



Fundação Cultural de Campos
Centro Universitário Fluminense-UNIFLU
(portaria MEC nº 3.433, de 22.10.2004)

**REVISTA ELETRÔNICA DA
FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS**

REFDC



Volume 3, nº 1, 2018
Periódico Semestral

TÓPICOS SOBRE A NOVA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – PARTE I.

Evandro Monteiro de Barros Junior¹

RESUMO

Este artigo apresenta as mais recentes e relevantes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o escopo de valorizar o estudo da jurisprudência para a aplicação do direito de forma lapidada em prol da sociedade do presente e, para tanto, utilizamos como fonte de pesquisa o boletim de jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível no site do Conselho Nacional de Justiça, bem como o conteúdo de aulas ministradas pelo professor Guilherme Madeira no Damásio Educacional, especificamente no curso preparatório para as carreiras de Ministério Público e Magistratura estadual, acrescentando ainda reflexões de nossa autoria.

Palavras-chave: Corte; direitos humanos; direito.

¹ Advogado especialista em Direito Tributário - UNIDERP e mestre em Cognição e linguagem - UENF. Conciliador e mediador de conflitos – IMARJ. evandroadv2009@hotmail.com.

TOPICS ABOUT THE NEW CASE LAW OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS – PART I.

ABSTRACT

This article presents the most recent and relevant decisions of the Inter-American Court of Human Rights, with the goal to valorize the study of the case law for a better right application in service of the society and, for this, we used as source the case law of the Inter-American Court of Human Rights and the content of Guilherme Madeira's classes in Damásio Educacional, for Public Ministry and Magistracy state and, above all, our own reflections about the theme.

Keywords: Court; Human Rights, right.

"Ainda caminhamos com passos curtos para a efetivação dos direitos humanos na ordem interna e é preciso que se abandone esta postura ambivalente no trato de temática tão importante como esta" (Guilherme Madeira).

INTRODUÇÃO

Para começarmos os estudos sobre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, faz-se necessário salientar que a referida Corte exerce função contenciosa, mas também consultiva. O caráter consultivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos está disposto no artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos que reza o seguinte:

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.
2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais².

Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires (CADH, 1969). A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais³.

A competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos está prevista nos artigos. 61, 62 e 63 da referida convenção.

Corroborando as informações apresentadas, a melhor doutrina afirma que a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui a mais ampla jurisdição em matéria consultiva, se comparada a qualquer outro tribunal internacional.

Prossegue ainda no mesmo sentido Pasqualucci:

Por meio de sua jurisdição consultiva, a Corte tem contribuído para conferir uniformidade e consistência à interpretação de previsões substantivas e procedimentais da Convenção Americana e de outros tratados de direitos Humanos⁴.

Sendo assim, é lícito afirmar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos leva em conta os sistemas jurídicos dos Estados-parte, que possuem tradições diferentes, como por exemplo, a *Common Law*, que valoriza direitos desenvolvidos nos

² Disponível em:

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

³ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em 18/05/2017.

⁴ PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure Of the Inter-American Court on Human Rights*, Cambridge University Press, 2003 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e a Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

tribunais e, outras tradições romanistas. Todavia, cabe frisar que mesmo nesse bojo de respeito aos sistemas jurídicos dos Estados-parte com tradições diferentes, a Corte exige obrigações convencionais de todos os Estados independentemente de sua origem ou tradição jurídica.

1. *Effet utile* e o caso Gomes Lund vs. Brasil.

A primeira jurisprudência importante que iremos apresentar foi gerada a partir de um caso emblemático que envolveu o Brasil. Trata-se do caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, no qual foi decidido que as obrigações convencionais dos Estados-parte vinculam todos os seus órgãos e poderes, que por sua vez, devem garantir o cumprimento dessas obrigações. A esse fenômeno dá-se o nome de *effet utile*, o que em tradução livre poderia ser entendido como resultado útil⁵.

2. Ratificação da Convenção.

A ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos é considerada pela jurisprudência da Corte como condição fundamental para estabelecer a sua competência. Esse entendimento jurisprudencial foi firmado no caso García Pietro e outro vs. El Salvador⁶.

3. Da aplicabilidade do artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O caso Velásquez Rodrigues Vs. Honduras⁷ revelou uma decisão de relevância a respeito da proteção dos Direitos Humanos, de maneira que, após a decisão do caso apresentado, a Corte passou a entender que toda pretensão da qual resultou lesão a direito humano implica necessariamente violação ao artigo 1.1 da Convenção, que reza o seguinte:

Os Estados- Parte nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social⁸.

4. Da atributividade em sentido estrito.

O mesmo caso, a saber, o caso Velásquez Rodrigues Vs. Honduras respondeu a celebre pergunta que pairava no mundo jurídico: Quando seria possível atribuir a responsabilidade por um ato violador dos Direitos Humanos a um Estado soberano?

No referido caso foi firmado o entendimento de que é atribuível a responsabilidade a um Estado quando a violação for gerada por atuação ou omissão de órgão ou funcionário daquele Estado.

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil*. 2010.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Ramón Mauricio García Prieto Giralte Vs. República de El Salvador*. 2006.

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. 1988.

⁸ https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm.

Já no caso *Godínez Cruz Vs. Honduras*⁹ perpetuou o entendimento no sentido de que um ato violador dos Direitos Humanos deve ser atribuído a um Estado quando houver qualquer violação reconhecida pela Convenção por ato do poder público.

5. Os atos de particulares ou terceiros e a responsabilidade do Estado.

O já referido caso *Velásquez Rodrigues Vs. Honduras* trouxe a solução quanto à responsabilização do Estado face aos atos praticados por particulares ou terceiros, no sentido de poder ser o Estado responsabilizado caso não tenha tido a devida diligência para prevenir a violação causada. Quando o Estado encontrar-se na posição de garante e não proteger o indivíduo, deverá o Estado ser responsabilizado também, como ocorreu no caso *Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia*¹⁰.

6. Da exoneração das obrigações e da relevância do Ordenamento Jurídico interno.

Quanto à possibilidade de exoneração das obrigações a regra vigente é a de que não é possível alegar motivos de conflitos internos para a exoneração, ou ainda, não se pode alegar que as condições do país são difíceis e que, por isso, não permitiriam o cumprimento das obrigações convencionais. Sobre esse tema tão importante é possível afirmar que até o presente momento não existe julgado admitindo exoneração de obrigação.

Sobre a relevância do Ordenamento Jurídico interno, reza a Opinião Consultiva nº 14: “Não se pode alegar direito interno para descumprir obrigações convencionais”¹¹.

7. Dos limites do poder público e da obrigação de organizar o poder para garantir direitos.

A esse respeito temos como fonte a Opinião Consultiva nº 6 que versa que a proteção dos direitos humanos parte da afirmação da existência de certos atributos invioláveis da pessoa humana, atributos estes que o Estado jamais poderia violar, ou seja, não poderia ultrapassar esses limites¹².

Os Estados devem organizar seus sistemas jurídicos para que possam cumprir o que está disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, e além de se organizarem, suas estruturas devem permitir a investigação a respeito de possíveis violações de direitos humanos. A título de exemplo, suponhamos que o Brasil venha a desestruturar a Defensoria Pública. Essa atitude estaria violando deveres convencionais do artigo 1º, que reza o seguinte:

1. Os Estados-parte nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião,

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. 1989.

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso “Mapiripán Massacre” Vs. Colômbia*. 2005.

¹¹ OPINIÃO CONSULTIVA, nº 14. 1994. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/sumario.htm> Acesso em: 19/05/2017.

¹² OPINIÃO CONSULTIVA, nº 6. 1986. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/sumario.htm> Acesso em: 19/05/2017.

opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social¹³.

Essa regra que obriga os Estados-parte a se organizarem de forma a cumprirem a Convenção e a permitirem investigações sobre possíveis violações foi estabelecida a partir do caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*¹⁴.

8. Do dever de prevenir e da obrigação de investigar.

Segundo a jurisprudência firmada a partir do caso *Velásquez Rodrigues Vs. Honduras*, o Estado possui o dever jurídico de prevenir razoavelmente as violações de Direitos Humanos¹⁵.

Além disso, o Estado possui obrigação de investigar violações de Direitos Humanos, sob pena de ferir de morte o artigo 1.1 da Convenção americana de Direitos Humanos, e esse entendimento consolidou-se após o julgamento do caso do massacre de Ituango Vs. Colômbia¹⁶.

9. Do direito à verdade como decorrência da obrigação de investigar.

Em decorrência do dever de investigar, dever este ao qual estão os Estados-parte obrigados a cumprir, há o direito à verdade. Em outras palavras: do dever de investigar dos Estados-parte decorre a garantia de que as vítimas tenham o direito de saber o que aconteceu com seus familiares, como ficou estabelecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*¹⁷.

10. Do acesso à justiça

O presente tópico gera a ideia de que o acesso à justiça é uma norma imperativa de Direito Internacional e foi consolidado no Caso *Goiburú e outros Vs. Paraguai*¹⁸. Em complemento ao referido tópico devemos nos atentar para o detalhe de que no caso *Anzualdo Castro Vs. Perú*¹⁹ ficou estabelecido pela Corte que as autoridades nacionais não estão eximidas do dever de investigar pelo transcurso do tempo.

11. Quando o Estado não conseguir identificar quem cometeu o crime

¹³ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em 18/05/2017.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*. 2009.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. 1988.

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso do massacre de Ituango Vs. Colômbia. 2006.

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. 2000.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso *Goiburú e outros Vs. Paraguai*. 2006.

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso *Anzualdo Castro vs. Perú*. 2009.

Quando o Estado não conseguir identificar quem deve ser responsabilizado pelo crime, o Estado não será punido por isso, uma vez que ficou definido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no já mencionado caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras que o dever de investigar é uma obrigação de meio e não de fim, o que quer dizer que tal obrigação não é descumprida se o Estado, mesmo que empenhado em descobrir o culpado por meio da investigação, não conseguir identificar o criminoso. Em outras palavras, em casos tais o Estado-parte não descumpra a obrigação de investigar.

12. Da seriedade da investigação e da remoção de obstáculos

A investigação deve se dar de maneira séria e não como uma mera formalidade. Esse paradigma é oriundo do Caso Niños de la calle Vs. Guatemala²⁰. Corroborando esse entendimento a Opinião Consultiva n° 11 estabelece que o Estado deve remover todos os obstáculos de fato e de direito que impeçam a devida investigação²¹.

Nesse ínterim, Insta salientar que todas essas decisões que formaram jurisprudência da Corte foram tomadas no intuito de evitar a impunidade, compelindo o Estado a agir de forma diligente, como é o exemplo do Caso Gonzales e outros Vs. México, também conhecido como Caso Campo Algodonero²².

13. Dos direitos dos familiares.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos não julga apenas os direitos das vítimas, mas também dos seus familiares e isso ficou bem claro no Caso Bulacio Vs. Argentina²³.

14. Do direito-dever de proteger os operadores da justiça

O Estado deve facilitar todos os meios para proteger os operadores da justiça (melhor expressão seria “líderes da justiça”), quais sejam: os investigadores, testemunhas e familiares das vítimas. Esse entendimento foi firmado no Caso do massacre de la Rochela Vs. Colômbia²⁴.

15. Dos padrões sistemáticos

Os Estados-parte devem assegurar que as autoridades responsáveis pela investigação levem em conta padrões sistemáticos de violação de Direitos Humanos, algo que ficou definido no Caso do massacre de la Rochela Vs. Colômbia, mencionado anteriormente.

16. Da tortura.

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. 1999.

²¹ OPINIÃO CONSULTIVA, n° 11. 1994. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/sumario.htm> Acesso em: 19/05/2017.

²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso González e Outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México. 2009.

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Case of Bulacio v. Argentina. 2003.

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. 2007.

Nos casos de tortura o tratamento adequado deve primar pelo dever de investigação especial do Estado-parte, o que passou a integrar a jurisprudência da Corte a partir do caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*²⁵. Além disso, o julgamento do caso *Gutiérrez Solers Vs. Colômbia*²⁶ complementou a jurisprudência da Corte determinando que o Estado possui o dever de iniciar de ofício e imediatamente a investigação que permita identificar os autores da tortura.

17. Dos desaparecimentos forçados.

Trata-se de violação grave de Direitos Humanos e têm seu início configurado com a privação da liberdade, com a subsequente falta de informação sobre o destino do desaparecido (permanecendo a violação enquanto não se descobrir o paradeiro da pessoa desaparecida). O caso emblemático que proporcionou o reconhecimento dessa violação foi o Caso *Gonzales Medina e familiares Vs. República Dominicana*²⁷.

18. Das mortes violentas.

Nos casos em que se constatarem mortes violentas a Corte estabelece os deveres dos Estados-parte, como por exemplo: o dever de identificar a vítima; o dever de recuperar e preservar o material probatório; o dever de identificar possíveis testemunhas e tomar seus depoimentos; o dever de determinar a causa, forma, lugar e o momento da morte; bem como o dever de distinguir entre morte natural, acidental, suicídio e homicídio. Tais critérios foram estabelecidos a partir do Caso *Comunidade Miwana Vs. Suriname*²⁸.

19. Da violência contra as mulheres.

O Caso *Gonzales e outras Vs. Mexico* constatou grave violação aos Direitos Humanos e estabeleceu bases jurisprudenciais importantes em vários aspectos específicos. Um desses aspectos é o caso de violência sexual, sendo necessário, segundo o entendimento da Corte que: a declaração da vítima deve ser tomada em ambiente cômodo e seguro, que dê privacidade e confiança; a declaração da vítima deve ser tomada de tal forma que limite ou evite a necessidade de repetição; deve ainda a vítima ter atenção médica, sanitária e psicológica, devendo ser realizado imediatamente exame médico e psicológico completo; todos os atos da investigação devem ser documentados e, deve ainda, a vítima ter acesso à assistência jurídica gratuita. Essa jurisprudência ficou estabelecida a partir dos casos *Fernandez Ortega e outras Vs. México*²⁹ e *Rosendo Cantú e outras Vs. México*³⁰.

20. Dos deveres especiais relativos à discriminação.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005.

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso González Medina y Familiares vs. República Dominicana*. sentencia de 27 de febrero de 2012.

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Miwana Vs. Surinam*. Sentencia 15 de junio de 2005.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Casos Fernandez Ortega e outras Vs. México*. Sentencia 30 de agosto de 2010.

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Rosendo Cantú y Otras Vs. México*. Sentencia de 15 de mayo de 2011.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, pautada no artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos reconhece que há deveres especiais relativos à discriminação do indivíduo, entendimento este que se consolidou com o Caso Massacre de Pueblo Belo Vs. Colômbia³¹.

21. Do conceito de discriminação e dos critérios indicados pela Corte.

Insta salientar que tanto a Convenção Americana de direitos Humanos como o Pacto Internacional de Direitos Civís e Políticos não apresentam definição explícita do que seja tratamento discriminatório, portanto o que se utiliza é a definição gerada pela jurisprudência no Caso Atala Riffos y niñas Vs. Chile³².

Um dos critérios indicados pela Corte a esse respeito é que constitui tratamento discriminatório quando o Estado atua de forma arbitrária, ou seja, sem utilizar-se de critérios razoáveis ou objetivos, como ficou constatado no Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana³³.

No mesmo sentido a Opinião Consultiva nº 4 versa que todo tratamento que possa ser considerado discriminatório com relação ao exercício de qualquer dos direitos garantidos pela convenção é incompatível com ela³⁴.

22. Da discriminação em razão do sexo.

A discriminação em razão do sexo é um tema que merece grande atenção no âmbito dos direitos humanos e a Corte Interamericana de direitos Humanos firmou jurisprudência no sentido de que o dever de investigar do Estado-parte em razão do sexo ganhou caráter adicional. Tal posição foi consolidada no Caso Campo Algodonero Vs. Mexico³⁵. Inclui-se ainda à jurisprudência da referida Corte o entendimento de que a discriminação inclui a violência contra a mulher pelo fato de ser mulher³⁶.

23. Das opiniões políticas de qualquer índole.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos as discriminações oriundas de questões políticas representam violação aos deveres da convenção³⁷.

24. Da origem nacional ou social.

Está consolidada a especial preocupação da Corte com a questão dos direitos dos indígenas, tendo os Estados-parte, o dever de propiciar especial proteção aos índios, mas devido à relevância desse tema, consideramos que seria necessário um trabalho distinto no intuito de abranger os aspectos mais importantes do assunto.

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso de Las Niñas Yean Y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

³⁴ OPINIÃO CONSULTIVA, nº 4. 1994. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/sumario.htm> Acesso em: 19/05/2017.

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009.

Dentre muitos caso existentes que envolvem questão de tal ordem, citamos o Caso Rosendo Cantú Vs. Mexico³⁸ para que o leitor possa buscar na íntegra.

25. Da posição econômica.

Segundo a letra da Opinião Consultiva n° 11, se a pessoa busca a proteção da lei e encontra posição econômica mais vulnerável, o Estado deve garantir mecanismos que prevejam a proteção de sua vulnerabilidade³⁹.

PERORAÇÃO.

Neste artigo apresentamos tópicos de parte da nova jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que consideramos importantes.

Posteriormente pretendemos continuar tal apresentação adentrando a temas como a questão da nacionalidade e do nascimento, o tratamento aos menores de idade, o tratamento aos imigrantes entre outros de igual relevância.

O escopo deste artigo foi sintetizar o que há de mais novo no entendimento da referida Corte, com o intuito de sinalizar o lidador do direito à aplicação lapidada desses entendimentos nos casos concretos em diversos ramos do direito, tais como, direito civil, direito penal, direito constitucional e outros.

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia de 15 de mayo de 2011.

³⁹OPINIÃO CONSULTIVA, n° 11. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/sumario.htm>. Acesso em 19/05/2017.

AVIACIÓN Y COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN EN LA UE: PROBLEMAS, LOGROS Y DESAFÍOS.

Por Juan José Martín Arribas,
Catedrático (acreditado) de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Burgos.

SUMARIO. I.- INTRODUCCIÓN. II.- ANTECEDENTES NORMATIVOS. 1.- El derecho internacional convencional. 1.1.- La Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático. 1.2.- El Protocolo de Kioto. 2.- El Derecho derivado de la UE. 2.1.- La Directiva 2003/87/CE. 2.2.- Sus modificaciones inmediatas. III.- LA DIRECTIVA AVIACIÓN. 1.- Sus contenidos jurídicos más relevantes. 2.- Algunos de los inconvenientes que suscitó. 2.1.- Su posible unilateralismo climático. 2.2.- Su hipotética vulneración del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas. 2.3.- Su compatibilidad o incompatibilidad con el derecho internacional. 3.- Modificaciones posteriores. 3.1.- La Directiva que perfecciona y amplía el RCDE. 3.2.- Normas sobre los derechos a subastar. 3.3.- La inaplicación a los vuelos operados desde o hacia terceros Estados. IV.- A MODO DE REFLEXIONES FINALES: LOGROS Y DESAFÍOS.

RESUMEN:

La aviación emite cada vez más gases de efecto invernadero favoreciendo así el cambio climático. Para hacer frente a este problema, la Unión Europea adoptó la Directiva 2008/101/CE (Directiva aviación) que fue apoyada por numerosas organizaciones no gubernamentales y contestada por un buen grupo de Estados, organizaciones internacionales y asociaciones profesionales.

En este contexto, esta publicación analiza sus principales precedentes jurídicos, su contenido y alcance, sus virtuales problemas, sus modificaciones y los logros y retos que actualmente plantea.

PALABRAS CLAVE:

Unión Europea, cambio climático, aviación, régimen de comercio de derechos de emisión.

ABSTRACT:

Aviation emits more and more greenhouse gases, favoring climate change. To address this problem, the European Union adopted Directive 2008/101 / EC (aviation Directive), which was supported by numerous non-governmental organizations and answered by a good group of States, international organizations and professional associations.

In this context, this publication analyzes its main legal precedents, its content and scope, its virtual problems, its modifications and the achievements and challenges that it currently poses.

KEY WORDS:

European Union, climate change, aviation, emissions trading scheme.

I.- INTRODUCCIÓN

Las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI)¹ que origina la aviación civil presentan un progresivo y rápido crecimiento, lo que favorece la aceleración del cambio climático². Así lo han puesto de manifiesto científicos³, doctrina especializada⁴, organizaciones internacionales⁵ e

¹ De acuerdo con la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, se entiende por “gases de efecto invernadero” “aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos, que absorben y reemiten radiación infrarroja” (art. 1.5) (Fue ratificada por España el 16.11.1993 y se halla publicada en el BOE núm. 27 de 1.02.1994, p. 3125 y ss. A nivel europeo, vid, Decisión 94/69/CE del Consejo, de 15.12.1993, relativa a la celebración de la Convención Marco sobre el Cambio Climático, publicada en el DO L 33 de 7 de febrero de 1994, p. 13–28). Por su parte el anexo A del Protocolo de Kioto, destaca los siguientes GEI: dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF₆) (Fue ratificado por España el 10.05.2002 y se halla publicado en el BOE núm. 33 de 8.02.2005, p. 4131 y ss. Vid. a nivel europeo, la Decisión 2002/358/CE del Consejo, de 25.04.2002, relativa a la aprobación, en nombre de la CE, del PK de la CMNUCC y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo, publicada en el DO L 130 de 15.05.2002, p. 1–3). Según la modificación que introduce la denominada enmienda de Doha en su Anexo A se considera el trifluoruro de nitrógeno (NF₃) como uno de los GEI a los que se aplica la CMNUCC y el PK, sumándose a los seis que ya se regulaban con anterioridad (En España el Consejo de Ministros la ratificó y elevó a las Cortes Generales el 24.07.2015. <http://www.mapama.gob.es/ca/prensa/noticias/el-gobierno-ratifica-y-eleva-a-las-cortes-la-enmienda-internacional-que-prorroga-el-Protocolo-de-kioto/tcm8-390238-16> (Consultado el 06.06.2017). En Europa, vid., Decisión (UE) 2015/1339 del Consejo, de 13.07.2015, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, de la enmienda de Doha al Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo, publicada en el DO L 207, de 4.08.2015, p. 1-14). De todos estos GEI, la comunidad científica defiende que la aviación produce CO₂, junto con óxidos de nitrógeno (NO_x), vapor de agua (H₂O) y una serie de partículas que también inciden en el efecto invernadero.

² Acerca del cambio climático, de sus causas, sus consecuencias y, por supuesto, de los principales instrumentos jurídicos con los cuales se está intentando ayudar en su mitigación existe una notable bibliografía jurídica en español afortunadamente cada vez más numerosa. Por destacar algunas de las monografías más clásicas editadas en España cabe recordar las siguientes: CHUECA SANCHO, A.G., *Cambio climático y derecho internacional*, Zaragoza, Fundación Ecología y Desarrollo, 2000. GILES CARNERO, R., *La amenaza contra la capa de ozono y el cambio climático: respuesta jurídico-internacional*, Huelva, Universidad de Huelva, 2003. SAURA ESTAPÀ, J., *El cumplimiento del Protocolo de Kioto sobre el cambio climático*, Barcelona, Universidad de Barcelona, Centro de Estudios Internacionales, 2003. CAMPINS ERITJA, M. (Coord.), *El reto de la aplicación del Protocolo de Kioto en España*, Barcelona, Atelier, 2005. MARTÍN ARRIBAS, J.J., *La Unión Europea ante el fenómeno del cambio climático*, Burgos, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2005. SANZ RUBIALES, I., *El mercado de derechos a contaminar: régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Valladolid, Lex Nova, 2007. SARASIBAR IRIARTE, M., *Régimen jurídico del cambio climático*, Valladolid, Lex Nova, 2007. REMIRO BROTONS, A., *et al.*, *El cambio climático en el derecho internacional y comunitario*, Bilbao, Fundación BBVA, 2009. MARTÍN ARRIBAS, J.J., *Hacia una política comunitaria europea en cambio climático y sus consecuencias para España*, Burgos, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2009. GONZÁLEZ ARMADA, *Cambio climático: causas, consecuencias y soluciones*, Madrid, A. Madrid Vicente, Ediciones Mundi-Prensa, 2010. SANZ RUBIALES, I. *et al.*, *El mercado europeo de derechos de emisión: balance de su aplicación desde una perspectiva jurídico-pública (2008-2012)*, Valladolid, Lex Nova, 2010.

³ IPCC, *Working Group III – Mitigation of Climate Change. Chapter 8, Transport*, http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg3/ipcc_wg3_ar5_chapter8.pdf (consultado el 06.06.2017). GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO, *Resumen para responsables de políticas. La aviación y la atmósfera global*, Traducido al español por la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) para el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), OMM y PNUMA, 1999, <https://www.ipcc.ch/pdf/special-reports/spm/sres-sp.pdf> (consultado el 06.06.2017)

instituciones y órganos europeos⁶. En su mayor parte proceden de vuelos internacionales. Se calcula que para el año 2020 alcanzarán alrededor de un 70% más que en 2005, aunque mejore la eficiencia anual del combustible en un 2%. Las previsiones de la Organización para la Aviación Civil Internacional (OACI) parecen preocupantes puesto que para el año 2036 las emisiones podrían llegar a oscilar entre un 155% y un 300% en comparación con los niveles de 2006 y para el 2050 podrían incrementarse aproximadamente entre un 300% y un 700%⁷.

Para hacer frente a esta grave fuente de contaminación y evitar los impactos nocivos que puede causar, la Unión Europea (UE) las incluyó *de facto* en su Régimen de Comercio de Derechos de Emisión (RCDE) en el año 2012. Con anterioridad ya había adoptado *de iure* la Directiva 2008/101/CE (Directiva aviación)⁸; medida legislativa que, aunque encontró un apoyo activo en las organizaciones no gubernamentales (ONG) especializadas⁹, fue muy contestada a nivel

⁴ Como, entre otros, CHAPMAN, L., “Transport and climate change: a review”, *Journal of Transport Geography*, n° 15, 2007, p. 354–387. SCHEELHAASE, J. D. y GRIMME, W. G., “Emissions trading for international aviation—an estimation of the economic impact on selected European airlines”, *Journal of Air Transport Management*, n° 13, 2007, p. 253–263, esp. p. 253-254. MACINTOSH, A. Y WALLACE, L., “International aviation emissions to 2025: Can emissions be stabilized without restricting demand?”, *CCLP Working Paper Series 2008/1, ANU Centre for Climate Law and Policy*, p. 1. CHUECA SANCHO, A., “Unión Europea, cambio climático y aviación civil internacional hoy”, *Revista Faz Ciência*, Vol. 13, n° 17, enero-junio 2011, p. 33-59, esp. p. 42.

⁵ “Reconociendo que se proyecta que las emisiones de la aviación internacional [...] aumentarán como resultado del desarrollo continuo del sector”. OACI, *A37-19: Declaración consolidada de las políticas y prácticas permanentes de la OACI relativas a la protección del medio ambiente — Cambio climático*, 5º párr., Resoluciones vigentes de la Asamblea (al 8.10.2010). Doc. 9958, p. 80, en http://www.icao.int/publications/Documents/9958_es.pdf. (consultado el 06.06.2017)

⁶ “Considerando que la contribución de la aviación al cambio climático es importante y aumenta rápidamente”. Cf. PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre la reducción del impacto sobre el cambio climático (A6-0201/2006)*, Estrasburgo, martes 4.07.2006.

⁷ EUROPEAN COMMISSION, Climate Action, EU Action, Transport, Aviation, *Reducing emissions from aviation*, http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/index_en.htm (consultado el 06.06.2017)

⁸ Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19.11.2008 por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (DO L de 13.01.2009).

⁹ Según algunos, un buen número de organizaciones no gubernamentales expresaron su fuerte y activo apoyo. SCOTT, J. y RAJAMANI, L., “EU Climate Change Unilateralism”, *E.J.I.L.*, Vol. 23, n° 2, 2012, p. 469–494, esp. p. 473.

internacional, tanto por terceros Estados¹⁰, como por algunas organizaciones internacionales¹¹ y asociaciones profesionales¹².

Aun así, con sus pros y con sus contras, sigue vigente en la actualidad, a pesar de las presiones que se ejercieron sobre ella tanto por vía jurisdiccional cuanto desde la perspectiva de la política internacional. En efecto, desde el primer punto aludido, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) tuvo que responder el 21 de diciembre de 2011 a la petición de decisión prejudicial que le planteó la *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court)* (Reino Unido), en el marco de un litigio principal que habían planteado algunas líneas aéreas norteamericanas y asociaciones profesionales¹³. Desde una perspectiva política, no parecen triviales las maniobras y gestiones que realizaron algunos Estados, tales como Estados Unidos (EEUU), Canadá, Rusia, China o India¹⁴, no solo en el plano bilateral, sino también en el ámbito del

¹⁰ Buen botón de muestra es la *Joint statement between the Civil Aviation Administration of the People's Republic of China and the Ministry of Transport of the Russian Federation on European Union's inclusion of aviation into European Union emission trading scheme*, <http://www.greenaironline.com/photos/China - Russia Joint Statement on EU ETS EN .pdf> (consultado el 06.06.2017)

¹¹ Así se resalta por SANZ RUBIALES, I. "El ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva: en especial, los sectores inicialmente afectados y su ampliación en el período 2008-2012", SANZ RUBIALES, I. et al., *El mercado europeo de derechos de emisión: op. cit.*, 2010, p. 60.

¹² Como la Asociación Internacional del Transporte Aéreo (IATA), que ha mostrado opiniones bastante beligerantes en diversos documentos, como, por ejemplo, en el siguiente documento: IATA, *2012 Annual Review*, junio de 2012, esp. p. 33, <http://www.iata.org/about/documents/annual-review-2012.pdf>. Muy esclarecedores de su posición son los comentarios que, sobre su oposición "a cualquier medida que afecta a las emisiones de las aeronaves", hace A. CHUECA, op. cit, p. 46 y ss.

¹³ STJUE de 21.12.2011, as. C-366/10, *Air Transport Association of America and Others c. Secretary of State for Energy and Climate Change*. EU:C:2011:864. Participaron en el procedimiento principal *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc.*, y *Secretary of State for Energy and Climate Change*; pero también tomaron parte *International Air Transport Association (IATA), National Airlines Council of Canada (NACC), Aviation Environment Federation, WWF-UK, European Federation for Transport and Environment, Environmental Defense Fund, y Earthjustice*.

¹⁴ Según Meléndez-Ortiz un grupo de casi 30 Estados estuvieron trabajando juntos para desarrollar una estrategia para contrarrestar las decisiones de Bruselas y algunos de ellos prohibieron a sus aerolíneas cumplir con el RCDE (MELÉNDEZ-ORTÍZ, R., "Foreword", en BARTELS, L., *The Inclusion of Aviation in the EU ETS: WTO Law Considerations*, Geneva, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2012, p. iv). Más en concreto, el 22.02.2012, 23 Estados (Armenia, Argentina, República de Bielorrusia, Brasil, Camerón, Chile, China, Cuba, Guatemala, India, Japón, República de Corea, México, Nigeria, Paraguay, Federación Rusa, Arabia Saudí, Seychelles, Singapur, Sudáfrica, Tailandia, Uganda y EEUU), la denominada "*coalition of unwilling*", firmaron una declaración en Moscú (*Joint declaration of the Moscow meeting on inclusion of international civil aviation in the EU-ETS*) en la que exigieron la anulación o el aplazamiento en su aplicación de la Directiva europea, que la calificaron como ilegal y discriminatoria. Su contenido puede verse en <https://www.ruaviation.com/docs/1/2012/2/22/50/?h> (consultado el 06.06.2017). Ver ALBEROLA, E., y SOLIER, B., "Including international aviation in the European Union emissions trading scheme: a first step towards a global scheme?", *Climate Report, Research on the economics of climate change*, nº 34, agosto de 2012, p. 16. Además de respuestas conjuntas a nivel internacional, parece que cada uno de los Estados adoptó a mayores sus posicionamientos particulares, puesto que "Il governo cinese ha minacciato di non acquistare più aeromobili prodotti dall'Airbus, con sede legale in Francia; l'India ha

multilateralismo internacional que se ha visto potenciado desde distintos foros internacionales, como es el caso concreto de la OACI.

En este contexto, no puede sostenerse que, a lo largo del tiempo, la UE haya mantenido una postura contradictoria e incoherente. Más bien, al contrario, parece haber demostrado su congruencia tanto a nivel interno como desde el plano de su acción exterior¹⁵. Buena muestra de lo primero es el hecho de que ya anunciara en su VI programa de acción en materia de medio ambiente que debían emprenderse acciones “para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de la aviación civil, si no se acuerda una medida semejante en la OACI antes del año 2002”¹⁶. En el marco de sus relaciones exteriores, ha defendido siempre la necesidad de alcanzar compromisos internacionales con resultados efectivos en la reducción de emisiones de GEI¹⁷.

Así las cosas, el propósito de esta publicación radica en indagar el contenido y alcance de los instrumentos jurídicos que, a este respecto, ha adoptado la UE. O más en concreto, qué es lo que le ha llevado a tomar este tipo de decisiones, cuáles son sus principales contenidos jurídicos, qué problemas ha tenido que resolver, cuáles han sido los principales logros que ha conseguido con ellas y a qué tipo de desafíos se ha enfrentado, tratando, en este caso, de vislumbrar las posibles opciones que parece tener para hacerlas frente y tratar de zanjarlos.

prospettato la possibilità di introdurre una tassa da applicarsi in via esclusiva ai voli operati dalle compagnie aeree degli Stati membri dell'Unione europea da e per l'India; la Russia ha paventato l'incremento di *royalties* per il transito sul proprio spazio aereo. Si noti che una contromisura è stata adottata dagli Stati Uniti”. Cf. CAMPANELLI, E, “Il difficile dialogo tra dimensione universale e dimensione regionale sulle emissioni di gas a effetto serra derivanti dall'aviazione civile internazionale”, p.11, nota 70. <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/06/Carpanelli-Paper-Courmayeur.pdf> (consultado el 06.06.2017)

¹⁵ Puesto que ha seguido liderando a nivel mundial la lucha contra el cambio climático, vid, sobre el particular, MEHLING, M., “Entre el cambio climático y la Unión Europea: entre ambición y realidad”, REMIRO BROTONS, A, *et al*, *El cambio climático en el derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 33 y ss. MARTÍN ARRIBAS, J.J., “Por qué puede decirse que la UE, junto con sus Estados miembros, está liderando, a nivel mundial, la lucha contra el cambio climático? MARTÍN ARRIBAS, J.J. (dir.), *Hacia una política comunitaria...* *op. cit.*, p. 67 y ss.

¹⁶ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el *Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente “Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos”* (COM/2001/0031 final), p. 29.

¹⁷ Sus gestiones fueron determinantes para que el Protocolo de Kioto entrara en vigor, para que la enmienda de Doha lo modificara y obligue en un segundo periodo para el que se fijó alcanzar, para 2020, el objetivo de recortar el 20% las emisiones de GEI, aumentar el 20% el uso de energías de renovables y un 20% de ahorro energético; y, en fin, para la celebración del acuerdo de París de 2015, con el que la UE se compromete a reducir, hasta 2030, las emisiones de GEI en un 40%, por lo menos, respecto a los niveles de 1990, a mejorar la eficiencia energética en un 27 % y a consumir energías renovables hasta el 27%. (El 22.04.2016 se abrió la firma del Acuerdo, que entró en vigor el 4.11.2016 después de que lo ratificaran al menos 55 Estados, que representaran al menos el 55 % de las emisiones mundiales. Entró en vigor para España el 11.02.2017. Ver, el instrumento de ratificación del Acuerdo de París, hecho en París el 12.12.2015, publicado en BOE núm. 28, de 2.02.2017, p. 7703-7727. En el contexto europeo, Decisión (UE) 2016/1841 del Consejo, de 5.10.2016, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de París aprobado en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático publicado en DO L 282 de 19.10.2016, p. 1-2).

En sintonía con lo avanzado con anterioridad, se pretende desarrollar una estructura en la cual parece conveniente abordar, en primer lugar, las normas internacionales y europeas que, adoptadas *ex ante*, han influido en las particulares decisiones que ha tomado la UE. En segundo término, procede conocer el contenido jurídico más relevante de la norma europea que incluye la aviación en su RCDE de GEI, los problemas que ha planteado y las normas que, con posterioridad, la han modificado para tratar de encontrar alguna solución. Y, en fin, por último, se considera pertinente que, a modo de reflexiones finales, se analicen los principales logros que con todo ello ha alcanzado la UE y los desafíos a los que se enfrenta.

II.- ANTECEDENTES NORMATIVOS.

Como es sabido, el cambio climático es un fenómeno global y la comunidad internacional, para ralentizarlo, ha emprendido una lucha amparada en el marco jurídico que le ha propiciado el derecho internacional convencional, por lo demás aún hoy vigente¹⁸. Por su parte, la UE, junto con sus Estados miembros, viene participando activamente en el mismo y lo ha desarrollado todavía más mediante un conjunto de normas jurídicas que han adoptado sus instituciones. Todas ellas pueden considerarse como jalones que, en el camino recorrido, han llevado a la UE a adoptar el actual marco regulatorio que incluye la aviación civil en su RCDE.

1.- El derecho internacional convencional.

Hoy por hoy, el núcleo duro del derecho que pretende ralentizar el cambio climático aglutina dos normas internacionales convencionales: la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático y el Protocolo de Kioto. Como ya ha sido avanzado, la UE, junto con sus Estados miembros, es parte en ambos instrumentos internacionales¹⁹.

1.1. La Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático

¹⁸ El respeto por parte de la UE de los compromisos jurídicos internacionales adquiridos ha sido defendido por CAMPINS ERITJA, M., “Algunas reflexiones en torno al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 2003/87/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad”, REMIRO BROTONS, A, *et al*, *El cambio climático...*, *op. cit.* p. 169). Sobre el estado de sus ratificaciones y entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas y del Protocolo de Kioto, vid. https://unfccc.int/essential_background/convention/status_of_ratification/items/2631.php (consultado el 26.06.2017) y https://unfccc.int/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/2613.php (consultado el 26.06.2017).

¹⁹ Decisión 94/69/CE del Consejo, de 15.12.1993, relativa a la celebración de la Convención Marco sobre el Cambio Climático (DO L 33 de 07.02.1994). Decisión 2002/358/CE del Consejo de 25.04.2002 relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo (DO L 130 de 15.05.2002)

Tras una negociación larga y trabajosa²⁰ se adoptó en Nueva York el 9 de mayo de 1992, se abrió a la firma en Rio de Janeiro en junio de 1992 y entró en vigor el 21 de marzo de 1994²¹. Tiene como principal objetivo lograr la estabilización de las concentraciones de GEI en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático²², definido este último como la totalidad de la atmósfera, la hidrosfera, la biosfera y la geosfera, y sus interacciones²³.

Aunque su importancia es indiscutible²⁴ dadas sus características de convenio marco y global, el hecho de que muchas de sus disposiciones presenten una baja intensidad normativa²⁵ le sitúa a un nivel propio de la mera colaboración internacional que, por lo tanto, requiere necesariamente de un posterior desarrollo por parte de otras normas jurídicas²⁶.

No recoge explícitamente la aviación como un sector en el que haya de actuarse para aminorar el cambio climático. Sin embargo, sí que regula principios tan relevantes como la equidad intergeneracional, la especial consideración de las necesidades de los países en desarrollo más vulnerables, el desarrollo sostenible o las responsabilidades comunes pero diferenciadas.

1.2. El Protocolo de Kioto.

La conferencia de las partes (COP) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el cambio climático lo adoptó el 11 de diciembre de 1997, se firmó en Nueva York el 29 de abril de 1998 y entró en vigor el 16 de febrero de 2005²⁷. Debe destacarse su especial relevancia en el actual contexto internacional, junto con su innegable influencia jurídica en las normas con las que se pretende ralentizar el cambio climático. Ha sido considerado, con razón, como “una de las realidades más originales y complejas del actual sistema jurídico internacional”²⁸.

²⁰ Ver en este sentido, por ejemplo, ESTRADA OYUELA, R.A., “Apuntes para interpretar el convenio marco sobre el cambio climático”, ESTRADA OYUELA, R.A. y ZEBALLOS DE SISTO, M.C. *Evolución reciente del derecho ambiental internacional*, Buenos Aires, A-Z editora, S.A., 1993, p. 271-328, p. 287.

²¹ Fue ratificada por España el 16.11.1993 y se halla publicada en el BOE nº 27 de 1.02.1994, p. 3125 y ss.

²² De acuerdo con su art. 2.

²³ Según su art. 1.3.

²⁴ En opinión de KISS y BEURIER “elle constitue sans aucun doute un instrument international dont l’application intégrale aurait un effet plus considérable sur la vie de l’humanité que n’importe quel autre texte international”. KISS, A.Ch. y BEURIER, J.P, *Droit international de l’environnement*, 2ª ed., Paris, Pedone, 2000, p. 227.

²⁵ O son cercanas al *soft law* como bien remarcó en su momento CHUECA. CHUECA SANCHO, A.G., *Cambio climático*, *op. cit.* 2000, p. 96 y p. 164.

²⁶ Y, para ello, seguir negociando a nivel internacional. Sobre este tipo de exigencia, puede verse PALLEMAERTS, M., “La Conférence de Rio: grandeur ou décadence du droit international?”, *R.B.D.I.*, nº 1, p. 175-223, esp. p. 218.

²⁷ Fue ratificado por España el 10.05.2002 y se halla publicado en el BOE nº 33 de 8.02.2005, p. 4131 y ss.

²⁸ GILES CARNERO, R., “El Protocolo de Kioto como modelo de gestión ambiental global”, REMIRO BROTONS, A, *et alt, El cambio climático ..., op. cit.* p. 28.

Persigue reducir la totalidad de las emisiones de GEI en, al menos, un 5% con respecto al nivel de emisiones del año 1990²⁹. Los Estados partes incluidos en el anexo I de la Convención marco se comprometen a que sus emisiones de GEI no excedan del porcentaje que les atribuye este Protocolo³⁰. En particular, la UE y sus Estados miembros se comprometieron a conseguir una reducción total de las emisiones de GEI de un 8% con respecto al nivel de emisiones del año 1990 durante los años 2008-2012. Para el segundo periodo de aplicación (2013-2020) la UE asumió una reducción de las emisiones del 30% para el año 2020 con respecto a los niveles de 1990³¹.

Con obligaciones de comportamiento y de resultado que afectan sobre todo a la UE, los Estados desarrollados y las demás partes en el anexo I, facilita su cumplimiento por las partes al proporcionar los denominados mecanismos de flexibilidad: el comercio de los derechos de emisión, el cumplimiento conjunto de los compromisos y el mecanismo para un desarrollo limpio. Como ha escrito Juste, se trata de procedimientos que pueden utilizarse para mitigar el rigor de las obligaciones asumidas, pero que nunca pueden llegar a comprometer los objetivos de reducción de las emisiones³².

A diferencia de la Convención, menciona la actividad que realiza la aviación civil, el transporte aéreo, al señalar que “las partes incluidas en el anexo I procurarán limitar o reducir las emisiones de gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal generadas por los combustibles del transporte aéreo y marítimo internacional trabajando por conducto de la Organización de la Aviación Civil Internacional y la Organización Marítima Internacional, respectivamente”³³.

En una interpretación literal, lo que se infiere del tiempo verbal “procurarán” es que en su articulado no existe ni un mandato ni una obligación categórica para que las partes se vean forzadas a reducir o limitar las emisiones del transporte aéreo, sino tan solo una vaga aspiración a que actúen o hagan esfuerzos en la medida de sus posibilidades y de sus deseos. En suma, se trataría, a lo sumo, de algo próximo a lo que en derecho privado se conoce como la figura del precontrato que

²⁹ En el período comprendido entre el año 2008 y el año 2012 (art. 3.2).

³⁰ A este respecto debe recordarse que la Decisión 2002/358/CE recoge en sus anexos II y III el cuadro de compromisos cuantificados de limitación y reducción para determinar los niveles de emisión de GEI asignados a la UE y a sus Estados miembros.

³¹ “A condición de que otros países desarrollados se comprometan a aplicar reducciones comparables de sus emisiones y los países en desarrollo hagan una contribución adecuada con arreglo a sus responsabilidades y sus capacidades respectivas”. De acuerdo con el nuevo anexo B del Protocolo de Kioto, tal y como queda enmendado por la enmienda de Doha. <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2012/CN.718.2012-Eng.pdf> (consultado el 26.06.2017).

³² JUSTE RUÍZ, J., “Nuevas tendencias jurídicas frente al cambio climático: los mecanismos de flexibilidad en el Protocolo de Kioto”, MARTÍN ARRIBAS, J.J., *Hacia una política...*, p. 177.

³³ En su art. 2, 2. Algo que no recoge el posterior Acuerdo de París.

requiere un desarrollo jurídico posterior, puntual y definitivo que le dé la obligatoriedad requerida a tales efectos; algo a hacerse bajo los auspicios de la OACI³⁴.

2.- El derecho derivado de la UE.

No cabe duda de que la UE tiene reconocidas competencias en sus tratados constitutivos que le habilitan para adoptar normas tanto en materia de transportes³⁵, cuanto en lo que atañe a la preservación del medio ambiente³⁶ y, en particular dentro de esta última política, está capacitada para legislar para mitigar el cambio climático³⁷. Es, desde estas bases normativas desde donde las instituciones europeas han dictado precisamente una serie de normas de derecho derivado que inciden en el tema objeto de análisis, destacando, por su marco regulatorio, la Directiva 2003/87/CE³⁸.

2.1. La Directiva 2003/87/CE

La principal finalidad para la que fue adoptada radica en establecer un RCDE³⁹ de los GEI en el interior del territorio de la UE “para fomentar reducciones de emisiones de forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficientes”⁴⁰. Para unos, con su aplicación práctica se creó en el año 2005 el primer mercado internacional del comercio de los derechos de emisión⁴¹. Al parecer de otros, se trata de un instrumento propio del mercado que se implantó a semejanza de

³⁴ Cf. EUROPEAN FEDERATION FOR TRANSPORT AND ENVIRONMENT (AISBL), *Grounded: How ICAO failed to tackle aviation and climate change and what should happen now*, Bruselas, Transport & Environment, 2010.

³⁵ Fundamentalmente de conformidad con los arts. 90 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

³⁶ Según los arts. 191 y ss. del TFUE.

³⁷ Particularmente el art. 191.1 del TFUE señala que “la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos: [...] el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a la lucha contra el cambio climático”. Por su parte el art. 191.4 del mismo cuerpo legal señala que “en el marco de sus respectivas competencias, la Unión y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes. Las modalidades de cooperación de la Unión podrán ser objeto de acuerdos entre ésta y las terceras partes interesadas”. Su versión consolidada puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN> (consultado el 26.06.2017)

³⁸ Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13.10.2003 por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo (DO L 275/32 de 25.10.2003)

³⁹ Tal y como contempla el artículo 3 en sus letras a) y b) “derecho de emisión” ha de entenderse como el derecho a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono (CO₂) durante un período determinado, válido únicamente a efectos del cumplimiento de los requisitos de la presente Directiva, siendo este derecho transferible de conformidad con las disposiciones de la Directiva, en tanto que “emisión” supone la liberación a la atmósfera de GEI a partir de fuentes situadas en una instalación.

⁴⁰ Según su art. 1.

⁴¹ Cf. CISCAR MARTÍNEZ, J.C., y SORIA RAMÍREZ, A., “El comercio europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero: modelización y regulación”, *I.C.E.*, mayo de 2005, nº 822, p. 51- 64, esp. p. 63.

otros ya existentes, como, por ejemplo, en los países nórdicos⁴². Sea como fuere, parece obvio que, teniendo presentes otras referencias, la UE, en base a esta Directiva, creó el RCDE más dinámico y relevante de todos los existentes en la actualidad⁴³ y con una proyección clara de interactuar a nivel global con otros en un futuro inmediato⁴⁴.

Especial relevancia tiene, a este respecto, la regulación que efectúa de los permisos de emisión de GEI, porque permite a las autoridades estatales competentes ejercer un control sobre las emisiones de las instalaciones afectadas⁴⁵, porque fomenta que se vayan adaptando esas instalaciones hacia una menor contaminación o emisión de gases y, en fin, por el propio comercio de los derechos de emisión y los beneficios que reporta⁴⁶.

Desde el prisma de su aplicación material incide en las emisiones de GEI⁴⁷ que producen actividades, tales como las energéticas, las de producción y transformación de metales férreos, las industrias minerales o las instalaciones⁴⁸ industriales destinadas a la producción de determinados tipos de papel⁴⁹. Obviamente y dado el contexto en el que fue adoptada la Directiva y su propósito

⁴² CAMPINS ERITJA, M., “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, p. 175.

⁴³ Como el australiano, el neozelandés, el coreano, el chino, el japonés, el americano, el suizo, etc.

⁴⁴ La Comisión Europea y el Ministerio de Cambio Climático y Eficiencia Energética Australiano, informaron en agosto de 2012 que ambos regímenes de comercio se conectarán, a más tardar, en julio del 2018. Vid., EUROPEAN COMMISSION & THE HON GREG COMBET AM MP, MINISTER FOR CLIMATE CHANGE AND ENERGY EFFICIENCY, MINISTER FOR INDUSTRY AND INNOVATION, *Joint press release, Australia and European Commission agree on pathway towards fully linking Emissions Trading systems*, Brussels, 28.08.2012, en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-916_en.htm (consultado el 26.06.2017). Ver también BRIDGES, “Australia to Link Carbon Trading Scheme with EU”, *Bridges Weekly Trade News Digest*, International Centre for Trade and Sustainable Development, Vol. 16, n° 30, 12.11.2012. <http://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/australia-to-link-carbon-trading-scheme-with-eu> (consultado el 29.06.2017)

⁴⁵ A este respecto la creación de un registro de derechos de emisión por parte de cada Estado miembro y la posibilidad de imponer sanciones a aquellos operadores incumplidores con las cuotas asignadas fueron dos instrumentos que, con cobertura legal en esta Directiva, sirvieron para el ejercicio práctico de control.

⁴⁶ Como en otro tipo de actividades, su concesión sigue un procedimiento cuyo momento inicial tiene lugar con la presentación, ante la autoridad competente, de una solicitud por la sociedad mercantil interesada. Corresponde a la autoridad competente concederlo, supervisar actuaciones y dar las informaciones pertinentes (como p.e. a la Comisión Europea). Ahora bien, las empresas parecen actuar “al lado” y “por cuenta” de la UE y de sus Estados miembros en el mercado internacional de derechos de emisión. Cf. SANZ RUBIALES, I., *El mercado de derechos ...op. cit.*, 2007, p. 109.

⁴⁷ Que contempla su Anexo II y es la misma media docena que incluye el Protocolo de Kioto.

⁴⁸ El término “instalación”, ha de entenderse, en sintonía con la letra e) del art. 3, es decir, como una unidad técnica fija donde se lleven a cabo una o varias actividades de las enumeradas en el anexo I, así como cualesquiera otras actividades directamente relacionadas con aquéllas que guarden una relación de índole técnica con las actividades llevadas a cabo en dicho lugar y puedan tener repercusiones sobre las emisiones y la contaminación.

⁴⁹ De acuerdo con el contenido jurídico de su art. 2, en relación con su anexo. I.

principal, puede convenirse que el RCDE no solo planteaba algunas deficiencias⁵⁰, sino que además no incluía las emisiones procedentes de la aviación civil⁵¹.

En ella, la Comisión tiene asignadas importantes funciones, puesto que, además de elaborar aquellas disposiciones que sean necesarias para reconocerse derechos de emisión celebrando acuerdos con terceros⁵², puede desarrollar otras de carácter administrativo, informativo y normativo.

2.2.- Sus modificaciones inmediatas.

Precisamente, en base a las competencias de tipo normativo que tiene asignadas en esa Directiva⁵³, la Comisión adoptó directrices en materia de seguimiento y notificación por lo que se refiere a las emisiones de GEI mediante la decisión 2004/156/CE⁵⁴ y la decisión 2007/589/CE⁵⁵. Dictó reglamentos que regulan el sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva⁵⁶, en forma de bases de datos electrónicas normalizadas, en las que constaban elementos comunes de información para realizar el seguimiento de la expedición, la titularidad, la transferencia y la cancelación de los derechos de emisión, y para garantizar, en su caso, el acceso del público y la confidencialidad, y asegurar que no se produzcan transferencias incompatibles con las obligaciones derivadas del Protocolo de Kioto.

Adoptó la decisión 2006/780/CE⁵⁷ para evitar el doble cómputo de las reducciones de emisiones de GEI en el RCDE en relación con actividades de proyectos derivados del Protocolo de Kioto. Además la Comisión también está capacitada para plantear modificaciones a sus anexos y a

⁵⁰ CAMPINS ERITJA, M., “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, p. 192-193.

⁵¹ Tan solo era partidaria de que las políticas y las medidas se aplicaran a todos los sectores económicos de la UE y no sólo a los sectores industrial y energético. Así se contempla en su vigésimoquinto considerando.

⁵² En concreto en el art. 25 permite que la UE celebre acuerdos internacionales con terceros en los que se reconozcan mutuamente derechos de emisión.

⁵³ Se trata de obligaciones normativas que prescriben, por ejemplo, sus arts. 9, 22, 24, 19 y 23.2.

⁵⁴ Decisión 2004/156/CE de la Comisión, de 29 de enero de 2004, por la que se establecen directrices para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 59 de 26.2.2004).

⁵⁵ Decisión 2007/589/CE de la Comisión, de 18.07.2007, por la que se establecen directrices para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 229 de 31.8.2007)

⁵⁶ Reglamento (CE) n° 2216/2004, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión n° 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 386 de 29.12.2004). Reglamento (CE) n° 916/2007, de 31.07.2007, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2216/2004, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión n° 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 200 DE 1.8.2007).

⁵⁷ Decisión 2006/780/CE de la Comisión, de 16.11.2006, relativa a la forma de evitar el doble cómputo de las reducciones de emisiones de gases de efecto invernadero en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión en relación con actividades de proyectos derivados del Protocolo de Kioto de conformidad con la Directiva 2003/87/CE (DO L 316 de 16.11.2006).

sus disposiciones algo que consiguió, por ejemplo, mediante la Directiva 2004/101/CE⁵⁸ o mediante la Directiva 2008/101/CE⁵⁹ que, a propuesta suya, fueron aprobadas por el Parlamento Europeo y el Consejo.

III.- LA DIRECTIVA AVIACIÓN

En 2005, la Comisión ya era partidaria de propiciar un debate para obtener los argumentos necesarios para revisar el RCDE, hecho previsto para junio de 2006. Para ello, señaló, a su vez, que era necesario adoptar medidas que garantizaran que la aviación no iba a cuestionar el objetivo general del sistema, sino que, por el contrario, iba a contribuir a alcanzarlo⁶⁰, y que, en fin, la aviación internacional debía incluirse en cualquier régimen del cambio climático para después de 2012, para lo cual era necesario impulsar que los Estados miembros adoptaran ciertas medidas por su cuenta y en colaboración con otros⁶¹.

En 2006, presentó una propuesta de Directiva con el propósito de “proporcionar un modelo para el comercio de emisiones de la aviación que pueda servir de referencia en los contactos de la UE con los principales socios internacionales y fomentar el desarrollo de sistemas similares en todo el mundo”⁶². Con sus fortalezas y sus debilidades, se decidió por un sistema que, desde el prisma de los resultados perseguidos, parece más eficaz que otros, como podría haber sido la imposición de tasas o impuestos sobre los combustibles que emplean los aviones, que podría haber puesto en tela de juicio los compromisos internacionales adquiridos.

Partiendo de esa propuesta y de los fundamentos jurídicos de los tratados constitutivos⁶³, se adoptó la Directiva 2008/101/CE con la que se incluye la aviación en el RCDE de GEI.

1.- Sus contenidos jurídicos más relevantes

⁵⁸ Directiva 2004/101/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27.10.2004, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad con respecto a los mecanismos de proyectos del Protocolo de Kioto (DO L 338 de 13.11.2004).

⁵⁹ Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19.11.2008, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (DO L 8 de 13.1.2009).

⁶⁰ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Reducción del impacto de la aviación sobre el cambio climático*, Bruselas, 27.9.2005, (COM (2005) 459 final).

⁶¹ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Ganar la batalla contra el cambio climático mundial*, Bruselas, 9.2.2005 (COM (2005) 35 de 9.2.2005).

⁶² COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, Bruselas, 20.12.2006 (COM (2006) 818 final).

⁶³ En base al entonces 175.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, hoy art. 192.1 del TFUE.

Con ella se pretende limitar el impacto negativo que tiene la aviación civil en el cambio climático⁶⁴. Se trata de una norma que, además de modificar la Directiva 2003/87/CE, se aplica desde el 1 de enero de 2012 a todos los vuelos con origen o destino a un aeropuerto de la UE⁶⁵, así como a las emisiones de vuelos desde y hacia Islandia, Liechtenstein y Noruega⁶⁶; esto es, los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) excepto Suiza, que conforman, junto con los Estados miembros de la UE, el Espacio Económico Europeo (EEE)⁶⁷.

Esencialmente el Estado miembro responsable de la gestión en lo que al operador de aeronaves respecta es el que haya concedido la licencia a tal operador o, en los demás casos, al que se atribuya la mayor parte de las emisiones de los vuelos gestionados por el operador durante el año de referencia.

El método de asignación de derechos que predomina es el de la asignación gratuita⁶⁸, si bien se establece también el de la subasta⁶⁹. En el periodo de 2013-2020 se pretende subastar el 15% de los derechos de emisión y conceder gratuitamente el 85% siguiendo un procedimiento de *benchmarking* común a toda la UE. Se concreta una reserva especial, que radica en el 3% del volumen total de derechos del periodo para que pueda asignarse a operadores considerados como “nuevos entrantes”. Como sucede con otros sectores afectados por el RCDE, las compañías aéreas pueden adquirir o vender derechos de emisión si sobrepasan los límites asignados o si no los alcanzan.

⁶⁴ No se incluye todas las aeronaves, puesto que, entre otros, quedan fuera los vuelos de transporte exclusivo de Jefes de Estado y de Gobierno y Ministros de países que no sean Estados Miembros, aviones ligeros de menos de 5,7 toneladas, aviones con misiones humanitarias o con mandatos de la ONU, aviones de lucha contra incendios y de emergencia, aviones de la policía, cuerpos aduaneros y militares, aviones en misiones de investigación y pequeñas aerolíneas con bajas emisiones.

⁶⁵ En su consecuencia, no pretende aplicarse como tal a vuelos internacionales que sobrevuelan el territorio de los Estados miembros de la UE o el de terceros Estados, cuando tales vuelos no tengan destino u origen en un aeródromo situado en el territorio de un Estado miembro.

⁶⁶ Se prescriben algunas excepciones a esta regla general, como es el caso de los vuelos efectuados por aeronaves con una masa máxima de despegue autorizada inferior a 5.700 Kg o los vuelos efectuados por un operador comercial que realice menos de 243 vuelos por periodo durante tres periodos cuatrimestrales sucesivos...

⁶⁷ Como es sabido, el EEE, que existe de facto desde el 1.01.1994, abarca los 28 Estados miembros de la UE más Noruega, Islandia y Liechtenstein y fue creado mediante el acuerdo de Oporto de 2.05.1992.

⁶⁸ La asignación gratuita se calcula en base a un *benchmark* expresado en toneladas-kilómetro. El *benchmark* aplicable en un periodo se calcula dividiendo el número de derechos de emisión a asignar gratuitamente en el periodo entre la suma de todos los datos de toneladas-kilómetro verificados para el año de seguimiento que han presentado los titulares mediante solicitud de asignación para dicho periodo.

⁶⁹ Se hace un reparto entre los Estados miembros en base al peso que cada uno tenga en el total de las emisiones de la aviación tomando como año de referencia el 2010.

Prevé la realización de un seguimiento, notificación y verificación de las emisiones de los vuelos de cada operador y de los datos de toneladas-kilómetro para los años de seguimiento⁷⁰. Establece sanciones para los operadores de aeronaves⁷¹ y, en último caso, que los Estados miembros responsables de la gestión soliciten a la Comisión Europea que adopte una decisión dirigida al operador infractor con la que le prohíba operar en el territorio de la UE⁷². Cuando un tercer país adopte medidas para reducir el impacto del cambio climático de sus vuelos con aterrizaje en territorio de la UE, la Comisión ha de evaluar las medidas a adoptar, tales como, entre otras, la modificación de la Directiva para excluir los vuelos procedentes de ese Estado.

En este acto institucional la UE reitera que intentará que se alcance un acuerdo internacional que incluya medidas globales para reducir las emisiones de GEI procedentes de la aviación⁷³.

Puede considerarse como una norma audaz y vanguardista y como instrumento relevante para la lucha global contra el cambio climático, que, como casi todo, presenta sus propias ventajas e inconvenientes⁷⁴, por lo que ha sido objeto de críticas⁷⁵, porque, entre otras cosas, se adoptó al margen de la OACI y porque, además, se aplicó en un principio a operadoras europeas y a otras que no lo eran; lo que, a la postre, generó ciertas dificultades.

2.- Algunos de los inconvenientes que suscitó.

Desde una perspectiva jurídica, entre todos ellos, pueden destacarse su hipotético unilateralismo climático, la posible vulneración del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y la discusión de si respeta o no el derecho internacional.

⁷⁰ El seguimiento debe hacerse de conformidad con lo establecido en los planes de seguimiento de emisiones y toneladas-kilómetro presentados por el operador y aprobados por la autoridad competente, mientras que la verificación la hace un verificador independiente. En cuanto a la notificación, es de aplicación el reglamento (UE) n° 525/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21.05.2013, relativo a un mecanismo para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero y para la notificación, a nivel nacional o de la Unión, de otra información relevante para el cambio climático, y por el que se deroga la decisión 280/2004/CE (DO L 165 de 18.6.2013, p. 13).

⁷¹ Las mismas que ya se han diseñado para los titulares de instalaciones en la Directiva de comercio de derechos de emisión que se modifica.

⁷² Según el art. 1.14, c) de la Directiva. Luego son los Estados miembros los encargados de hacer cumplir esa decisión en su respectivo territorio.

⁷³ Como consta, por ejemplo, en el considerando 5 y en el art. 25 bis. 2.

⁷⁴ Por citar algunas ventajas, al poner precio a los derechos de emisión que pueden comercializarse, incentiva la reducción de emisiones por parte de quienes superan el límite establecido que han de comprar derechos como de quienes se quedan cortos que pueden venderlos. Entre los inconvenientes, no cabe duda de que el precio de los derechos de emisión va a depender del mercado y que la contabilidad de las emisiones que debe verificarse no parece nada simple.

⁷⁵ REAGAN, D.B. "Putting International Aviation into the European Union emissions Trading scheme: can Europe do it flying solo?", *Boston College Environmental Affairs Law Review*, n° 35, 2008, p. 370; BEKKHUS, N.B. y VAN HECKE, K. "The European Union Emission Trading Scheme", *Studia Diplomatica*, Vol. LXI, n° 1, 2008, p. 145. ESPA, I., "Action pour le climat et mesures commerciales unilatérales: les initiatives les plus récentes de l'Union européenne", *Revue Internationale de Droit Économique*, 2012, Vol. XXVI, n° 3, p. 295-320.

2.1.- Su posible unilateralismo climático

Como ya ha sido avanzado, a pesar de lo preceptuado en el art. 2.2 del Protocolo de Kioto, la OACI no hizo esfuerzos remarcables para tener en cuenta los impactos que producen las emisiones de la aviación en el fenómeno del cambio climático. Ante lo cual, las instituciones europeas, en coherencia con sus postulados, decidieron⁷⁶ que, en caso de que la OACI no pactara medidas, a más tardar en el año 2002, la UE debía identificar y aplicar medidas específicas para reducir las emisiones de GEI procedentes de la aviación⁷⁷.

La OACI, conocedora de esta situación, no sólo no actuó en positivo, sino que se enrocó al adoptar su Asamblea General una resolución en la que pedía a sus Estados miembros que se abstuvieran de regular unilateralmente derechos de emisión de GEI antes del período ordinario de sesiones de 2007⁷⁸. En septiembre de ese año⁷⁹, pedía a sus Estados miembros que no aplicaran un RCDE a los operadores de aeronaves de otros Estados miembros, salvo que alcanzaran entre sí un acuerdo internacional⁸⁰.

Entonces los Estados miembros de la UE y otros Estados europeos formularon una reserva a esa resolución, mediante la cual, en virtud del Convenio de Chicago, insistieron en su derecho a establecer y a aplicar medidas, basadas en el mercado y de forma no discriminatoria, a todos los operadores de aeronaves de todos los Estados que prestasen servicios con destino u origen en su territorio o dentro de este.

Partiendo de esta situación cabe plantearse si la UE, al dictar y aplicar la Directiva aviación, estaba apostando por un unilateralismo jurídico climático y global. A primera vista, la respuesta a este interrogante podría ser positiva, dado que se trata de una norma jurídica que la UE adoptó *per*

⁷⁶ En su sexto programa de acción en materia de medio ambiente publicado mediante la decisión nº 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22.07.2002, por la que se establece el sexto programa de acción comunitario en materia de medio ambiente 2002-2012 (DO L 242 de 10.09.2002).

⁷⁷ Idea que el Consejo trasladó a la Comisión en sus conclusiones de octubre de 2002, diciembre de 2003 y octubre de 2004, pidiéndole que adoptara medidas. Cf. Considerando 10 de la Directiva 2008/101/CE.

⁷⁸ Resolución A35-5 de la 35ª Asamblea de la OACI, párr. 29(b)4.

⁷⁹ El apéndice L de la Resolución A36-22 de la 36ª Asamblea de la OACI

⁸⁰ En 2007 OACI crea un Grupo sobre la Aviación Internacional y el Cambio Climático para elaborar un plan de lucha contra el cambio climático de cara a la cumbre de Copenhague de diciembre de 2009. Según algunos empezaría a reunirse en 2009 (LUONGO, N.-E., “El histórico acuerdo de la OACI sobre aviación internacional y cambio climático. Análisis de un éxito presente y de sus desafíos futuros”, *Center for Studies on Air and Space Law (CEDAE)*, Online Edition, 19.10.2016, posted: 4.042017 p.2 en <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=699064116031076107086113120104107025123011062088031092022073113100022102028122120089013000007026033049005011015120088084013103102026033060067066108026119067023094074002003007013028072067097102098073020102066080077105125015096072110073110116011113065027&EXT=pdf>, consultado el 26.06.2017) Si así fue, puede considerarse este dato como una prueba más de que en el contexto de la OACI se ha retrasado todo lo posible un acuerdo sobre este tema.

se⁸¹ y cuyos efectos jurídicos no solo se extienden a la totalidad de sus Estados miembros y de sus propias compañías aéreas, sino también a las compañías de terceros Estados. Ahora bien, si se profundiza con mayor rigor, debe recordarse que no afecta a todas las empresas de terceros, sino únicamente a aquellas que presten servicios con destino u origen en el territorio de la UE o dentro de éste⁸².

Lo que hizo la UE fue ser coherente con la estrategia que vino manteniendo durante lustros para aminorar el fenómeno del cambio climático y con su propias normas jurídicas⁸³, al tiempo que impidió que las compañías aéreas europeas perdieran competitividad frente a algunas de terceros Estados⁸⁴; pero tampoco influye en que la ganen, puesto que les trata en “un contexto equitativo de igualdad de oportunidades a ambas categorías de líneas aéreas”⁸⁵ y, por lo tanto, no se les discrimina, puesto que se les aplica la misma normativa sin distinción de nacionalidad⁸⁶.

Desde el punto de vista del derecho internacional no parece vulnerar el principio de soberanía estatal⁸⁷, dado que no contradice la norma por la cual cada Estado tiene soberanía plena y exclusiva sobre su espacio aéreo⁸⁸. Tampoco lo viola desde la perspectiva de una aplicación extraterritorial de las leyes, pues se trata éste de un principio que debe ser entendido en términos relativos, toda vez que, en la práctica, la contaminación y sus impactos nocivos no reconocen fronteras y el derecho internacional en el ámbito medioambiental lo permite en determinadas circunstancias y según el caso concreto. En particular, en la cuestión objeto de análisis, la UE, al aplicar sus medidas de protección medioambiental, puede limitar “unilateralmente el volumen de tráfico, o incluso la frecuencia o la periodicidad del servicio con arreglo al artículo 3, apartado 4 del

⁸¹ Así se deduce de publicaciones tales como: ROSENFELD, R.F., “The European Union Aviation Directive and U.S. Resistance: A Deadlock on Aviation Emission Control”, *The Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 25, 2013, p. 589-614, p.e., p. 589. ESPA, I., “Action pour le climat..”, *op.cit.* p. 299. SCOTT, J. y RAJAMANI, L., “EU Climate Change Unilateralism”, *op. cit.*

⁸² No quedan, por ejemplo, afectadas las compañías aéreas que transitan por su territorio aéreo, que es el de sus Estados miembros.

⁸³ No debe olvidarse que el art. 191. 2 del TFUE compromete a la UE a alcanzar “alto nivel de protección” en materia de medio ambiente.

⁸⁴ Espa, con buen criterio, señala que la integración de las actividades extranjeras en el RCDE tiende a reestablecer un “*terrain de jeu égal*” entre empresas europeas y foráneas. Cf. ESPA, I., “Action pour le climat...*op.cit.*”, p. 299.

⁸⁵ STJUE, cit, nota 13, párr. 99.

⁸⁶ Cumpliendo lo previsto en el art. 11 del Convenio de Chicago y sin vulnerar el Convenio de cielos abiertos suscrito entre la UE y los EEUU.

⁸⁷ Sostienen lo contrario: MARTÍNEZ-GARCÍA, J.-D., “The EC decision to include the aviation activities in the European Emissions Trading System (EU ets): A breach of international law?”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 20, enero-junio, 2012, p. 103-129.

⁸⁸ Art. 1 del Convenio de Chicago.

Acuerdo de cielos abiertos, debe no obstante aplicar tales medidas en condiciones uniformes que sean conformes con el artículo 15 del convenio de Chicago”⁸⁹

2.2.- Su hipotética vulneración del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas.

Este principio, capital para la nueva etapa del desarrollo que está siguiendo el derecho internacional del medio ambiente, aparece regulado tanto en el convenio de las Naciones Unidas sobre el cambio climático como en el Protocolo de Kioto que le complementa⁹⁰. Supone, en pocas palabras, que todos los Estados deben participar en la ralentización del cambio climático (responsabilidad común) pero sus esfuerzos van a ser diversos y dependerán de su realidad socio-económica, técnica, etc (responsabilidades diferenciadas), de tal manera que a los países en desarrollo (que a primera vista están contribuyendo menos a su aceleración) se les exige menos actuaciones y de menor calado. En este sentido puede decirse, por una parte, que se proyecta hacia el principio de equidad, puesto que no pueden entenderse los esfuerzos que se exige a los Estados como partes alícuotas de un todo, sino de acuerdo con sus respectivas capacidades⁹¹. Por otra, y como se ha escrito con buen criterio, rompe la aplicación del tradicional principio de reciprocidad en las relaciones estatales⁹².

Como la Directiva se aplica a aquellas compañías aéreas que prestan servicios con destino u origen en todo el territorio de la UE o dentro de éste, se puede plantear la cuestión de si realmente respeta este principio. Dicho de otra manera, si, al no discriminar positivamente a las empresas de los países en desarrollo lo está vulnerando⁹³. Se resalta, por lo tanto, el problema de la

⁸⁹ STJUE, cit, nota 13, párr. 98.

⁹⁰ Respectivamente en sus arts. 3.1 (en el primero) y 10 y 13 (en el segundo).

⁹¹ Vid., MARTÍN ARRIBAS, J.J., *Los Estados europeos...op cit*, p. 445.

⁹² Cf., GILES CARNERO, R., *op. cit.*, nota 28, p. 34.

⁹³ Se deja aparte el debate subyacente sobre su aplicación, esto es, si solo se aplica a las empresas que forman parte del mercado aéreo europeo y no a los Estados en los que tienen su domicilio social o, por el contrario, si también les afecta a ellos en la medida en que pueden conseguir exenciones para sus empresas si adoptan medidas de mitigación equivalentes a las que ha adoptado la UE; o de si no hay un impacto económico significativo para los países en desarrollo, sobre todo los de “baja capacidad” si tienen o no incluidas sus empresas en el RDCE (SCOTT, J. y RAJAMANI, L., “EU Climate Change Unilateralism”, *EJIL*, Vol. 23, nº 2, 2012, p. 469-494, esp. p. 476-484); o de si este principio en cuestión no es aplicable a las compañías aéreas dado el contenido jurídico del art. 2.2 del Protocolo de Kioto. MARTÍNEZ-GARCÍA, J.D., “The EC decisión...*op. cit.*”, Pero lo cierto es que, como ya se ha apuntado, tanto la Convención de Naciones Unidas como el Protocolo que la complementa regulan este principio y toda norma que se adopta para desarrollar sus respectivos contenidos jurídicos deben aplicar todos los principios que en ellos se determinan, pues sería ilógico elegir al menú cuando las partes ya se han comprometido a aplicarlas a la carta. En todo caso, a nivel de derecho internacional existe la figura de las reservas que, en este caso, como es sabido no ha sido utilizada por la UE ni por sus Estados miembros. En su consecuencia, la UE debe tener presente y tiene en cuenta el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas en la aplicación de sus normas

materialización práctica de dicho principio, lo cual sobrepasa el plano jurídico y las propias normas con las que se regula y requiere interpretaciones jurídicas aplicables, sin duda, a cada caso concreto.

Lo cierto es que la propia Directiva establece determinadas exclusiones en base al principio “legislar mejor”⁹⁴, en cuya aplicación parece determinante el parecer de la Comisión. En efecto, se permite excluir de su ámbito de aplicación a aquellas compañías de terceros Estados cuyos gobiernos adopten medidas para reducir el impacto del cambio climático⁹⁵. También favorece a los operadores del transporte aéreo comercial que realicen durante tres períodos cuatrimestrales sucesivos menos de 243 vuelos por período o bien vuelos con un total anual de emisiones inferior a 10.000 toneladas al año⁹⁶; es decir, incide favorablemente en las aerolíneas que realicen servicios limitados, entre las que hay una parte de las aerolíneas domiciliadas en países en desarrollo.

Es obvio que algunos Estados, que no se contemplan en los anexos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el cambio climático⁹⁷, han dejado de ser países en desarrollo, tal y como se les consideraba hace varios lustros, y, en la actualidad, sus emisiones de GEI más que ser “relativamente reducidas”⁹⁸ son absolutamente determinantes del cambio climático. Tratar de ganarse un trato especial desdeñando su realidad económica y poblacional distorsionaría el principio internacional de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, algo que no se ha hecho desde la base de principales Directivas que regulan el RCDE, pero sí en la práctica con su no aplicación temporal y dilatando la entrada en vigor del acuerdo alcanzado en el seno de la OACI en 2016⁹⁹.

2.3.- Su compatibilidad o incompatibilidad con el derecho internacional.

Se argumentó por algunas asociaciones¹⁰⁰ que la Directiva vulneraba el derecho internacional convencional y el derecho internacional consuetudinario. Dentro del primero se hizo referencia expresa al Convenio de Chicago, al Acuerdo de cielos abiertos EEUU-UE y al Protocolo

⁹⁴ Ver el considerando 18 de la Directiva objeto de análisis.

⁹⁵ Según su art. 25 *bis*.

⁹⁶ En este sentido se manifiesta el anexo de la directiva en su modificación del anexo 1 de la de 2003, letra j).

⁹⁷ Como China, India, etc.

⁹⁸ En expresión de la Convención de las Naciones Unidas (ver preámbulo).

⁹⁹ Adoptado por la 39ª Asamblea General de la OACI (27 de septiembre a 6 de octubre), consiste según Luengo en “la implementación de un esquema de medidas de mercado en la modalidad de compensación y reducción del carbono para la aviación internacional, denominado CORSIA (por sus siglas en inglés), cuyo objetivo es compensar todo incremento anual en las emisiones de CO₂ producto de la aviación civil internacional que se dé por encima de los niveles que se registren en el año 2020”. Tiene una fase voluntaria que va de 2021 a 2026 que se desdobra, a su vez, en una fase piloto o de prueba (2021-2023) y una verdadera “primera fase” (2024-2026) y una fase posterior que es obligatoria (LUEGO, *op. cit.*, p. 6 y ss).

¹⁰⁰ Como lo hicieron la IATA, el *National Airlines Council of Canada* y otros argumentaron jurídicamente en el recurso interpuesto ante *High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Administrative Court)* (Reino Unido).

de Kioto. En el ámbito del segundo se puso énfasis en el principio de la soberanía estatal plena y exclusiva sobre su propio espacio aéreo, en el de que ningún Estado puede pretender válidamente someter parte alguna de la alta mar a su soberanía, el de la libertad de sobrevolar la alta mar, y el de que las aeronaves que sobrevuelan la alta mar están sujetas a la exclusiva competencia de su país de matrícula, salvo lo expresamente previsto por tratados internacionales.

Sin embargo, el TJUE¹⁰¹, partiendo de la consideración jurídica de que es competente para declarar la invalidez de un acto de la UE, como es el caso de la Directiva aviación, y del hecho de que la UE no es parte contratante en el convenio de Chicago aunque lo sean todos sus Estados miembros, argumentó que tal Directiva no vulnera el derecho de la OACI, ni tampoco el Acuerdo de transporte aéreo de abril de 2007 celebrado con los EEUU, ni mucho menos el Protocolo de Kioto. En resumidas cuentas, declaró que la Directiva en cuestión es compatible con el derecho internacional, porque, entre otras cosas, la ampliación del RCDE a la aviación no infringe ni el principio de territorialidad, ni la soberanía de terceros países; tampoco constituye un impuesto, tasa o derecho sobre el combustible, por lo que, en su consecuencia, no vulnera el acuerdo de transporte aéreo UE-EEUU; además, el hecho de no discriminar en su aplicación, entre compañías aéreas europeas y no europeas es conforme las disposiciones de dicho acuerdo.

3.- Modificaciones posteriores.

Aunque los contenidos jurídicos de la Directiva aviación se integran en la Directiva 2003/87/CE, debe recordarse que, en base al principio de flexibilidad y a su adaptabilidad, así como para dar respuesta a los retos que se vayan planteando, da competencias a la Comisión para adoptar normas sobre la asignación de derechos mediante subasta y sobre el funcionamiento de la reserva especial de determinados operadores de aeronaves, elaborar directrices sobre la interpretación detallada de las actividades de aviación enumeradas en el anexo I, poder prever una interacción óptima entre el RCDE y el de terceros Estados, adoptar modificaciones con las que se excluyan vuelos procedentes de terceros o cualquier otra modificación, proponer al Parlamento Europeo y al Consejo otras modificaciones o, incluso, si se logra un acuerdo global de reducción de emisiones, introducir las necesarias modificaciones en sus disposiciones¹⁰².

¹⁰¹ Debe recordarse, a este respecto, que el TJUE, en el as. C-366/10, actuó en Gran Sala, compuesta por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts y J.-C. Bonichot y la Sra. A. Prechal, Presidentes de Sala, y el Sr. A. Rosas, la Sra. R. Silva de Lapuerta, los Sres. E. Levits, A. Ó Caoimh y L. Bay Larsen, la Sra. C. Toader (Ponente) y el Sr. E. Jarašiūnas, Jueces. El Abogado General fue la Sra. J. Kokott.

¹⁰² Según los considerandos 5, 17 y 36, y los arts. 3 *ter*, 3 *quinquies*, 3 *septies*, etc. De acuerdo con el art. 1, 18 de la Directiva aviación se inserta en la Directiva 2003/87 un art. 25 *bis*, titulado “medidas de terceros países para reducir el impacto en el cambio climático de la aviación”.

En base a ellas, la Comisión o bien ha presentado iniciativas legislativas para que el Consejo y el Parlamento adopten determinadas normas o bien ha dictaminado por se las suyas propias.

3.1.- La Directiva que perfecciona y amplía el RCDE

Con la Directiva 2009/29/CE¹⁰³, que forma parte del denominado paquete energía-clima, las instituciones europeas pretendieron modificar la Directiva 2003/87/CE, para conseguir una reducción de las emisiones de GEI en un 20% para el 2020 en relación con el 2005, extendiendo el RCDE a otros sectores como los productos fabricados por industrias grandes consumidoras de energía, ampliando los cometidos asignados a la Comisión y reduciendo los de los Estados. Se suprimieron los registros estatales y se apostó por un registro europeo para consignar los derechos de emisión¹⁰⁴.

Promovió la movilización de ingresos para luchar contra el cambio climático a través de la venta de derechos de emisión mediante la progresiva aplicación del sistema de subasta que fue sustituyendo al de la asignación gratuita¹⁰⁵, partiendo de que la cantidad de los derechos expedidos cada año para toda la UE va disminuyendo linealmente desde 2013¹⁰⁶.

3.2.- Normas sobre los derechos a subastar.

La profunda crisis económica por la que atravesaron Estados miembros de la UE incidió negativamente en la producción de las empresas, lo que, a su vez, influyó positivamente en un recorte de las emisiones de GEI. Con ello la oferta de derechos se incrementó sobre la demanda, trayendo como consecuencia una bajada de sus precios. Pues bien, la Decisión nº 1359/2013/UE vino a modificar la Directiva 2003/87/CE precisando su art. 10.4 para fomentar la seguridad jurídica y garantizar el buen funcionamiento del mercado. Para ello facultó a la Comisión retirar del mercado una cantidad máxima de 900 millones de derechos a lo largo de los años 2014-2016 para introducirlos a partir de 2019.

En lo que respecta al sistema de subastas de derechos de emisión, la Comisión reguló el calendario, la gestión y otros aspectos mediante el Reglamento nº 1031/2010¹⁰⁷ (reglamento

¹⁰³ Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23.04.2009 por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (DO L 140 de 5.6.2009).

¹⁰⁴ Ver el considerando 38 en relación con el nuevo apdo. 1 que se introduce en el art. 19.

¹⁰⁵ Se trata de un sistema de subasta que se ve matizado por algunas excepciones, como dictamina, por ejemplo, el art. 10 *quarter*, opción de asignación transitoria gratuita de derechos de emisión para la modernización de instalaciones de generación de electricidad.

¹⁰⁶ Tal y como se deduce del nuevo texto del art. 9.

¹⁰⁷ Reglamento (UE) nº 1031/2010 de la Comisión, de 12.11.2010, sobre el calendario, la gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero con arreglo a la Directiva 2003/87/CE del

“subastas”), revisando y ampliando así las disposiciones de la Directiva 2003/87/CE. En él se incide en crear una plataforma de subastas común para celebrar las subastas, puesto que considera que es la mejor manera de conseguir los objetivos generales del RCDE¹⁰⁸. Aun así, permite que los Estados puedan organizar sus propias subastas, siempre que se lo comuniquen a la Comisión, sigan un procedimiento de selección que respete su legislación y la normativa de la UE en materia de contratos públicos, tengan un periodo de designación de tres años como máximo y se les autoricen sus plataformas como mercados regulados y cuenten con una entidad supervisora. En definitiva, se autoriza este tipo de subastas siempre y cuando se respeten los mismos principios y se cumplan con los mismos requisitos técnicos que la plataforma de subastas común¹⁰⁹.

Mediante el reglamento (UE) n° 1210/2011¹¹⁰ se revisó de este calendario para fijar un volumen de derechos de emisión a subastar en una fase temprana, antes de 2013, con reducciones equivalentes en los volúmenes de subastas de 2013 y 2014, con el objetivo principal de garantizar una transición fluida del segundo al tercer período de comercio, teniendo debidamente en cuenta las necesidades de cobertura para garantizar el cumplimiento en los primeros años del tercer período de comercio.

La Comisión modificó el Reglamento “subastas” dictando otros nuevos, como, por ejemplo, el n° 1210/2011¹¹¹ para determinar el volumen de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero por subastar antes de 2013; o el n° 176/2014¹¹² para determinar los volúmenes de los

Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad (DO L 302 de 18.11.2010). Ver, en una profundización, DE MIGUEL PERALES, C., “Análisis crítico del Reglamento 1031/2010 sobre las subastas de los derechos de emisión”, *ICADE, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n° 86, mayo-agosto de 2012, p. 33-54.

¹⁰⁸ De acuerdo con el considerando 6 de su exposición de motivos, que señala además que “este planteamiento evita distorsiones del mercado interior, ofrece el grado más elevado de eficiencia económica y permite que los derechos de emisión se asignen mediante subasta sobre la base de unas condiciones plenamente armonizadas en la Unión. Además, la celebración de las subastas a través de una plataforma de subastas común es el mejor instrumento para reforzar la señal del precio del carbono necesaria para que los operadores económicos tomen las decisiones adecuadas en materia de inversión y, por ende, lograr la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero al menor coste”.

¹⁰⁹ Desde el punto de vista de los operadores industriales, el Reglamento establece disposiciones que aseguran un buen equilibrio entre la eficiencia en cuanto a los costes y el acceso equitativo para las pequeñas y medianas empresas.

¹¹⁰ Reglamento (UE) n° 1210/2011 de la Comisión, de 23.11.2011, por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1031/2010, en particular con el fin de determinar el volumen de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero por subastar antes de 2013 (DO L 308 de 24.11.2011).

¹¹¹ Reglamento (UE) n° 1210/2011 de la Comisión de 23.11.2011 por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1031/2010, en particular con el fin de determinar el volumen de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero por subastar antes de 2013 (DO L 308/2 de 24.11.2011).

¹¹² Reglamento (UE) n° 176/2014 de la Comisión de 25.02.2014 por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1031/2010, en particular con el fin de determinar los volúmenes de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero que se subastarán en 2013- 2020 (DO L 56/11 de 26.2.2014).

derechos de emisión de GEI a subastar en el periodo 2013-2020, que aplica una especie de efecto acordeón puesto que para los años 2014-2016, debió reducirse la cantidad de derechos de emisión del año correspondiente tal y como figura en el anexo IV. Por el contrario, entre 2019-2020 va a incrementarse en la cantidad de derechos de emisión del año correspondiente.

3.3.- La inaplicación a los vuelos operados desde o hacia terceros Estados.

Mediante la Decisión nº 377/2013/UE¹¹³ dejó inaplicable temporalmente el RDCE a los vuelos realizados en 2010, 2011 y 2012 desde o hacia Estados no europeos. Un año después decidió dar tiempo a que la OACI propiciara la celebración de un acuerdo internacional a tenor del cual se aplique una única medida de mercado mundial a las emisiones de la aviación internacional y reducir así las emisiones de GEI de la aviación civil; lo que consiguió mediante el Reglamento (UE) nº 421/2014¹¹⁴.

En pocas palabras puede decirse que, con esta normativa, la UE adaptó la Directiva 2003/87/CE a la Resolución que la Asamblea de la OACI adoptó el 4 de octubre de 2013 en su 38º período de sesiones, que contiene una Declaración consolidada de las políticas y prácticas permanentes de la OACI relativas a la protección del medio ambiente. En concreto, incluyó un nuevo art. 28 bis, bajo este enunciado tan esclarecedor: “Excepciones aplicables antes de la ejecución, para 2020, de un acuerdo internacional que aplique una única medida de mercado mundial”

Esta excepción temporal incide en el seguimiento, la notificación y la verificación de derechos de vuelos con destino y origen en Estados que no forman parte del EEE de 1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2016. Se excluyen del ámbito de aplicación de dicha Directiva desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2020 los vuelos efectuados por operadores no comerciales que emitan menos de 1.000 toneladas de CO₂ al año. También reduce las cargas administrativas y deja totalmente exentos los vuelos entre el EEE y los Estados menos adelantados, los Estados de bajos ingresos y los Estados de renta media-baja que se benefician de Sistema de Preferencias Generalizado (SPG) de la UE y que tienen una participación de menos del 1% de la actividad de la aviación internacional.

¹¹³ Decisión nº 377/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24.04.2013 que establece una excepción temporal a la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad (DO L 113 de 25.4.2013).

¹¹⁴ Reglamento (UE) nº 421/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16.04.2014 que modifica la Directiva 2003/87/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad, con vistas a la ejecución, de aquí a 2020, de un acuerdo internacional que aplique una única medida de mercado mundial a las emisiones de la aviación internacional (DO L 129 de 30.4.2014)

En suma, ante las fuertes presiones internacionales, la UE suspendió la aplicación de la Directiva a ese tipo de vuelos internacionales en beneficio de un consenso internacional que, como ya ha sido apuntado, se ha materializado en el acuerdo internacional de 2016 celebrado bajo los auspicios de la OACI.

IV.- A MODO DE REFLEXIONES FINALES: LOGROS Y DESAFÍOS

Sobre los fundamentos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el cambio climático y el Protocolo de Kioto, y regulado mediante la Directiva 2003/87/CE, el RCDE de la UE ha ido ampliando progresivamente su ámbito material de aplicación a nuevos sectores como el de la aviación, gracias sobre todo a la Directiva 2008/101/CE, que determina su ámbito de aplicación, el Estado miembro responsable de la gestión, el techo y el método de la asignación, la subasta, el seguimiento y las sanciones, las acciones a emprender en caso de que un tercer país adopte medidas para reducir el impacto de la aviación en el cambio climático, etc.

Parece importante remarcar el hecho de que desde 2012 incluya la aviación, una esfera que ha quedado fuera de la regulación de los principales convenios internacionales que promueven la lucha contra el cambio climático, a excepción de la genérica alusión contemplada en el Protocolo de Kioto. En favor del consenso internacional, la UE suspendió su aplicación a los vuelos intercontinentales, facilitando la celebración del tratado CORSIA, cuya aplicación temporal prima la competitividad de las aerolíneas pertenecientes a Estados como China, India, Brasil, Rusia, República Sudafricana, etc., frente a las europeas.

Esto es una buena prueba de que, en base a la experiencia acumulada y para dar respuesta a la propia realidad de las cosas, ha ido evolucionando con el paso del tiempo. Además de interactuar a nivel internacional, lo cierto es que otras de sus reformas radican en la creación de una reserva de estabilidad del mercado para afrontar el superávit estructural de los derechos de emisión, la imposición del sistema de subastas sobre la entrega gratuita de los derechos, la asignación de derechos de la reserva especial, la supresión de los registros estatales por un registro europeo para consignar los derechos de emisión, la exclusión del ámbito de aplicación temporal (desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2020) de los vuelos efectuados por operadores no comerciales que emitan menos de 1.000 toneladas de CO₂ al año ...

Hoy por hoy es el mejor y el mayor mercado internacional de carbono tanto por los sectores que abarca, las empresas, instalaciones y aeronaves que vincula, como las sustancias que incluye en su actual tercera fase¹¹⁵, como por el grupo de Estados a los que obliga: los Estados partes en el

¹¹⁵ Además del CO₂ sobre el que ha puesto énfasis en las fases precedentes, incluye el óxido nitroso (N₂O) de la producción de ácido nítrico y otros ácidos, así como los perfluorocarburos (PFC) de la producción de aluminio.

EEE. Puede ser considerado además como el instrumento práctico más relevante que utiliza la UE para ralentizar el cambio climático¹¹⁶, que está abierto a todos los terceros Estados que deseen entrar. En esencia puede decirse que conjuga los principios de limitación y de comercio, puesto que, por un lado, establece, a nivel de todo el territorio del EEE, unos límites máximos que no pueden sobrepasar las emisiones de GEI de los operadores incluidos en él y, por otro, permite comerciar (comprar/vender) los derechos de emisión entre los participantes, según sus necesidades y respectivas obligaciones.

Uno de sus logros a destacar es su próxima conexión con el mercado nacional de carbono australiano, si bien le queda el reto de atraer a su funcionamiento otros mercados nacionales de carbono. La negociación de acuerdos bilaterales que permitan a otros regímenes vincularse con el RCDE podría traer consecuencias muy positivas creando sinergias, abaratando costes, simplificando esfuerzos y facilitando la futura aplicación del acuerdo global.

Otro ha sido su influencia práctica en las negociaciones internacionales que han culminado en el acuerdo internacional celebrado bajo los auspicios de la OACI; si bien es cierto que, al ser un mecanismo de aplicación al mercado global de las emisiones de la aviación internacional, la UE deberá hacer progresivamente los ajustes necesarios a nivel jurídico, técnico y político para su mejor coordinación desde su RCDE.

Su experiencia acumulada a lo largo de estos años de funcionamiento permitirá a los Estados partes en el EEE participar en el sistema CORSIA al máximo nivel en el periodo voluntario de aplicación (2021-2026) y con sobradas garantías en la fase de cumplimiento obligatorio a partir del 2027.

En resumidas cuentas, puede concluirse que con su RCDE la UE seguirá liderando a nivel mundial la reducción de GEI en los próximos lustros, y, en su consecuencia, la lucha contra el cambio climático.

¹¹⁶ Los técnicos siempre han barajado un amplio abanico, destacando los siguientes para contrarrestar los efectos de la aviación en el cambio climático: el desarrollo de nuevas tecnologías, la mejora de las infraestructuras, los procedimientos operativos de las aerolíneas y la aplicación de mecanismos de mercado, tales como Acuerdos voluntarios entre Estados, compañías aéreas, fabricantes de aviones y público viajero, impuestos sobre el combustible o sobre el pasajero, tasas por emisiones utilizando los mismos principios aplicados a emisiones de efecto local y el comercio de emisiones, que es uno de los mecanismos de flexibilidad previstos en el Protocolo de Kioto (BENITO, A., “Transporte aéreo y cambio climático: los derechos de emisión de CO₂”, 17.06.2014, <https://cedaeonline.com.ar/2014/06/18/transporte-aereo-y-cambio-climatico-los-derechos-de-emision-de-co2/> (consultado el 30.06.2017).

BIBLIOGRAFÍA

- ALBEROLA, E., y SOLIER, B., *Including international aviation in the European Union emissions trading scheme: a first step towards a global scheme? Climate Report, Research on the economics of climate change*, n° 34, agosto de 2012.
- BARTELS, L., *The Inclusion of Aviation in the EU ETS: WTO Law Considerations*, Geneva, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2012.
- BEKKHUS, N.B. y VAN HECKE, K. “The European Union Emission Trading Scheme”, *Studia Diplomatica*, Vol. LXI, n° 1, 2008, p. 115-147.
- BENITO, A., “Transporte aéreo y cambio climático: los derechos de emisión de CO₂”, 17.06.2014, <https://cedaeonline.com.ar/2014/06/18/transporte-aereo-y-cambio-climatico-los-derechos-de-emision-de-co2/> (consultado el 30.06.2017).
- BRIDGES, “Australia to Link Carbon Trading Scheme with EU”, *Bridges Weekly Trade News Digest*, International Centre for Trade and Sustainable Development, Vol. 16, n° 30, 12.11.2012. <http://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/australia-to-link-carbon-trading-scheme-with-eu> (consultado el 29.06.2017).
- CAMPANELLI, E., “Il difficile dialogo tra dimensione universale e dimensione regionale sulle emissioni di gas a effetto serra derivanti dall’aviazione civile internazionale”, p.11, nota 70. <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/06/Carpanelli-Paper-Courmayeur.pdf> (consultado el 06.06.2017)
- CAMPINS ERITJA, M. (Coord.), *El reto de la aplicación del Protocolo de Kioto en España*, Barcelona, Atelier, 2005.
- CHAPMAN, L., “Transport and climate change: a review”, *Journal of Transport Geography*, n° 15, 2007, p. 354–387.
- CHUECA SANCHO, A., “Unión Europea, cambio climático y aviación civil internacional hoy”, *Revista Faz Ciência*, Vol. 13, n° 17, enero-junio 2011, p. 33-59.
- CHUECA SANCHO, A.G., *Cambio climático y derecho internacional*, Zaragoza, Fundación Ecología y Desarrollo, 2000.
- CISCAR MARTÍNEZ, J.C., y SORIA RAMÍREZ, A., “El comercio europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero: modelización y regulación”, *I.C.E.*, mayo de 2005, n° 822, p. 51- 64.
- COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Reducción del impacto de la aviación sobre el cambio climático*, Bruselas, 27.9.2005, (COM (2005) 459 final).

- COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Ganar la batalla contra el cambio climático mundial*, Bruselas, 9.2.2005 (COM (2005) 35 de 9.2.2005).
- COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el *Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente “Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos”* (COM/2001/0031 final).
- COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, Bruselas, 20.12.2006 (COM (2006) 818 final).
- DE MIGUEL PERALES, C., “Análisis crítico del Reglamento 1031/2010 sobre las subastas de los derechos de emisión”, *ICADE, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 86, mayo-agosto de 2012, p. 33-54.
- ESPA, I., “Action pour le climat et mesures commerciales unilatérales: les initiatives les plus récentes de l'Union européenne”, *Revue Internationale de Droit Économique*, 2012, Vol. XXVI, nº 3, p. 295-320.
- ESTRADA OYUELA, R.A., “Apuntes para interpretar el convenio marco sobre el cambio climático”, ESTRADA OYUELA, R.A. y ZEBALLOS DE SISTO, M.C. *Evolución reciente del derecho ambiental internacional*, Buenos Aires, A-Z editora, S.A., 1993, p. 271-328.
- EUROPEAN COMMISSION & THE HON GREG COMBET AM MP, MINISTER FOR CLIMATE CHANGE AND ENERGY EFFICENCY, MINISTER FOR INDUSTRY AND INNOVATION, *Joint press release, Australia and European Commission agree on pathway towards fully linking Emissions Trading systems*, Brussels, 28.08.2012, en [http://europa.eu/rapid/press-release IP-12-916 en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-916_en.htm) (consultado el 26.06.2017).
- EUROPEAN COMMISSION, Climate Action, EU Action, Transport, Aviation, *Reducing emissions from aviation*, http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/index_en.htm (consultado el 06.06.2017)
- EUROPEAN FEDERATION FOR TRANSPORT AND ENVIRONMENT (AISBL), *Grounded: How ICAO failed to tackle aviation and climate change and what should happen now*, Bruselas, Transport & Environment, 2010.
- GILES CARNERO, R., *La amenaza contra la capa de ozono y el cambio climático: respuesta jurídico-internacional*, Huelva, Universidad de Huelva, 2003.

- GONZÁLEZ ARMADA, *Cambio climático: causas, consecuencias y soluciones*, Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 2010.
- GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO, *Resumen para responsables de políticas. La aviación y la atmósfera global*, Traducido al español por la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) para el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), OMM y PNUMA, 1999, <https://www.ipcc.ch/pdf/special-reports/spm/sres-sp.pdf> (consultado el 06.06.2017)
- IPCC, *Working Group III – Mitigation of Climate Change. Chapter 8, Transport*, http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg3/ipcc_wg3_ar5_chapter8.pdf (consultado el 06.06.2017).
- KISS, A.Ch. y BEURIER, J.P, *Droit international de l'environnement*, 2ª ed., Paris, Pedone, 2000, p. 227.
- LUONGO, N.-E., “El histórico acuerdo de la OACI sobre aviación internacional y cambio climático. Análisis de un éxito presente y de sus desafíos futuros”, *Center for Studies on Air and Space Law (CEDAE)*, Online Edition, 19.10.2016, posted: 4.042017 p.2 en <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=699064116031076107086113120104107025123011062088031092022073113100022102028122120089013000007026033049005011015120088084013103102026033060067066108026119067023094074002003007013028072067097102098073020102066080077105125015096072110073110116011113065027&EXT=pdf>, consultado el 26.06.2017)
- MACINTOSH, A. Y WALLACE, L., “International aviation emissions to 2025: Can emissions be stabilized without restricting demand?”, *CCLP Working Paper Series 2008/1*, ANU Centre for Climate Law and Policy.
- MARTÍN ARRIBAS, J.J., *Hacia una política comunitaria europea en cambio climático y sus consecuencias para España*, Burgos, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2009.
- MARTÍN ARRIBAS, J.J., *La Unión Europea ante el fenómeno del cambio climático*, Burgos, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2005.
- MARTÍNEZ-GARCÍA, J.-D., “The EC decision to include the aviation activities in the European Emissions Trading System (EU ets): A breach of international law? *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 20, enero-junio, 2012, p. 103-129.
- PALLEMAERTS, M., “La Conférence de Rio: grandeur ou décadence du droit international? *R.B.D.I.*, nº 1, p. 175-223, esp. p. 218.

- PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre la reducción del impacto sobre el cambio climático* (A6-0201/2006), Estrasburgo, martes 4.07.2006.
- REAGAN, D.B. “Putting International Aviation into the European Union emissions Trading scheme: can Europe do it flying solo?”, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, nº 35, 2008, p. 349-384.
- REMIRO BROTONS, A, *et alt*, *El cambio climático en el derecho internacional y comunitario*, Bilbao, Fundación BBVA, 2009.
- ROSENFELD, R.F., “The European Union Aviation Directive and U.S. Resistance: A Deadlock on Aviation Emission Control”, *The Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 25, 2013, p. 589-614.
- SANZ RUBIALES, I. *et alt.*, *El mercado europeo de derechos de emisión: balance de su aplicación desde una perspectiva jurídico-pública (2008-2012)*, Valladolid, Lex Nova, 2010.
- SANZ RUBIALES, I., *El mercado de derechos a contaminar: régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Valladolid, Lex Nova, 2007.
- SARASIBAR IRIARTE, M., *Régimen jurídico del cambio climático*, Valladolid, Lex Nova, 2007.
- SAURA ESTAPÀ, J., *El cumplimiento del Protocolo de Kioto sobre el cambio climático*, Barcelona, Universidad de Barcelona, Centro de Estudios Internacionales, 2003.
- SCHEELHAASE, J. D. y GRIMME, W. G., “Emissions trading for international aviation—an estimation of the economic impact on selected European airlines”, *Journal of Air Transport Management*, nº 13, 2007, p. 253–263, esp. p. 253-254.
- SCOTT, J. y RAJAMANI, L., “EU Climate Change Unilateralism”, *E.J.I.L.*, Vol. 23, nº 2, 012, p. 469–494.

ALGUNOS RETOS PARA LA FILOSOFÍA JURÍDICA ACTUAL: LAS POSIBILIDADES DE UNA ¿FILOSOFÍA? DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Nuria Belloso Martín ¹

Resumen: La disciplina de la Filosofía del Derecho ofrece una fundamentación y una perspectiva crítica de una buena parte de las disciplinas jurídicas. En las últimas décadas ha tomado una especial relevancia, configurándose como un pilar filosófico imprescindible de algunas materias, tales como el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional. Conflictos, principios, derechos humanos, democracia, garantías, procedimiento, argumentación y tantos otros aspectos, constituyen nexos de unión que permean algunos de sus contenidos, dotándoles de peculiar estructura y significado. En el trabajo se analizará si puede admitirse una filosofía del proceso, lo que llevará a diferenciar entre una Filosofía del Derecho Procesal y otras variantes jurídicas tales como una Teoría procesal de la Constitución, un Derecho procesal Constitucional y un Neoprocesalismo. Se analizará un decálogo de principios que configuran y justifican lo que se puede denominar una Filosofía del Derecho procesal. Si bien la construcción de nuevas disciplinas como la del “Derecho Procesal constitucional” o “Derecho Constitucional procesal” está consolidada, tanto en el ámbito latinoamericano como en el europeo, el Neoprocesalismo se presenta como una construcción novedosa, principalmente en el ámbito latinoamericano, por lo que conviene ir acompañando su evolución.

Palabras llave: Filosofía, proceso, Neoprocesalismo, Derecho Procesal Constitucional.

Abstract: The discipline of the Philosophy of Law offers a foundation and a critical perspective of a good part of the legal disciplines. In the last decades it has taken on a special relevance, being configured as an essential philosophical pillar of some subjects, such as Procedural Law and Constitutional Law. Conflicts, principles, human rights, democracy, guarantees, procedure, argumentation and so many other aspects, constitute links of union that permeate some of its contents, giving them a peculiar structure and meaning. In the work will analyze if a philosophy of the process can be admitted, which will lead to differentiate between a Philosophy of Procedural Law and other legal variants such as a procedural theory of the Constitution, a constitutional procedural law and a Neoprocesalism. It will analyze a decalogue of principles that shape and justify what can be called a Philosophy of Procedural Law. Although the construction of new disciplines such as the "Constitutional Procedural Law" or "Constitutional Procedural Law" is consolidated, both in Latin America and in Europe, Neoprocesalism presents itself as a novel construction, mainly in Latin America (Brazil), for Which should accompany its evolution.

Palabras llave: Philosophy, process, Neoprocesalism, Constitutional Procedural Law.

¹ Nuria Belloso Martín es Catedrática Acreditada de Filosofía del Derecho en la Universidad de Burgos (España). Mediadora Civil y Mercantil. Directora del Departamento de Derecho Público. Directora del Curso de Especialista en Mediación Familiar. Directora del Curso de Mediación Civil, y Mercantil. Es Directora de Relaciones Internacionales y Cooperación del Grupo de Investigación “Minga. Constitucionalismo democrático latinoamericano, novas intersubjetividades e emancipação social” (Brasil). El presente trabajo se inscribe en el marco del proyecto de Investigación Proyectos I+D -Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de excelencia- “*Fundamentos teóricos del neoconstitucionalismo: un modelo jurídico para la sociedad global*”.

1. Una filosofía del ¿proceso?

Entre los temas que podríamos considerar como materia propia de los procesalistas y que han sido objeto de numerosos estudios por parte de los filósofos del Derecho se pueden citar los relativos al razonamiento judicial centrando el análisis en los problemas interpretativos y de calificación; en los relativos sobre la decisión judicial y los que versan sobre las garantías procesales/constitucionales de los derechos en un Estado constitucional. Ello permite entender que el diálogo entre ambas disciplinas, Filosofía del Derecho y Derecho Procesal, está establecido desde hace tiempo, lo que permite realizar una lectura “a dos manos” de los temas por los que comparten interés iusfilósofos y procesalistas. Cuestión distinta es la de si puede plantearse una filosofía del Derecho procesal al igual que ya se viene hablando de una filosofía del Derecho constitucional, del Derecho penal,² o se plantea una filosofía del Derecho comunitario, del Derecho Internacional y otras.³ Hacer filosofía sobre la política ha sido una constante a lo largo de la historia jurídica,⁴ pero resulta más complejo con respecto a filosofar sobre otras disciplinas. Ha habido autores que, aunque de forma vaga, ya vienen aludiendo a una filosofía del Derecho procesal.⁵ Ello nos lleva a interrogarnos sobre si tiene sentido filosofar sobre las normas y el procedimiento que regula un proceso judicial.

La función que le corresponde desempeñar a la Filosofía del Derecho se ha intentado explicar a partir de su relación con las demás disciplinas jurídicas.⁶ Pueden

² Vid. HART, H.L.A. *Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. 2ªed., Oxford, Oxford University Press, 2008.

³ Así lo refleja el título “Filosofías del Derecho Positivo” de las XXVI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, celebradas en la Universidad de Gerona (España) entre los días 4 y 5 de mayo de 2017, en las que presentamos una versión inicial de este trabajo.

⁴ Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, Maquiavelo, Hobbes, Locke, Rousseau y tantos filósofos de la filosofía jurídica así lo han reflejado en algunas de sus obras.

⁵ Como obras pioneras, Vid. BORDEAUX, *Philosophie de la procédure civile. Mémoire sur la Réformation de la justice*, Evreux, 1857; como obras más contemporáneas, HAZARD, G.C., WALTER C.; MEYER, E., *Research in Civil Procedure*. Research Institute of Law, 1963 - *Civil procedure*, p.63 ss; PAJARDI, P., “Un processo per l'uomo e non l'uomo per un processo. Riflessioni su un diritto processuale ‘naturale’ e sui diritti umani nel processo” en *Giur. It.*, vol.141, nº7, 1898, pp.295-303; PAJARDI, P., *Procedura civile. Istituzioni e lineamenti generali*, Milano, Giuffrè, 1989.

⁶ No vamos a entrar ahora en un análisis sobre el sentido de la Filosofía del Derecho en la actualidad, pero sí conviene realizar algunas breves consideraciones: Pérez Luño ha advertido del dilema que tiene planteada la Filosofía del Derecho: “si se la concibe como una disciplina que pretende el mayor rigor teórico, se tiende a circunscribir su objeto en el conocimiento y explicación del Derecho positivo, a través del análisis de las normas jurídicas. Pero, entonces, se corre el riesgo de convertirla en un mero duplicado, más general y abstracto, de las ciencias jurídicas y de marginar u omitir las cuestiones que atañen a la justicia. Si, en cambio, se la entiende como la versión jurídica de la racionalidad práctica, se potenciará su condición orientadora y fundamentadora de los problemas de justicia. Pero entonces corre el riesgo de convertirse en mera retórica, en una prédica o moralina voluntarista” (PÉREZ LUÑO, A.E., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, 2ªed., Sevilla, Mergablum, 1999, p.1).

Hablar sobre la Filosofía del Derecho conlleva varias dificultades: desde quienes consideran oportuno formular un concepto de la misma a quienes lo rechazan ; desde quienes sostienen la necesidad de definir la Filosofía del Derecho y, a partir de ahí, proponer una estructura temática a quienes entienden que se debe de hacer a la inversa, ya que según el contenido que se asigne se formularán diversas definiciones; aquéllos que sustentan que la Filosofía del derecho no cumple otra función que ser una filosofía aplicada al Derecho, dependiendo su significado del objeto que analice. En este caso, habría que considerar cuál es la orientación filosófica de la que parte quien lleve a cabo tal estudio, porque las cuestiones que se susciten se analizarán según tal orientación. Hay quienes plantean la disyuntiva como la de elegir entre una filosofía del Derecho realizada por iusfilósofos o por juristas, o la de optar por una Filosofía del Derecho que tome sus problemas del campo de la filosofía general o que, por el contrario, se reduzca a transformarse en una rama de la Ciencia del derecho. Para entender el papel que la Filosofía del Derecho puede aportar a las demás disciplinas, hay que

apuntarse, entre otras, dos posibilidades: una, que pierde parte de sus contenidos porque las otras disciplinas también trabajan con elementos iusfilosóficos; la otra, que por el contrario, las demás disciplinas consideran que la filosofía jurídica invade algunas parcelas de contenido que, por especialidad le corresponden. En relación a la primera posibilidad, podría entenderse que la Filosofía del Derecho pierde parte de su contenido porque los colegas de otras materias trabajan algunos de los contenidos de Teoría del Derecho y de la Filosofía del Derecho: los civilistas (fuentes del Derecho, principios jurídicos), los administrativistas (conceptos jurídicos indeterminados), los constitucionalistas (derechos humanos, justicia constitucional), los penalistas (principio de legalidad, responsabilidad, castigo), los sociólogos (modelos de conducta), los procesalistas (jurisprudencia); En relación a la segunda posibilidad, habría que defender, por parte de los filósofos del Derecho, la propia entidad de la disciplina, el carácter transversal que la acompaña porque se ocupa del análisis de las normas, de la estructura del ordenamiento jurídico, del sistema jurídico, del análisis argumentativo de la jurisprudencia y de aportar una visión crítica con respecto a la misma.

La dimensión conflictual es tan constitutiva de lo humano social que el Derecho ha de juridificarla, dando lugar a una de las instituciones arquetípicas de nuestra disciplina: el proceso, y necesariamente unido a él, el Poder o Autoridad que lo conduce. A partir de ahí, se pueden ofrecer distintas argumentaciones para demostrar el origen social del conflicto⁷ y ofrecer modelos explicativos del proceso.⁸

considerar como condiciones la fundamentación, universalidad y reflexión crítica sobre el Derecho. Su misión es llevar a cabo una crítica de la experiencia jurídica y por ello se debe de elevar sobre la propia experiencia jurídica. (Cfr. MARTÍNEZ-SICLUNA, C., "La Filosofía del Derecho en la España de hoy" pp.729-755. Disponible en: <fundacioneliasdetejada.org/wp-content/uploads/2014/04/II-JDN-34.pdf>; también, *vid.* el número monográfico, dedicado a la Filosofía del Derecho en España: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. La Filosofía del Derecho en España*, nº15, Granada, 1975.

⁷ Corral Genicidio ofrece una argumentación histórica, otra técnico-procesal y otra filosófico-sociológica. (CORRAL GENICIO, J., "El proceso como respuesta del Derecho al conflicto social" en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº10, 2006/2007, p. 10. Disponible en: <<http://www.rtfed.es/n10.html>>. (Acceso 12.04.2017). Advierte que puede haber otras interpretaciones, como la filosófica de F. Carpintero o la de N. Bobbio. Carpintero, que parte del concepto kantiano de persona, la cual posee una esfera de libertad, que busca imponerse y defenderse (Jhering, Radbruch), lo que se refleja en el orden jurídico: "en un mundo de sujetos egoístas es necesario un forcejeo que lleve a un equilibrio o ajustamiento de los intereses de los sujetos que luchan por imponerse, y el derecho sería el resultado de esa pelea, de la fuerza en definitiva" (CARPINTERO, F., *Derecho y Ontología jurídicas*, Ed. Actas, Madrid 1993, p.15). A pesar de este conflictualismo, Carpintero reniega de construir una Filosofía del Derecho que parta del *bad man* de Holmes, siendo el pacto la única categoría jurídica admisible como fundante, e incluso la *oculta obviedad* de que es el propio ordenamiento jurídico el que hace posible el ejercicio pacífico y legítimo de los derechos individuales. Tampoco aprueba la teoría de los derechos **antinómicos** de Bobbio (sostiene una especie de teoría de vasos comunicantes en las esferas jurídicas de los individuos, de manera que cuando el poder de uno aumenta, ha de disminuir la libertad de otro. La realización del Derecho es antonomasia porque sólo se entiende en detrimento de derechos ajenos. *Vid.* BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís, Ed. Sistema, Madrid 1991). (CORRAL GENICIO, J., *Ibidem*).

⁸ Según Frison-Roche, hay tres modelos en los que se puede basar el proceso, a saber: contrato, mercado y teoría de juegos: a) El *modelo del contrato* es signo inequívoco de una justicia nacida en el seno de la autonomía de la voluntad de las partes y de su equilibrio procesal. Una serie de instituciones típicamente contractuales, donde juega sin duda la facultad del art. 1255 del CC, prueban esta correspondencia, como son las figuras de la mediación y conciliación; y también es una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad el hecho de que el juez haya de atenerse a los hechos alegados por las partes; b) *encuentro de las demandas de venta y de compra*, como foro de intercambios donde se acuerdan los precios. En el proceso se encuentran las respectivas demandas: la pretensión del actor y la resistencia del demandado. Las alegaciones que respectivamente las

Al igual que diferenciamos una teoría del Derecho de una “teoría general” del Derecho,⁹ también se puede diferenciar una teoría del proceso de una “teoría general del proceso”. A esta última se han dedicado autores dotados de vocación filosófica como Francesco Carnelutti, aunque no ha tenido como objetivo la realización de un proyecto epistemológico de tal disciplina.¹⁰ No nos estamos refiriendo ahora a una comparación jurídico intra-sistemática de los ordenamientos procesales de las diversas áreas civil, penal, laboral, ni tampoco a la comparación extra-sistemática con ordenamientos procesales de otros países.¹¹ La “teoría general “del proceso puede conformarse como una disciplina aglutinadora de datos sobre su objeto formal de estudio, provenientes de las más diversas fuentes (Sociología, Historia, Psicología, Ciencia Política y otras). Una filosofía del proceso, en cambio, se dirige hacia el análisis de cuestiones tales como la de la legitimación del poder mediante procedimientos decisorios, examina los valores que subyacen al modo en que como se estructuran esos procedimientos o, incluso, analiza la cuestión de la finalidad del proceso.¹² También podría integrar el *corpus* teórico de una filosofía del Derecho procesal estudios de carácter epistemológico, dedicados a reflexionar sobre la metodología y hermenéutica específicas, cuya posibilidad se pueda deducir de la distinción ontológica o mejor, deontológica (no tanto en el “ser” –*ontos*- sino en el “deber ser” –*deontos*-) del derecho material.¹³

sostienen se van, según se va desarrollando el proceso, ajustando conforme al principio contradictorio, hasta llegar al resultado justo o sentencia, como un justo precio, adecuado a la composición de ambas demandas. Es ésta una visión pragmática y conciliadora del proceso; c) Las *teorías del juego* explican el proceso como una actuación contradictoria, estratégica, con un papel a interpretar, donde el arte dramático y retórico influyen sensiblemente en la decisión final. (FRISON-ROCHE, M.A., "La philosophie du procès, propos introductifs", en *Archives du Philosophie du Droit*, t. 39, Sirey, Paris 1995, pp.21-22).

⁹ La primera, la teoría del Derecho, abarca no sólo la temática de la teoría general (fuentes del derecho, norma jurídica, conceptos jurídicos fundamentales) sino que va mucho más allá, hasta llegar a la aplicación de las más diversas formas de cognición del estudio del Derecho: cibernética, teoría de los sistemas, semiótica, lógica simbólica y otras. La segunda, la “teoría general”, fue el resultado de un desarrollo tardío del pandectismo alemán al abstraer categorías utilizadas en el estudio del Derecho Romano y generar la validez de las mismas para la comprensión de cualquier ordenamiento jurídico. (Vid. GUERRA FILHO, W.S., “Teoria geral do processo: em qué sentido?” en Rodrigues, H. (Ed.) *Lições alternativas de direito processual*, São Paulo, Acadêmica, 1995).

¹⁰ En Norteamérica se publicó por primera vez, en 1988, un manual que proponía una única disciplina que tratara, conjuntamente el proceso civil, penal y administrativo, en conexión todos ellos con el Derecho constitucional y donde se defendía un desarrollo del estudio de *metaprocedure* que abarcaría tanto la teoría como la filosofía del proceso (COVER, R; FISS, O; RESNIK, J, *Metaprocedure*, Mineola, New York, 1988).

¹¹ En relación al ámbito latinoamericano, vid. VÉSCOVI, E., *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, México, DF, 1978.

¹² La finalidad del proceso ha dado lugar a interesantes debates sobre si el proceso tiene como aspiración realizar derechos individuales o si, por el contrario, debe aspirar a servir principalmente a los intereses de la comunidad, atendiendo a los derechos colectivos. También la cuestión de si la finalidad del proceso radica en su eficacia o efectividad, porque cuanto mejor cumpla con su contenido, más eficaz será, lo que lo relaciona con temas tales como la celeridad en la prestación jurisdiccional, y el derecho a la tutela judicial efectiva por todos los jurisdicionados.

¹³ La epistemología, como disciplina dirigida al estudio y control de las condiciones de posibilidad y validez del conocimiento científico se diferencia tanto de la gnoseología, cuyo objeto es el conocimiento en general, como de la filosofía de la ciencia, dedicada a la especulación sobre las hipótesis y resultados proporcionados por las ciencias particulares. (Cfr. GUERRA FILHO, W.S., *A Filosofia do Direito aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*, São Paulo, Atlas, 2001, pp.53-55). Con relación al Derecho procesal, se suele considerar que adquirió autonomía científica, ante el Derecho material, a partir de la obra de O. Von Bülow, sobre *La teoría de las*

La vocación de nuestros días por la constitucionalidad de las interacciones expone, en el plano procesal, principalmente civil pero también en el penal, un permanente cariz jurídico caracterizado por el manejo de presupuestos filosóficos, epistemológicos y teóricos del Derecho,¹⁴ que alcanzan magnitudes conceptuales referidas a la expansión rematerializada de la Constitución, teoría principiológica de los derechos fundamentales, estructuración normativa garantista, teoría del precedente, principio de proporcionalidad, criterio de razonabilidad, jurisdicción, principio de buena fe, claramente manejadas en la teorización general del proceso. Todo ello implica un entrecruzamiento crítico, analítico y sistémico de la filosofía con la acción, jurisdicción, proceso, tutela jurisdiccional, debido proceso, garantías procesales¹⁵ y otros temas centrales del Derecho procesal.

El estudio de la prueba de los hechos, la valoración racional de la prueba, la motivación racional y la búsqueda de la verdad en el proceso han sido objeto de atención por parte los iusfilósofos en las últimas décadas,¹⁶ dando lugar a un

excepciones dilatorias y de los presupuestos procesales (1868), al distinguir entre las antiguas excepciones dilatorias y la nueva categoría de presupuestos procesales. Ha habido otras muchas aportaciones relevantes (la tendencia a la apertura de los sistemas codificados mediante movimientos como la jurisprudencia de valores y las concepciones realistas norteamericanas y escandinavas, entre otras).

¹⁴ El proceso civil eficaz, en opinión de González Álvarez, nace de la percepción filosófica del integrativismo “trialista” del Derecho procesal, que identifica la estructura del derecho procesal a partir del estudio de la estructura de su objeto jurídico: El objeto jurídico procesal en su ámbito ontológico se traduce en eficacia, efectividad y eficiencia de la interacción humana litigiosa (por eso lo de “eficaz”, pues efectividad y eficiencia son desprendimientos de ella por exigencia de la conformación óptica del objeto jurídico) y en su ámbito óptico denota los métodos *jurísticos* dikelógico (justicia), normológico (norma) y sociológico (hecho), por los cuales trascienden los desprendimientos ontológicos del objeto jurídico, haciendo tangible la cognición jurídica procesal en atención a sus dimensiones finalista (teoría de la justicia), fundamental (neoconstitucionalismo, garantismo) y funcional (eficientismo, análisis económico del derecho, argumentación jurídica). (Cfr. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, R., *Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz*, Lima, Ara Editores, 1ª ed., 2013, p. p.33 ss.)

¹⁵ *Vid.* PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E.C., “Las garantías procesales de los derechos en el Estado constitucional. Sobre el estatuto jurídico del Habeas Data” en Julios Campuzano, A. (de) (Editor) *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*, Madrid, Dykinson, 2017, pp.131-146.

¹⁶ Los estudios por un lado, del procesalista M. Taruffo, y de filósofos del Derecho como M. Gascón Abellán y J. Ferrer Beltrán, respectivamente, sobre hechos, prueba y verdad en el Proceso civil y penal son un claro ejemplo de que hay temas que ambas disciplinas, Derecho Procesal y Filosofía del Derecho, pueden compartir. Taruffo ha promovido con bastante aceptación una visión publicista del proceso, defendiendo un rol protagónico de los jueces civiles en la reconstrucción de la pequeña historia del proceso como condición necesaria para la resolución justa de las contiendas: *Vid.* TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005; TARUFFO, M., *Simplemente la verdad*, Madrid, Marcial Pons, 2010; TARUFFO, M., *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Cuadernos de Divulgación de la justicia Electoral, nº20, México, 2013. Disponible en: http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/cuaderno_20_je.pdf; sobre la valoración de la prueba, *vid.* FERRER BELTRÁN, J., “Los estándares de prueba en el proceso penal español” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº. 15, 2007 (Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007); FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005; FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Prólogo de Larry Laudan, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007; GASCÓN ABELLÁN, M.F., “Prueba científica: mitos y paradigmas” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 44, Universidad de Granada, 2010, pp. 81-103; GASCÓN ABELLÁN, M.F., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos” en *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 28, Alicante, 2005 (Ejemplar dedicado a: Norberto Bobbio y la filosofía del Derecho contemporáneo), pp. 127-139; GASCÓN ABELLÁN, M.F., *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010.

renovado estudio epistemológico por parte de la Teoría del Derecho y de la Filosofía del Derecho sobre otras disciplinas, siendo principalmente una de ellas el Derecho Procesal:¹⁷ La verdad como condición de justicia, la estructura dialéctica del proceso, como encuentro entre las partes y diálogo del juez en su razonamiento, la relevancia del lenguaje en el proceso, y tantas otras cuestiones constituyen áreas de interés por parte de ambas disciplinas.

2.La distinción entre una Filosofía del Derecho Procesal y otras variantes jurídicas: Teoría procesal de la Constitución, Derecho procesal Constitucional y Neoprocesalismo

El procesalista Pedraz Penalva, desde los años setenta, ya mostró interés por el exigido estudio del Derecho Procesal desde coordenadas constitucionales., sugiriendo la necesidad de un Derecho Procesal Constitucional, consciente de que “únicamente cabe un Derecho Procesal en armonía con el Estado de Derecho (que no es una práctica forense o unos procedimientos judiciales) desde y en su fundamentación y determinación constitucionales” .¹⁸ Por tanto, la incidencia de la Constitución en el Derecho procesal en general, y en las garantías procesales constitucionales en particular, mediante el sistema de derechos fundamentales establecidos en la Carta Magna, sentaron las bases de un diálogo entre filosofía jurídica y proceso.¹⁹

¹⁷ “En las resoluciones judiciales el juez debe basarse en un razonamiento cuya conclusión es la decisión y cuyas premisas se encuentran en la motivación. Pero se trata de una operación compleja porque previamente hay que proceder a la selección de las normas a aplicar y a la determinación de los hechos a los que se van a aplicar esas normas. El problema central no es si el proceso puede o debe estar dirigido a la determinación de la verdad de los hechos, sino más bien a establecer qué debe entenderse por ‘verdad de los hechos’ en el ámbito del proceso, y cuándo, en qué condiciones y mediante qué medios aquella puede alcanzarse”. Para Taruffo, señalan acertadamente Mendonca y Ferrer Beltrán, se trata de un problema eminentemente epistemológico, ya que afecta a los caracteres y a las modalidades del conocimiento acerca de hechos. (MENDONCA, D; FERRER BELTRÁN, J, “A modo de presentación“ de TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005, p.12).

¹⁸ PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, Akal, 1990, p.5.

¹⁹ Ferrer Mac-Gregor, en un clarificador estudio sobre las aportaciones de Fix-Zamudio al origen científico del Derecho procesal, ofrece una conceptualización y evolución sobre el Derecho procesal configurando la evolución histórica del Derecho procesal constitucional en cuatro etapas: precursora (1928-42); descubrimiento procesal (1944-47); desarrollo dogmático procesal (1964-55); y definición conceptual y sistemática, presentando el “peregrinaje científico” de esta disciplina. “El problema de la trascendencia constitucional de las instituciones procesales constituye un “área o zona común” entre lo constitucional y lo procesal”. [...] Fix-Zamudio, en relación a las garantías constitucionales del proceso, “las agrupa en una nueva disciplina denominada ‘derecho constitucional procesal’, que tiene por objeto el examen de las normas y principios constitucionales que contienen los lineamientos de los instrumentos procesales, cuya estima debe ser estudiado desde la óptica y dentro del ‘derecho constitucional’”. (FERRER MAC-GREGOR, E., “Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956)” en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 614. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2555/91.pdf>>. (Acceso 20/03/2017). Ferrer Mac-Gregor subraya que no debe confundirse la base de cimentación de la disciplina –relativa a las garantías jurisdiccionales de la Constitución- (Kelsen), con la construcción dogmática de la disciplina como ciencia procesal (Couture, Calameandrei, Cappelletti), hasta llegar a su reconocimiento (Alcalá-Zamora y Castillo) y sistematización conceptual (Fix-Zamudio). (*Ibidem* p.640). Ferrer Mac-Gregor atribuye la configuración científica como disciplina procesal al trabajo de Fix-Zamudio relativo a *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (1955). (*Ibidem*, p.654); también, *vid.* FERRER MAC-GREGOR, E., y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons, 2008, 12 tomos.

Una adecuada lectura de la tríade clásica sobre la que se ha apoyado el Derecho procesal, la de *acción, jurisdicción y proceso*,²⁰ parte de una perspectiva iusfilosófica. En primer lugar, el principio fundamental de *acción*²¹ queda vinculado al plano de garantías procesales fundamentales: la acción nos sitúa en los presupuestos para poder iniciar un juicio. La expansión del interés (derechos difusos, intereses colectivos, acciones de grupo) ha provocado que la teoría general del proceso de legitimación se fuera ajustando a este tipo de conflictos. La influencia constitucional en el proceso se ha hecho notar (estableciendo nuevas vías de acción, como en las controversias constitucionales como el recurso de amparo). Quien solicita la acción, debe acreditar el interés que tiene. Sólo quien tiene un interés (derecho subjetivo) puede acceder a la justicia.

En segundo lugar, la garantía de la *jurisdicción* se diferencia del derecho a la tutela judicial efectiva y va más allá: frente a lo que había venido siendo el modelo napoleónico en el que el proceso quedaba bajo el dominio de los abogados de las partes, que desarrollaban su intercambio de escritos, principalmente, ante un juez pasivo, porque así daba cumplido respeto a su deber de imparcialidad en el juicio, se varió el centro de gravedad del conflicto, entregando la dirección del proceso al juez, y los hechos alegados y controvertidos fueron el eje del litigio a desarrollar.

En tercer lugar, el principio del *proceso* no debe confundirse meramente con un sistema de garantías, sino de interacción entre garantías y derechos. La teoría general del proceso se puede conformar con la respectiva asistencia letrada del litigante, para que se garantice su derecho de defensa, al igual que la parte contraria, que también contará con su asistencia letrada, dando lugar a dos partes enfrentadas, en la que una será la que gane y otra la que pierda. Pero si se pretende ir más allá, gestionar el conflicto para buscar la verdad, se deberá de acompañar de un deber de cooperación entre las partes. La sentencia puede llegar a considerarse como un derecho nuevo, de contenido individual y sin trascendencia para otros.

Además de la Filosofía del Derecho, esta tríade clásica ha sido permeable a la influencia de otras disciplinas, principalmente a raíz de la introducción de una justicia constitucional en los textos constitucionales. Simultáneamente, han ido surgiendo teorías que refuerzan algunos aspectos concretos del proceso, entre las que cabe citar la “Teoría procesal de la Constitución”, la “Teoría constitucional del proceso”, o incluso nuevas disciplinas como el “Derecho Procesal constitucional”²²

²⁰ Vid. PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, cit.

²¹ En una breve reseña sobre el pensamiento procesal no puede dejar de hacerse referencia a la vertiente italiana, inaugurada por Giuseppe Chiovenda, con su teoría de la acción, y figuras relevantes que formaron la Escuela italiana en torno a este autor, tales como Piero Calamandrei, Enrico Tullio Liebman, Ugo y Alfredo Rocco, Enrico Allorio, Elio Fazzalari. Este último promovió la iniciativa de generalización del proceso como forma de garantía de la aplicación del Derecho. Entre los miembros de tercera generación, se puede destacar a Mauro Cappelletti. Entre los procesalistas españoles que han trabajado la acción, entre otros, vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción, acción, proceso*, Barcelona, Atelier, 2008.

²² Colombo Campbell define el Derecho Procesal Constitucional como “aquella rama del derecho público que establece las normas procesales orgánicas y funcionales necesarias para dar eficacia real a la normativa constitucional, cuando surja un conflicto entre un acto de la autoridad o de un particular y sus disposiciones”. A Néstor Pedro Sagüés se le puede considerar como uno de los grandes precursores de esta disciplina, con su obra *Derecho Procesal Constitucional*. Fue impulsor del Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (1989), que después se transformó en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (2003); también, la obra de Hans Kelsen *Las Garantías de la Jurisdicción Constitucional*, escrita en 1928, constituye, “el inicio de las formulaciones teóricas del derecho procesal constitucional”. A partir de entonces, esta disciplina surge con fuerza, independizándose decididamente del Derecho Constitucional, cuando en el año

e incluso “Derecho constitucional procesal”.²³ Algunos autores, como Zagrebelsky, consideran el Derecho Procesal constitucional como una modalidad “muy *sui generis*”.²⁴ Otros autores, como Häberle, le otorgan una clara especificidad constitucional.²⁵

Ferrer Mac-Gregor ha diferenciado la ciencia procesal de la ciencia constitucional. Ha señalado la aparición de dos movimientos paralelos. Por una parte, lo que denomina como corriente “latinoamericana” que defiende una autonomía científica procesal con algunas variantes. Por la otra, la corriente “europea” que identifica mayoritariamente el estudio del proceso constitucional dentro de la Justicia constitucional bajo la metodología y principios constitucionales.²⁶

1955, Mauro Cappelletti, publica en Italia su monografía intitulada *Jurisdicción Constitucional de la Libertad*. El trabajo de Cappelletti se complementará, más tarde, con su estudio sobre *El control de constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, publicado, en Milán en 1968. Sostiene que el Derecho Procesal Constitucional comprende el desarrollo de las siguientes áreas temáticas: a) El conflicto constitucional y sus formas de solución; b) El Derecho Procesal Constitucional orgánico, y c) El Derecho Procesal Constitucional funcional. (Cfr. COLOMBO CAMPBELL, J., “Funciones del derecho procesal constitucional” en *Ius et Praxis* v.8 n.2, Talca, 2002, pp.11-69. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200002). Para un análisis de los principales constructores de la disciplina, tanto desde el ámbito procesalista como constitucionalista, *vid.* CRUZ, G.O., “El Derecho Procesal constitucional. Estudio preliminar” pp. XIV-XXII. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2206/3.pdf>.

²³ Esta parte del Derecho Procesal se ha considerado como perteneciente a lo estrictamente constitucional, como por ejemplo, en Portugal, donde el *Direito procesal constitucional* es considerado por importantes constitucionalistas como un apartado del Derecho constitucional. (Cfr., entre otros, J. MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, t. I, 7.^a ed., p. 18 y t. VI, 2.^a ed., pp. 60-63; También, GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2.^a reimp. de la 7.^a ed., Coimbra, Almedina, 2003, especialmente el Título 6, Capítulo 3: *Direito procesal constitucional*, pp. 965-975).

²⁴ *Vid.* ZAGREBELSKY, G., “¿Diritto processuale costituzionale?”, en *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1990.

²⁵ HÄBERLE, P., “El derecho procesal constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º. 1, enero-junio de 2004, pp. 15-44. Entre los juristas europeos es común utilizar la expresión “Derecho procesal constitucional” como sinónimo de “justicia constitucional”, lo que ha provocado que hayan sido más los constitucionalistas y los iusfilósofos, y menos los procesalistas, los que hayan realizado estudios sobre la materia. Entre los constitucionalistas, además de las aportaciones de M. Aragón y F. Rubio Llorente sobre la materia, cabe destacar: FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; ALMASGRO NOSETE, J., *Justicia constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992 (este autor utilizó por primera vez la expresión “derecho procesal constitucional” en España en el año de 1979: ALMAGRO NOSETE, J., “Tres breves notas sobre el derecho procesal constitucional”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid, núms. 3-4, 1979, pp. 681-692); GARCÍA BELAUNDEZ, D; FERNÁNDEZ SEGADO, F., (Coords.) *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

²⁶ Confronta el movimiento europeo de la justicia constitucional con el movimiento latinoamericano del Derecho procesal constitucional. El primero, como un desarrollo de la dogmática constitucional. El segundo, como construcción del procesalismo científico. Ha analizado si la relación entre Justicia constitucional y Derecho Procesal constitucional ha tenido un desarrollo paralelo en Europa y en Latinoamérica. En relación a las posturas dominantes sobre la naturaleza del Derecho procesal constitucional, Ferrer Mac-Gregor, señala que: 1) la posición europea, sin entrar en el deslinde con el procesalismo científico, la considera como parte del estudio de la ciencia constitucional con la denominación mayoritaria de “justicia constitucional”; y 2) la posición latinoamericana defiende su autonomía científica, y ello en dos vertientes a) autonomía mixta (considerando principios, instituciones, metodología y técnicas del Derecho constitucional y del derecho procesal; b) autonomía procesal, que partiendo de la teoría general del proceso, debe construir sus propias categorías, principios e instituciones, si bien con un acercamiento importante al Derecho constitucional (FERRER MAC-GREGOR, E., “Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal

Por último, hay que mencionar que, a raíz de la expansión del proceso del constitucionalismo democrático en los países latinoamericanos a partir de los años ochenta, junto al Derecho Procesal Constitucional²⁷ ha ido adquiriendo protagonismo el denominado “neoprocesalismo”.²⁸ Se ha construido una teoría procesal de la Constitución, no con la intención de ofrecer una alternativa a la teoría material de la Constitución sino una especie de complemento, enfatizando el aspecto aplicativo, concretizador, del orden material de valores éticos y políticos, fijados en la fórmula política de Estado democrático de Derecho, con el elenco de derechos y garantías fundamentales que les son inherentes. Es decir, la propuesta de una Teoría procesal de la Constitución como un eje de articulación entre la teoría de los derechos fundamentales y el proceso constitucional. El neoprocesalismo, al realizar una lectura de los institutos de la acción, defensa y jurisdicción a la luz de las normas constitucionales, incluyendo ahí los principios constitucionales, es garantista en la medida en que al preservar los principios constitucionales, los procesos judiciales serán aptos para materializar los derechos que no han sido suficientemente garantizados (por el legislador o administrador) con respecto al ejercicio de la acción y defensa por parte de los jurisdiccionales y de la jurisdicción por parte de los jueces

constitucional (1928-1956)”, cit., p. 591.; también, *vid.* FERRER MAC-GREGOR, E. y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons, 2008, 12 Tomos).

²⁷ Relevantes juristas latinoamericanos han aceptado la corriente científica del Derecho procesal constitucional, con diversos matices. El insigne constitucionalista brasileño, Paulo Bonavides, al ocuparse de las relaciones entre el Derecho constitucional y el Derecho procesal, en la medida en que varios principios de la Constitución brasileña vinculan a dos ramas del proceso –civil y penal- al Derecho constitucional, ya ha apuntado que con la “publicización” del proceso, los lazos entre ambas disciplinas se han hecho más íntimos, de cuya unión parece resultar una nueva disciplina: el Derecho procesal constitucional. (BONAVIDES, P., *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p.46).

Como principales adalides de esta nueva disciplina, podemos destacar, en Brasil, a Willis Santiago Guerra Filho (GUERRA FILHO; W.S., *Teoria Processual da Constituição*, 2ª ed., com Posfácio, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002, p.215); en Chile, a Humberto Nogueira Alcalá; en Argentina, a Osvaldo Alfredo Gozáini; en Costa Rica, a Rubén Hernández Valle. En el ámbito español, se puede citar a los procesalistas GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980; y también, PICÓ i JUNOY, J., *Las Garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997.

Una perspectiva aún más específica, dentro del Derecho procesal constitucional, es la del Derecho procesal constitucional transnacional que se configura como uno de los sectores de la teoría constitucional del proceso, donde se puede ubicar el Derecho constitucional procesal (ii) y el Derecho procesal constitucional. (*Vid.* VELANDIA CANOSA, E.A., “Derecho procesal constitucional transnacional. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Capítulo III), T.I, vol.II, Asociación Colombiana de Derecho Procesal constitucional, Bogotá, 2011, p.87. Disponible en: <cmjusticiaconstitucional.com/.../1.-Velandia-Canosa-Eduardo-Andrés-Derecho-proces>.

²⁸ En el ámbito latinoamericano, como exponentes del neoprocesalismo cabe citar, en Brasil, a Eduardo Cambi, que presta especial atención a la tutela de los derechos fundamentales, a las políticas públicas y al delineamiento del protagonismo de los jueces y tribunales en este contexto. Considera el “neoprocesalismo” como una aplicación del neconstitucionalismo dentro del proceso. (CAMBI, E., *op cit.*, p. 153; también, JALES, L., *Neoprocesalismo. Reflexos neoconstitucionais*, Natal, 2013). En Perú, cabe destacar a González Álvarez: “El principialismo fundamental procesal se articula en las líneas conceptuales siguientes: “(i) el nuevo paradigma de los principios fundamentales del neoconstitucionalismo ha desplazado al viejo paradigma de los principios generales del Derecho; (ii) los principios fundamentales son derechos, sus correlativas garantías y las normas que los consagran, y no se deben confundir los derechos con sus garantías, pues no existen derechos-garantías; (iii) el proceso no es una garantía, es un método sistémico de interacción principal eficaz, es decir, por él transitan los principios (derechos y sus garantías correlativas) procesales fundamentales;(iv) el debido proceso y la tutela jurisdiccional (efectiva) no son derechos sino garantías correlativas del derecho fundamental de acción, etc.” (GONZÁLEZ ÁLVAREZ, R., *Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz*, cit.); también, *vid.* GOZÁINI, O.A., “El ‘Neoprocesalismo?’ en *Revista iberoamericana de Derecho Procesal*, Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, Año VI, nº9, 2006, p.237.

y tribunales. Entre el Derecho procesal y el Derecho material se establece una relación circular de independencia.

Si bien el neoconstitucionalismo,²⁹ en el ámbito iusfilosófico, ha sido objeto de numerosos estudios, el neoprocesalismo es un ámbito más novedoso y que, posiblemente, pueda estar fuertemente influido tanto por el neoconstitucionalismo como por la teoría del derecho y la filosofía del Derecho.³⁰

3. Principios orientadores de una ¿Filosofía? sobre el Derecho Procesal

Después de la segunda guerra mundial y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XXI padecieron regímenes totalitarios, se lleva a cabo una constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de esos, una tutela de las garantías mínimas que debe caracterizar a todo proceso judicial.³¹ Todo ello ha permitido que entre los estudiosos del Derecho procesal haya una clara preocupación por las garantías constitucionales.³² Se trata de mantener y aprovechar

²⁹ Como sabemos, no hay consenso sobre qué sea el “neoconstitucionalismo”. Hacemos notar que el concepto de neoconstitucionalismo que manejan los autores que promueven el neoprocesalismo no es el que en el sistema continental europeo acostumbramos, ya que parecen hacer hincapié en una perspectiva esencialmente garantista de los derechos fundamentales, destacando la dimensión cualitativa del derecho de acceso a la justicia y del debido proceso legal. El jurisdicionado posee el derecho de exigir del Estado un proceso con los procedimientos adecuados para tutelar sus intereses. Como ha advertido Atienza, el propio término del neoconstitucionalismo ya es confuso porque es una teoría del Derecho que nunca ha estado precedida por una teoría “constitucionalista”. También es equivocado sustentar que las tesis que comúnmente se estudian como sustentadas por los autores “neoconstitucionalistas” están respaldadas por las obras de autores como Dworkin, Alexy, Nino o Ferrajoli, que, nunca se autodenominaron “neoconstitucionalistas”. Por tanto, cabe entender que se trata de una reacción frente al formalismo jurídico. Atienza se declara partidario de una concepción pos-positivista (constitucionalista), próxima a autores como Dworkin, Alexy, Nino o MacCormick. La idea central, continua Atienza, es que al Derecho no se le puede concebir simplemente como un sistema de normas, sino fundamentalmente, como una actividad, una práctica social que trata, dentro de los límites establecidos por el sistema, de satisfacer un conjunto de fines y valores que caracterizan esa práctica. Por ello da tanta relevancia a la argumentación, porque entiende que es el instrumento adecuado para obtener esos objetivos, que son garantizar los derechos fundamentales. (VALE, A.R. (do) "Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos". Entrevista a Manuel Atienza (05/09/2015), en *Consultor Jurídico*. Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>> (Acceso el 20/03/2017). (la traducción es nuestra).

³⁰ PEREZ LUÑO, A. E., “*La tercera generación de derechos humanos*”, Navarra, Thompson-Aranzadi, 2006, pp. 36-37.

³¹ Como ejemplos del fenómeno de la constitucionalización de las garantías procesales como derechos fundamentales de las personas se puede citar la Constitución italiana de 1947 (derecho a la actuación en juicio, derecho a la defensa) y la ley Fundamental de Bonn, de 1949 (el derecho de acceso a la jurisdicción, al juez predeterminado por la ley y a la defensa). En el ámbito europeo, el reconocimiento de los derechos y garantías procesales se puede encontrar en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (artículo 6).

³² Picó ha puesto de relieve las trascendentes consecuencias que para el sistema procesal español ha comportado la constitucionalización de las garantías procesales y también las líneas básicas de la doctrina del Tribunal Constitucional surgida en torno al artículo 24 de la Constitución. (*Vid.* PICÓ, J., *Garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 2011); A partir de ahí, se ha interesado por cómo mejorar la efectividad del derecho a la tutela judicial. Ha analizado el proceso civil, desde la problemática constitucional del actual sistema de tasas judiciales, a temas tan complejos como la delimitación del objeto del proceso y el alcance de la cosa juzgada en relación con el art. 400 LEC, la nulidad de actuaciones, o la ineficacia de la ejecución y sus posibles soluciones. De igual modo, ha estudiado los principios y garantías del proceso penal, tales como los principios de legalidad y oportunidad, el principio acusatorio, la relación de la presunción de inocencia y la regla probatoria de

las ventajas jurídicas que el procedimentalismo aporta sin tener que renunciar a hacer realidad el principio de justicia. La relevancia que adquiere el fenómeno del “procedimentalismo” (“proceduralización”) del Derecho moderno en los derechos constitucionales es una de las claves de estudio e interés que comparten el Derecho Procesal con la Filosofía del Derecho –además de los otros temas de interés compartido, que ya hemos citado-. Una teoría constitucional del proceso que, en el ámbito latinoamericano ha sido objeto de preferente atención por los constitucionalistas, en el ámbito europeo y, por ende, español, ha sido objeto de numerosas y relevantes aportaciones de iusfilósofos.

De la clásica enumeración de los principios fundamentales del proceso,³³ se pone de manifiesto una evolución que, como bien ha expresado el Profesor Pérez Luño,

in dubio pro reo, entre otros aspectos del enjuiciamiento criminal (*Vid.* PICÓ, J., *Principios y garantías procesales*, Barcelona, Bosch, 2015).

³³ Como ya sabemos, los principios que inspiran el proceso civil español son: **i) El Principio dispositivo**: Éste se materializa, principalmente, en que las partes son las que centran y disponen del objeto de la controversia y por ende, del proceso, pudiendo dar inicio al mismo así como a renunciar a él. A su vez, este principio lleva implícito el de *justicia rogada*, que comporta que -salvo excepciones tasadas- la petición de accionar civilmente debe formularse por las partes, no siendo dado el inicio de las actuaciones de oficio. Sentado lo anterior, una manifestación de este principio lo comprende el hecho de que, pudiendo disponer del procedimiento, son las partes quienes, en principio, deben aportar al órgano judicial las pruebas de las que pretendan hacerse servir; **ii) El Principio de aportación de parte**: En íntima vinculación con lo señalado, éste supone la materialización -sino imposición- a las partes de que sean quienes informen sobre los extremos sobre los que ha de circunscribirse el proceso, en sí mismo en cuanto a los hechos, pero también jurídicamente; **iii) El Principio de contradicción**: Implica el garantizar a las partes la posibilidad de poder acceder, conocer y actuar plenamente en el procedimiento en cuestión. Este principio es consecuencia del artículo 24.2 de la Constitución Española por el que se establece que “..., *todos tienen derecho... 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...*”; **iv) El Principio de igualdad de armas**: Vinculado al anterior nace este principio, que promueve que todas las partes que intervienen en el proceso puedan hacer valer los mismos medios probatorios y argumentales en defensa de sus peticiones. Su inspiración proviene también el anterior artículo -24.2 CE “..., *todos tienen derecho... a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa...*”; **v) El Principio de preclusión**: Comporta que no se puedan retrotraer las actuaciones a fases del procedimiento una vez éstas han finalizado. En otros términos, la garantía de los derechos de las partes, en consonancia con los principios que le son propios, debe hacerse valer en todas y cada una de las etapas del proceso, ya que una vez superados los trámites legalmente establecidos, no habrá posibilidad de volver a un estadio anterior. Y ello, en buena medida, gracias al *principio de impulso procesal de oficio*, a través del cual, el órgano judicial proveerá y dará el trámite procesal oportuno a aquellas actuaciones que se vayan sucediendo a lo largo del proceso; **vi) El Principio pro actione**: Este principio viene a hacer valer que la interpretación que el Juzgador debe hacer sobre los presupuestos formales no debe llevarle a una imperiosa y férrea rigidez hasta el punto de “dificultar” el pronunciamiento sobre el fondo del asunto. En este sentido, las normas deben interpretarse en el sentido más favorable a la *tutela judicial efectiva*, sin que por ello implique un apartamiento del espíritu de la Ley y las exigencias mínimas de ésta. (GUERRERO, S., “Principios del Proceso Civil Español” 17/02/2012. Disponible en: <https://gcserviciosjuridicos.wordpress.com/2012/02/17/principios-del-proceso-civil/>). En cuanto a los principios que rigen el proceso penal, nos limitamos a enunciarlos: i) Principio acusatorio; ii) Principio de Juez Imparcial; iii) Principio de publicidad; iv) Principio de oralidad; v) Principio de libre valoración de la prueba: No existe en nuestro ordenamiento jurídico una especificación concreta respecto de cuál deba ser el valor que deba otorgarse a una prueba en concreto, en perjuicio o detrimento de otra. Así, el órgano enjuiciador, en su conciencia y según la experiencia asumida en el acto del Juicio Oral, donde se habrán practicado las pruebas en su presencia, deberá tenerlas en consideración para fundamentar con ellas una Sentencia en sentido condenatorio o en orden a la absolución del acusado. (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley. “Inexorablemente, ello deberá conllevar al órgano enjuiciador a ponderar el acervo probatorio practicado y unido a la causa con los principios más

abarca desde un *status positivus socialis*, un *status de habeas data*, hasta llegar a un *status activus processualis* que constituye un factor clave en los Estados de Derecho para asegurar el ejercicio pleno de todas las libertades. Este *status* es resultado de la trascendencia que actualmente han adquirido las jurisdiccionales constitucionales, concretamente, por la jurisdicción constitucional de la libertad,³⁴ por el garantismo,³⁵ las modalidades de tutela a partir de las instancias jurisdiccionales internacionales³⁶ y la relevancia que actualmente han adquirido las normas de procedimiento para la organización y realización de los derechos humanos.³⁷

Como afirma Pérez Luño: “Su reconocimiento [*status activus processualis*] se desglosa en la garantía de cinco posiciones procesales básicas: a) el derecho a la audiencia del interesado no solo en la vista oral, sino en todas las fases del procedimiento; b) el derecho a la información y acceso a los archivos administrativos; c) el derecho a una instrucción adecuada y transparente del proceso; d) el derecho a la asistencia letrada; y e) el derecho a la motivación de la decisión del procedimiento”.³⁸

A partir de estas cinco posiciones básicas, vamos a articular un decálogo de principios procesales cuya lectura puede hacerse, complementariamente al menos, desde una perspectiva iusfilosófica:

3.1.Ruptura del esquema clásico del proceso y la relevancia de la argumentación

Si en una primera fase se reivindicaba el principio dispositivo y del respeto a las garantías procesales, especialmente la imparcialidad del tribunal, dejando al juez un papel muy reducido, en una segunda fase se apostó por subvertir esta situación, reconociendo la presencia y participación activa del juez, a lo que se suma el predominio del principio de cooperación eficiente de las partes con el juez y del juez con las partes, interacción y dinámica colaborativa que identificaría la estructuración de un modelo procesal sustancialmente dirigido a producir una sentencia justa.³⁹

elementales del proceso penal: principio de presunción de inocencia y el principio del *indubio pro reo*. A estos principios se podrían añadir otros tales como el principio de economía procesal, que según Chiovenda, es la obtención del máximo resultado posible con el mínimo de esfuerzo. Este principio de refiere no sólo a los actos procesales sino a los gastos que ellos impliquen.

³⁴ Vid. CAPELLETTI, M., *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano Giuffrè, 1971; CASCAJO CASTRO, J.L., “La jurisdicción constitucional de la libertad” en *Revista de Estudios Políticos*, nº199, 1975; FIX ZAMUDIO, H., *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas, 1982; GARCÍA BELAUNDE, D., *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, a cargo de J.L. Palomino Manchego, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2000; PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y Derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2003.

³⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. al cast. de P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 1995.

³⁶ CASTRO CID, B. (de), *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1982.

³⁷ PEREZ LUÑO, A. E., *Ibidem*.

³⁸ PEREZ LUÑO, A. E., *Ibidem*.

³⁹ HAZARD, G.; DONDI, A. *Etiche della professione legale*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 2005, p. 98. Esto se pone especialmente de manifiesto en el proceso penal que, por influjo de las ideas filosóficas de humanizar las torturas y las penas, impulsaron el cambio desde un sistema acusatorio (posibilidad de acusar de cualquier ciudadano; el juez no podía proceder de oficio ni era representante del Estado) a un sistema acusatorio formal o mixto, de forma que a partir del Código napoleónico de 1808 (predominaba el sistema inquisitivo en la primera fase, escrita y secreta, en la que el protagonismo lo tenía la acusación pública y no participaba el inculpado); en la segunda fase de

Para situar el proceso en nuestros días, conviene partir de diferenciar las dos grandes concepciones del proceso en el sistema del *common law* y del *civil law*. Los tribunales anglosajones se basan en lo que ellos mismos denominan un procedimiento “acusatorio” o “contradictorio” (*adversarial procedure*), en el que las partes implicadas presentan libremente su visión de los hechos ante un juez que actúa como árbitro (*umpire*) de una forma neutral. El juez se limita a escuchar a las partes y dirigir los debates, esperando que la verdad salga a la luz durante el juicio. Por el contrario, el proceso judicial en España y en otros países basados en el Derecho codificado se desarrolla bajo la forma de «procedimiento “inquisitivo” o “inquisitorial” (*inquisitorial procedure*), en el que el mismo juez asume las funciones de dirigir el procedimiento e investigar el delito mediante la práctica de las pruebas. Esto es cierto en la fase de instrucción de los procesos penales. Pero también es cierto que el juez que instruye no es el juez que decide el caso en última instancia. En el sistema español, la «contradicción» y la «igualdad» son actualmente principios esenciales de nuestro ordenamiento procesal.

Conviene advertir un progresivo acercamiento de ambos sistemas del *common law* y del *civil law* en relación a diversos institutos. En el ámbito penal, el denominado *processus per accusationem* así como a la institución del Jurado, está íntimamente ligado a la aplicación del Derecho común (*common Law*) inglés-norteamericano en contraposición con el *processus per inquisitionem*, del Derecho romano-germánico del sistema continental europeo.⁴⁰

Además de estos cambios en el ámbito procesal penal y civil, hay que subrayar la cada vez más relevante influencia de la argumentación. En una administración de justicia de un Estado democrático los criterios que se deben utilizar para la resolución de conflictos no son simplemente los legales. El derecho es algo más que normas emitidas por el legislador. El jurista debe emplear otras técnicas para construir criterios coherentes de resolución de conflictos. La importancia práctica de la argumentación en el funcionamiento del derecho implica el abandono de la estricta sumisión a la ley y la aceptación del papel de la razón en la controversia jurídica. Por tanto, conviene enfocar el análisis desde la tensión que se produce entre planteamientos puramente normativos, que siempre corren el riesgo de perder contacto con la realidad, con aquellos que se manifiestan en la actuación cotidiana de los tribunales que precisamente no se centran en fenómenos normativos exclusivamente.

Es sabido que en la práctica de los tribunales no alcanza con tener razón sino que hay que saber exponerla. En el proceso civil las alegaciones de las partes, que fundan la pretensión, cobran un papel trascendental. Ellas deben ser aducidas y probadas en tiempo y forma. Ahora bien, el objetivo de una pretensión, se centra en dar razones serias y coherentes para fundamentar que nuestro relato de los hechos y las normas aplicables al caso son las correctas (argumento). Ello, en confrontación

enjuiciamiento, había juicio contradictorio, oral y público con intervención de la acusación y la defensa); también, *vid.* MONTERO AROCA, J., “Las concepciones garantista y autoritaria del proceso civil en el siglo XX”. *Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal*, pp. 223 y ss. En: http://egacal.educativa.com/upload/Q2009_MonteroJuan.pdf [visitado el 12/10/2013].

⁴⁰ Jimeno Bulnes apunta un acercamiento entre ambos sistemas -modelo adversarial y modelo no adversarial-como se pone de manifiesto en que cada vez son más frecuentes los resultados obtenidos, en el proceso penal por ejemplo, a partir de la negociación de la pena o finalización del proceso por “conformidad”. Se propugna abolir la expresión de inquisitivo y reemplazarla por otra más específica y adecuada, como el término de “investigativo”. (JIMENO BULNES, M., “El proceso penal en los sistemas del *common law* y del *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI” en *Justicia. Revista de derecho procesal*, nº 2, 2013, p.217 y p.241).

con razones opuestas (contra-argumento). De ahí, que tanto en los hechos como en el ámbito del derecho, debe plantearse correctamente la relación jurídica involucrada, la norma en cuestión y su alcance verdadero.

3.2. Derecho a la tutela judicial efectiva: acceso a la justicia

La Constitución española establece, en su artículo 24, toda una serie de garantías procesales otorgándole el carácter de derechos fundamentales, de manera que se configuran como punto de referencia para todo el ordenamiento procesal. El derecho a la tutela judicial efectiva a través de un proceso con todas las garantías (artículo 24.1 CE)⁴¹ se configura como un eje vertebrador que hace posible el desarrollo y puesta en marcha de los demás derechos que asisten al jurisdiccional. Un sistema democrático exige que todos los ciudadanos puedan acceder a los tribunales, lo que conlleva eliminar los obstáculos estructurales que puedan existir.⁴²

Sin embargo, la experiencia ha demostrado que el art.24 que garantiza el citado derecho fundamental, es el que con mayor frecuencia se denuncia como infringido ante el Tribunal Constitucional.⁴³ Como el TC ha definido, el derecho a la tutela judicial efectiva incluye los siguientes aspectos:⁴⁴ i) El derecho de acceso a los Tribunales; ii) El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; iii) El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; iv) El derecho al recurso legalmente previsto.

3.3. Derecho al debido proceso

Para conseguir un debido proceso, las diversas etapas procesales deben ejecutarse con transparencia, facilitando el acceso a la información de las partes. En la consecución de este resultado ha sido de gran ayuda la transposición, en el ordenamiento interno, de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del

⁴¹ “Artículo 24: 1. 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. 2. Asimismo, 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”.

⁴² En el ámbito latinoamericano, el derecho de acceso a la justicia –la tutela judicial efectiva de nuestro ordenamiento– sigue siendo una tarea *in fieri*, principalmente por razones de falta de instrucción y de falta de medios económicos. En el sistema europeo, puede afirmarse que se ha avanzado en la garantía de este derecho y uno de los grandes retos actualmente es más la consecución del “debido proceso”.

⁴³ Sólo un bajo porcentaje de demandas superan el trámite de admisión ante el TC, lo que no significa que después sean estimadas en la sentencia. El derecho a la tutela judicial efectiva, junto con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y la presunción de inocencia constituyen los derechos más denunciados como infringidos ante el Tribunal Constitucional. (Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Prólogo” a PICÓ i JUNOY, J., *Las Garantías constitucionales del proceso*, cit., p.11); También Pérez Luño ha puesto de relieve que el artículo 24 CE, referido a la tutela judicial efectiva de los derechos y a la garantía de un proceso debido a sus distintas fases ha sido el más invocado en los procesos de amparo de los derechos fundamentales ante el TC. (PÉREZ LUÑO, A.E., “La tutela de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978” en *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas & UNAM, vol. III, 1988, pp.2345 ss.).

⁴⁴ *Vid.* entre otras, las SSTC 59/1997, de 18 de marzo (f.j.4º); 54/1997, de 17 de marzo (f.j.2º); 48/1986, de 23 de abril (f.j.1º) (PICÓ i JUNOY, J., *Las Garantías constitucionales del proceso*, nota 63, p.40).

Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Para ello, mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, se han modificado, entre otros, el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.4. Plazo razonable

La cláusula general del plazo razonable junto con el derecho de la tutela judicial efectiva garantizan la efectividad de los derechos fundamentales ante el caso concreto. El tiempo es un elemento importante del proceso. La exigencia del plazo razonable saca a la luz una tensión entre efectividad y seguridad jurídica. Por ello, la noción de plazo razonable, gira en torno a la idea de un proceso rápido, sencillo y eficaz, que debe terminar en un tiempo limitado.

La exigencia de un plazo razonable está estrechamente vinculada al derecho a una justicia sin dilaciones indebidas, llegando incluso a poder asimilarse a un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que, según el artículo 121 CE, da lugar al nacimiento de una responsabilidad objetiva del estado.

Se puede afirmar que una de las grandes luchas del procesalismo se centra en lograr un sistema efectivo de solución de conflictos que culmine en el menor tiempo posible. Para lograr este objetivo, hay que intentar limitar maniobras obstaculizadoras, dilaciones indebidas y retrasos injustificados. Las reformas procesales que se han llevado a cabo en el ordenamiento jurídico español (juicios rápidos) se inspiran en esta línea de agilizar el proceso.

3.5. Legitimación amplia

El Derecho procesal anterior se había construido para responder a requerimientos individuales (el proceso refleja un conflicto entre partes); la actuación judicial no podía rebasar las pretensiones de cada litigante por lo que las decisiones no podían solucionar situaciones que estuvieran fuera del marco del litigio; la prueba se consideraba como una carga individual del que demandaba, que era quien tenía que probar; la sentencia creaba un derecho individual para quienes habían sido las partes en la controversia; la cosa juzgada se consideró como una garantía del debido proceso. Y otras varias características que reflejan que el Derecho procesal se erigía sobre el individualismo. Y ello se justificaba porque se trataba de intereses particulares que eran los que debían de resolverse, ajustándose al principio de contradicción. En definitiva, el juez debía decidir *secundum allegata et probata*, es decir, según lo alegado y probado por las partes.

En nuestros días, ya no cabe sostener que la controversia sólo interesa a las partes que litigan ya que los procesos tienen gran trascendencia en el desarrollo de un país. Los derechos humanos impulsan la protección de los derechos colectivos propugnando la protección de los intereses difusos, mediante la consagración de las acciones colectivas o acciones populares. Así se ha hecho posible la configuración de los denominados “derechos de tercera generación”.⁴⁵

⁴⁵ Sostiene, Pérez Luño: “[...] la experiencia de la últimas décadas ha mostrado que es necesario reconocer a la generalidad de los ciudadanos la legitimación para defenderse de aquellas agresiones a

Todo ello ha facilitado una flexibilidad en la legitimación procesal activa, de forma que todos y cada uno de los afectados por los daños colectivos, tienen derecho a reclamar individual o colectivamente la protección de sus derechos, como en el caso de daños ambientales.

3.6. Búsqueda de la verdad

En las últimas décadas, para los iusfilósofos y para los procesalistas, hay un gran interés por la búsqueda de la verdad en el proceso. Para una parte importante de la doctrina, existen en el proceso dos verdades: una verdad exclusivamente "formal" o "legal" que es la verdad a la cual se puede aspirar y que se alcanza en el proceso, y una verdad "empírica", "histórica" o "material" que existe y puede ser establecida fuera del proceso, pero que resulta inalcanzable para el juez. Para Taruffo, esta duplicación de conceptos de verdad es inútil y equivocada, porque no es cierto que en el ámbito del proceso se persiga una verdad cualitativamente distinta de aquella que existiría fuera del proceso. Lo que se persigue en el proceso es la mejor aproximación posible, basada en las pruebas que estén disponibles en el caso concreto, a la verdad "histórica" o "empírica" de los hechos. En consecuencia, no se trata de una verdad absoluta, sino de una verdad ligada al proceso, a la cantidad y calidad de las pruebas. Como el proceso tiene como finalidad la obtención de decisiones justas y la calidad de la decisión es importante, es vital verificar la veracidad de los hechos.⁴⁶ Ello hace que tanto la prueba como la búsqueda de la verdad a través del proceso y de la propia prueba, constituyan objeto preferente de estudio.

Hay que advertir que los principios orientadores de una Filosofía del Derecho Procesal tendrán distintas matizaciones según se trate del Derecho procesal civil (en el que rige el principio dispositivo y aportación de parte, y lo que se busca en la verdad formal) o del Derecho procesal penal (en el que rige el principio inquisitivo y principio de oficialidad –investigación oficial-, por lo que se busca la verdad material).

La verdad jurídica se encuentra fuertemente influida por la subjetividad del agente de manera que la verdad acaba siendo condicionada por la interferencia intersubjetiva y por una visión de la realidad exteriorizada en los intervinientes, influidos por determinado marco social-histórico. No se podría hacer justicia si se evita o desprecia que la verdad se conozca. Se estaría premiando la mala fe y ninguna decisión sería justa si se la advierte fundada sobre una calificación errada de los hechos. Si en el proceso no se persigue la verdad, entonces bastaría con que se utilizaran máquinas de inteligencia artificial o potentes ordenadores, tecnológicamente avanzados para administrar justicia, y que podrían aportar seguridad jurídica, pero jamás llegaríamos a la justicia, para lo que se necesita el discernimiento de una persona. La verdad permite justificar que no existe “una única respuesta correcta”. Se construye una realidad que el Derecho asume como verdad para satisfacer sus pretensiones de corrección traducidas en razonamientos dotados de prudencia, cordura y buen juicio que se sobreponen al error, irracionalidad e

bienes colectivos o intereses difusos, que por su propia naturaleza, no pueden tutelarse bajo la óptica tradicional de la lesión individualizada. De ahí que se tienda a postular la admisión de formas de acción popular como medio idóneo para superar la concepción individualista del proceso, permitiendo la iniciativa de cualquier interesado -individual o colectivo- en la puesta en marcha de los instrumentos de protección de los nuevos derechos” (PEREZ LUÑO, A. E., *op. cit.*, p. 40).

⁴⁶ PINOCHET CANTWELL, F.J., “Prólogo” a TARUFFO, M., *La Prueba. Artículos y Conferencias*. Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2009, pp.11-19.

injusticia, es decir, sin la verdad en el Derecho no se podrían conjurar los antivalores y sobreponer jurídicamente lo correcto, racional y justo.⁴⁷

Como señala Taruffo, “la averiguación de la verdad de los hechos es condición necesaria para la justicia de la decisión”,⁴⁸ arremete nuevamente contra aquellos que consideran que la búsqueda de la verdad es un sinsentido, a quienes con ironía llama “enemigos de la verdad”. A estos últimos los clasifica entre los que niegan que la verdad se pueda averiguar en el proceso y los que niegan que se tenga que buscar en el proceso. En definitiva, parece claro que de los hechos verdaderos pueden existir distintas interpretaciones escogiendo el juez la narración más coherente de los hechos en cuestión. De esta forma, el criterio de la coherencia de la narración de los hechos puede operar racionalmente como factor de elección entre las distintas versiones de los mismos hechos.

3.7. Derecho a la prueba

El derecho a la prueba consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas. Su constitucionalidad hace que el derecho a la prueba deba prevalecer sobre los principios de economía, celeridad y eficacia que presiden la actuación de la Administración de Justicia. Esta constitucionalización conduce a que sea de aplicación la regla de proporcionalidad como criterio para enjuiciar la validez de la norma que limita el derecho fundamental a la prueba.⁴⁹ Mediante las pruebas se intenta desentrañar la verdad de los hechos en un procedimiento jurisdiccional. Actualmente, se ha superado el modelo tradicional que presentaba al juez como un sujeto pasivo, “vocero inanimado de la voluntad general”, por lo que ya no se estima razonable que se desenvuelva dentro del proceso sin atribuciones o poderes, habiendo rectificado sustancialmente sus funciones, sobre todo en el juicio oral y público. Al juez no solo se le exige que dicte sentencias, sino que pronuncie sentencias justas y, para hacerlo, debe conocer la realidad de los hechos.

El papel que desempeña la argumentación en la prueba judicial ocupa en uno de los aspectos más discutibles de la teoría del proceso que es la determinación de los hechos y el problema de la verdad en el proceso judicial. La obra del profesor Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*,⁵⁰ constituye una aportación esencial al tema. Plantea una posición propia, proponiendo un rol activo para el juez en dicha tarea ya que, en su concepto, la iniciativa de las partes puede no ser suficiente para conducir al tribunal al hallazgo de la verdad de todos los hechos relevantes. El “peligro concreto es que la “verdad” sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de la prueba relevante”. Entonces, marcando una clara diferenciación de otras soluciones doctrinarias, el autor aboga por proveer a los tribunales con un rol activo en la clarificación y en la definición apropiada de las materias de hecho, y en la producción de prueba de propia iniciativa del tribunal, mucho más allá de la prueba presentada por las partes, para lo cual, los tribunales son investidos con todas las facultades activas necesarias para jugar este papel.

⁴⁷ González Álvarez apunta: “el Derecho se legitima y hace justo por la verdad” (*Ibidem*, p. 1024).

⁴⁸ TARUFFO, M., *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Cuadernos de Divulgación de la justicia Electoral, nº20, cit.

⁴⁹ Entre otras, *vid.* SSTC 219/1992, de 3 de diciembre (f.j.2º); 85/1992, de 8 de junio (f.j.4º).

⁵⁰ TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005; también, *vid.* TARUFFO, M., “Consideraciones sobre prueba y verdad” en *Derechos y Libertades*, trad. de A. Greppi, Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2002, pp.99-124.

Fundamentalmente sostiene que no siendo el proceso judicial una empresa científica, no resulta necesario establecer verdades absolutas, siendo suficiente verdades relativas que permitan ofrecer una base razonablemente fundada de la decisión. Es decir, que la coherencia en la reconstrucción de los hechos tiene una importancia en la decisión, pero esto no significa que la verdad dependa en forma absoluta de la coherencia narrativa de su descripción.

Taruffo es crítico con respecto a las teorías que consideran a la verdad en el proceso civil como un tema que carece de sentido.⁵¹ En opinión de Taruffo, con relación a que el proceso pueda tender hacia una determinación verdadera de los hechos hay buenas razones para adoptar una actitud de optimismo racionalista en el plano metodológico, es decir, como criterio de análisis. La principal razón se fundamenta en el hecho de situar a la determinación verdadera de los hechos entre los objetivos institucionales del proceso, dado que sin esta hipótesis es casi imposible explicar racionalmente en qué consiste la justicia de la decisión.⁵²

3.8. Sentencia motivada y ejecutable

⁵¹ La crítica de Taruffo con respecto a que la verdad de los hechos sea considerada irrelevante se despliega en dos variantes. La primera de ellas, se fundamenta en una interpretación del proceso y de las actividades que en él se desarrollan en clave exclusivamente retórica. Así, todo lo que sucede en el proceso no es más que un juego retórico-persuasivo pudiendo observarse una retórica del proceso dentro de la cual se distinguen retóricas más específicas, como la del abogado, que pretende persuadir al juez de que tiene razón, y la del juez, que al motivar la sentencia intenta persuadir a las partes, a los abogados y a la opinión pública de la bondad de la decisión que ha tomado Taruffo señala que el elemento más significativo está representado por las narraciones (*stories*) de los hechos del caso que los abogados presentan al juez. Los aspectos más importantes de estas narraciones son los referidos a la forma, la claridad, la coherencia y la concordancia con el sentido común. La finalidad de estas historias es persuadir al juez para que adopte su *story* como fundamento de la decisión. El proceso se centra en las tácticas persuasivas con las que los defensores intentan atraer hacia sus posiciones la decisión final del juez influenciando su adhesión a una u otra *story*. En este marco, Taruffo llega a la conclusión que para la retórica (como arte de persuasión), el problema de la verdad de los hechos resulta irrelevante. La retórica pretende, en efecto, conseguir el consenso sobre una tesis cualquiera y conduce a criterios de conveniencia y de eficacia según los cuales es bueno o malo aquello que sirve para alcanzar la finalidad de persuadir a alguien de alguna cosa. Esto es válido también para el proceso, donde la finalidad que persigue el abogado es la de persuadir al juez para que le dé la razón y no la de demostrar "objetivamente" la verdad de los hechos. Es más, la habilidad y destreza de un abogado se mide en función de la capacidad de persuadir al juez sin importar si la versión de los hechos se corresponde con la realidad. La segunda variante que considera la verdad de los hechos como irrelevante surge -explica Taruffo- con los métodos y modelos semióticos de los problemas jurídicos. Esta visión privilegia el aspecto lingüístico del proceso ya que lo considera un ámbito donde se producen diálogos y se elaboran narraciones y es, por tanto, estudiado desde las estructuras lingüísticas y semióticas de esos discursos. Rechaza la consiguiente pretensión de reducir el problema de la decisión sobre los hechos a un juego de estructuras semióticas en el que la verdad de los hechos no es siquiera tomada en consideración.

⁵² Podemos observar una línea coincidente entre la tesis que plantea Taruffo y las consideraciones que Alexy construye para dar una respuesta razonable a esta cuestión sosteniendo que todas las decisiones jurídicas se obtienen a través de las discusiones con el respeto a las reglas básicas del discurso general racional. Es decir, las que se refieren a la estructura de los argumentos y; en especial, la regla de la verdad de las premisas utilizadas. Según Alexy, una norma es correcta si, y sólo si, puede ser el resultado de un determinado procedimiento, que es el de un discurso práctico racional. En la teoría del discurso como teoría de la justicia, tiene especial importancia que el procedimiento del discurso sea un procedimiento de argumentación, y no un procedimiento de decisión. Esto la diferencia de las teorías procedimentales de la justicia de la tradición hobbesiana, en las que lo correcto no se busca con argumentos y contra-argumentos, sino que se maximiza la utilidad por medio de la negociación y la decisión. *Vid.* TARUFFO, M., "Algunas consideraciones sobre prueba y verdad" pp.15-41. Disponible en: <www.cervantesvirtual.com/.../algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-..>. (Acceso 12.04.2017).

El interés de representar el proceso real de argumentar jurídicamente cobró importancia a partir de la superación tanto de posturas mecanicistas como de distintas ideas irracionales que reducen la cuestión de la elaboración de una sentencia a una simple remisión a enunciados jurídicos y cuestiones fácticas. Un principio de explicación que ha acompañado la doctrina del silogismo judicial y sus variantes, podría ser que ésta no ha constituido jamás un esquema descriptivo del razonamiento decisorio y tanto menos de la sentencia, sino un modelo descriptivo dirigido a que el juez opere según los cánones de certeza y de necesidad lógica típicos de la deducción silogística. De esta forma, el uso del silogismo resulta conveniente para quien desea fortalecer los valores de legalidad y certeza de la sentencia y no para quien antepone el valor de la justicia del caso concreto. La argumentación silogística está dirigida a atribuir a la sentencia una apariencia de absoluta necesidad racional para disimular las opciones valorativas del Juez y, por lo tanto, evitar justificarlas. En este sentido, la aplicación del silogismo en el ámbito judicial resulta excesivamente sintético atento a los múltiples factores que se manifiestan en la actividad del juez al momento de elaborar una sentencia. De ahí, que en un estado democrático que pretende una administración de justicia coherente, el acto de motivar las sentencias no deviene únicamente de una exigencia de orden legal, sino de una derivación del ejercicio mismo de la jurisdicción. Por ello, surge la necesidad de analizar, con mayor detenimiento, las nociones de razonamiento o justificación en la aplicación del derecho.⁵³

La motivación de las sentencias constituye un requisito de validez constitucional. La obligación de motivar la sentencia constituye un instrumento de garantía para las partes. La exigencia de motivación no implica necesariamente una contestación expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes pero las sentencias sí deberán de abarcar una descripción colegida de los hechos y del derecho discutido en la casuística, porque es necesario contar con una racionalidad aplicada a los sucesos, constituyendo un requisito natural para que los litigantes conozcan de forma detallada los motivos que han provocado la persuasión y certeza de la decisión.⁵⁴ Permitirá que las partes litigantes puedan verificar si se les ha dado respuesta a los argumentos utilizados por el órgano jurisdiccional en el momento de sentenciar, y así verificar si ésta ha respetado las reglas de la lógica, los principios de racionalidad, si se vincula a las premisas jurídicas tratadas en el conflicto, y si se han utilizados criterios jurídicos para emitir la decisión, siendo una condición de validez de las sentencias.

La motivación de las sentencias cumple varias finalidades: i) Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad; ii) Hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley; iii) Logra el convencimiento de las partes sobre la corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad judicial o de mero decisionismo judicial, estableciendo su razonabilidad; iv) garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales superiores que puedan conocer los recursos.

⁵³ GUZMÁN, N. L. Argumentación y proceso: una relación relevante en la práctica judicial” en *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, UNIPAR, Umarama. v. 18, n. 2, jul./dez. 2015, pp. 125-162.

⁵⁴ El TC ha admitido la motivación por remisión siempre que se remita a donde exista realmente motivación. Entre otras, *vid.* SSTC 159/1997, de 18 de marzo (j.j.4°); 91/1995, de 19 de junio (f.j.5°); 27/1992, de 9 de marzo).

Michele Taruffo, en su obra *La motivación de la sentencia civil*⁵⁵ intenta una descripción de niveles de justificación.[28] El objetivo de la teoría de Taruffo, se concentra en determinar la existencia de niveles para el establecimiento de la motivación como discurso justificativo. Sigue la lógica de la justificación partiendo de una fundamental distinción entre contexto decisorio y contexto justificativo. El primero se expresa por la actividad del raciocinio decisorio, teniendo por resultado la decisión. El segundo se expresa por la actividad del raciocinio justificativo, resultando en la motivación. Con relación a la motivación de las sentencias, Taruffo ha señalado "que la motivación no es y no puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente o en el alma del juez cuando ha valorado la prueba. Las normas que exigen la motivación de la sentencia no reclaman que el juez se confiese reconstruyendo y expresando cuáles han sido los recorridos de su espíritu. Estas normas, por el contrario, me imponen justificar su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas y aceptables", aclarando que "los procesos psicológicos del juez, sus reacciones íntimas y sus estados psicológicos de conciencia no le interesan a nadie: lo que interesa es que se justifique su decisión con buenos argumentos".⁵⁶

Dentro del complejo contenido que el TC atribuye al derecho a la tutela judicial destaca el relativo a la efectividad de las resoluciones judiciales. En relación a este aspecto, se pueden diferenciar tres materias que inciden sobre la efectividad, como son la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales; las medidas cautelares; y la ejecución de las resoluciones judiciales firmes.⁵⁷

3.9. Formas complementarias de resolución de conflictos y la filosofía de la cultura de la paz

La reflexión sobre las relaciones entre conflictos sociales y formas de gestionarlos ha propiciado numerosos estudios. Como sabemos, algunos iusfilósofos han sostenido que la idea de conflicto es una categoría fundamental para la comprensión del Derecho. Así, en nuestra doctrina, en opinión de Montoro Ballesteros, el conflicto constituye un aspecto o dimensión natural de la vida social que tiene una raíz antropológica en la *naturaleza desfalleciente* del hombre.⁵⁸ Para Jhering, la idea de conflicto es una categoría fundamental para la comprensión de lo jurídico.⁵⁹ Con Jean Carbonnier, que "lo contencioso deforma la realidad del Derecho"⁶⁰ y

⁵⁵ TARUFFO, M., (1975) *La motivación de la sentencia civil*, trad. de Lorenzo Córdoba Vianello, Madrid, Trotta, 2011.

⁵⁶ Taruffo ha subrayado la necesidad de comprender qué sucede cuando el razonamiento del juez supera los confines de lo que convencionalmente se entiende como derecho, y de individualizar las garantías de racionalidad y de razonabilidad, de credibilidad y de aceptabilidad y de controlabilidad de aquellos numerosos aspectos de la sentencia que no están ni directa ni indirectamente controlados o determinados por el derecho. (Cfr. PINOCHET CANTWELL, F.J., "Prólogo" a TARUFFO, M., *La Prueba. Artículos y Conferencias*, cit.)

⁵⁷ Vid. PICÓ i JUNOY, J., *Las Garantías constitucionales del proceso*, cit., pp.69-80.

⁵⁸ Cfr. MONTORO BALLESTEROS, A., *Conflicto, Derecho y proceso*, Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho, núm. 20, Universidad de Murcia, 1993.

⁵⁹ "La paz es el término del Derecho, la lucha el medio para alcanzarlo (...) La lucha no es un elemento extraño al Derecho; antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea (...) La lucha es el trabajo eterno del Derecho. Si es una verdad decir: ganarás el pan con el sudor de su frente, no lo es menos añadir también: solamente luchando alcanzarás tu derecho (VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho*, Citado por Montoro Ballesteros, *ibid.*, g. 9).

⁶⁰ CARBONNIER, J., *Sociología jurídica*, cit. por Montoro Ballesteros, *ibid.*, p. 10

que no necesariamente la idea de conflicto es la que debe configurarse como el principal fin del Derecho.⁶¹

La filosofía de la paz, en la que se ha inspirado las *Alternative Dispute Resolution* – ADR-, se ha proyectado en el conflicto y ha supuesto la introducción, en la jurisdicción, de formas autocompositivas de resolución de conflictos que, lejos de querer convertirse en una alternativa a la heterocomposición, se han convertido en aliadas de los tribunales.⁶² El profesor Alcalá Zamora y Castillo, en los años 90, ya diferenció entre proceso, autocomposición y defensa. La autocomposición podía tener lugar antes o después de surgido el proceso y que, a primera vista, le parecía la mejor de las tres, destacando su economía de costo. Sin embargo, advertía que con frecuencia, la espontaneidad del sacrificio de uno de los litigantes de su propio interés, para alcanzar un acuerdo, era sólo aparente y que, con frecuencia, envolvía una capitulación del litigante de menor resistencia y que incluso cabía la renuncia del propio interés a causa de una errónea representación del mismo por parte de su titular. Ello le llevaba a defender que el proceso se presentaba como el medio que mayores probabilidades ofrece de aportar la solución justa y pacífica del conflicto.⁶³

El Estado de Derecho puso de manifiesto la necesidad de un marco normativo que proyecte la visión de tutelar a la persona por encima de todas las cosas.⁶⁴ La tipología de litigación parte de la idea sustancial de concebir al método judicial como algo dinámico. Este dinamismo se proyecta en un sistema capaz de acomodarse a los cambios externos, como también internamente desde dentro del ámbito de litigación para dar respuestas efectivas a la sociedad. En ese marco de dinamismo, las formas complementarias de resolución de conflictos, principalmente la mediación, utilizadas en el ámbito intrajudicial, han contribuido a proporcionar mayor protagonismo a la resolución real de los litigios, flexibilizando los procedimientos, aportando una facilitación de la comunicación y resolviendo no por posiciones sino por intereses de las partes litigantes. Con la regulación de la mediación (Directiva Europea, ley nacional, legislación autonómica) se puede considerar que, en la actualidad, los temores a los que hacía referencia Alcalá Zamora con respecto a la autocomposición, se han neutralizado. La heterocomposición se combina con la autocomposición, contribuyendo a dinamizar

⁶¹ Corral matiza la opinión de Rehbinder (REHBINDER, M., *Sociología del Derecho*, trad. de Gregorio Robles, Pirámide, Madrid 1981) o Ferrari (FERRARI, V., *Funciones del derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1989) cuando atribuyen al orden jurídico, como función principal, la de resolución de los conflictos. Y lo hace sosteniendo que la tarea principal del Derecho es la ordenación y el perfeccionamiento, conforme al valor de lo justo, de determinados ámbitos de la vida social. Y para ello, el Derecho atribuye y reconoce a cada miembro de la comunidad política *lo suyo*, con la debida protección; en los casos en que no se determina el *suum* con total certeza *y/o* justicia, o los hombres no cumplen con lo establecido, surge el conflicto jurídico. Entonces surge otra tarea, secundaria o subordinada, de resolverlo: "la función primaria del Derecho no es la de resolver conflictos, aunque quizás sea ella la más espectacular" (MONTORO BALLESTEROS, *cit.*). CORRAL GENICIO, J., "El proceso como respuesta del Derecho al conflicto social", *cit.*, p.29). Las formas complementarias de resolución de conflictos, sin apartarse del marco de la legalidad, ayudan a que "junto al proceso" o, "en lugar del proceso", se puedan gestionar los conflictos.

⁶² SOLETO MUÑOZ, H., "La mediación vinculada a los tribunales" en Soletto Muñoz, H. (Directora) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011, pp.245-280.

⁶³ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y defensa*, México, UNAM, 1991, pp.13-14. Lo que Alcalá Zamora denomina litigios se diferencia de lo que Goldschmidt Lange denomina controversias. *Vid.* GOLDSCHMIDT LANGE, W., "Guerra, duelo y proceso", *Revista de estudios políticos*, nº 54, 1950, PP.77-93. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2127949.pdf>>.

⁶⁴ CALAMANDREI, P., "Instituciones de Derecho Procesal Civil", T. I, Buenos Aires, Lib. El Foro, 1996, p. 420. Ya el maestro italiano en los años 40, advertía: "[...] todas las innovaciones de que hasta ahora se ha hablado se resuelven, a fin de cuentas, en un retorno del proceso a la simplicidad [...]."

y agilizar el proceso, a ahorrar costes y a proporcionar un mayor grado de satisfacción a las partes por el acuerdo alcanzado.

El sustrato filosófico que aporta la teoría de la “otredad” junto con la relevancia que ha adquirido la autonomía de la persona -la autodeterminación-, el fundamento filosófico de las formas complementarias de resolución de conflictos, el estatuto del mediador (derechos, deberes y ética del mediador) y otras numerosas cuestiones constituyen un ámbito de estudio muy apropiado para los filósofos del Derecho.⁶⁵

3.10. La primacía de la justicia sobre todos los demás principios

El proceso responde jurídicamente a la necesidad de dirimir conflicto.⁶⁶ El fin último de toda institución jurídica –como es en este caso el proceso- debe hacer alguna referencia a la justicia.⁶⁷ En el proceso, se trata de buscar aquellas condiciones que permitan tomar la decisión más justa posible. La función del proceso no quedaría completa sino se hiciera referencia a la justicia: "Siendo la justicia uno de los valores fundamentales que todo ordenamiento jurídico debe perseguir, su realización constituye misión primordial de cualquier Estado (...) existe un auténtico derecho subjetivo por parte de los súbditos a que el Poder público se organice de modo que los imperativos de la justicia queden, por lo menos en cierta medida, satisfechos".⁶⁸

La finalidad es lograr una justicia que supere la simple síntesis coyuntural de parciales intereses (aunque se presenten como muy generales) en aras de reforzar, desde el caso singular, la verdad. El Derecho Procesal debe ser especialmente cuidadoso con este *telos* ya que es una de las ramas jurídicas que más está en contacto directo e inmediato con los ciudadanos y que, por ejemplo en el proceso penal, su despliegue a espaldas de los imperativos propios de un Estado de Derecho pueden conllevar graves violaciones de los derechos fundamentales de los jurisdicionados.

En relación al proceso penal, el centro de atención debería radicar, no en la taxonomía formal del proceso penal en sí, sino en la taxonomía aplicada a sus principios y valores, especialmente a la hora de fomentar la justicia en el proceso (*fairness*). También ha sido objeto de discusión si el derecho a un proceso justo es sólo de titularidad del imputado o también del Estado. Entendemos que, el Estado, en cuanto máximo responsable de la administración de justicia tiene, más aún, la obligación de proporcionar esta justicia y/o equidad procesal, en la medida en que es el Estado quién ostenta la potestad jurisdiccional. Sin embargo, la consecución de

⁶⁵ Sobre los fundamentos filosóficos y jurídicos de la mediación, *Vid.* NADAL SÁNCHEZ, H., *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, de Helena Nadal Sánchez, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2016; para la ética del mediador, *vid.* OTERO PARGA, M., “La ética del mediador” en Soletto Muñoz, H. (Directora) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011, pp.86-106.

⁶⁶ Como bien apunta Moreno Catena, con respecto a la función del proceso: "el proceso está arbitrado para la solución definitiva e irrevocable, a través de la aplicación del derecho objetivo, de los conflictos intersubjetivos y sociales que en él se planteen. Esta es la función genérica del proceso. Pero atendiendo a su relación con el objeto procesal, puede destacarse otra más específica: la de la satisfacción de las pretensiones y resistencias (...) siguiendo a Fairén, la satisfacción procesal ha de ser jurídicamente razonada, eventualmente completa, estable y práctica". (MORENO CATENA, V. *et al.*, *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1993, p. 234).

⁶⁷ CORRAL GENICIO, J., “El proceso como respuesta del Derecho al conflicto social” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, cit.. p.24.

⁶⁸ GORDILLO, M., *Concepto del Derecho procesal*, Lecciones de cátedra, Salamanca 1963, p. 99.

una justicia en el proceso encuentra numerosos obstáculos: se atisba un panorama muy pesimista, en el cual la acusación supuestamente parece estar más interesada en “ganar el juicio” que en la consecución de la justicia misma: Asimismo, el problema de la eficiencia en la justicia no es asunto nuevo (de ahí la aparición de remedios tales como la mencionada institución de la conformidad y/o negociación de la pena, la cual debería operar, a lo sumo, como “válvula de escape” pero nunca como sustitutivo del (debido) proceso.⁶⁹

La finalidad última del fenómeno de la constitucionalización de las garantías procesales es lograr tan anhelada Justicia, reconocida en nuestra Carta Magna como valor superior del ordenamiento jurídico (art.1.1. CE). Las expectativas de justicia que provienen de la sociedad deben ser colmadas y como afirmaba Zagrebelsky, “no existe expectativa posible sin un proceso”.⁷⁰ El proceso se convierte de este modo - como bien ha advertido Couture- “en el medio de realización de la justicia”.⁷¹

4. Reflexiones finales

Primero: La filosofía del Derecho, como disciplina, no puede ser ni invasora ni tampoco dejarse invadir. No debe dejarse absorber por saberes cercanos, religiosos o científicos y que la han acompañado a lo largo de su desarrollo histórico. Pero tampoco debe alzarse en actitud altanera con respecto a quienes enseñan materias “simplemente positivistas” en lugar de trabajar con axiologías, moral, ética y valores, y no con “simples” normas. En la aplicación de la filosofía al Derecho, es frecuente encontrar a colegas de otras disciplinas jurídicas que se sienten “invadidos” en relación a los contenidos temáticos de sus disciplinas por la Filosofía del Derecho (Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público, Derecho Civil y tantas otras). La Filosofía del Derecho, por su carácter transversal, permea todo el Derecho. Por tanto, todas las disciplinas pueden encontrar elementos en los que la filosofía jurídica les aporte orientación sobre la fundamentación y teleología de las mismas. El carácter universal, fundamentador y crítico sobre la experiencia jurídica que aporta la Filosofía jurídica es lo que le confiere su justificación y peculiaridad con relación a otras disciplinas.

La filosofía jurídica pretende contribuir a la formación de los juristas, aportar el sustrato crítico que facilitará que los estudiantes se alejen de un sentido utilitarista de la disciplina, como si se tratara de un mero saber instrumental al servicio de las ciencias. Interrogarse acerca del concepto del Derecho, de los fines del Derecho, de los valores, de la Justicia, con mayúsculas, no puede responderse con meras

⁶⁹ JIMENO BULNES, M., “El proceso penal en los sistemas del *common law* y del *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI” en *Justicia. Revista de derecho procesal*, n° cit., p.303.

⁷⁰ FERRER MAC-GREGOR, E., “Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956)”, cit., p.595.

⁷¹ COUTURE, E.J., “Las garantías constitucionales del proceso civil” en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Depalma, 1946, p. 158. [...] ese Estado social de Derecho, como Estado de Justicia, implica desde el ángulo del ordenamiento constitucional, una doble referencia a las categorías procesales, es decir, por una parte resulta necesario someter a los órganos del poder a la justicia, es decir, al proceso, y desde otro ángulo, es preciso otorgar poder a la justicia, es decir, darle efectividad y hacerla posible a los gobernados, con apoyo de uno de los derechos humanos más importantes de nuestra época, o sea el derecho a la justicia o a la jurisdicción” (FIX-ZAMUDIO, H., “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho constitucional procesal” en *Revista de Derecho Procesal*, Uruguay, p.321. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1266/1524>).

construcciones normativistas, ni tampoco con respuestas irracionales o evanescentes.⁷²

Segundo: La construcción de nuevas disciplinas como la del “Derecho Procesal constitucional” o “Derecho Constitucional procesal” está consolidada, tanto en el ámbito latinoamericano como en el europeo. Entre la ciencia constitucional y la dogmática procesal y el Derecho Procesal constitucional puede existir la disyuntiva de la “convergencia” (con la consecuencia de la posible desaparición o asimilación de una hacia otra), lo cual puede despertar ciertas susceptibilidades entre ambas, o la de “convivencia” (no rechazan la existencia de una u otra). Esta última posibilidad es la que domina en la actualidad. Se acepta la “convivencia” del Derecho Procesal y estas dos disciplinas. Lo que aún está en fase de definición sistemática y de construcción es el neoprocesalismo por lo que conviene ir acompañando su evolución en el ámbito latinoamericano.

Tercero: en cuanto a la relación entre Filosofía del Derecho y Derecho Procesal no se puede resumir ni en una “convergencia” ni tampoco en una mera “convivencia” sino en un diálogo enriquecedor, porque comparten muchos temas en los que cada disciplina aporta su propio sesgo: teoría de la decisión judicial, ética judicial, verdad, prueba, precedente, argumentación, ponderación, formas complementarias de resolución de conflictos, justicia, cuestiones todas ellas en las que las perspectivas de estudio de ambas disciplinas son complementarias y difícilmente pueden entenderse, sistemática y analíticamente, la una sin la otra.

Cuarto: La conjunción de las tres disciplinas, Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional y Derecho Procesal, a modo de una Filosofía del Derecho Procesal Constitucional, como una vertiente específica de estudio, dentro de la Filosofía del Derecho, podría ser viable. Publicaciones tales como los *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Gimeno Sendra, 1981), *Ideas para una teoría general del Derecho procesal* (Fairén Guillén, 1990), *Derecho Procesal Constitucional* (Ferrer McGregor, 2008) así como las ya citadas obras de Taruffo, de relevancia eminentemente procesalista e iusfilosófica, presentan una clara vertiente constitucionalista. Ello permite concluir que son tres disciplinas llamadas a colaborar conjuntamente a la hora de abordar temas tales como las garantías procesales constitucionales, la tutela de los derechos fundamentales, la jurisdicción y procesos constitucionales, motivación de las sentencias judiciales y tantos otros. La transversalidad de algunos temas y cuestiones jurídicas, de especial relevancia, augura unos resultados esperanzadores para la ciencia y la dogmática de esas disciplinas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y defensa*, México, UNAM, 1991.

ALMAGRO NOSETE, J., “Tres breves notas sobre el derecho procesal constitucional”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid, núms. 3-4, 1979, pp. 681-692.

⁷² Pérez Luño ha puesto de manifiesto que “es evidente que tan sólo la organización didáctica de los estudios jurídicos que se proponga formar auténticos juristas precisará impartir disciplinas de carácter iusfilosófico. Mientras que para la producción de leguleyos, jurisperitos y rúbulas puede, perfectamente, omitirse toda referencia a la consideración crítico-valorativa que la perspectiva filosófica de los problemas jurídicos comporta” (PÉREZ LUÑO, A.E., “La filosofía del Derecho y la formación de los juristas” en *Sistema*, julio de 1982, p.90).

- ALMAGRO NOSETE, J., *Justicia constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís, Madrid, Ed. Sistema, 1991.
- BONAVIDES, P., *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008.
- BORDEAUX, *Philosophi de la procedura civile. Mémoire sur la Réformation de la justice*, Evreux, 1857.
- CALAMANDREI, P., “*Instituciones de Derecho Procesal Civil*”, T. I, Buenos Aires, Lib. El Foro, 1996.
- CAMBI, Eduardo, *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo - Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*, São Paulo, Almedina, 2016.
- CAPELLETTI, M., *La giurisdizione costituzionale della libertà*, Milano Giuffrè, 1971.
- CARPINTERO, F., *Derecho y Ontología jurídicas*, Madrid, Ed. Actas, 1993.
- CASCAJO CASTRO, J.L., “La jurisdicción constitucional de la libertad” en *Revista de Estudios Políticos*, nº199, 1975.
- CASTRO CID, B. (de), *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1982.
- COLOMBO CAMPBELL, J., “Funciones del derecho procesal constitucional” en *Ius et Praxis* v.8 n.2, Talca, 2002, pp.11-69. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200002.
- CORRAL GENICIO, J., “El proceso como respuesta del Derecho al conflicto social” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº10, 2006/2007, pp.9-33. Disponible en: <<http://www.rtd.es/n10.html>>. (Acceso 12.04.2017).
- COUTURE, E.J., “Las garantías constitucionales del proceso civil” en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Depalma, 1946, pp.158-173. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1266/1524>
- COVER, R; FISS, O; RESNIK, J, *Metaprocedure*, Mineola, New York, 1988.
- CRUZ, G.O., “El Derecho Procesal constitucional. Estudio preliminar” pp. XIV-XXII. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2206/3.pdf>>.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *Ideas para una teoría general del Derecho procesal*, México, UNAM, 1990.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. al cast. De P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 1995.
- FERRER FERRARI, V., *Funciones del derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1989.
- BELTRÁN, J., “Los estándares de prueba en el proceso penal español” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº. 15, 2007 (Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007)
- FERRER BELTRÁN, J., “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales” en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, Nº. 34, 2011 (Ejemplar dedicado a: Los límites de lo jurídico), pp. 87-108.
- FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid; Marcial Pons, 2005.
- FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Prólogo de Larry Laudan, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

FERRER MAC-GREGOR, E., "Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956)" en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM pp.529-657. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2555/91.pdf>>. (Acceso 20/03/2017).

FERRER MAC-GREGOR, E., *Derecho Procesal Constitucional*, prólogo de Jesús González Pérez, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons, 2008, 12 tomos.

FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

FIX-ZAMUDIO, H., "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho constitucional procesal" en *Revista de Derecho Procesal*, Uruguay, pp.315-348.

FIX ZAMUDIO, H., *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas, 1982.

FRISON-ROCHE, M.A., "La philosophie du procès, propos introductifs", en *Archives du Philosophie du Droit*, t. 39, Sirey, Paris 1995.

GARCÍA BELAUNDE, D., *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, a cargo de J.L. Palomino Manchego, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2000.

GARCÍA BELAUNDEZ, D; FERNÁNDEZ SEGADO, F., (Coords.) *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

GASCÓN ABELLÁN, M.F., "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos" en *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 28, Alicante, 2005 (Ejemplar dedicado a: Norberto Bobbio y la filosofía del Derecho contemporáneo), pp. 127-139.

GASCÓN ABELLÁN, M.F., "Prueba científica: mitos y paradigmas" en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 44, Universidad de Granada, 2010, pp. 81-103.

GASCÓN ABELLÁN, M.F., *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010.

GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Madrid, Civitas, 1981.

GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil*, Traducción de la 2ª ed. alemana por L. Prieto Castro, Barcelona, Ed. Labor, 1936, pp. 201 y ss.

GOLDSCHMIDT LANGE, W., "Guerra, duelo y proceso", *Revista de estudios políticos*, n° 54, 1950, PP.77-93. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2127949.pdf>>.

GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2.ª reimp. de la 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, R., "Eficientismo y Garantismo Procesales en Serio: Pasando la Página del Debate entre Publicismo y Dispositivismo Procesales" en *Derecho & Sociedad*, 38, evistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/13127/13738

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, R., *Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz*, Lima, Ara Editores, 1ª ed., 2013.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. "Prólogo" a FERRER MAC-GREGOR, E., *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

GORDILLO, M., *Concepto del Derecho procesal*, Lecciones de cátedra, Salamanca 1963.

- GOZAÍNI, O. A., “El neoprocesalismo” en *La Ley*, 2005-E, 1328. Buenos Aires, 2005.
- GOZAÍNI, O.A., “El ‘Neoprocesalismo?’” en *Revista iberoamericana de Derecho Procesal*, Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, Año VI, nº9, 2006.
- GUERRA FILHO, W.S., “Teoria geral do processo: em qué sentido?” en Rodrigues, H. (Ed.) *Lições alternativas de direito processual*, São Paulo, Acadêmica, 1995.
- GUERRA FILHO, W.S., *A Filosofia do Direito. Aplicada ao Direito Processual e á Teoria da Constituição*, São Paulo, Atlas, 2001.
- GUERRA FILHO, W.S., *Teoria Processual da Constituição*, 2ª ed., com Posfácio, Sao Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002.
- GUZMÁN, N. L. Argumentación y proceso: una relación relevante en la práctica judicial” en *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, UNIPAR, Umuarama. v. 18, n. 2, jul./dez. 2015, pp. 125-162.
- HÄBERLE, P., “El derecho procesal constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* , nº. 1, enero-junio de 2004, pp. 15-44.
- HART, H.L.A. *Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford University Press (2ªed.). Oxford, 2008.
- HAZARD, G.C., WALTER C.; MEYER, E., *Research in Civil Procedure*. Research Institute of Law, 1963.
- JALES, L., *Neoprocesualismo. Reflexos neoconstitucionais*, Natal, 2013.
- JIMENO BULNES, M., “El proceso penal en los sistemas del *common law* y del *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI” en *Justicia. Revista de derecho procesal*, nº 2, 2013, pp.201-304.
- MARTÍNEZ-SICLUNA, C., “La Filosofía del Derecho en la España de hoy” pp.729-755. Disponible en: <fundacioneliasdetejada.org/wp-content/uploads/2014/04/II-JDN-34.pdf>.
- MIRANDA, J., *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, t. I, 7.ª ed., p. 18 y t. VI, 2.ª ed., pp. 60-63.
- MORENO CATENA, V. *et al.*, *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1993.
- NADAL SÁNCHEZ, H., *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, de Helena Nadal Sánchez, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2016.
- OTERO PARGA, M., “La ética del mediador” en Soletto Muñoz, H. (Directora) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011, pp.86-106.
- PAJARDI, P., “Un processo per l’uomo e non l’uomo per un processo. Riflessioni su un diritto processuale ‘naturale’ e sui diritti umani nel processo” en *Giur. It.*, vol.141, nº7, 1898, pp.295-303;
- PAJARDI, P., *Procedura civile. Istituzioni e lineamenti generali* , Milano, Giuffrè, 1989.
- PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, Akal, 1990.
- PÉREZ LUÑO, A.E., “La filosofía del Derecho y la formación de los juristas” en *Sistema*, julio de 1982.
- PÉREZ LUÑO, A.E., “La tutela de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978” en *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas & UNAM, vol.III, 1988, pp.2345 ss.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, 2ªed., Sevilla, Mergablum, 1999.

- PÉREZ LUÑO, A. E., “La tercera generación de derechos humanos”, Navarra, Thompson-Aranzadi, 2006.
- PÉREZ LUÑO, A. E., “La Filosofía del Derecho como tarea: cuestiones y trayectorias de investigación” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (50 años de ACFS), Universidad de Granada, vol. 44 (2010) pp. 547-570.
- PÉREZ-LUÑO ROBLEDOS, E.C., “Las garantías procesales de los derechos en el Estado constitucional. Sobre el estatuto jurídico del Habeas Data” en Julios Campuzano, A. (de) (Editor) *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*, Madrid, Dykinson, 2017, pp.131-146.
- PICÓ i JUNOY, J., *Las Garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997.
- PICÓ i JUNOY, J., *Principios y garantías procesales*, Barcelona, Bosch, 2015.
- PINOCHET CANTWELL, F.J., “Prólogo” a TARUFFO, M., *La Prueba. Artículos y Conferencias*. Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2009, pp.11-19.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y Derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2003.
- REHBINDER, M., *Sociología del Derecho*, trad. de Gregorio Robles, Pirámide, Madrid 1981.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción, acción, proceso*, Barcelona, Atelier, 2008.
- SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación vinculada a los tribunales” en Soletto Muñoz, H. (Directora) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011, pp.245-280.
- TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
- TARUFFO, M., *Simplemente la verdad*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- TARUFFO, M., (1975) *La motivación de la sentencia civil*, trad. de Lorenzo Córdoba Vianello, Madrid, Trotta, 2011.
- TARUFFO, M., “Algunas consideraciones sobre prueba y verdad” pp.15-41. Disponible en: <www.cervantesvirtual.com/.../algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-..>. (Acceso 12.04.2017).
- TARUFFO, M., *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Cuadernos de Divulgación de la justicia Electoral, nº20, México, 2013. Disponible en: http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/cuaderno_20_je.pdf. (Acceso el 10/03/2017).
- VÉSCOVI, E., *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, México, DF, 1978.
- RAMOS ROMEU, F., “Proceso inquisitorial y proceso adversarial. Orígenes y funcionamiento en 109 países”, *Revista Justicia*, Núm. 3-4, 2008, pp. 345 y ss.
- VALE, A.R. (do) "Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos". Entrevista a Manuel Atienza (05/09/2015), en *Consultor Jurídico*. Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>> (Acceso el 20/03/2017).
- VILLALBA BERNIÉ, P.D., “Orientadores procedimentales del ámbito internacional hacia el orden interno” (Capítulo XXV) en VELANDIA CANOSA, E. A. (Director Científico) *Derecho Procesal Constitucional*, Legis y Universidad Santo Tomás Disponible en: <cmjusticiaconstitucional.com/.../7.-Villalba-Bernié-Pablo-Darío-Orientadores-procedi>. (Acceso el 10/03/2017).
- ZAGREBELSKY, G., “¿Diritto processuale costituzionale?”, en *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1990.

O MANDADO DE SEGURANÇA EM MATEIRA TRIBUTARIA E A EVOLUÇÃO DO SEU CONCEITO

THE TAX SAFETY COMMAND AND THE EVOLUTION OF ITS CONCEPT

*Fernando Rangel Alvarez dos Santos¹
Pedro Hermílio Vilas Bôas Castelo Branco²
Adilson Rodrigues Pires³*

Resumo: O presente estudo investigou a evolução do conceito do mandado de segurança desde as suas origens no direito estrangeiro até o conceito atual, bem como sua formalização na lei brasileira. O suporte teórico teve por base a teoria desenvolvida por R. Koselleck acerca da evolução histórica dos conceitos. Justifica-se a pesquisa, pois o chamado remédio constitucional poderia ter seus contornos melhor definidos, caso o conceito original pudesse ainda ser aplicado. A metodologia envolve a revisão do discurso na literatura jurídica e histórica, bem como o exame da legislação atual (Lei nº 12.016/2009) e os resultados apontam para um afastamento gradual do conceito original do instituto frente à sua aplicação atual pelo Poder Judiciário.

Palavras Chaves: Common Law; Garantia constitucional; Prova pré-existente.

Abstract: The study investigated the evolution of the concept of the warrant from its origins in foreign law to the current concept, as well as its formalization in Brazilian law. The theoretical support was based on the theory developed by R. Kosseleck about the historical evolution of concepts. The research is justified because the so-called constitutional remedy could have its contours better defined, if the original concept could still be applied. The methodology involves a revision of the discourse in the legal and historical literature, as well as the examination of the current legislation (Law no. 12.016 / 2009) and the results point to a gradual departure from the original concept of the institute in face of its current application by the Judiciary.

Keywords: Common law; Constitutional guarantee; Pre-existing proof.

INTRODUÇÃO

¹ Doutor em Direito da Universidade Veiga de Almeida (Bolsista PROSUP) (2019). Mestre em Direito (2007) e Especialista em Direito Civil e Processual Civil (2001) pela UNESA e em Direito Corporativo pelo IBMEC (2015). Professor Permanente do UNIFLU-Centro Universitário Fluminense. Advogado. E-mail: frangel2005@gmail.com

² Professor Adjunto do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-UERJ, antigo IUPERJ) e professor da Universidade Veiga de Almeida. Doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (antigo IUPERJ) (2009).

³ Doutor em Direito Econômico e Sociedade pela Universidade Gama Filho (1999). Professor adjunto aposentado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Atualmente, é Professor Voluntário da UERJ do Programa de Pós-Graduação, Professor Permanente do UNIFLU-Centro Universitário Fluminense.

O mandado de segurança, atualmente tratado na Constituição da República como remédio constitucional, tem origem em tempos antigos e na esfera do direito estrangeiro.

A problemática proposta para o presente estudo é a seguinte: estaria o mandado de segurança, tal como atualmente está estabelecido na legislação brasileira, ou seja, como garantia fundamental, regulamentado pela Lei nº 12.016/2009, ainda formatado nos mesmos moldes em que surgiu? Para investigar tal problemática, formula-se a seguinte hipótese: o mandado de segurança, nos termos legais atualmente estabelecidos, sofreu severas alterações em face da evolução histórica e dos conceitos?

Justifica-se a pesquisa, pois o 'remédio constitucional' do mandado de segurança é muito utilizado no dia-a-dia do Judiciário devido ao seu amplo objeto (proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica vier a sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade), contudo seu conceito, na atualidade, merece considerações.

Como suporte teórico da presente pesquisa foi utilizada a evolução dos conceitos na teoria de Reinhart Koselleck, que percebe a evolução, não só fruto da evolução histórica, mas de diversos outros fatores que operam em conjunto.

A metodologia envolveu a revisão do discurso nas fontes bibliográficas sobre o mandado de segurança, o conceito legal, bem como a compilação de dados do Poder Judiciário brasileiro acerca do citado 'remédio'.

Os resultados apontam para um distanciamento entre a ideia original do 'mandamus' e a disciplina legal, bem como a aplicação do mesmo pela jurisprudência pátria.

Face às raízes do instituto estarem fincadas no sistema 'common law' inglês, inicia-se o estudo por meio da evolução dos institutos de tal sistema.

1 Common Law - Evolução histórica

Primeiramente, pesquisou-se as origens e a evolução do sistema 'common law', bem como os institutos que correspondem ao mandado de segurança tal como ele se apresenta atualmente. Ressalte-se que a pesquisa separou no seu objeto, o

sistema 'common law', tal como surgiu na Inglaterra do século XI, do sistema norte-americano.

Historicamente, o 'direito comum' nasceu das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, e, havia, paralelamente, o sistema do 'Equity' que correspondia ao direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei, cuja função era atender as questões de equidade.

No sistema inglês ocorreu logo, de início, a adoção do *stare decisis* ou seja, o direito expresso pela atuação do juiz (*judge made law*). No entanto, no sistema ainda permanecia outra forma de decidir: o acima citado 'equity', que era utilizado pelas cortes do Chanceler do Rei. No entanto, entre 1873 e 1875, houve prolação dos *Judicature Acts* com a supressão das *Courts of Chancery* e unificação do campo de aplicação da 'Common Law' e do 'Equity'. O 'Equity' passou então a ter aplicação residual.

Importante ressaltar que no sistema norteamericano, existe o sistema unificado desde 1938 (*actions in law and suits in equity*) reunidas nas *civil actions*. Entretanto, há ainda um sistema híbrido, como por exemplo no estado de Montana, que possui uma codificação da *Equity Maxims (Revised Code, chapter 49)*.

Como base conceitual dos sistemas jurídicos, temos as seguintes ideias: o direito criado pelo juiz (*judge made law*) em oposição ao '*statue law*' – direito criado pelo legislativo por meio das *enactments of legislature*⁴.

Em relação à aplicação dos 'case law', ou seja, dos precedentes, na Inglaterra, aqueles prevalecem, com exceção dos direitos dos tratados internacionais que tem vigência imediata. Enquanto que nos Estados Unidos da América do Norte, há um sistema misto (*common law/civil law*), ou seja, aplica-se a *statue law*, quando não houver um *case*.

1.1 Precedentes e 'writ'

Soares (2000, p. 40) define precedente nos seguintes termos: "*precedent* é a única ou várias decisões de um *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados." Ainda sobre precedentes, temos as seguintes gradações: "Binding precedent – a precedent that a court must follow. Persuasive precedent – a precedent that is not binding on a

⁴ Em tradução livre, seriam atos do Poder Legislativo, ou ainda, atos legislativos que foram postos por meio de um processo legislativo.

court, but that is entitled to respect and careful consideration.”⁵ (BLACK’S, 2004, p. 1215).

Por outro lado, o ‘writ’ seria a “ordem dada pelo Rei às autoridades, a fim de respeitarem, em relação ao beneficiado que obtinha o remédio, sua situação jurídica.” (SOARES, 2000, p. 32).⁶

Aproximando-se do conceito de uma ordem judicial, que contém uma determinação que deve ser cumprida em tempo, quase que imediato, temos os ‘writs of injunction’, que segundo SOARES (2011, p. 111), tem o seguinte sentido:

“*writ of injunction*”, as nossas ações cautelares (*preliminar injunctions*) que, na atualidade, acabaram, nos EUA, por abarcar a *action of mandamus*, o nosso conhecido mandado de segurança (que, no caso de conter medida liminar, pode ser assimilável a uma medida cautelar contra autoridade!)

Rocha Lopes (2009, p.2), após descrever a evolução dos institutos da ‘common law’, resume a origem do nosso instituto do mandado de segurança nos seguintes termos: “Inspira-se o mandado de segurança brasileiro no *Juicio de Amparo* (México) e no *Judicial Review*, como os ingleses tratam o meio através do qual seus tribunais controlam o exercício do poder governamental.”

Na própria gênese do que seria atualmente o mandado de segurança, observa uma nítida evolução do seu conceito, em face da evolução histórica, e mesmo, social. Neste contexto, abordar-se-á a ideia da evolução dos conceitos teorizada por Reinhart Koselleck para analisar a evolução do mandado de segurança até a presente configuração jurídica.

3 Evolução dos conceitos

Reinhart Koselleck, com base em pesquisas históricas, entende que os conceitos não são somente expressões linguísticas, mas que eles revelam a evolução de uma situação social, política, e suas alterações refletem nos seus

⁵ Em tradução livre seria: 1) Precedente obrigatório – aquele em que o tribunal deve seguir; e 2) precedente ‘persuasivo’ – não é obrigatório, mas deve ser considerado e respeitado.

⁶ A influência de institutos do sistema ‘common law’ é bem marcada no novo Código de Processo Civil, e, neste contexto, em relação aos precedentes, aparecem a superação de precedente (*overruling*) - “Trata-se de hipótese de não aplicação do precedente no caso concreto sem, entretanto, sua revogação.” (NEVES, 2016) e o ‘distinguishing’ (hipótese em que não há previsão, ou seja, é a hipótese de não aplicação do precedente no caso concreto sem, entretanto, sua revogação.

conteúdos, tanto a ideia presente, como também a ideia pretérita, e prospectam uma concepção futura⁷. Neste sentido, explica o citado autor:

Na exegese do texto, o interesse especial pelo emprego de conceitos político-sociais e a análise de suas significações ganham, portanto, uma importância de caráter histórico e social. Os momentos de duração, alteração e futuridade contidos em uma situação política concreta são apreendidos por sua realização no nível linguístico. Com isso, ainda falando de modo geral, as situações sociais e respectivas alterações já são problematizadas no próprio instante da realização linguística.

Ainda sobre a História e as mudanças por ela compreendidas, R. Koselleck explica: “A História só poderá reconhecer o que está em contínua mudança e o que é novo se souber qual é a fonte onde as estruturas duradouras se ocultam.” (KOSELLECK, 2006, p. 319) Ou seja, é neste sentido que a tal formulação teórica auxilia o presente estudo para ser percebida como ocorreu a evolução do mandado de segurança no nosso ordenamento até o momento atual.

4 Mandado de Segurança - evolução jurídica

Apresentar-se-á no presente estudo, no intuito de demonstrar a evolução do mandado de segurança, como ponto de partida, o instituto de *habeas corpus*, cujo marco inicial, fixa-se para o presente, na Constituição de 1891⁸, no qual o instituto aparece na Declaração de Direitos no seu artigo 72, § 22º, cuja redação era a seguinte:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

⁷ O autor destaca, inclusive, que há conceitos que se modificaram de tal forma, que somente a investigação pode recuperar tais ideias. Trata deste aspecto nos seguintes termos: “Sob o aspecto temporal, os conceitos políticos e sociais encontram-se organizados em três grupos: no primeiro encontram-se os conceitos tradicionais da doutrina constitucional aristotélica, cujos significados lexicais permaneceram em parte e cuja exigência pode também ser resgatada empiricamente nas relações de hoje. Por outro lado, há conceitos cujo conteúdo se alterou de maneira tão decisiva que, a despeito da mesma constituição linguística, são dificilmente comparáveis; seu significado só pode ser recuperado historicamente. (KOSELLECK, 2006, p. 106)

⁸ Ressalta-se que havia instituto do *habeas corpus* no Código de Processo Penal do Império de 1832 no seu artigo 340: Art. 340. Todo o cidadão que entender, que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor. (BRASIL, 1832)

§ 22 - Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o **indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. (grifos nossos)**

Em 1926, por força da Emenda Constitucional nº 03, a redação do citado artigo foi alterada para:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 22. Dar-se-há o habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.

A instituição do *habeas corpus* inserida na “Declaração de Direitos” demonstra a preocupação com as liberdades públicas, contudo a garantia em face da ordem ilegal ou do abuso de poder, ainda incipiente, foi alterada no texto de 1926. Neste momento já se percebe, mesmo que de forma tímida, a alteração do conceito do original ‘mandamus’ em que se protegia o abuso para a questão ligada à liberdade de locomoção.

Na Constituição de 1934, o mandado de segurança volta a ter a característica de garantia individual constitucional em face de abuso ou ilegalidade cometida por autoridade. A previsão constitucional está presente no art. 113, ‘item’ 33:

33) Dar-se-á mandado de segurança para **defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade**. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petórias competentes. (grifos nossos)

O conceito passa a consolidar estruturas⁹ do Poder. Explica-se: o direito terá que ser ‘certo e incontestável’, o que, por si só, cria uma dificuldade para aquele que

⁹ Koselleck explica que os conceitos passam por uma ‘estratificação de significados’ ao longo dos tempos: “A profundidade histórica de um conceito, que não é idêntica à sequência cronológica de seus significados, ganha com isso uma exigência sistemática, a qual toda investigação de cunho social e histórico deve ter em conta.” (KOSELLECK, 2006, p. 115)

pede em juízo, comprová-lo, e o processo, terá o mesmo rio do *habeas corpus*, ou seja, a prestação jurisdicional tem que ser praticamente imediata.

Na Constituição de 1937, não há previsão do mandado de segurança, contudo há a do *habeas corpus*¹⁰, mas, mesmo assim, este foi suspenso pelo Decreto nº 10.358 de 1942 que declarou o estado de guerra no território nacional.

O mandado de segurança volta a aparecer na Constituição de 1946, inserido no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, no art. 141 “§ 24 - Para proteger **direito líquido e certo** não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.” (grifos nossos) (BRASIL, 1946).

A primeira alteração que se percebe no texto é a substituição da expressão ‘certo e incontestável’ por ‘direito líquido e certo’¹¹. Tal expressão viria a ter seu conteúdo preenchido pela jurisprudência, que só seria construída após a edição da Lei nº 1.533/1951. Tal lei, por sua vez, disciplinou o mandado de segurança e permaneceu vigente até a promulgação da Lei nº 12.016/2009, que o regulamenta o atualmente.

O conceito estabelecido na lei foi formatado à luz da interpretação constitucional e das escolas jurídicas de cada momento histórico. Neste sentido, Souza Neto (2016, p. 400) explica, por exemplo, as influências de comunicação intersubjetiva para a formulação dos conceitos:

A interpretação – enfatiza a hermenêutica – é realizada por seres ‘enraizados’, que compartilham valores com os seus semelhantes, e não por máquinas pensantes, que consigam se desvencilhar completamente dos seus preconceitos e das tradições da comunidade. Daí por que quando interpretamos, agimos no interior

¹⁰ É importante ressaltar que mesmo a garantia do *habeas corpus*, bem como qualquer outra garantia individual esbarrava em limites impostos na própria Constituição no seu art. 123: “Art. 123 - A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.” (BRASIL, 1937)

¹¹ A lei nº 1.533/51 não deixou explícito o conteúdo do ‘direito líquido e certo’, ou seja, tratava-se de um conceito jurídico aberto. O texto da lei tratou do direito líquido e certo nos seguintes termos: “Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrer-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.” (BRASIL, 1951)

de um universo linguístico que nós criamos, já que ele nos antecede e define nossos horizontes.

A interpretação constitucional e jurisprudencial, de forma geral, construiu a eficácia social do mandado de segurança na sua trajetória histórica, bem como colmatou a sua densidade jurídica nos casos concretos.

Na Constituição de 1967, novamente vem tratado no capítulo dos Direitos e Garantias individuais, com a redação muito semelhante à que já estava regulamentada na Lei nº 1.533/51: “Art. 150 § 21 - Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.” O mandado de segurança continuou previsto na Emenda Constitucional nº 1 de 1969, contudo, a sua aplicação no exercício de garantias direitos individuais ficava subordinada às limitações impostas na própria Emenda¹², que inclusive, ratificava a continuação da vigência do Ato Institucional nº 05 de 1968. Neste contexto, as limitações políticas recam mais sobre a impossibilidade de uso do mandado de segurança do que da evolução do seu conceito. De toda sorte, o conceito continua conectado com o de *habeas corpus*, ou seja, concentrando a carga normativa sobre a liberdade, e não sobre a ilegalidade.

Sob o regime democrático da Constituição de 1988¹³, a regulamentação do mandado de segurança no bojo das garantias individuais, acrescenta as seguintes inovações presentes no texto constitucional: 1) o direito (manteve-se o ‘líquido e certo’) protegido por tal garantia não deve ser amparado por *habeas corpus* e *habeas data*, ou seja, não está estabelecido mais um conceito vinculado somente à liberdade de ir e vir, mas também, por exclusão, aquele que não está conectado à informação retida pelo Estado no caso do *habeas data*; 2) com a modernização da máquina administrativa, novas figuras administrativas e responsabilidades surgiram nos últimos 60 anos, tais como os instrumentos jurídicos em que o Estado não

¹² Art. 154. O abuso de direito individual ou político, **com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção**, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa. *Parágrafo único.* Quando se tratar de titular de mandato eletivo, o processo não dependerá de licença da Câmara a que pertencer. (grifos nossos)

¹³ Art. 5º LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

aparece com personalidade jurídica de direito público, mas sim, privado, daí o texto incluir ‘as pessoas jurídicas no exercício de atribuições do Poder Público.’

Ainda, em termos de novidade, pode-se acrescentar a instituição do mandado de segurança coletivo, o que, somente pelo caráter coletivo, já explicita a gigante diferença das origens do ‘writ’ que buscava uma solução tipicamente individual.¹⁴

5 Jurisprudência sobre Mandado de Segurança do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e a evolução dos conceitos

A ação de mandado de segurança assumiu um papel tão destacado no universo jurídico brasileiro, não só pela possibilidade da concessão de uma decisão liminar, ou seja, de um provimento logo no início da demanda, como também da sua possibilidade do preenchimento do seu conceito, devido à sua estatura de garantia constitucional, como da sua ampla possibilidade de utilização, que gerou no Supremo Tribunal Federal, 29 súmulas desde 1963, e no Superior Tribunal de Justiça, 08 súmulas desde a sua instalação em 1989.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, grande parte das súmulas não tratou especificamente do preenchimento do sentido e alcance do ‘direito líquido e certo’ previsto na Constituição de 1946, bem como também não foi na Constituição de 1988. Também não foi tratado o conceito de ‘autoridade pública’ e ‘agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público’. A Súmulas¹⁵ tratam, em grande parte, de questões processuais (competência, recursos etc.).

¹⁴ Neste ponto, Koselleck faz uma digressão, que interessa à evolução do instituto (não somente do conceito) do mandado de segurança, em que se relacionam as estruturas e a influência do tempo: “São frequentes, nos textos clássicos, momentos temporais que ainda hoje podem/devem ser utilizados como uma espécie de padrão de conhecimento histórico. Existem estruturas temporais do cotidiano, da política e das relações sociais que até hoje não foram ultrapassadas.” (KOSELLECK, 2006, p. 124). E ainda sobre as estruturas constitucionais: “modelos constitucionais, formas de domínio que não se modificaram da noite para o dia, mas que são pressupostos da ação política.” (KOSELLECK, 2006, p. 135).

¹⁵ SÚMULA nº 101 O mandado de segurança não substitui a ação popular;
SÚMULA nº 266 Não cabe mandado de segurança contra lei em tese;
Súmula nº 268 Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado;
SÚMULA nº 269 O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança;
SÚMULA nº 270 Não cabe mandado de segurança para impugnar enquadramento da L. 3.780, de 12.7.60, que envolva exame de prova ou de situação funcional complexa;
SÚMULA nº 271 Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria;
SÚMULA 272 Não se admite como ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança;

Na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁶, encontramos 09 súmulas, das quais 07 tratam de matéria processual (competência, recursos etc.),

SÚMULA 294 São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança;

SÚMULA 304 Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria;

SÚMULA 319 O prazo do recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, em *habeas corpus* ou mandado de segurança, é de cinco dias;

SÚMULA 330 O Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos Tribunais de Justiça dos Estados;

SÚMULA 405 Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária;

SÚMULA 429 A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade;

SÚMULA 433 É competente o Tribunal Regional do Trabalho para julgar mandado de segurança contra ato de seu presidente em execução de sentença trabalhista;

SÚMULA 474 Não há direito líquido e certo, amparado pelo mandado de segurança, quando se escuda em lei cujos efeitos foram anulados por outra, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal;

SÚMULA 506 O agravo a que se refere o art. 4º da Lei nº 4.348, de 26.6.64, cabe, somente, do despacho do Presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança; não do que a denega;

SÚMULA 510 Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial;

SÚMULA 512 Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança; SÚMULA 597 Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança decidiu, por maioria de votos, a apelação;

SÚMULA 622 Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança;

SÚMULA 623 Não gera por si só a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer do mandado de segurança com base no art. 102, I, n, da Constituição, dirigir-se o pedido contra deliberação administrativa do tribunal de origem, da qual haja participado a maioria ou a totalidade de seus membros;

SÚMULA 625 Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança; SÚMULA 626 A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração;

SÚMULA 627 No mandado de segurança contra a nomeação de magistrado da competência do Presidente da República, este é considerado autoridade coatora, ainda que o fundamento da impetração seja nulidade ocorrida em fase anterior do procedimento;

SÚMULA 629 A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes;

SÚMULA 630 A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria;

SÚMULA 631 Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário;

SÚMULA 701 No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo;

¹⁶ Súmula nº 41 O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos. Súmula nº 177 O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por ministro de estado. Súmula nº 213 O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária. Súmula nº 217 Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança. Súmula nº 333

havendo até uma Súmula (nº 41) que repete o texto de outra Súmula (nº 101) do Supremo Tribunal Federal. Não houve, assim como no STF, conceituação de outros conteúdos do mandado de segurança.

Nas cortes superiores percebe-se que há uma tendência, na aplicação da norma, ao chamado pragmatismo cotidiano propugnado por Richard Posner¹⁷, ou seja, há a chamada ‘visão prática’ em face de todas as dificuldades impostas pela complexidade do sistema jurídico e processual brasileiro.

A evolução, dir-se-ia, até a alteração do conceito do instituto do mandado de segurança, é percebida, inclusive, nos enunciados das súmulas, como por exemplo: meio de compensação tributária e, em sentido inverso, não permitindo a convalidação pelo contribuinte de compensação tributária; ou mesmo, quando existir controvérsia sobre matéria de direito, e, por consequência, não impedir a concessão de mandado de segurança. Enfim, o conceito da segurança contra uma ordem indevida, seja por autoridade, seja por alguém que detém poder para tanto, é utilizado apenas como suporte para outras demandas, que não necessariamente coincide com a ilegalidade do ato emanado de autoridade pública.

Ainda nas cortes superiores, destaca-se a recente Súmula nº 417 do Tribunal Superior do Trabalho que trata do ‘direito líquido e certo’ no contexto das questões práticas, mais uma vez aproximando-se do pragmatismo cotidiano. A citada súmula que trata de ação de mandado de segurança e penhora em dinheiro, tem o seguinte enunciado:

MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA EM DINHEIRO (alterado o item I, atualizado o item II e cancelado o item III, modulando-se os efeitos da presente redação de forma a atingir unicamente as penhoras em dinheiro em execução provisória efetivadas a partir de 18.03.2016, data de vigência do CPC de 2015) - Res. 212/2016, DEJT divulgado em 20, 21 e 22.09.2016

Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública. Súmula nº 376 Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial. Súmula nº 460 É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte.

¹⁷ Richard Posner, juiz do sétimo circuito do Tribunal Federal dos Estados Unidos da América do Norte entende que atualmente não mais existe o pragmatismo tal como surgiu com William James e Charles Pierce, mas sim uma versão ‘day-by-day’ em que se impregna na cultura local. Explica o autor: “O pragmatismo cotidiano é a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra pragmático, significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e sonhadores utópicos”. (POSNER, 2010, p. 38)

I - Não fere direito líquido e certo do impetrante o ato judicial que determina penhora em dinheiro do executado para garantir crédito exequendo, pois é prioritária e obedece à gradação prevista no art. 835 do CPC de 2015 (art. 655 do CPC de 1973).

II - Havendo discordância do credor, em execução definitiva, não tem o executado direito líquido e certo a que os valores penhorados em dinheiro fiquem depositados no próprio banco, ainda que atenda aos requisitos do art. 840, I, do CPC de 2015 (art. 666, I, do CPC de 1973). (grifos no original)

Sob o aspecto quantitativo, a elevada quantidade de súmulas de Tribunais Superiores acerca do assunto, denota a utilização frequente da garantia constitucional em face de eventuais ilegalidades. Para resumir a intensa ocorrência do ‘mandamus’ apresentam-se os seguintes dados:

	Tribunal Superior				
	STF	STJ	TSE	TST	STM
Quantidade de súmulas	736	600	71	463	16
Quantidade de súmulas acerca de mandado de segurança	29	9	3	10	0

Quadro organizado pelos autores

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na trajetória da história jurídica do mandado de segurança percebem-se várias alterações no sentido e no alcance do instituto, não só por influências sociais e políticas, como também pelo viés da aplicação da norma aos casos concretos. Neste sentido, constatam-se as seguintes situações:

1) o conceito original foi formulado sob a égide de um sistema jurídico completamente diverso do sistema ‘civil law’, ressaltando ainda, que tal fato ocorreu na época de formação do citado sistema;

2) na formação do sistema ‘common law’ norte-americano, o instituto que deu origem ao ‘judicial review’ passa a ter forte influência da jurisprudência alterando, por si só, a lógica na construção do instituto;

3) na ideia original, mesmo nas cortes inglesas, na solução do ‘writ’ não se imaginava algo para direitos coletivos, mas sim, somente para conflitos individuais;

4) a inserção na legislação brasileira sempre esteve ligada ao instituto do *habeas corpus*, com a aplicação residual (em direito não protegido por...), o que, inicialmente, dificultava a aplicação para questões, que não envolvessem a liberdade, mais precisamente na locomoção, mais do que na ilegalidade;

5) a elevação do instituto como garantia constitucional, mesmo presente em Constituições anteriores à de 1946, só implicou em sua aplicabilidade prática, após a regulamentação pela Lei nº 1.533/51;

6) A partir da Constituição de 1988 o instituto passa a ser mais aplicada amplamente, constata-se não só pela quantidade de súmulas produzidas pelas cortes superiores, quando pela sua ampliação de possibilidades, tais como a inclusão da sua espécie coletiva. Tal incremento no seu uso passa a descaracterizá-lo em muito, da sua funcionalidade, ou seja, a possibilidade de se conseguir que alguém vitimado por ordem ilegal do Poder constituído possa ser protegido na imposição que lhe é submetida ou no impedimento de fazer algo pela 'autoridade competente';

7) A evolução do conceito do mandado de segurança perpassa pelos vieses históricos, políticos, e, no presente caso, pelo jurídico, pois a construção jurisprudencial, mesmo que nas cortes superiores brasileiras seja mais voltada para questões procedimentais, demonstra um enorme distanciamento da ideia de uma solução dada pelo próprio sistema jurídico para ilegalidades ou abusos cometidos pelo Poder constituído;

8) No instituto do mandado de segurança, houve intensa 'parcialidade das interpretações progressivas'¹⁸, ou seja, a estrutura do instituto foi formada pelas repetições de experiências, sob a permanente influência dos aspectos já abordados (históricos, políticos e jurídicos).

REFERÊNCIAS:

BLACK'S LAW DICTIONARY. United States of America: Thompson West, 2004.

BRASIL. LIM S/N/1832 (LEI DO IMPÉRIO) 29/11/1832. **COLEÇÃO DAS LEIS DO BRASIL.** 1832. V. 1., P. 186. Disponível em

¹⁸ (KOSELLECK, 1999, p. 319)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em 12 dez. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 jan. 1967.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, DF, 19 set. 1946.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891.

_____. Lei nº 1533. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1951.

_____. Emenda Constitucional nº 01 de 1969. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 20 out. 1969.

_____. Poder Judiciário. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. Poder Judiciário. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. Poder Judiciário. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em: 14 dez. 2017.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. São Paulo: Editora WMF: Martins Fontes, 2011.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos /Reinhart Koselleck; tradução do original alemão Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira; revisão da tradução César Benjamin. - Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodium, 2016.

POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROCHA LOPES, Mauro Luís. **Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança**. Niterói (RJ): Impetus, 2009.

SOARES, Guido Fernando da Silva. Common Law. **Introdução ao Direito dos EUA**. São Paulo: RT, 2000.

SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – teoria história e métodos de trabalho**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2016.