede eliminarse creando más marcos reglamentarios. Se debe examinar el uso de las reglas procesales en el Estado constitucional de derecho, para ajustarla a los requerimientos morales del Estado de derecho. La presente tesis se propone explorar las diferentes soluciones al respecto, sin olvidar la

⁵⁹Dicho estudio se puede consultar en:

<http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>
(última consulta el 23-9-15).

necesidad de marcos regulatorios más efectivos, que le permiten a dicha tutela un efecto más beneficioso para la consecución del Estado constitucional de derecho.

Los planteamientos de este trabajo están lejos de ser puramente y exclusivamente teóricos. Como ciudadanos vemos con preocupación la forma en que los nobles recursos del derecho son devaluados por acciones impropias no sólo de los operadores jurídicos, sino también por el proceder de los ciudadanos mismos, los cuales se han acostumbrado a actuar de manera estratégica y no axiológica respecto al derecho, afectando de manera notoria esos derechos y garantías que aseguran una vida ciudadana justa y racional.

Todo ciudadano ha llegado a comprender que afrontar dilaciones y prolongaciones en un juicio sólo es factible cuando se poseen los suficientes recursos monetarios para poder hacerlo; así la desigualdad económica se refleja en la desigualdad jurídica. En este sentido, debe especificarse no sólo marcos regulatorios novedosos, sino también principios culturales y morales que impidan el uso malicioso de los recursos constitucionales contemporáneos, como los que se dan en estrategias maliciosas, tan comunes en nuestro país, como el fraude de ley, abuso del derecho y otros usos negativos del derecho.

En este sentido, la clarificación de la naturaleza procesal de la tutela judicial efectiva puede ayudar a evitar usos inadecuados de esta. En esta dirección se precisa explicar la estructura normativa de tal derecho. Parte de esta labor se apoyará en la noción de “ilícitos atípicos” que ha sido desarrollada por Manuel

Atienza y Juan Ruiz Manero, ambas autoridades en la teoría de la argumentación. Este concepto, como ya se explicó en la justificación del presente proyecto de tesis, se basa en la utilización de los principios como si estos fuesen simples reglas. Para precisar esta relación, es necesario comprender como funcionan los principios y las reglas en las diferentes áreas del derecho.

Debe apuntarse que la tarea de clarificar el derecho a la tutela judicial efectiva exige un análisis de los perfiles procesales en el Estado constitucional de derecho. Se necesitan jueces con características que difieren del tradicional juez entendido (como lo hizo Montesquieu), como simple boca de ley, como simple “operador del derecho”; son indispensables abogados y profesionales jurídicos conscientes de que el derecho es criticable cuando no se subordina procesalmente a la consecución de la justicia pronta y cumplida. En tanto seres dotados de conciencia, los actores jurídicos deben estar conscientes de que los usos ilícitos de tal figura no pueden presionar a un juez que, al final, debe estar protegido por las necesarias garantías de independencia judicial, las cuales son garantías institucionales de la función judicial en todos los niveles en que esta se desarrolla.

En este respecto debe mencionarse el papel del buen juzgador. No existe manera de reglamentar exhaustivamente un proceso para que no se den abusos. En este contexto, de nuevo, se hace evidente la relevancia de una buena jurisdicción. El juez puede valorar cuando se está cometiendo un abuso. Por esta razón es indispensable tener acceso a una jurisdicción independiente y responsable, protegida

por las garantías de estabilidad laboral y otras condiciones que aseguran un ejercicio jurisdiccional apegado a derecho.

Desde luego, cuando se dan abusos estos se hacen evidentes prácticamente a todos. La razón es muy simple, como ya se ha apuntado en alguna parte: los términos constitucionales, sus valores, sus principios, su misma razón de ser, apelan al sentido de justicia que experimenta cada ciudadano consciente.

La tutela judicial efectiva debe adoptar una perspectiva general capaz de adecuarse a diversas ramas del derecho, con el objetivo doble de mostrar su relevancia y evitar su abuso, especialmente a través del uso inadecuado y abusivo de la necesaria figura del amparo, la cual tienen evidentes presuposiciones jurídicas que deberían dejar de lado su abuso por agentes jurídicos que actúan de mala fe. Esto significa que dicha tutela fundamental debe adoptar formas diferentes en el derecho penal, el laboral, el civil, el constitucional, etc. Un denominador común a esta tarea es que el derecho vigente en la era neoliberal ha afectado a todos estos derechos de maneras específicas.

Sin embargo, existe un rasgo común que debe resaltarse a la hora de presentar la tutela judicial efectiva: la necesidad de un ejercicio de equidad en el ejercicio jurisdiccional. Este es un rasgo estructural de la función jurisdiccional en virtud de que, en materia de valores, no hay soluciones simples, mucho menos resultados puramente mecánicos. Filósofos del derecho de reconocido prestigio, como es el caso del norteamericano, recientemente fallecido, Ronald Dworkin y el

alemán, seguidor del filósofo Jürgen Habermas, Robert Alexy reconocen este carácter de los derechos fundamentales, los cuales, al menos son derechos humanos. En este sentido, debe recordarse como el iusfilósofo argentino, de ideología liberal e igualitaria, Carlos Santiago Nino aseveraba que los derechos humanos son derechos morales en su esencia.

El razonamiento moral es siempre un ejercicio racional en el cual es necesario sopesar diversos cursos de acción, diversas normas, buscar compromisos entre principios, etc. La moral está constitutivamente relacionada con la deliberación moral, esto es, con el razonamiento práctico. Por eso en la filosofía moral se suele decir que los principios morales son *prima facie*, esto es, a primera vista. Pero lo que se debe hacer sólo se confirma después de la experiencia moral. Es decir, se puede tener la obligación de no mentir, de no golpear, pero en los contextos de la vida diaria, estos deberes *prima facie* son de naturaleza primaria; para llegar a una conclusión es necesario entrar en un proceso de balance moral de las circunstancias, valores, principios, etc. En este sentido, la ética no es una actividad ciega de seguimiento de normas morales, sino una actividad en la que los principios se ven evaluados a partir de la interrelación de estos en contextos sociales determinados.

3.4 La violación de la tutela judicial efectiva en el ámbito constitucional

Ya hemos dicho que con esta tesis intentamos contribuir para la construcción de un auténtico régimen constitucional, tarea que en nuestro país adquiere matices de urgencia. Esta tarea no es superflua en virtud de que, a partir de la crisis de corrupción que ha engullido el aparato estatal en Guatemala, se ha hecho presente

el continuo reclamo, expresado en protestas multitudinarias, de cambiar nuestro texto constitucional a la luz de las presentes circunstancias.

Ningún cambio podrá ser realmente efectivo, si no se garantizan genuinamente los derechos fundamentales. Este objetivo implica un uso adecuado de las figuras jurídicas, especialmente de aquellas que aspiran a introducir la justicia dentro de nuestros sistemas jurídicos, como es el caso de la tutela judicial que venimos examinando en estas páginas.

En este sentido se ha insistido en que se debe evitar el abuso de los derechos y garantías, si se quiere alcanzar un sistema jurídico legítimo y eficaz, que no se preste a las más deleznable y burdas manipulaciones, especialmente por parte de los sectores que pueden esperar, a menudo porque tienen suficientes recursos, para llevar a cabo un proceso largo y costoso. Como académicos del derecho nos corresponde mostrar que es posible impedir el retorcimiento de los principios jurídicos; para lograr este objetivo, debe mostrarse, al nivel teórico, que no se pueden manipular los principios de tal manera que estos sirvan para fomentar la injusticia. En un tiempo en el cual la independencia judicial se encuentra sometida al escrutinio de los medios de comunicación, esta es una tarea fundamental.

En un análisis general de la tutela judicial efectiva se debe comprender que, en nuestra región, el problema se da en función del profundamente incompleto respeto a la ley, tradicional en nuestros países. Sabemos que el derecho en Latinoamérica expone las falencias del derecho colonial en general, debido a que ha

sido una de las regiones que durante mayor tiempo ha estado sujeta al derecho de otros países. En nuestro caso, fuimos regidos durante tres centurias por el derecho indiano, el cual fue una extensión del derecho castellano a los territorios de lo que ahora es Hispanoamericano, y que por sus características estructurales no se acomoda tan fácilmente a las tendencias progresistas en el derecho constitucional contemporáneo.

Lo cierto es que hemos adoptado y quizás magnificado los rasgos negativos del derecho constitucional. Para dar un ejemplo evidente: el grado de subjetividad que asoma en los procesos judiciales basados, en gran parte, en valores constitucionales, no sólo abre la posibilidad de que los miembros de la sociedad no estén de acuerdo con las decisiones jurídicas, sino que también permite que se brinde cierto barniz de legitimidad a decisiones espurias. Esto pasa con la Corte de Constitucionalidad de nuestro país, instancia cuyas decisiones parecen siempre entrar en armonía con los intereses de los sectores más poderosos de nuestra patria.

En efecto, se han verificado sentencias de la Corte de Constitucionalidad que permiten vislumbrar una sujeción de las decisiones de esta a los intereses de los sectores económicos más poderosos. Estos sectores han logrado detener en tal tribunal las medidas legislativas que les afectan, especialmente en lo que concierne a los aspectos tributarios. Recientemente, por ejemplo, las leyes que fueron emitidas para regular el funcionamiento de las tarjetas de crédito han sido suspendidas, y es previsible que sean derogadas, como anteriormente sucedió con los impuestos al cemento.

Asimismo, este fenómeno es evidente en los comentarios y reacciones sociales que siguen a decisiones jurídicas sobre temas controvertidos, como es el caso de genocidio en Guatemala. Hemos visto cómo este caso, decidido en contra de Ríos Montt, fue retrocedido a estadios anteriores, de manera anómala, por la Corte de Constitucionalidad.

Este fenómeno amerita cierta explicación. En efecto, del hecho de que en el Estado constitucional de derecho, haya cierto grado de subjetividad en las decisiones judiciales, especialmente en los órganos colegiados, no se puede deducir que las decisiones respectivas sean simplemente subjetivas. En casos difíciles, desde luego, puede haber un componente de subjetividad; puede ser que a veces no sepamos cómo lograr la equidad en un caso particular, en donde chocan valores como el honor y el derecho a la libre expresión del pensamiento. Pero al menos los crímenes y transgresiones más evidentes siempre se podrán generar una opinión unánime, aun cuando esta no abarque a todos los miembros de la sociedad. Esto es lo que hace tan lamentable el caso de Guatemala, en donde decisiones del máximo tribunal constitucional parecen responder a las necesidades y expectativas de los grupos poderosos del momento.

Sin duda, este problema adquiere matices más oscuros cuando existen problemas sociales profundos, especialmente las relativas a la más excluyente desigualdad. Entonces cualquier decisión es revertida, más aún cuando estas afectan a los agentes sociales más poderosos; pero como reacción, la sociedad

pierde confianza en los encargados de administrar la justicia constitucional. Es aquí cuando se debe recordar que también la tutela judicial efectiva tiene definitivas dimensiones de tipo ciudadano. Cuando las decisiones de tan alto tribunal se someten a poderes espurios, se pierde la confianza ciudadana en el sistema.

Por otro lado, tenemos también deficiencias doctrinarias y conceptuales. En la cultura jurídica contemporánea, no estamos tan acostumbrados a la idea de que para comprender el alcance real de la tutela judicial efectiva hay que tomar en cuenta las dimensiones colectivas de los derechos sociales. De este modo, en el párrafo 27 del estudio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, se puede leer lo siguiente:

“Tradicionalmente las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas, para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos. En gran parte de los países del continente se han establecido y regulado acciones judiciales sencillas y rápidas para amparar derechos en casos graves y urgentes. Sin embargo, es frecuente que estas acciones judiciales no funcionen de manera adecuada para tutelar derechos sociales. En ocasiones, ello sucede por la limitación en la posibilidad de accionar de grupos o colectivos de víctimas afectadas por las violaciones, o por las demoras burocráticas en los procedimientos judiciales que les hacen perder

efectividad. También se han verificado en algunos casos problemas para acceder al ejercicio de estas acciones, porque se excluye la tutela de algunos derechos sociales que no se consideran derechos fundamentales, o porque se les impone requisitos procesales excesivos para su admisión.”⁶⁰

Se puede ver aquí como los sujetos sociales vulnerables se ven imposibilitados para alcanzar la tutela judicial efectiva de sus derechos. Se ha observado, en particular, el uso distorsionado y malintencionado de las reglas de un sistema para generar estrategias judiciales que vayan de acuerdo con los intereses de las partes más poderosas en un juicio. También afectará, entonces, que no haya una jurisprudencia o doctrina firmemente establecida al respecto. De hecho, de este modo se atenta, a otro nivel, contra el derecho a la justicia para aquéllos que buscan este valor esencial en los tribunales. Se vulnera, por lo tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Se puede concluir, en general, que la tutela judicial efectiva requiere una profundidad moral que a veces parece imposible de alcanzar en la situación en la que vivimos. En ese sentido, es conveniente que nos detengamos un tanto en el análisis de lo que ha pasado en nuestro país, en lo que concierne al desarrollo del Estado constitucional de derecho. En efecto, cuando existen problemas estructurales, la consecución del Estado constitucional de derecho se hace una tarea más difícil, dado que es necesario asegurar un ambiente social y político adecuado

⁶⁰<http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf> (última consulta el 23-9-15).

para poder garantizar el acceso a la justicia. Sin jueces probos en el cumplimiento de las altas tareas de la Corte de Constitucionalidad no se puede alcanzar no sólo la tutela jurisdiccional de los derechos sino el mismo acceso a la justicia.

3.5 La problemática general del derecho en Guatemala

Un sistema jurídico no se impone por la bondad de sus fines debido a que el derecho, por su naturaleza de autoridad, siempre está vinculado con las estructuras de poder de una sociedad determinada. Se necesita de un conjunto mínimo de virtudes socialmente establecidas. En esta dirección, siempre es válido preguntarse si nuestro país ha logrado internalizar las virtudes democráticas y constitucionales después de dos siglos de vida independiente marcados por un divisionismo y un marcado dominio antidemocrático de las élites económicas. Este país no ha conocido planes de país que generen algún grado de consenso; las élites económicas han dominado la situación, a menudo haciendo demasiado uso de los poderes coercitivos del Estado, lo cual ha llevado, entre otras causas, a la increíble corrupción que ha hecho colapsar la estructura política de Guatemala. Es necesario estar conscientes de este problema para poder identificar soluciones para tan complicada situación, y así identificar caminos para fortalecer la tutela jurisdiccional de los derechos.

En el contexto actual, ya se cuenta con una historia constitucional repleta de manipulaciones del sentir popular, especialmente por parte de los poderes económicos, sociales y religiosos que rigen los momentos cruciales. Para comenzar, el historiador Horacio Cabezas Carcache desmiente la historia idealizada de nuestra Independencia de España, para demostrar la forma en que esta nación surge a la

vida independiente en el esfuerzo de familias poderosas que deseaban mantener sus prerrogativas, con el resultado final que la república centroamericana terminó fragmentándose en cinco naciones.⁶¹ A nivel continental, las primeras décadas como nación independiente son prueba del vaivén político entre liberales y conservadores que tratan de organizar el país de acuerdo a sus intereses. Esta lucha deja de lado la construcción de una nación genuinamente inclusiva.

En ese sentido, se puede valorar la historia constitucional de Guatemala como el intento de mantener estructuras que mantenían las prerrogativas de los sectores oligárquicos de Guatemala. Al analizar la historia constitucional de Guatemala, uno se pregunta cómo es posible que las estructuras coloniales hayan logrado perdurar a pesar de tantos cambios jurídicos, en los que las condiciones de vida de los sectores indígenas no han conocido un progreso real y verificable. Parece cómo que nuestra historia sigue las necesidades económicas de las élites: el conservadurismo dependió del cultivo de la grana, mientras que, posteriormente, los liberales defendieron la privatización de la tierra para establecer el monocultivo de aquel tiempo, esto es, el café. En particular, es de sobra conocido como el primer liberalismo guatemalteco impulsó medidas draconianas para beneficiar a la emergente clase cafetalera cuya necesidad de tierras y mano de obra barata motivó el apoyo político dictatorial a un proceso que se hizo despojando de sus tierras comunales a las comunidades indígenas y sometiendo a estas comunidades a leyes

⁶¹ Horacio Cabezas Carcache, *Independencia centroamericana: gestión y ocaso del “plan pacífico”*, Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010.

contra la vagancia, que permitían el desarrollo del país violando los más mínimos requerimientos de una vida civilizada.⁶²

En la historia reciente, no se puede dejar de mencionar el fin violento de la Década democrática (1944-1954) que se rigió por la primera Constitución de marcada ideología social (1945). Los gobiernos de Juan José Arévalo y Jacobo Arbenz lucharon por modernizar las estructuras de la sociedad guatemalteca, razón por la cual fueron objeto de los más virulentos ataques por parte de la rancia oligarquía guatemalteca, la cual siempre ve al cambio como amenaza. Este descontento desembocó en el derrocamiento del gobierno del coronel Arbenz, a causa del famoso Decreto 900 (Ley de Reforma Agraria) de fecha 17 de junio de 1952, el cual levantó los ánimos de la UnitedFruitCompany y los latifundistas guatemaltecos, que hicieron causa común para hacer caer al legítimo gobierno del coronel Jacobo Arbenz Guzmán. Aunque no se puede negar la presencia de sectores radicales en el arbencismo, no es menos cierto que su programa apuntaba más bien a la consolidación de una nación capitalista, moderna y nacionalista, con cierta independencia económica de grandes empresas extranjeras.

Lamentablemente, la Constitución fue cambiada dos veces en poco más de 10 años. Después de la Constitución de 1945 se promulgó la de 1956. El cambio no fue suficiente, nueve años después se promulga la Constitución de 1965, la cual surge

⁶² Para una resumida historia constitucional de Guatemala, véase García Laguardia, Jorge Mario. *Breve historia constitucional de Guatemala*, Guatemala, Editorial Universitaria de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010.

de un golpe de Estado dirigido por Enrique Peralta Azurdia. Esta asonada militar buscaba evitar el regreso, a través de la vía electoral, de Juan José Arévalo al poder presidencial, proceso que podría revivir la herencia de la Revolución de Octubre. Precisamente, la Constitución de 1965 sirvió de sombra a las dictaduras militares que se enfrascaron en una lucha civil con las fuerzas de la guerrilla, permitiendo que se viviera una de las épocas más oscuras de nuestra historia.

La época de las dictaduras militares se ve interrumpida con el golpe de Estado de 1982, la cual pone en el poder al general Efraín Ríos Montt y posteriormente al también general Mejía Víctor. Este último llama a integrar una Asamblea Nacional Constituyente, la cual hace que Guatemala se incorpore de manera definitiva al desarrollo constitucional contemporáneo en 1985. En efecto, en este año se promulga la actual Constitución Política de la República de Guatemala. Este documento, en su doctrina, organización y en muchos de sus contenidos, representa un esfuerzo significativo de integrarse dentro del nuevo constitucionalismo democrático mundial, aun en un momento histórico controlado por los militares.

Ahora bien, es de lamentar que el proceso constitucional moderno no haya sido uniformemente progresivo; muchas áreas de nuestra Carta Magna no han sido desarrolladas con propiedad, por no decir en absoluto, quizás bajo la presión de intereses políticos a los que no les convienen cambios profundos en nuestra estructura institucional. Se puede decir que la costumbre inveterada de manipular la ley para responder a los propios intereses, proceso espurio que ha marcado el desarrollo del derecho en Guatemala. De este modo, en los tiempos modernos, la

oligarquía tradicional y algunos grupos de los sectores emergentes, en particular, ve con desconfianza el progresivo desarrollo del derecho indígena. Asimismo, no se puede dejar de ver la absoluta necesidad de que se promueva una legislación ordinaria que permita correctas políticas públicas en lo que concierne al agua, líquido vital que debe protegerse frente a políticas de privatización o concesiones, cuya naturaleza privada pondrán seguramente el vital líquido fuera del alcance de una mayoría de la sociedad, especialmente dados el crecimiento de la pobreza y de la brecha de desigualdad. No se debe, en este respecto, olvidar la experiencia de los gobiernos entreguistas de Estrada Cabrera y Ubico.

En este sentido un orden constitucional encontrará dificultades para consolidarse. Se hace necesario apelar una y otra vez a la tutela judicial para ir cambiando el signo de los tiempos. No puede negarse que el trabajo de los jueces es un componente necesario en la consolidación de un verdadero Estado constitucional de derecho. Incluso destacados jueces han perdido su vida en su intento de luchar contra problemas profundamente incrustados en diferentes sociedades. Cabe recordar, por ejemplo, el caso de los jueces italianos que fueron asesinados por la Mafia italiana, la cual, sin embargo, terminó siendo desestructurada en gran medida. No puede haber triunfo sobre la impunidad sin el sacrificio de los jueces, decididos a cumplir con la tutela de derechos que les han sido encomendados por los nuevos movimientos constitucionales a lo largo y ancho del mundo.

Desde luego, dar una respuesta cumplida a las múltiples interrogantes que surgen del análisis de nuestra realidad constitucional demandaría volúmenes y

volúmenes de análisis. Pero es necesario traer a colación las consecuencias de este estado de cosas, en lo que concierne a la tutela judicial efectiva. En Guatemala, las falencias del Estado constitucional de derecho son obvias, hasta el punto de que todavía se enfatiza el estricto cumplimiento de la ley, aun en contra de valores constitucionales. Incluso, la Corte de Constitucionalidad, como es sabido, ha construido una jurisprudencia errática, que muchas veces responde a los intereses de los grupos más poderosos del país.

En términos generales, la obediencia extrema a la ley escrita y no a su sentido puede provocar violaciones a los derechos fundamentales. De hecho, muchas veces las leyes son hechas a la medida de los intereses de los grupos poderosos. El cumplimiento de la ley garantiza el Estado de derecho, pero no la versión constitucional de este. Por esta razón, quien domina el sistema jurídico, es el que tiene el control del país de la sociedad. Es necesario, en esta dirección, que los juzgadores que comprendan y pongan en práctica el sentido axiológico profundo del derecho constitucional. En ese sentido, la tutela judicial efectiva va mucho más allá de la ley, para poner atención al contexto del caso concreto.

Posteriormente, al estudiar las garantías que se dan al juez, notaremos que estas no existen; un juzgador, por ejemplo, puede ser cambiado de puesto, sometido a un régimen disciplinario injusto, sujeto a presiones políticas o mediáticas, si sus decisiones no se adecúan a las directivas de los poderes de turno. En ese sentido, especialmente en países como el nuestro, aún estamos muy lejos de garantizar la verdadera independencia judicial, así, como de implementar un efectivo régimen de

ética jurídica. En este contexto, la tutela judicial efectiva no se respeta en sus líneas esenciales, despojando a la sociedad de uno de los medios más idóneos para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En pocas palabras, la crisis del Estado constitucional de derecho es producto de una cultura jurídica que no ha sabido asimilar los avances del pensamiento jurídico universal.

3.6 Dificultades doctrinales para la tutela judicial efectiva

Por otro lado, no puede dejar de mencionarse el problema que significa la popularidad de posiciones doctrinales que no contribuyen al desarrollo del derecho democrático en este país. Las perspectivas axiológicas en el derecho tienen adversarios formidables. Muchas de estas se encuentran en el denominado “Análisis Económico del Derecho”, conocido por sus siglas como AED. Esta corriente de la ciencia jurídica se ha desarrollado en los EEUU, bajo la influencia del profesor y juez Richard Posner, de la Universidad de Chicago, institución que se ha destacado por albergar a algunos de los más destacados defensores del libre mercado. Históricamente, esta institución educativa se ha destacado por haber generado la opción contemporánea por esta corriente, como se puede comprobar con el simple hecho de que los intelectuales neoliberales Friedrich von Hayek y Milton Friedman fueron profesores de esta casa de estudios.

En esta corriente jurídica, se ponen en funcionamiento el axioma económico neoclásico que considera que los participantes en el proceso son agentes perfectamente racionales, dedicados con prioridad a maximizar sus propios intereses. Bajo esta perspectiva, la economía, entonces, penetra con su lógica

peculiar la actividad jurídica del ser humano. Las acciones jurídicas tienden a explicarse en función de los sentidos económicos que estos agentes imprimen a sus acciones. Según uno de sus cultores, el jurista mexicano José Ramón Cossío Díaz, la adopción de herramientas microeconómicas ha permitido “conocer y predecir mejor las conductas particulares objeto de su estudio”.⁶³ En este sentido el análisis económico del derecho parece ser influenciado por el realismo norteamericano, doctrina escéptica respecto a la creencia de que las decisiones judiciales están basadas en valores y principios, especialmente los reconocidos en la Constitución.

Desde nuestra opinión, esta postura desdice de la naturaleza moral del derecho constitucional. En efecto, muchas veces las grandes estrategias de litigación corporativas se basan en enfoques que, como el Análisis Económico del Derecho (AED), riñen con los presupuestos axiológicos que siguen defendiendo aquellos movimientos que quieren encontrar un alivio a las circunstancias precarias en las que se desenvuelve la existencia de grandes conglomerados sociales como los indígenas, las mujeres, etc. Los postulados de esta teoría, sin embargo, hacen pensar a los operadores jurídicos que están actuando con una racionalidad moralmente neutra y realista, siguiendo en ese sentido el robusto realismo que ha caracterizado, desde siempre, a una parte importante de la reflexión jurídica norteamericana desde el siglo XIX.

⁶³ José Ramón Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 13.

El AED puede ser efectivo, en el sentido de la predicción de las decisiones que tomarán los jueces, pero lo axiológico muchas veces hace tomar una actitud crítica simplemente frente a lo que funciona. La tutela judicial efectiva promueve el respeto de los derechos fundamentales, y estos presuponen la idea de los valores, especialmente la dignidad humana. No se puede hablar plenamente de tal tutela dentro del análisis económico del derecho. En todo caso, el AED puede servir para analizar cómo piensan algunos sectores en cuanto al sistema jurídico se refiere, porque debe reconocerse que destacados practicantes del derecho se mueven dentro de esta doctrina. En ese sentido, su estudio es altamente recomendable, junto con disciplinas relativamente nuevas, como es el caso de la sociología o política jurídica.

Otro aspecto digno de mencionar es el surgimiento de la denominada *softlaw* (ley suave). Este tipo de ley se da en la gobernanza, el modo de gobierno en el que el Estado se concibe como un actor principal entre una red de actores, muchas veces internacionales (el Banco Mundial, la ONU, la Cicig), en contraposición a la “ley dura” que es monopolizada por el Estado.⁶⁴ Ejemplos de ley suave lo constituye la que deriva de los tratados comerciales, muchas veces bilaterales, los cuales muchas veces ignoran de manera indignante los límites a los intereses de las élites económicas, muchas veces ignorando lo que se refiere a los derechos humanos.

⁶⁴ Francisco J. Laporta, “Nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional”, en: Alfonso Ruiz Miguel (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis*, Madrid, Trotta, 2014, p. 60.

Lamentablemente, en el caso de los acuerdos comerciales, se suele acudir a documentos que multan a los países, por no cumplir cláusulas lesivas de algunos tratados. En este sentido, no deja de llamar la atención que cuando se trata de globalización se hable de ley suave (*softlaw*), mientras cuando se trata del interior de los países existan tendencias a volver a políticas de mano dura o políticas similares, como esas que han aumentado el poder autoritario del Estado a través del derecho penal. Esto ha permitido que muchos Estados sean objeto de multas millonarias, gracias a las decisiones ilegítimas de paneles arbitrales, cuando en su intento de proteger a sus sociedades, violan las cláusulas de tratados comerciales.

En este capítulo nos hemos asomado a la estructura general de la tutela judicial efectiva para descubrir su importancia fundamental y las raíces de su mal uso. Esta presentación supone su razón de ser y su funcionamiento como componente fundamental del Estado constitucional de derecho, especialmente en lo que concierne a la tarea jurisdiccional de constituirse como defensa última de los derechos fundamentales.

Para comprender el mal uso de la tutela judicial efectiva la hemos conectado con el amparo, que se ha constituido en el vehículo procesal de tal tutela. Estas son figuras procesales que garantizan el acceso procedimental a la justicia. Para comprender el mal uso de estas figuras —expresada básicamente en la misión de prolongar los procesos hasta que se alcanzan las decisiones judiciales esperadas— se ha acudido a la noción de “ilícitos atípicos”, la cual ha sido desarrollada por los juristas españoles Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, aun cuando se ha hecho

mención de la antigüedad de estas prácticas. De manera resumida, en esta figura las reglas de un instituto jurídico son usadas para distorsionar los principios que presiden los recursos procesales y la tutela judicial efectiva como un todo. De este modo, los sentidos morales de los recursos del derecho constitucional se subordinan a fines inmorales e ilegítimos.

Esta convicción es acompañada por la constatación de que dicho modelo de convivencia enfrenta una crisis fundamental en estos tiempos, ante todo por los mecanismos de debilitamiento constitucional que implica la desigualdad social. En ese sentido, se ha puesto de relieve la manera en que la situación de los menos favorecidos hace bastante difícil un acceso real a la justicia, la cual implica la dimensión sociológica de la tutela judicial efectiva. Acudiendo a textos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha visto cómo la tutela judicial efectiva no ha sido usada de manera adecuada, ni ha sido por consiguiente desarrollada, en lo que concierne a los derechos colectivos.

También se ha señalado la forma en que entran en conflicto las estrategias del Análisis Económico del Derecho y las instancias de arbitraje con la tutela judicial efectiva, la cual se subordina a la tarea de proteger los derechos. Estos recursos, usados por los más poderosos bufetes de abogados, conllevan el peligro de que la desigualdad social se convierta en una profunda desigualdad jurídica. Mención especial merecen las estrategias jurídicas que se han ido imponiendo a nivel internacional, en las cuales se privilegian siempre los intereses de las grandes compañías transnacionales, las cuales se someten a recomendaciones de la llamada

softlaw (ley suave) que se contraponen de manera dramática a las medidas draconianas que se están adoptando en ramas del derecho penal.

Es de esperar, sin embargo, que con el tiempo se establezcan mecanismos que hagan justiciables aquellos derechos económicos y ambientales violados de manera tan impune por los centros de poder económico de la globalización. Esta tarea ya está siendo objeto de trabajo profesional y teórico, como en la propuesta de aplicar la jurisdicción universal a los delitos económicos y a los ambientales, crímenes que también afectan a la humanidad en su conjunto. Resulta claro que los crímenes internacionales de la globalización deben ser atajados a nivel internacional.

Corresponde ahora examinar la tutela judicial efectiva dentro de los problemas anti-normativos, o mejor anti-axiológicos, que plantea la globalización, dentro de las distintas ramas del derecho. La misión es adentrarnos dentro de las diferentes dimensiones del derecho a la tutela judicial efectiva, para ver las múltiples dificultades que enfrenta esta dentro del ejercicio cotidiano del derecho. Por su naturaleza, en efecto, el derecho adopta características distintivas en sus diferentes ramas (penal, laboral, administrativo, etc.), las cuales, sin embargo, experimentan los embates de las estrategias jurídicas de la globalización.

En general, la defensa de la tutela judicial efectiva requiere diferentes estrategias en el terreno del derecho penal (en sus diferentes vertientes, como, por ejemplo, derecho penal ambiental o derecho penal económico), derecho laboral, derecho constitucional, derecho civil, derechos humanos, y la integración de estas

ramas del derecho en los más variados asuntos que plantea la siempre conflictiva convivencia humana. Seremos capaces, entonces, de alcanzar la perspectiva general que permitirá plantear las conclusiones generales de esta investigación.

CAPÍTULO IV

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL CAMPO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

Como es de esperar, el proceso de desconstitucionalización del Estado de derecho que hemos señalado varias veces en esta investigación, se expresa en el progresivo desmantelamiento de las garantías y políticas públicas que protegen la dignidad humana y sus derechos frente a los poderes estatales y privados. Este proceso muestra que el debilitamiento de la tutela judicial efectiva no se debe tan sólo a su mal uso en los tribunales, sino también a ciertos cambios que se han dado en la esfera jurídica nacional e internacional.

Estos cambios han sido llevados a cabo a través de múltiples estrategias que debilitan las posibilidades de incidencia del Estado democrático de derecho sobre las condiciones sociales de vida. Solo para plantear una pregunta crucial: ¿Cómo es posible para el Estado, asediado por la corrupción y la falta de ingresos por la menguante tributación, especialmente por irresponsabilidad de las clases pudientes, lograr el cumplimiento de las garantías de los derechos sociales? En este contexto, ¿cómo se puede garantizar el necesario acceso a la justicia?

Para empeorar la situación, el Estado de la actualidad se ve amenazado por una serie de problemas, en especial, una creciente deuda, muchas veces ilegítima, producto de procesos corruptos que, en su momento, llenaron el bolsillo de gobernantes irresponsables. El pago de estos compromisos desvía los recursos

indispensables para brindar seguridad, educación y salud de calidad. Esta situación incide en políticas de recortes que afectan los servicios estatales, entre ellos, al sector justicia.

No está de más decir que la posibilidad de recaudar impuestos se va reduciendo a medida que los sectores más poderosos de nuestra economía se resisten a la tributación, bajo el argumento de que una política tributaria más severa limita su competitividad, lo cual les lleva a eliminar plazas de trabajo. De este modo, desde hace décadas, se han desarrollado políticas de privilegios, especialmente exenciones de impuestos, mientras que la población más vulnerable muere a causa de enfermedades y hambre. Muchos de estos fondos, necesarios para el fortalecimiento de sociedades empobrecidas van a dar a los tristemente célebres “paraísos fiscales”.

En términos generales, el derecho constitucional enfrenta en nuestros tiempos una serie de amenazas, para las que no se ha buscado soluciones, quizás debido al carácter relativamente reciente de tales dificultades. Ya se ha mencionado, por ejemplo, el problema de la precariedad laboral inducida por la facilidad de movimiento de que gozan las empresas para moverse a regiones en las que el capital tiene mayor facilidad para reproducirse. La industria de la maquila es un ejemplo claro del fenómeno de empresas que, de la noche a la mañana y sin previo

aviso, se trasladan a otros países, muchas veces sin cancelar sus compromisos laborales en el país que abandonan de manera abrupta.⁶⁵

La situación, sin embargo, no se detiene ahí: los proyectos empresariales destinados a fomentar la competitividad duran más tiempo del necesario. Por lo demás, muchas empresas se acogen a tales beneficios sin necesitarlos: las compañías mineras, por ejemplo, se acogen a la ley de maquilas, aparte de que apenas tributan al Estado alrededor del uno por ciento de sus operaciones. Estos problemas empeoran la precariedad social, situación que contribuye a un malestar político permanente.

En ese sentido, se ha señalado como, en el contexto actual, el Estado pierde muchas de las prerrogativas y poderes que le permitían, al menos en teoría y hasta cierto nivel, poder garantizar los derechos de los ciudadanos. De hecho, muchas prestaciones sociales, o las que quedan en todo caso, se resuelven a través de endeudamiento, situación que a la larga es insostenible. De este modo, muchos de los peligros que enfrentamos surgen de las dinámicas sociales y económicas de un mercado libre, que nunca ha sido libre porque siempre ha sido manipulado por intereses poderosos y muchas veces ciegos ante las consideraciones morales más básicas. Resulta innegable, pues, que tales problemas derivan de la estructura del mundo globalizado en que vivimos.

⁶⁵ Luigi Ferrajoli propone, por ejemplo, un constitucionalismo global en su libro *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Editorial Trotta, 2014.

Ahora bien, la teoría suele venir después del fenómeno para tratar de explicarlo, de dar cuenta de él. En esta dirección, hay que recalcar que el derecho constitucional global no ha creado todavía un marco internacional para lidiar con las nuevas situaciones que provocan la deconstitucionalización del derecho. Con todo, poco a poco van surgiendo propuestas novedosas, pero estas, como es de esperar en el terreno teórico del derecho, llevarán un tiempo en su elaboración y posterior implementación, como sucede con el desarrollo de la idea de jurisdicción universal. Sin embargo, tenemos que esforzarnos en que tales reformas lleguen a tiempo, y que no tengamos más desastres antes que un poder económico desbocado siga haciendo tanto daño.

Por un simple proceso de subsunción, es obvio que dicho proceso de pérdida de garantías, afecta también al ámbito de la tutela jurisdiccional efectiva. Un número insuficiente de jueces, la ausencia de una auténtica independencia judicial, un estado general de ingobernabilidad, grandes regiones sin infraestructura comunicacional que impiden el acceso a los tribunales, una ignorancia generalizada respecto a los servicios de justicia, un vacío de Estado en grandes regiones del país, la falta de una carrera judicial que recompense el mérito profesional, etc., son factores que no ayudan a que la tutela judicial efectiva llegue a ser una realidad para la sociedad en su conjunto.

Este capítulo tiene como objetivo la identificación de estos procesos de desmantelamiento en varias áreas del derecho. El objetivo es alcanzar un

diagnóstico general respecto a los mecanismos que han llevado a su crisis a los planteamientos generales del Estado constitucional de derecho. Desde luego, se muestra como tales procesos se hacen posibles debido al debilitamiento general de la tutela judicial efectiva. Este diagnóstico permitirá, en un momento posterior, descubrir las dinámicas anti-garantistas que funcionan en las distintas ramas del derecho. Antes, sin embargo, dedicamos algunas páginas a aclarar el famoso problema de la denominada “gobernanza”, término que viene desde el mundo empresarial. Este nuevo concepto político genera planteamientos antidemocráticos de gobierno que, apoyados en la globalización contemporánea, rigen en la actualidad en el ámbito de la política y la administración nacional e internacional.

4.1 El surgimiento de la gobernanza no democrática

No se puede desvincular el proceso de desmantelamiento de garantías para los derechos fundamentales del fenómeno de la crisis del Estado constitucional de derecho en el contexto de la globalización. Como ya se ha dicho en la sección anterior, una veta fundamental de este problema se concretiza en la idea de “gobernanza”. Como lo plantea el jurista italiano Giovanni Messina:

“La gobernanza viene presentada como un nuevo modelo de las relaciones de gobierno y de administración que emerge de la espontánea transformación de las relaciones sociales, económicas e institucionales generadas por los imperativos de la economía y, por ello, en cuanto parte del imparable flujo de la integración planetaria, la

gobernanza asume los contornos de la estructura política de la globalización.”⁶⁶

Como ya se sabe, la economía contemporánea es ajena a toda referencia a la consolidación del Estado, y en donde manda la economía de “libre mercado”, el Estado siempre es hecho a un lado, denostado, desmantelado. Históricamente el Estado, especialmente el latinoamericano, fue usado por las élites económicas para fortalecerse (a través de medidas proteccionistas), pero en la actualidad se busca que este desaparezca debido a las potenciales barreras que este puede imponer a los grandes consorcios económicos que dominan la vida nacional, muchas veces con apoyo en grandes corporaciones internacionales.

Las garantías constitucionales, en consecuencia, entran en una situación de precariedad. La razón es simple: dado que el Estado constitucional de derecho es hasta la fecha el mayor garante de los derechos, entonces todo desmantelamiento del Estado, especialmente aquellas que reducen su poder de cambiar estructuras injustas a través de políticas redistributivas que exigen una reforma democrática de la economía, impactará negativamente en la protección de los derechos fundamentales. En efecto, la protección de los derechos, incluso aquellos que fomentan la seguridad jurídica no digamos la salud y la educación, requiere de un Estado fuerte desde un punto de vista financiero. Estas políticas, desde luego, demandan políticas tributarias que, por lo general, no son del agrado de los sectores

⁶⁶ Giovanni Messina, “De la gobernabilidad a la gobernanza”, en José A. Estévez Medina y Giovanni Messina (eds.), *La democracia en bancarrota*, Madrid, Editorial Trotta, 2015, p. 94.

económicos más influyentes, los cuales suelen oponerse a toda disposición que reduzca, aun mínimamente, sus beneficios y prebendas económicas.

El intelectual peruano Oswaldo de Rivero ha realizado una crítica demoledora contra el deficiente desarrollo de los Estados nacionales, los cuales en las últimas décadas han entrado en una crisis de ingobernabilidad. Este autor reflexiona en los “cuasi-estados” que no han podido desarrollarse a pesar de tantas ayudas y proyectos de desarrollo. No está de más recordar, en este sentido, la gran tragedia que representa que la impunidad en nuestro país no haya sido resuelta con nuestros medios, sino que haya sido fomentada por un ente internacional creado para el efecto, y que espera reproducirse en un futuro cercano en países como El Salvador y Honduras, países que como Guatemala poseen importancia estratégica para los EEUU, país que siente la inseguridad de tener países vecinos copados por la violencia y la corrupción.⁶⁷

Comúnmente la forma de gobierno y administración en este contexto es denominada “gobernanza”. En la gobernanza, el Estado ya no se ve como el órgano desde el cual se ejerce el poder que surge del consentimiento de los gobernados. Más bien, la gobernanza hace referencia a un sistema de dirección no democrático en el que las decisiones surgen del “acuerdo” de una red de actores públicos y privados, tales como ONG’s, organismos internacionales, grupos empresariales, tratados comerciales. Como es de esperar, en esta red, de la cual el Estado sólo

⁶⁷ Oswaldo de Rivero, *El mito del desarrollo y la crisis de civilización*, cuarta edición, Lima, Fondo de Cultura Económica del Perú, 2014, primer capítulo.

viene a ser un elemento más, importante quizás pero no único. Huelga decir que en esta red de actores se manifiestan muchas veces los intereses de las grandes empresas. En efecto, ni las compañías internacionales, ni los grandes organismos internacionales, ni las ONG's internacionales pueden ser sujetas al poder de los ciudadanos, como sí lo pueden ser, al menos en teoría los Estados.

Desde luego, la gobernanza se adecúa a la superación de fronteras que trae consigo la globalización contemporánea. En efecto, como ya se ha visto, esta forma de globalización implica transacciones económicas que superan las fronteras nacionales: un simple vehículo o avión se manufactura con partes construidas en diferentes países; los países están conectados económicamente a través de redes financieras internacionales.

En este contexto, surge una corrupción muy especial, en el cual el personaje principal ya no es el gobierno, sino la iniciativa privada. Para dar un ejemplo significativo: una empresa transnacional declara pérdidas en un lugar para optar a subsidios gubernamentales; mientras declara ganancias en lugares en los que existen exenciones fiscales. De este modo, se eluden los impuestos con las maniobras más sofisticadas; el producto de dicho robo muchas veces va a dar a paraísos fiscales, en los que predominan regulaciones financieras laxas y niveles de secretividad en el manejo de las cuentas bancarias. A través de la historia, Suiza se ha caracterizado por brindar un refugio “legal” para recursos mal habidos.

En este contexto, el Estado pierde su soberanía, no sólo debido a que muchas de sus políticas son dictadas por poderes internacionales, sino también porque poco a poco va perdiendo sus recursos. Si un gobierno puede querer afirmar su autoridad económica, se corre el riesgo de que los inversores abandonen el país. Este es un proceso que, sin duda, causa muchos problemas económicos a países que carecen de fondos para poder sufragar los costos que supone garantizar el bienestar mínimo de sus habitantes. Para garantizar el libre flujo de capitales, tales países se ven obligados a seguir políticas económicas dictadas por instituciones como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional. De la misma manera, las políticas de seguridad, de desarrollo son dictados por convenios y acuerdos que han sido dictados bajo el amparo de organizaciones globales como la ONU.

En este escenario, se da una serie de fenómenos que impiden la consolidación de la tutela judicial efectiva. Se dan presiones políticas para que los jueces no fallen en favor de los inversores que tienen privilegios ilegítimos. Muchas veces los Estados que no cumplen con los tratados de libre comercio, son sometidos a arbitrajes internacionales en el que los derechos de los ciudadanos no son considerados. Valiosos recursos que pueden utilizarse para garantizar los servicios básicos a la ciudadanía se dilapidan en el pago de multas por incumplimiento de cláusulas en los tratados comerciales en los que los intereses de la sociedad en su conjunto no han sido debidamente considerados por negociadores que responden a los intereses de poderosos conglomerados económicos privados.⁶⁸

⁶⁸ Para una crítica de esta y otras estrategias a través de los cuales el derecho internacional y el ideal del Estado de derecho es usado para favorecer a grandes actores económicos puede verse el libro de

En este sentido, uno de los problemas más serios que en la actualidad experimenta la tutela judicial efectiva es la privatización de la justicia, que se da, especialmente, a través de los mecanismos de resolución de conflictos. Este proceso de resolución suele brindar cubiertas institucionales para no responder al espíritu constitucional. Esta modalidad de resolución de conflictos no ayuda a la implementación de los derechos humanos ni a las garantías de estos, ante todo porque ignora las asimetrías entre las partes que entran en conflicto. De hecho, este modo de resolver los conflictos sociales ya no es privativo de la esfera internacionales; estos procesos cada vez penetran más los órdenes nacionales internos. En efecto, bajo el pretexto de que no existen suficientes recursos judiciales o de que es necesario desjudicializar la vida social, o de que es necesario desentramar los tribunales, se instituyen procesos que no están sujetos a la tutela judicial efectiva. Estas prácticas, desde luego, no contribuyen a la consolidación del Estado constitucional de derecho. En este sentido, este paradigma, lamentablemente, se ha ido acomodando a los fines del neoliberalismo en el campo jurídico.

En el campo del derecho globalizado, se van imponiendo doctrinas que hacen caso omiso del profundo sentido moral del Estado constitucional de derecho. Desde nuestro punto de vista, escuelas como la del análisis económico del derecho son proclives a enfoques realistas, que prestan poca atención a los postulados del constitucionalismo moderno. En efecto, doctrinas como esta no son particularmente

sensibles a la cuestión de los valores; lo que predomina aquí es una visión en la que se trata de examinar la práctica real del derecho, y no una visión idealizada de ésta. Esta doctrina olvida, sin embargo, que no puede tomarse la realidad como norma, debido precisamente a que la realidad jurídica es una de los campos en los que la necesidad de transformación es más sentida. No puede presentar la realidad como parámetro de análisis debido a que la misma realidad está marcada por relaciones de poder, que son condenadas precisamente en nombre de los valores.

Se procede ahora a visualizar y analizar la situación real de la tutela judicial efectiva en varias áreas del derecho. Tomamos como base los claros, pero ilegítimos, límites que ha ido estableciendo la noción de gobernanza global. En este sentido, la gobernanza es el marco general que permite el debilitamiento del Estado constitucional de derecho. Esto permitirá ir identificando propuestas de solución de los problemas con la tutela judicial efectiva que han sido identificados en páginas anteriores de este trabajo de tesis. Asimismo, se irán identificando soluciones parciales, que en la conclusión, se resumirán de manera que se puedan encontrar soluciones al progresivo debilitamiento de la tutela judicial efectiva.

4.2 Métodos alternativos de resolución de conflictos

En la época contemporánea se ha reconocido la necesidad de evitar las inconveniencias de la jurisdiccionalidad a través de la promoción de métodos alternativos para la resolución de conflictos. En sí mismo, este expediente adquiere bastante sentido, en virtud de que el ámbito jurisdiccional exhibe problemas notorios, como la congestión de casos, la falta de funcionarios jurisdiccionales, la falta de

insumos y tribunales, etc. En consecuencia, se verifica una consecuente demora de los procesos judiciales, situación que a menudo se encuentra en aguda tensión con la demanda de justicia pronta y cumplida.

A primera vista, este expediente tiene bastante justificación. Sin embargo, nunca debe olvidarse que la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales es un componente ineludible de la realización de un Estado constitucional de derecho.⁶⁹ De este modo, cualquier intento por agilizar la gestión judicial de los casos, a través de métodos alternativos, debe esforzarse por que no se den violaciones estructurales a la tutela judicial efectiva.

Una de las maneras en que se reduce la protección de los derechos fundamentales se da a través de los procesos de arbitraje que se verifican a varios niveles de interacción social, en los ámbitos nacionales e internacionales. Gozan de particular importancia, por sus consecuencias generales, los conflictos que surgen en el ámbito del derecho económico internacional, especialmente en lo que concierne a los tratados de libre comercio, los cuales, sin mayor legitimidad, cada vez gozan de mayor importancia en la dirección de los asuntos económicos de cada país.

Por otro lado, en los últimos tiempos se ha acudido bastante al recurso de la resolución privada de conflictos. El problema con este expediente es que los

⁶⁹ Sin embargo, destacados teóricos del derecho han presentado enfoques normativos de la mediación que pueden responder a los problemas que se pueden plantear respecto a la tutela de los derechos fundamentales. Véase, por ejemplo, el libro de Josep Aguiló Regla, *El arte de la mediación: Argumentación, negociación y mediación*, Madrid, Editorial Trotta, 2015.

conflictos entre particulares se resuelven al margen de la auditoría constitucional que provee el juez, como figura fundamental del Estado constitucional de derecho. Se puede fácilmente imaginar lo que resulta litigar para una persona sin mayores recursos económicos, lo cual puede llevar a involucrarse en procesos de este tipo, los cuales pueden decidirse en función de las partes que poseen mayor poder.

Ambas formas de métodos alternativos de resolución de conflicto dejan en el aire la vigilancia de las garantías constitucionales y, en general, la tutela de los derechos. En esto campos se manifiesta el poder de los grandes grupos de abogados, los cuales pueden inclinar los resultados a favor de sus clientes. En el ámbito estatal, las medidas que toma un gobierno, por ejemplo, una política de protección del medio ambiente es neutralizada a través de onerosos arbitrajes internacionales, los cuales generan multas para aquellos Estados que se comprometen con la protección de las sociedades respectivas.

Asimismo, los arbitrajes entre particulares a menudo actúan en función de los intereses de los agentes más poderosos, debido a que estos poseen medios sociales de presión que pueden hacer valer en las respectivas instancias. Sólo hay que pensar en los inconvenientes que tales procesos pueden acarrear para el que actúa como mediador, si se inclina por los sectores vulnerables, haciendo a un lado los intereses más poderosos.

A manera de conclusión respecto a estos métodos es imperativo encontrar medios para que estas alternativas a la jurisdiccionalidad sean objeto de algún

género de control constitucional. En este sentido, siempre debe dejarse abierta la posibilidad del acceso a la justicia administrada por los tribunales. En este sentido tratado entre las naciones deben dejar que los Estados protejan a sus poblaciones vulnerables.

4.3 La tutela judicial efectiva en el derecho laboral contemporáneo

Como es de esperar, el ámbito principal en el que se alega la violación a la tutela judicial efectiva es en el campo del derecho constitucional. Esto es de esperar, dado que, en la Corte de Constitucionalidad, o en el órgano que cumpla esta función, se suelen decidir, en última instancia, los procesos de amparo, cuando se han superado las diversas instancias del proceso. Nótese la tensión que existe entre esta tarea que se le encomienda a tan alto tribunal, y la pérdida paulatina de poder por parte del Estado nacional.

Ya se ha hecho ver en el capítulo anterior que uno de los grandes problemas que enfrenta el derecho constitucional en general, se expresa en la noción de “ilícito atípico”, desarrollada por los juristas Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Esta figura se basa en la distinción entre reglas y principios, que, aunque no es aceptada universalmente, parece capturar uno de los problemas que se dan en la práctica del derecho en nuestra época. Este modo anómalo de proceder se basa en usar las reglas, olvidando y distorsionando los principios.

Ahora bien, en las distintas ramas del derecho suelen plantearse nuevas amenazas a la tutela judicial efectiva. Una de las áreas en las que se manifiesta con

mayor crudeza la pérdida de garantías es en el ámbito del derecho laboral. Tradicionalmente, el empleo dependía de la estructura de un sistema económico nacional; pero desde que las empresas, debido al desarrollo de la tecnología pudieron dejar sus lugares de origen, y poseen una posibilidad inédita de movimiento, la situación cambió radicalmente. Esto permitió que las compañías empezaran a buscar los lugares que ofrecían mejores incentivos, menos impuestos, subsidios; lo que en pocas palabras se denomina como “incentivos para la inversión”. El resultado neto fue que muchos buenos empleos se perdieron en ciertos lugares, para convertirse en empleos relativamente peores en otros lugares, que sin embargo se congratulaban de que nuevas empresas se radicaran en sus territorios, debido al déficit permanente con la cantidad de empleos para satisfacer las necesidades laborales de la sociedad. El resultado neto de este proceso ha sido un deterioro general y creciente de las condiciones laborales en todos los países. Esto muestra cómo una economía globalizada plantea inconvenientes, precisamente en la medida en que no hay instancias de control de los procesos económicos globales.

La precariedad del empleo se ha incrementado en las últimas décadas. Junto con la inestabilidad geográfica de las empresas se verificó una pérdida de empleos debido a la tecnología. El problema, sin embargo, es que el empleo no puede considerarse solamente en términos económicos; el trabajo, en efecto, es un área de realización de la vida humana. No poseer un empleo es equivalente a ser expulsado la comunidad; se pierde no sólo la posibilidad de cumplir una función útil, sino consecuentemente la probabilidad de tener una buena estima.

Esta razón que permite sugerir la idea que el empleo debe no responder sólo a consideraciones económicas, sino también a reflexiones respecto al fin que tiene la sociedad, al mismo sentido de la vida humana. En una sociedad que tiene como objetivo el bien común, el empleo debe estar garantizado en función de una serie de criterios mínimos, si se quiere, pero substantivos. En tanto derecho fundamental, el trabajo no puede ser decidido sólo en función de los intereses de las empresas.

En todo caso, resulta obvio que en el marco del derecho laboral se manifiesta con mayor fuerza la opción preferencial por los empleadores que ha marcado el sistema capitalista, especialmente en el tiempo del neoliberalismo. Esto se ve con particular notoriedad en el despido, el cual siempre supone una violencia del poder privado, como lo han calificado los juristas Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey.⁷⁰ En efecto, la relación laboral se agota en el marco de los contratos, en el cual, como se verá adelante, se encuentran muchos problemas debido a las asimetrías de poder de los agentes que se involucran en estos. Según estos autores, mientras el despido se ve en términos de costes para las empresas; la verdad, sin embargo, es que el empleo es un constituyente de la ciudadanía social. Se trata, nada más y nada menos, de un derecho constitucional que queda en manos de actores no democráticos que actúan con base en su interés económico.

En este orden de ideas, el excesivo énfasis en la inversión ha fomentado políticas económicas basadas en incentivos para los grandes capitalistas, medidas

⁷⁰ Véase Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009.

que incluyen una erosión profunda de los derechos laborales que habían sido alcanzadas durante el siglo XX. En este sentido, vemos cómo se han operado una violación institucional de los derechos laborales. Las políticas de inversión, para dar un ejemplo, se basan en incentivos, no en valores: se abarata el despido, se hacen exenciones de impuestos, se evitan los contratos permanentes, se apela al salario diferenciado o al trabajo de medio tiempo, con el resultado final de aumentar la precariedad en la que vive gran parte de nuestra sociedad.

En este contexto, la tutela judicial efectiva debe esforzarse por proteger en la relación laboral los derechos fundamentales de los trabajadores. La judicatura democrática debe velar porque no existan cláusulas abusivas que simulen efectivas relaciones laborales, en las que se violan las garantías del derecho humano al trabajo. También se debe evitar que se acuda al arbitraje, que equivale a la privatización de la justicia, sin mayores garantías, situación que afecta con particular rigor a los más débiles en el proceso. En efecto, las personas más débiles se involucran en tales procesos sólo porque quieren evitar las infinitas demoras que supone lleva a cabo un proceso judicial con todas sus garantías. Sin embargo, dicho proceso de arbitraje también puede ser influenciado por el deseo de los equipos arbitrales de quedar bien con sus potenciales clientes.

4.4 La tutela judicial efectiva en el ámbito penal

La búsqueda del sentido de la tutela judicial efectiva en el derecho penal es significativa porque quizás en ningún otro campo el proceso jurisdiccional es tan importante, en virtud de los bienes jurídicos y penas en juego. Por otro lado, es

quizás en el ámbito penal en donde se comprueba la pérdida gradual de las garantías procesales, con mayor claridad, debido a políticas criminológicas que parecen diseñadas para gestionar los mismos males que causa el sistema neoliberal. En ese sentido, la mentalidad neoliberal desea detener el fenómeno criminal acudiendo a penas cada vez más severas. Tal es la situación que la noción de “peligrosidad” ha recibido tanta atención que el derecho penal se endurece y, en alguna medida, pierde su carácter de *ultima ratio*.⁷¹ La frecuente referencia al recurso del encarcelamiento es una prueba palpable de ello.

En efecto, en la actualidad, hay una firme tendencia a regresar a visiones penales que se basan en la “peligrosidad” para establecer métodos de control social, con el consabido argumento de la defensa de la sociedad. Dentro de este enfoque se basan los criterios opresivos de “mano dura” y “súper mano dura” que han sido notoriamente incapaces de resolver los problemas de desviación social.⁷² No podía esperarse menos de enfoques que nunca hacen un análisis riguroso del problema de las raíces de la desviación social, el cual no precisa de características tan abstractas como el de la “peligrosidad”, sin traer a colación las razones de tal problema.

En efecto, la política criminológica basada en la peligrosidad y la defensa social es problemática en la medida en que no puede negarse que existe una

⁷¹ Jon M. Landa Gorostiza, “Introducción”, en Jon M. Landa Gorostiza (ed.) *Delincuentes peligrosos*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 11

⁷² Mireille Delmas-Marti, “Deshumanización del derecho penal” en Luis Arroyo *et al*, *Securitarismo y derecho penal: Por un derecho penal humanista*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2013, p. 18.

correlación entre pobreza y desigualdad, por un lado, y el aumento de la criminalidad, en el otro. El derecho penal, en este sentido, no es un cuerpo de conocimiento orientado a la organización de la sociedad: trabajar por la seguridad de la sociedad es una tarea en la que se debe privilegiar el tema de los derechos humanos.

Este fenómeno es más problemático en la medida en que el derecho penal se ocupa de los alcances que puede tener el alcance del poder punitivo ejercido por el Estado. Como sabemos, en efecto, el Estado puede haber perdido la capacidad de garantizar los derechos humanos; pero lo que nunca ha perdido es su capacidad de ser un aparato que puede llevar a término las tareas más cuestionables, las más violentas e injustas, como lo prueba ampliamente la historia política de las últimas décadas, como lo prueban casos como el de Guantánamo.

En este contexto, gana una importancia primordial la ideología del derecho penal del enemigo, la cual ha sido desarrollada por el penalista alemán Günter Jakobs, una perspectiva que, como lo hace ver el jurista mexicano Luis Coaña Be, fue mencionada por primera vez por este autor en 1985, en una ponencia que llevaba por título “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”. Estas medidas, según argumentativa Jakobs, ya estaban presentes en el derecho penal alemán, las cuales, al primer signo de peligro, protegían el bien jurídico, restringiendo la libertad de acción del posible criminal.⁷³ En ese momento, sin

⁷³ Luis Coaña Be, *México: ¿Garantismo o derecho penal del enemigo?*, México, D. F., Ubijus, 2014, p. 57.

embargo, Jakobs no era un partidario claro del Derecho Penal del Enemigo, simplemente constataba su existencia en el derecho penal alemán.⁷⁴

Pero Jakobs cambió después su posición: de un trabajo puramente descriptivo pasó a un trabajo justificativo de tal tipo de derecho. Según Jakobs, cuando una persona no ofrece seguridad de que respetará el orden jurídico, bien sea por una actitud reincidente, ese sujeto tiende a ser considerado como delincuente, no como persona”.⁷⁵ Estas “no personas”, desde luego, ya no son ciudadanos, son enemigos del Estado de derecho. Existen, pues, dos tipos de transgresores: el común (el ciudadano) que obra mal y debe ser castigado; y el enemigo, el cual lucha contra el sistema y es un peligro para éste.

Este tipo de derecho puede llegar, incluso, a negar la categoría de personas a las que se considera en contra de una sociedad injusta. En los círculos reaccionarios se ha llegado a considerar a los disidentes del sistema como terroristas. Como sabemos, tal estrategia equivale a negar la dignidad del ser humano, debido a que precisamente el derecho es un sistema destinado a preservar garantías, más aún para aquéllos que son rechazados de una manera u otra por el sistema. Bajo esta perspectiva se está llegando a una peligrosa criminalización de la protesta social, la cual pone en riesgo las mismas garantías que constituyen el Estado constitucional de derecho.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 60.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 63.

No puede tampoco dejar de mencionarse la legislación pertinente al femicidio y demás ilícitos relativos al asunto de género, el cual también debe ser sometido a garantías, debido a su formulación bastante rígida, que en un momento dado puede promover un uso demasiado fuerte del poder punitivo del Estado. En este sentido, siempre es bueno contemplar las advertencias que ha formulado al respecto el profesor argentino, especialista en derecho penal, Eugenio Raúl Zaffaroni, quien nota que un derecho penal fuerte a menudo se concentra en castigar a los vulnerables, mientras es incapaz de afectar a los que gozan del poder en una sociedad determinada.

Desde nuestro punto de vista, es importante que el juez tenga suficiente independencia judicial como para poder decidir sin presiones ideológicas, personales, políticas o laborales. Solo el juez responsable puede convertirse en última barrera contra el abuso del derecho penal por la nueva ideología securitaria basada en la manipulación y el miedo.

4.5 La tutela judicial efectiva en el campo administrativo

Según el destacado jurista argentino Gustavo E. Silva Tamayo, el derecho administrativo es la “rama del derecho público que regula la organización de la actividad de la Administración Pública y las relaciones jurídicas que ésta última establece con otros sujetos”.⁷⁶ Tradicionalmente, el derecho administrativo se vincula con la tarea del Estado, en la cual se subraya la atención a los derechos

⁷⁶ Gustavo E. Silva Tamayo, *Desviación de poder y abuso de derecho*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2006, p. 41.

fundamentales. En esta rama del derecho se establecen los derechos y obligaciones del ciudadano frente al poder del Estado y se elaboran los criterios a través de los cuales se va a estructurar la gestión del Estado.

Ahora bien, como se sabe, en un régimen constitucional de derecho, las instituciones son estructuradas de manera que en ellas se consolide el respeto y la garantía de los derechos fundamentales. En la medida en que el Estado se instituye en el principal agente que garantiza los derechos, a través de su estructura administrativa, se puede notar que los órganos de este pueden ser cuestionados por la falta de cumplimiento de los derechos fundamentales.

En efecto, el derecho administrativo goza de gran importancia en el terreno de la concreción efectiva de los derechos fundamentales. En rigor, los ciudadanos pueden reclamar a la administración pública los derechos no satisfechos o vulnerados. Aunque existen procedimientos para resolver estas querellas, una institución puede ser sometida a cuestionamientos ciudadanos frente a los tribunales respectivos. Una pieza de directivas administrativas puede ser sometida a procesos internos de verificación y a los tribunales cuando, a juicio de parte de la ciudadanía, esta viola disposiciones constitucionales.

Pero cómo ya lo hemos señalado, la defensa de los derechos sociales y colectivos no está suficientemente reconocida. Muchas veces el respeto a los derechos humanos sociales y colectivos queda encerrado en el terreno de los aspectos programáticos del Estado. Este formula políticas que van en contra de tales

derechos. En este sentido, como lo dice el documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que ha sido citado varias veces en esta investigación:

“Un segundo aspecto a considerar en materia de acceso a la justicia y tutela efectiva de derechos económicos, sociales y culturales es el debido proceso en la esfera administrativa, en la que se dirimen la mayoría de las adjudicaciones de prestaciones sociales. Ni el área de las políticas sociales, ni las prestaciones estatales en materia social, han estado guiadas en su organización y funcionamiento por una lógica de derechos. Por el contrario, las prestaciones se han organizado y brindado mayormente bajo la lógica inversa de beneficios asistenciales, por lo que este campo de actuación de las administraciones públicas ha quedado tradicionalmente reservado a la discrecionalidad política, más allá de que haya algunos controles institucionales.”⁷⁷

Va quedando claro que la tutela judicial efectiva no es usada para remediar las claras insuficiencias de un gobierno maniatado por la corrupción y por el desprecio con que se ven la situación de las grandes mayorías vulnerables. No es difícil imaginar, entonces, que los problemas sociales se podrían judicializar, en un contexto legal todavía dominado por los sectores oligárquicos u otros poderosos grupos de presión, como es el caso en nuestro país. En todo caso, es claro que se debe luchar en el frente administrativo para encontrar una tutela real de los derechos, garantizándose en última instancia la tutela judicial efectiva que realmente ordene a las instancias

⁷⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. cit., párrafo 95.

administrativas del Estado constitucional de derecho el cumplimiento de sus obligaciones.

Desde nuestro punto de vista, las falencias del derecho administrativo no pueden remediarse sin ocuparse de ajustar la estructura del Estado para que pueda responder a sus fines. En ese sentido, el derecho administrativo supone la existencia de recursos judiciales para que el Estado cumpla su función. En ese sentido, se deben promover aquellas medidas jurídicas, que como el amparo y los procesos penales, tratan de hacer que los funcionarios del Estado cumplan con sus importantes funciones.

4.6 La tutela judicial efectiva en el ámbito civil

En el ámbito civil, como su nombre lo indica, se verifican las dimensiones jurídicas entre particulares. Como tal, las falencias e injusticias estructurales de una sociedad determinada, en la medida en que se basan en la desigualdad, suelen reflejarse de manera negativa en el ámbito de las relaciones jurídicas entre personas, naturales o civiles. En estos tiempos, sin embargo, cada vez se nota más que las violaciones a los derechos humanos también pueden darse de manera horizontal, esto es, entre particulares, y el Estado debe velar porque esto no suceda.

En este sentido, las regulaciones jurídicas que norman la relación entre particulares se relacionan con la tutela judicial efectiva, especialmente cuando los derechos fundamentales son violados en las mismas relaciones sociales. En ese sentido, la tutela judicial efectiva puede tener una dimensión reparadora y

compensatoria. Esta es una tarea importante en la consecución de un orden que es justo, en la medida de lo posible.

Uno de los abusos de derechos más notorios es el abuso de los derechos de propiedad, como lo nota los ya mencionados Atienza y Ruiz Manero. Esto no deja de ser significativo, puesto que generalmente el derecho, por su estructura procesal, puede ser aprovechado por aquellos que tienen más medios para poder soportar un proceso legal prolongado.

No debe dejar de mencionarse que el derecho de propiedad es quizás el único derecho que se respeta en Guatemala, especialmente cuando los beneficiarios tienen el poder social y económico suficiente para hacerlo valer ante cualquier persona. Esta importancia, sin embargo, es un reflejo de la importancia que esta noción posee dentro de la modernidad jurídica, esto es, el derecho que se va formando entre el final de la Edad Media y en derecho contemporánea. En la estimación del civilista italiano Paolo Grossi,

“La modernidad jurídica está completamente dominada por una exasperada concepción subjetiva de la propiedad privada... De hecho, se muestra como una dimensión del propio individuo, hasta el punto que no sólo penetra en la celosa esfera de su intimidad, exactamente ahí donde radican los valores morales y religiosos, sino que impregna y

se reviste de la naturaleza y el carácter absolutos que definen estos valores”.⁷⁸

Por ejemplo, muchas de las medidas que necesitan tomarse para garantizar la viabilidad ecológica de nuestra sociedad, pueden exigir una mayor restricción de este derecho que, como lo señalan algunos civilistas debe cambiar. En estos casos, los juzgadores deben confrontar el valor de la propiedad con el valor bien común que necesita una sociedad para poder sobrevivir en tiempos como los nuestros. En ese sentido, Paolo Grossi señala como la idea del contrato, como concepto central del derecho civil y de su codificación por Napoleón, constituyó una expresión del deseo burgués de asegurar la propiedad, uno de los derechos fundamentales que fueron reconocidos y defendidos por la Revolución Francesa.⁷⁹

Asimismo, podemos cuestionar las relaciones de género, especialmente en lo que concierne a la dominación patriarcal de la que son víctimas las mujeres. Es necesario que la tutela judicial efectiva esté presente para cuestionar de manera real estas relaciones de dominación. Aunque ya se hayan dado logros al respecto, es obvio que la mujer vive en situaciones culturales que le evitan su acceso a la justicia. Por ejemplo, existen multitud de mujeres que habitan en sectores rurales en los que el acceso a la justicia se ve complicado por cuestiones de distancia, diferencias lingüísticas, etc., para no mencionar contextos culturales en los que no se ve bien

⁷⁸ Paolo Grossi, “Los bienes: itinerarios jurídicos entre la ‘modernidad’ y la posmodernidad”, en Paolo Grossi, y Ángel M. López y López, *Propiedad: otras perspectivas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013, p. 19.

⁷⁹ Paolo Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, p. 83.

que una mujer se resista a que su pareja la maltrate física o mentalmente, o que se resistan a matrimonios arreglados, incluso para menores. Lamentablemente, esto sucede en muchas regiones de nuestro país, especialmente en lugares en que existe poco acceso a la justicia.

4.7 La tutela judicial efectiva en el campo del derecho ambiental

No cabe la menor duda de que uno de los campos que demostrará mayor importancia en el futuro inmediato es la tutela judicial efectiva del medio ambiente. Este problema es especialmente notorio con el problema del calentamiento global que está llevando a escenarios que puede atemorizar hasta al ciudadano más individualista e indiferente. Debe notarse que nuestro país es uno de los que están más expuestos a este flagelo, debido a que, en términos generales, la pobreza constituye una forma de indefensión frente a los cataclismos que puede producir el cambio climático. Piénsese, por ejemplo, lo que significa una temporada de lluvias especialmente fuerte para personas que viven en las laderas de las montañas o a la orilla de los barrancos. La reciente catástrofe de El Cambray II y las tragedias provocadas por el huracán Mitch y la tormenta tropical Stain dan plena prueba de tales problemas.

En particular, el agua debe ser protegida de los intentos de concesión y privatización que se plantean en el futuro. Lamentablemente, en nuestra historia patria han sido muy comunes los gobiernos entreguistas, como los de sangrientos dictadores del Licenciado Manuel Estrada Cabrera y el General Jorge Ubico, los cuales dieron generosas exenciones y privilegios a compañías extranjeras,

especialmente las de capital norteamericano. De hecho, no debemos olvidar el ejemplo de las empresas norteamericanas que se consolidaron a la luz de las políticas entreguistas (por ejemplo, la United Fruit Company), y que se atrevieron a derrocar, con la ayuda de la CIA y sectores nacionales conservadores, al legítimo gobierno del coronel Jacobo Arbenz Guzmán.

En este sentido, debemos recordar que muchas guerras se producen por el control de bienes escasos y estratégicos, y no podemos dejar de temer que algún día haya guerras por el agua, de la misma manera en que se han visto tantas guerras por el petróleo, especialmente en el Medio Oriente, región que no ha conocido la paz durante muchas décadas. El mismo hecho de que, en nuestro país, no se haya llegado a un acuerdo respecto a la ley de aguas, es sintomático al respecto. En este sentido, no deja de ser un tanto triste que la abundancia de recursos en un lugar dado signifique que estos se conviertan en la presa de naciones poderosas, que actúan con el más cínico descaro, cuando se trata de destruir a conglomerados humanos que se atraviesan en el camino de sus intereses geopolíticos.

Uno de los ejemplos más notables lo constituye la palma africana, monocultivo que cada vez gana mayor importancia en Guatemala. Las consecuencias negativas de este cultivo son evidentes, especialmente en un país de vocación agrícola como el nuestro. Citamos a continuación este pasaje de una descripción de la palma africana por Francois Houtart:

“Para la introducción de las nuevas plantaciones se utilizan en muchos casos zonas de bosque húmedo tropical, que son arrasadas, fertilizadas, plantadas y posteriormente rociadas de continuo con potentes herbicidas que, junto a los fertilizantes químicos, pasan al suelo contaminando las fuentes de agua. En los terrenos cultivados de esta forma resulta muy difícil introducir otros cultivos simultáneamente, debido a la propia acción de los herbicidas. El desplazamiento de las poblaciones autóctonas es en muchos casos forzoso e irrisoriamente compensado.”⁸⁰

La contaminación y la pobreza, en consecuencia, reducen las posibilidades de llevar una vida digna, especialmente cuando los desastres del cambio climático pueden afectar las condiciones de vida de los sectores vulnerables. En los tiempos que vienen se asoman crisis dramáticas con respecto a recursos no renovables, como es el caso del agua. Se trata entonces de desarrollar las potencialidades de la tutela judicial efectiva para que pueda ayudar a defender las condiciones de vida de la humanidad, en especial, las de los más vulnerables.

De esta manera, la tutela judicial efectiva debe optar por cuidar el medio ambiente, tarea que no es fácil en un país que siempre ha tenido una opción jurídica muy clara por defender los derechos de los propietarios. Esto nos muestra ya una de los caminos de desarrollo que debe seguir la tutela judicial efectiva en el futuro

⁸⁰ Véase Francois Houtart, La palma africana, disponible [http://www.ecoportal.net/Temas-Especiales/Energias/La Palma africana](http://www.ecoportal.net/Temas-Especiales/Energias/La_Palma_africana) (última consulta 27-9-15).

inmediato, especialmente en un medio que, como el nuestro, carece de recursos para paliar los desastres de cualquier tipo. En el caso de Guatemala, debe desarrollarse la normativa jurídica que asegure que el agua estará disponible para la población en general. La privatización del vital líquido se debe evitar a toda costa.

4.8 Las debilidades generales de la tutela judicial de los derechos sociales

Puede decirse, de manera general, que en todos los campos anteriores se ha dado una distorsión de los principios que rigen la idea del derecho como un sistema de garantías de los derechos fundamentales. Un sistema, además, que responde a la serie de postulados que constituyen los principios generales del derecho. Puede decirse, con conocimiento de causa, que el derecho posee una serie de reglas y principios que debiera garantizar su gestión de la justicia.

En todos estos campos se verifican violaciones a la tutela judicial efectiva, en el sentido de que, como cuestión de hecho, los jueces no pueden brindar remedios efectivos, muchas veces debido a la estructura social que los circunda. Se genera un nuevo género de ilícitos atípicos, porque se hace mención de figuras jurídicas que no tienen ningún género de aplicación real en contextos penetrados por la injusticia estructural.

La tutela judicial efectiva se constituye, pues, en una manera de reparar los danos a los derechos fundamentales que comporta una situación social injusta. El análisis de la noción de contrato, tan importante en el Estado capitalista y liberal, muestra que se deben hacer cambios profundos en la manera en que el derecho

regula las relaciones sociales. Es innegable que se debe poner mayor atención a la protección de los seres humanos, que, a la protección de los derechos de propiedad, concepto que debe ser analizado dada la situación especial que plantean recursos como el agua, la tierra, los ecosistemas, etc.

Una de las maneras en que puede lograrse este objetivo es promover el acceso a la justicia de los sectores más vulnerables. Esto puede verse en el caso del denominado “constitucionalismo dialógico” que ha recibido desarrollo en el contexto latinoamericano reciente, y el cual trata de introducir prácticas con mayor democracia en un terreno en el que tiende a prevalecer la voluntad de los poderosos.

Por otro lado, uno de los grandes presupuestos que ha limitado el alcance de la tutela judicial efectiva es la relativa falta de importancia que ha afectado a estos a lo largo de la historia. Una reflexión histórica muestra que el discurso actual de los derechos humanos nació, al final de la Segunda Guerra Mundial, en un mundo con racismo, sexismo y grandes diferencias. No extraña, pues, que ni los derechos sociales ni los colectivos gozan de general reconocimiento como lo hacen los derechos individuales, aun cuando, como se ha visto en este estudio, dichos derechos también han sido objeto de recortes en la época contemporánea.⁸¹ Los derechos, lamentablemente, no cambian las condiciones sociales, a menos que estos se logren desarrollar de forma plena en una sociedad determinada.

⁸¹En este estudio se puede establecer que los derechos sociales se diferencian de los colectivos se diferencian entre sí, debido a que los primeros, los sociales, incumben a todos los individuos que viven en una sociedad determinada; mientras que los derechos colectivos sólo se ejercitan en conjunto, como cuando se da el derecho de autodeterminación de un pueblo.

El espíritu progresivo de los derechos humanos, sin embargo, muestra un particular retroceso. Este proceso de pérdida gradual, especialmente de derechos sociales, se relaciona con la crisis del Estado. Aun muchas personas visualizan al Estado como una entidad paralizada por la burocracia, enormemente corrupta e ineficiente. Claro, este discurso tiene mucho de verdad. Pero cada vez notamos que las empresas privadas no son mucho mejores. Los consumidores son víctimas de cobros excesivos que no pueden reclamar; las grandes empresas practican la mentira, el fraude y otras actividades cuestionables. En ese sentido, se puede decir que los aspectos negativos del Estado ya no brindan mayor soporte a la idea de que se debe debilitar al Estado. Los derechos sociales, por lo tanto, continúan siendo una aspiración legítima por parte de los ciudadanos de cualquier país.

Situamos, por lo tanto, como problema fundamental de la tutela judicial efectiva el retroceso, subrayado por la gobernanza denunciada arriba, del Estado constitucional de derecho. Este problema, como se ha visto, se refleja en todas las ramas del derecho. Es necesario, por lo tanto, luchar porque se alcance un remedio general para que dicho derecho logre cumplir, a cabalidad, su cometido.

Puede concluirse, pues, en que no puede defenderse la tutela judicial efectiva si no se pone atención a las condiciones sociales en las que se practica el derecho. Como hemos visto, en estos tiempos estas situaciones ya no se limitan a una sociedad en particular, sino al mundo en general. Lamentablemente, los organismos internacionales proponen modelos jurídicos que sólo responden a los intereses de

los grandes poderes económicos internacionales. Estos cambios deber ser acompañados por una serie de esfuerzos por cambiar la cultura jurídica de la mayor parte de la población, la cual aún cree que todo se soluciones con mayores penas e, incluso, con la reactivación de la pena de muerte.

Como ya se ha visto en una sección anterior de este capítulo, en la actualidad, se insiste en desentrampar los casos en los tribunales, y para el caso se propone el arbitraje y la mediación, el cual puede llegar a darle carta de naturaleza a violaciones de los derechos humanos, debido a que estos procesos generalmente no están controlados por la serie de garantías que le brindan su razón de ser a la función jurisdiccional dentro del sistema constitucional.

Lamentablemente, falta mucho trabajo para que el derecho se convierta en una disciplina que realmente se ocupe de transformar, de acuerdo a sus valores axiológicos, la realidad de nuestros países, en especial en lo que concierne a la derrota de la desigualdad y la injusticia que hace que la justicia de los tribunales termine favoreciendo los intereses de los sectores más poderosos de nuestras sociedades. Debemos evitar que la desigualdad social se convierta en la subordinación de la “justicia” a las perspectivas de los detentadores de todos los tipos de poder económico y social, especialmente en un tiempo en el cual muchas cuestiones nacionales son decididas en el ámbito internacional.

Esto nos remite a la forma en que ejercemos el derecho en nuestras sociedades latinoamericanas, las cuales han sufrido la embestida de diversos tipos

de colonialismo a lo largo de su historia. De hecho, si vemos la historia del mundo en su totalidad, América Latina es una de las regiones que recibió con mayor antigüedad la experiencia del colonialismo; de hecho, se puede decir que la posición de Europa como primer poder regional que dominó el mundo, se vio facilitada por la conquista española y portuguesa de nuestro continente. La riqueza que fue trasladada a Europa hizo posible el desarrollo de la industria, especialmente en países como Inglaterra y los Países Bajos, los cuales desarrollaron su manufactura a partir del poder de compra de una España que derrochaba los recursos del “Nuevo Mundo”, y que, por lo tanto, no se veía en la necesidad de desarrollar su propia infraestructura industrial, lo cual iba a constituir un factor decisivo para que esta nación se fuera quedando rezagada en el desarrollo de la modernidad.

Pero el colonialismo sigue, como lo podemos comprobar viendo la situación de dependencia de unos países con respecto a otros. La deuda de un país, por ejemplo, hace que un país caiga bajo el dominio de las naciones en los que se encuentran los acreedores. En la actualidad, los poderes financieros internacionales gozan de un poder inédito hasta el punto que la misma Europa, ante la imposibilidad de cumplir con las demandas de la banca privada, está viviendo una de las peores crisis de su historia. En ese sentido, el jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni nota que la aberración del derecho en nuestro continente tiene como base la actividad de juristas que han sido formados en las universidades latinoamericanas bajo modelos que no se adecúan a nuestra realidad.⁸²

⁸² Eugenio Raúl Zaffaroni, *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2015, p. 92.

Para resumir las páginas anteriores, podemos darnos cuenta de lo que significa ir perdiendo tantas garantías en el mundo contemporáneo. Por lo mismo, debemos buscar maneras de ir combatiendo tales regresiones para encontrar, de nuevo, las garantías y derechos que costaron tanta sangre a las generaciones que vivieron los acontecimientos previos a las dos grandes guerras del siglo pasado. El trabajo de los juristas es esencial para erradicar las prácticas salvajes que son tan comunes hoy en día alrededor de todo el mundo. Por esta razón, no habrá solución a las crisis presentes, si no se trabaja en la formación de funcionarios jurídicos capaces de administrar una buena tutela judicial efectiva. Lo dicho también puede decirse de la formación de abogados, capaces de trabajar dentro del marco del cumplimiento del Estado constitucional de derecho. De otro modo, será imposible evitar los ilícitos atípicos.

4.9 El acceso a la justicia

El jurista argentino Pablo Esteban Perrino asevera que “el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos¹³: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia.”⁸³ Resulta claro, pues, que la verdadera tutela judicial efectiva sólo se obtiene cuando se da un acceso irrestricto a la justicia. Por su naturaleza, este objetivo trasciende las

⁸³ Véase “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, *Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni*, 2003, pp. 257-293. Disponible en línea en http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_tutela_Judicial_efectiva_y_el_acceso_a_la_jurisdiccion_contencioso_administrativa_.pdf (último acceso 31 de marzo de 2016).

dimensiones tradicionales del derecho, para brindar mayor atención a las condiciones sociales en las que las personas acuden a los tribunales. Se trata, además, de trabajar contra los prejuicios, contra las ideas equivocadas del derecho, contra los enfoques que olvidan el significado verdadero de la justicia.

Con la idea del acceso a la justicia se da, desde luego, la comprensión de que el derecho es un instrumento de armonización de la vida social. Una configuración de los intereses sociales que se orienta hacia el bien común. Es a la luz de tal bien común que deben comprenderse los alcances y limitaciones de la práctica real de la tutela judicial efectiva. Este acceso a la justicia debe ser realizado para evitar la pendiente negativa que representa el incremento de la desigualdad y la precariedad en la sociedad globalizada contemporánea. Esto significa que sin un programa social de largo alcance no podrá alcanzarse una tutela de los derechos que sea merecedora de tal denominación.

En este capítulo hemos visto el asedio a los que se sometido la tutela judicial efectiva en medio de los nuevos desarrollos del derecho contemporáneo, muchos de los cuales afectan de manera profunda al sistema constitucional de derecho. Aun necesitamos encontrar la manera de proteger la tutela judicial efectiva, y en realidad todos los derechos y garantías, en una época dominada por el capital internacional, especialmente el financiero. Este capítulo, por otro lado, nos han brindado una idea general acerca de lo que significa ser un juez en un Estado que clama ser un sistema constitucional moderno y democrático de derecho, debido a las múltiples cortapisas que se han desarrollado en el mundo jurídico contemporáneo.

Se ha hecho especial hincapié en las nuevas figuras de gobierno global en el que el Estado, tradicional garante de los derechos, pierde su función. En este contexto, se opera el progresivo desmantelamiento del Estado, situación que ha impactado negativamente en la vigencia y viabilidad del Estado constitucional de derecho, esto es, la construcción jurídica que ha sido visualizado como el garante principal de tales derechos. Este desmantelamiento del Estado se hace evidente con el desarrollo de una nueva modalidad de administración social, la denominada “gobernanza”, la cual se asimila a los dictados del gobierno mundial del capitalismo, el cual se basa en los intereses de los grandes consorcios económicos “privados”.

Se ha observado cómo la tutela judicial efectiva puede ser objeto de mal uso, especialmente en términos de lo que se denomina “ilícitos atípicos”, figura descrita por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Esto es notable en la figura del amparo, la cual es subordinada a estrategias cuestionables de litigio, especialmente las que buscan la prolongación y la excesiva demora en los procesos judiciales, como es evidente en la práctica cotidiana del derecho.

Se ha visto cómo se afecta la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las ramas laboral, administrativa, penal, civil, y ambiental. Aquí no se puede hablar de prácticas ilícitas, sino más bien de tendencias perniciosas en el desarrollo del derecho contemporáneo. Hemos visto como esta negativa situación supone una situación social anómala en el cual las figuras jurídicas van retrocediendo frente a los poderes globales. También se necesitan revisar y

replantear ideas profundamente arraigadas en la conciencia jurídica contemporánea, la cual no reacciona inmediatamente a los cambios que plantea el desarrollo de la teoría jurídica, el cual es un campo en rápida evolución. Un ejemplo lo constituye la misma idea de propiedad, figura jurídica que necesita ser modificada para adecuarla al problema ambiental y los recursos naturales.

En todo caso, se ha argumentado que esta situación anómala no puede prolongarse, sin que se llegue a situaciones sociales críticas, difíciles siquiera de imaginar. En este contexto, la posibilidad de estallidos sociales se multiplica con el paso del tiempo. Algunos de estos estallidos sociales pueden fomentar problemas como el del terrorismo. El derecho, como institución y práctica, debe ayudar a superar esta posibilidad, aun cuando esto signifique un cambio profundo en sus enfoques teóricos y prácticas sociales.

En el siguiente capítulo, que expone las conclusiones de esta investigación, se argumenta en favor de cambios generales que deben darse en el ámbito cultural e institucional del derecho, para que la tutela judicial efectiva realice su razón de ser y pueda enfrentar los nuevos escenarios. Este análisis, al nivel práctico, pueden sugerir reflexiones acerca de la forma de descubrir o formular medios para fortalecer la tutela judicial efectiva, una necesidad urgente en la situación en que vivimos, debido a que esta se convierte en otra barrera más para los procesos de deconstitucionalización de nuestros sistemas legales.

El objetivo de este capítulo ha consistido en asomarse a las amenazas que ponen en cuestión el adecuado uso y desarrollo de la tutela judicial efectiva en diferentes ramas del derecho. En este contexto, este trabajo ha puesto de relieve las múltiples imitaciones que se generan cuando se favorece la resolución privada de conflictos. Estos procesos, por lo general, son decididos privilegiando las perspectivas de los actores sociales más poderosos, los cuales pueden imponer sus decisiones a través de tribunales que no gozan de ningún género de legitimidad constitucional. Esto sucede, en primer lugar, en el reino del arbitraje en el cual los países resuelven los conflictos que surgen en relación a los tratados de libre comercio. Igual fenómeno sucede con la resolución de conflictos a través del arbitraje, recurso justificado con el fenómeno de que los tribunales suelen estar congestionados por el proceso lento de una gran cantidad de expedientes, pero que impide el control constitucional de los acuerdos logrados, en los cuales se suelen imponer soluciones que recortan los satisfactores económicos para sectores que han visto reducido, de manera cada vez más dramática, su acceso a la justicia, la salud, la educación y la seguridad. Esta situación lleva a un contexto de ingobernabilidad y caos político, el cual hace que se afecte el mismo sentido de vivir en un Estado constitucional de derecho.

Se ha procedido a examinar los problemas que enfrenta la tutela judicial efectiva en los diferentes ámbitos del derecho. Se hace patente, entonces, la enorme importancia de la tutela judicial efectiva y, desde luego, las grandes tareas por las que deben responder todos los operadores del derecho. Corresponde ahora, pues, pasar a las conclusiones del presente trabajo.

CONCLUSIÓN

Esta tesis ha investigado la noción de tutela judicial efectiva en un tiempo en el cual se encuentra en una crisis innegable de retroceso del Estado constitucional de Derecho. Ha quedado claro que este derecho, constituye una de las claves para paliar dicha crisis, la cual se ha generado por la dinámica económica y política de una globalización económica en la que se privilegia la dinámica de un mercado que realmente no es libre.

La conclusión general que se ha alcanzado es que la tutela judicial efectiva es un elemento crucial que debe ser rescatado para que el sistema constitucional de derecho se constituya en un orden jurídico dotado no solo de validez, sino que también de eficacia. Si este derecho no es defendido los sistemas jurídicos contemporáneos seguirán en la senda de la desconstitucionalización, que ha sido denunciado por diversos juristas contemporáneos.

Desde la perspectiva del enfoque presentado en esta tesis, la tutela judicial efectiva es una garantía de seguridad del Estado constitucional de Derecho, porque es el derecho que garantiza la protección última (eficaz) de los derechos. Sin embargo, esta figura, como todos los recursos del derecho, siempre ha estado bajo el riesgo de ser usada de una manera inadecuada, especialmente cuando esta se usa para atrasar los procesos en sede judicial. En este sentido, los jueces deben estar capacitados y protegidos para poder detener las diversas formas de abusos de derechos, los cuales, aunque usan los recursos del sistema, al final terminan

destruyendo el sentido que los ha convertido en salvaguardar de un sistema jurídicos diseñado para responder a la violación masiva de la dignidad humana. Se debe evitar, a toda costa, la desnaturalización procesal de la tutela judicial efectiva.

De lo expuesto en esta tesis resulta claro que, si no se posee un conocimiento adecuado de este derecho, no solo será objeto de mal uso, sino que también dicha figura se verá progresivamente borrada del ordenamiento jurídico constitucional. En este sentido, un conocimiento adecuado de la tutela judicial efectiva es una garantía de que esta figura no seguirá retrocediendo en un mundo en el cual los derechos fundamentales, en general, se encuentran en peligro y en franco vaciamiento.

Producto del proceso de investigación se **comprobó la hipótesis planteada** ya que se confirmó que la tutela judicial efectiva debe siempre considerarse en conjunción con el acceso a la justicia. Por esta razón, este derecho debe ir más allá del proceso propiamente dicho, debiendo ir acompañado de consideraciones lógicas y axiológicas además de materiales. De otra manera, no existirá una tutela judicial efectiva, lo que significa una instauración real de la justicia en la vida de una sociedad. Este punto es particularmente importante cuando se considera que la capacidad de litigar se relaciona directamente con el poder y capacidad económica de las partes en el proceso, y que muchas veces, las decisiones representan una afrenta para los sectores más vulnerables.

Este punto es especialmente importante en un país como Guatemala, en donde barreras lingüísticas, culturales, económicas, sociales y de género, imposibilita que

muchas personas puedan acudir a los tribunales a reclamar la protección de sus derechos fundamentales. Este punto pone de relieve la inmensa necesidad que se tiene de contar con jueces probos, humanistas y conocedores del derecho contemporáneo y la realidad jurídica nacional. Tales juzgadores deber ser apoyados por una autentica independencia judicial y por políticas que aumente sus recursos físicos y materiales.

Desde el punto de vista de la autora, este trabajo de tesis muestra con evidencia algunos desafíos que enfrenta este derecho. Existe un peligro latente en la forma en que el Estado se va desmantelando, con el riesgo de que se pierda la capacidad institucional de garantizar la tutela judicial efectiva de los miembros de la sociedad respectiva. No se podrá fortalecer la tutela judicial efectiva si el Estado se debilita y dicha tutela retrocede frente a la falta de posibilidades del Estado. Se precisa de un estado fuerte que sea capaz de garantizar una jurisdicción proba e independiente, que este consiente que misión es salvaguardar los derechos fundamentales que constituyen el núcleo de la mejor forma de vida social: el Estado constitucional y democrático de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarado Acosta, Paola Andrea. El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Atienza, Manuel y Juan Ruíz Manero. Ilícitos Atípicos, Segunda Edición. Madrid: Trotta, 2006.

Balaguer, Francisco. et al Derecho fundamental, vol. 2, Madrid: Tecno, 1999.

Barberis, Mauro. Ética para juristas. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Editorial Trotta; 2006.

Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Bernal, Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Bobbio, Norberto. El Tercero ausente. Traducción de Pepa Linares. Madrid: Editorial Cátedra 1997.

Bobbio, Norberto. El futuro de la Democracia. Tercera Edición. Traducción de José F.

Borowski, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Traducción de Carlos. Calderón Paz,

Carlos Abraham. La garantía de la tutela judicial efectiva. Tesis Doctoral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2012.

Carcache, Horacio Cabezas. Independencia Centroamericana: gestión y ocaso del “plan pacífico”, Guatemala, Editorial Universitaria de San Carlos de Guatemala, 2010.

Carroza Pérez, Alex. Garantía constitucional de la defensa procesal, Barcelona, José María Bosch Editor, 1998, p.120.

Coaña, Be, Luis. Mexico: ¿Garantismo o derecho penal del enemigo? Ciudad de México: Ubijus, 2014.

Cossío Díaz, José Ramón, Derecho y análisis económico, México, D.F. Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 13.

De Rivero, Oswaldo, El mito del desarrollo y la crisis de civilización, cuarta edición, Lima, fondo de Cultura Económica del Perú, 2014, Primer Capítulo.

Delmas-Martin, Mireille. “Deshumanización del Derecho Penal”, en Luis Arroyo et al, Securitarismo y Derecho Penal: Por un derecho penal humanista. Cuenca: Universidad de Castilla la Mancha, 2013.

Diez-Picasso, Luís. "Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva", CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEL REINO DE ESPAÑA en Revista del Poder, no. 5, Marzo 1987, disponible en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista010/tutela%20judicial%20efectiva.htm>.

Duarte Barrera, Manuel. Presentación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2012.

<http://www.cc.gob.gt/ijc/documentosIJC%5CFeb2013%5CJurisprudenciaDerechosindividuales.pdf>

Emanuel, María Silvia. Rodrigo Gutiérrez Rivas. Coordinadores. Manual para juezas y jueces sobre la protección de las campesinas y campesinos, México, D.F., oficina para América Latina de la coalición para el hábitat 2014, p.30.

Fernández, Santillan. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

Ferrajoli, Luigi. Propone, por ejemplo, un constitucionalismo global en su libro La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid Editorial Trotta, 2014

Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías: La ley del más débil. Tercera Edición. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2012.

Ferrajoli, Luigi. Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional. Segunda Edición. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

Ferrajoli, Luigi. La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

Figueruelo Burrieza, Ángela. "Crisis constitucional y abuso a la tutela judicial efectiva", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, No. 5, 2006, pp. 301-318.

Flores Depkeucius, Rubén Amparo. Habeas Corpus y Habeas Data. Montevideo: Editorial B de F, 2009.

García Villegas, Mauricio, La eficacia simbólica del derecho: sociología política del cambio jurídico en América Latina, Bogotá, Editorial Debate, 2014, p. 29

García Villegas, Mauricio. Sociología y crítica del derecho. Ciudad de México: Editorial Fontamara, 2010.

Garberí Llobregat, José. Constitución y derecho procesal: Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal. Navarra: Editorial Civitas, 2009.

Grossi, Paolo. Mitología jurídica de la modernidad. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

Grossi, Paolo. "Los bienes: itinerarios jurídicos entre la "modernidad" y la posmodernidad", en Paolo Grossi, y Ángel M. López y López, propiedad: Otras perspectivas. Madrid: Fundación coloquio jurídico Europeo, 2013.

Houtart, Francois. “La palma africana”, disponible <http://www.ecoportal.net/Temas-Especiales/Energías/La Palma africana>.

Landa Gorostiza, Jon M. “Introducción”, en Jon M. Landa Gorostiza (ed.) Delincuentes peligrosos. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

Laporta, Francisco J. “Nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional”, en: Alfonso Ruiz Miguel (ed.), Entre Estado y Cosmópolis, Madrid, Trotta, 2014, p.60.

Mattei, Ugo y Laura Mader, Saqueo. Cuando el Estado de derecho es ilegal, traducción de Álvaro Bonilla y Roger Merino, Lima, Editorial Palestra, 2013.

Messina, Giovanni. “De la gobernabilidad a la gobernanza”, en José A. Estévez Medina y Giovanni Messina (eds.), La democracia en bancarrota, Madrid; Editorial Trotta, 2015, p.94.

Nash Rojas, Claudio y Constanza Núñez Rodas. La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en América Latina. Ciudad de México: Editorial Ubijus, 2015.

Oliva Santos, Andrés de la. Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de la Justicia. Derechos Básicos. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1980.

Peña Freire, Antonio Manuel. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Madrid: Trotta, 1997.

Pérez Carocca, Alex. Garantía constitucional de la defensa procesal, Barcelona, José María Bosch Editor, 1998, p. 120.

Perrino, Pablo Esteban. El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa. Revista de derecho público, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 257-293.

Pisarello, Gerardo. Procesos constituyentes: Caminos para la ruptura democrática. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

Pisarello Gerardo, "Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿Qué garantías? " Disponible en <file:///C:/Jorge/downloads/dialnet-ferrajoliYlosDerechosFundamentales-174864-pdf>.

Prieto Sanchis, Luís. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Segunda Edición. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

Rodota, Stefano, El derecho a tener derechos, traducción de José Manuel Revuelta López, Madrid, Trotta, 2014.

Saldaña Serrano, Javier. Ética judicial: Virtudes del juzgador. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

Silvia Tamayo, Gustavo E. Desviación de poder y abuso de derecho. Buenos Aires: LexisNexis-Abeledo Perrot, 2006.

Urtecho Navarro, Santos. "La conexión del poder debido de la tutela jurisdiccional". Revista Jurídica Cajamarca, año 4, No, 13, octubre-diciembre 2003.
(<http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista13/debido.htm>).

Vigo, Rodolfo Luís. Constitucionalización y judicialización del derecho: del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2013.

Wolkmer, Carlos Enrique. Introducción al pensamiento jurídico crítico, Traducción de Felipe Cammaert, San Luis Potosí, Universidad Nacional Autónoma de San Luis Potosí 2014.

Zaffaroní, Eugenio Raúl. El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de mayo, 2015, p.92.