

# Orden jurídico,

ÉTICA Y DERECHOS HUMANOS

---

*Legal order,*

*ETHICS AND HUMAN RIGHTS*

## RESUMEN

Este trabajo tuvo el propósito de destacar el basamento ético del orden jurídico y político del Estado moderno, sustentado en el reconocimiento de los derechos y las garantías instituidas en el derecho interno para precaver su libre ejercicio y hacer pasible su protección por medio de mecanismos procesales idóneos, céleres, inmediatos y diferenciados. Para ello se efectuó una investigación documental en la cual se siguieron los métodos del análisis cualitativo de documentos y la hermenéutica jurídica, a través de un diseño transversal o transeccional. Entre los hallazgos más significativos de la investigación, se aprecia que la naturaleza de los Derechos Humanos no obedece únicamente al criterio racionalista según el cual, se reputan como derechos fundamentales por estar incluidos en el Texto Político Fundamental, sino por representar las estructuras éticas y morales en las que se cimienta la legitimidad de un régimen jurídico-político.

**Palabras clave:** Derechos humanos, Garantías, Estructuras éticas.

## ABSTRACT

This work had the intention of emphasizing the ethical basement of the juridical and political order of the modern State, sustained in the recognition of the rights and the guarantees instituted in the internal right to anticipate his free exercise and to make his protection sensitive by means of procedural suitable mechanisms, céleres, immediate and differentiated. For it there was effected a documentary investigation in which followed the methods of the qualitative analysis of documents and the juridical hermeneutics, across a transverse design or transeccional. Between the most significant findings of the investigation, it appreciates that the nature of the human rights does not obey only the rationalist criterion according to which, they are considered as fundamental rights for being included in the Political Fundamental Text, but for representing the ethical and moral structures in which cimienta the legitimacy of a juridical-political regime.

**Keywords:** Human rights, Guarantees, Ethical structures.

## JOSÉ GREGORIO

### NAVA GONZÁLEZ

*Juez Superior Titular Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. Doctor en Derecho Político, Mención Derecho Constitucional y DDHH. Mg. Doctor en Ciencias Jurídicas. Sc. en Derecho Procesal Civil. Mg. Sc. en Derecho Mercantil. Especialista en Derecho Procesal, Mención Derecho Procesal Civil. Especialista en Derecho Administrativo. Master-DEA en Fundamentos de Derecho Político. Postdoctor en Derechos Humanos. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. josnavgon@hotmail.com*

**Recibido:**  
20 de febrero de 2013  
**Aceptado:**  
15 de abril de 2013

## INTRODUCCIÓN

La legitimidad de un sistema jurídico determinado radica, fundamentalmente, en el reconocimiento de la base moral que sirve de cimiento a las distintas estructuras regulatorias como a sus instituciones. En el sentido que el elemento o estructura formal de toda norma está preestablecido en función de una conciencia ética del Estado de necesaria preservación, a objeto de garantizar los objetivos teleológicos de consenso y paz en un marco jurídico tuitivo y garantista propio del Estado Social.

Asimismo, las instituciones del Estado, en correspondencia con los propósitos que les son atribuidos, deben estar al servicio de esa conciencia ética, en la conjugación de un binomio: Orden Jurídico < > Orden Político, cuya permanencia armónica sería el mejor garante para la construcción de una sociedad justa, en el fondo democrática, y que responda ajustadamente, se reitera, a la noción del Estado Social y de Justicia propugnado en el constitucionalismo de nuestro tiempo.

Con el presente trabajo se ha pretendido explicar la trascendencia de los Derechos Humanos y el establecimiento de garantías efectivas para su protección, como indicador para la calificación ética de un orden jurídico. No solo por el hecho que esos atributos básicos representen la positivización del valor dignidad humana y de aquellos otros que de él emanan, como tampoco por estar insertos en el Texto Político Fundamental, sino porque constituyen verdaderas obligaciones morales

del Estado de Derecho, y a la vez, un compromiso ético para la obtención de los objetivos teleológicos del Estado Social y de Justicia.

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA JUSTIFICACIÓN MORAL DE SU REGULACIÓN SUPERIOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Peces-Barba Martínez, en el prólogo de la obra de Bobbio, *El tiempo de los derechos*, afirma que la perspectiva del sistema teórico de los derechos sociales, entre otros aspectos, gira en torno a “La relación entre derechos humanos, democracia y paz, porque <<sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos...>>”; la valoración otorgada a estos derechos, “...que se sitúan en la zona luz de la humanidad y suponen el núcleo de legitimidad de los sistemas democráticos”; así como también, “El carácter antropocéntrico de la sociedad moderna, con el reconocimiento de la eminente dignidad humana...”<sup>1</sup>.

La aseveración anterior pareciera ser suficiente para iniciar la explicación que dilucide por qué las normas que reconocen y garantizan la protección de los derechos fundamentales deben reputarse como normativas supremas en los ordenamientos jurídicos del Estado moderno. Sin embargo, para conocer la natu-

1. PECES-BARBA MARTÍNEZ (1991). “El tiempo de los derechos”. En: el prólogo de la obra de Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema, pp. 10 y ss.

raleza de esa consagratória se debe ir más allá y ahondar en los cimientos éticos que avalan el reconocimiento, protección y garantía de los Derechos Humanos desde una dimensión objetiva medular del orden normativo.

Al respecto, resulta de interés el comentario de Serpe, según el cual el tema de los Derechos Humanos no se agota en una cuestión filosófica. La afirmación anterior se aprecia asertiva al considerar que el contenido ético que legitima desde la perspectiva moral un ordenamiento jurídico subyace en la naturaleza tuitiva que teleológicamente le sirve de paradigma a los distintos elementos reguladores, incluso, a aquellos aplicables a las relaciones jurídicas más privatistas<sup>2</sup>.

En este orden de ideas, ese contenido moral gira en torno a un núcleo antropocéntrico que tiene por norte la protección de la dignidad humana y su redimensión ante los avances científico-tecnológicos a los fines de proteger esa dignidad; asimismo, como a los otros valores que de ella emanan, frente a cualquier intervención en la esfera de los derechos esenciales del hombre.

En ese sentido, el cumplimiento de esas obligaciones supone que las instituciones del Estado moderno y su orden jurídico atiendan, para su estructuración, formas que permitan garantizar el saneamiento de esos deberes públicos o generales. Fundamentalmente, en lo que atañe a las personas en situación de

riesgo, hasta tutelar las condiciones de una calidad de vida para todos sus habitantes, se insiste, cónsona con esos valores vinculados a la dignidad humana.

Por lo antes afirmado, más allá de la protección de las libertades y garantías públicas, lo que ya constituye un bastión moral para cualquier Estado Democrático, existen exigencias sociales e individuales frente a las cuales el Estado, sus instituciones y sus leyes, tienen un compromiso ético que, indubitablemente, rebasa a las presentes generaciones, pues, ese deber moral se extiende a la civilización futura, concretamente, en lo que respecta a la salvaguarda y protección de los recursos naturales, el medioambiente y un desarrollo científico-tecnológico humanista, entre otros aspectos.

Por lo antes expresado, una norma jurídica que posea como contenido esencial el reconocimiento de un derecho que se inscriba en el marco de lo precedentemente señalado, así como las regulaciones dirigidas a garantizar la vigencia y ejercicio de ese derecho, debe reputarse como un elemento regulador básico del ordenamiento jurídico, y por ende, debido a su necesaria Supremacía Normativa, ha de estar incorporado en el Texto Político Fundamental de la estructura jurídico-legal que se trate.

## **LOS DERECHOS HUMANOS Y LA GARANTÍA DE SU EFICACIA COMO EXIGENCIA ÉTICA DEL ESTADO SOCIAL Y DE JUSTICIA**

Siguiendo a Ferrajoli, se llama garantía “a

2. SERPE, A. (2011). “Derechos, definiciones, generaciones. Vías de una reflexión”. En: *Revista Opción*, año 27, No. 66. Leonardo Da Vinci Universidad, Chieti. La Universidad G. d’Annunzio, Chieti-Pescara.

toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por <<derecho subjetivo>> toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”. En este sentido el autor citado distingue entre garantías positivas y garantías negativas, dependiendo si resulta positiva o negativa la expectativa que se precave. Las primeras, están relacionadas con la “obligación de comisión”, de actuación esperada por parte del Estado y, las segundas, se refieren a “obligaciones de omisión”, de no hacer o de prohibición propiamente dicha<sup>3</sup>.

Expresado lo anterior, se entienden por garantías positivas aquellas que comportan una prestación determinada por parte del Estado a objeto de propiciar la satisfacción o libre ejercicio de un derecho fundamental. Por su parte, las garantías negativas aluden concretamente la idea de prohibición de agravios a esos derechos fundamentales tutelados.

Igualmente, Ferrajoli clasifica las garantías en “primarias o sustanciales” y “secundarias o jurisdiccionales” a las obligaciones. Las primeras están referidas “... a las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados” (los cuales pueden ser patrimoniales o fundamentales); y las segundas, tratan aquellas garantías implementadas por los órganos jurisdiccionales a los fines de establecer sanciones o anulaciones en los casos que se constaten conductas ilícitas o se realicen

actuaciones susceptibles de nulidad, precisamente, por agravar esos derechos subjetivos<sup>4</sup>.

Ahora bien, la existencia de las garantías, sean positivas, negativas, primarias o secundarias, obedece a que los derechos subjetivos serían solo derechos ostensibles en caso de no existir una estructura jurídica capaz de garantizar su efectividad. Al respecto Garrido Gómez, en comentario que efectúa a la teoría sobre el garantismo jurídico de Ferrajoli, expresa que el referido autor busca precisar un escenario en el cual el derecho no “quede abandonado” a las directrices políticas, para darle a partir de la regulación jurídica, un espacio más extenso al Estado Social de Derecho frente a los deberes de justicia que se tienen sobre amplios sectores de la sociedad que carecen de los más elementales derechos fundamentales<sup>5</sup>.

En resumidas cuentas, la garantía medular de los derechos fundamentales estriba en circunscribir al principio de legalidad la actuación pública del Estado y de quienes se encuentren en una posición de dominio. En este sentido comenta Garrido Gómez, para abundar en lo ya explicado, lo siguiente:

En definitiva, la función más importante del Estado es la de garantizar los derechos fundamentales mediante el respeto del principio de legalidad. En un primer momento, Ferrajoli desea alcanzar una legitimación formal del poder, entendida como el respeto de ese prin-

3. FERRAJOLI, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, p. 63.

4. *Ídem...* p. 64.

5. GARRIDO GÓMEZ, I. (2007). *Derechos fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid: Editorial Dilex, S.L.

cipio, tal legitimidad se comprende en cuanto que todo poder político se ha de subordinar a las leyes, cosa que ha de ser vigilada por jueces independientes aun cuando la realidad demuestre que al Derecho no le es siempre dable cumplir con los valores e intereses que se propone. Sin embargo, la concurrencia de la legitimación formal no es suficiente, ya que tiene que darse <<una legitimación sustancial fundada en el efectivo respeto de los derechos fundamentales y en el cumplimiento de los deberes jurídicos fundamentales por los poderes públicos>>. Con lo que todos los poderes políticos habrán de servir a la garantía de los derechos y asumir los deberes públicos que la Constitución les impone, al tiempo que la mencionada legitimación sustancial requiere un plano de exigencias referido a que los derechos estén realmente protegidos y realizados<sup>6</sup>.

Por último, se debe adicionar a lo precedente, en el ámbito del enfoque del garantismo y el soporte ético-moral de las estructuras jurídicas, lo afirmado por Garrido Gómez, referente a que el derecho no está conformado por elementos adjetivos, pues, de igual manera lo integran aspectos sustanciales representados por valores, principios, creencias y derechos elementales o básicos<sup>7</sup>. Por lo tanto, un Estado éticamente comprometido con los intereses y requerimientos de la sociedad en general, está llamado a ser un reflejo del orden protectivo que demanda una realidad jurídico-social impregnada de esos valores,

principios, creencias y derechos elementales que sirven de horizonte paradigmático al Estado moderno.

### LOS MEDIOS PROCESALES DE PROTECCIÓN Y SU EFICACIA COMO FORMAS TUTATIVAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este punto se hará referencia a dos medios de protección por excelencia de los Derechos Humanos en Iberoamérica: el amparo y la acción de tutela. Se debe partir a los fines de ubicar estos mecanismos en el contexto procesal, de una premisa básica, eso es, atendiendo al alcance y dimensión del principio de la tutela judicial efectiva. En ese sentido, un régimen procesal determinado debe encontrarse acorde con los resultados que de él se esperan, pues, si las formalidades que ciñen un sistema procesal no se hallan en correspondencia con sus objetivos, inexorablemente, se reputa como alejado de una actividad jurisdiccional eficaz.

Por lo expuesto, esa característica de idoneidad o conducencia atribuida a los regímenes adjetivos que esencialmente han de servir para la protección de los derechos fundamentales en caso de desconocimiento o menoscabo de derechos y garantías públicas, se manifiesta en un procedimiento expedito, urgente y diferenciado. Sin perjuicio que, cualquier asunto dirigido a dirimir los derechos en conflictos, sean ulteriormente sometidos a una fase de sustanciación más adecuada con los requerimientos de las respectivas incidencias. Lo cual comporta un análisis más exhaustivo

6. *Ídem...* p. 167.

7. GARRIDO GÓMEZ, I., *ob. cit.*

de las pruebas en las cuales se han de soportar los pronunciamientos de mérito.

Lo anterior nos coloca frente a una diferenciada concepción del proceso. Al respecto Priori Posada, comenta en relación con la clasificación clásica de los procesos (de cognición, de ejecución y cautelar), que esta debe basarse en función del grado de certeza del derecho invocado para su inicio<sup>8</sup>. El autor citado señala lo siguiente:

(...) el derecho procesal contemporáneo ha sido consciente de que existen algunas situaciones que no se encuentran protegidas por los tres tipos de tutela jurisdiccional antes descritos; y que generan serios riesgos para la vigencia de muchas situaciones jurídicas, alguna de ellas consideradas como fundamentales (v. gr. decisiones cautelares); ante ello se ha comenzado a hablar de **tutela diferenciada**. Así se habla de **tutela preventiva** (con su especial tutela inhibitoria) para hacer referencia a la protección jurídica de las situaciones jurídicas ante situaciones de amenaza, de manera que el proceso jurisdiccional actúa antes de que se produzca una lesión, con el propósito, precisamente, de evitar la producción del ilícito, su repetición o continuación; o de **tutela de urgencia** para hacer referencia a aquellos casos en los que la decisión jurisdiccional definitiva tiene que ser dictada de manera inmediata, de lo contrario se produciría una lesión absolutamente irreparable, dicha situación de urgencia no es provocada por la dura-

ción del proceso (lo que distingue de la tutela cautelar), sino por las propias circunstancias en las que se produce la lesión o amenaza en el ámbito de la realidad; así mismo se habla de **tutela anticipada** para hacer referencia a todos aquellos casos en que los efectos de la decisión jurisdiccional se adelantan al momento de la expedición de la sentencia.

En relación con este tema, Ortiz Ortiz, afirma que esa búsqueda de una tutela diferenciada se materializa, entre otras formas, en la necesidad de establecer estructuras procesales urgentes capaces de asegurar la efectividad de la tutela en un tiempo racionalmente adecuado que no tergiverse la praxis misma de la justicia, sustentada en un pronunciamiento oportuno<sup>9</sup>.

Observado lo precedente, en cuanto al proceso urgente, se define como una categoría de sistema procesal en el cual se requiere, dado el objeto de la pretensión, una solución expedita y celeridad. Pues, en caso de tardanza en la respuesta del órgano jurisdiccional, el gravamen que sirvió de motivo a la manifestación del interés procesal del justiciable puede convertirse en irreparable o de difícil reparación. Es decir, una vez activado el aparato jurisdiccional del Estado ante el requerimiento de una tutela cuyo amparo o protección requerida se repute como urgente, la respuesta de la jurisdicción debe materializarse sin ninguna

8. PRIORI POSADA, Giovanni F. (2006). *La tutela cautelar. Su configuración como Derecho Procesal*. Madrid: Ara Editores.

9. ORTIZ ORTIZ, R. (2006). El control judicial de la vía de hecho administrativa. En: el Contencioso Administrativo. En: el Ordenamiento Jurídico Venezolano y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Valencia, Venezuela: Editorial Norma.

incidencia o dilación procedimental, so riesgo de padecer el quejoso un agravio mayor.

Ahora bien, cualquier tutela constitucional de los derechos fundamentales subjetivos se inscribe dentro de la categoría de las situaciones jurídicas que deben, en aras de la efectividad de la actuación jurisdiccional, ventilarse a través de procesos diferenciados. Por ello, se requiere la estructuración de regímenes procesales en los cuales se establezcan idóneas fórmulas anticipadas o autosatisfactivas de solución, y que respondan a un sistema de reconocible celeridad jurisdiccional.

En cuanto lo precedentemente señalado, se debe internalizar la idea según la cual, al menos en una *prima* fase, la tutela constitucional no debe ser un escenario para la disputa de derechos ni para mensurar su alcance. Por lo contrario, debe consistir en un requerimiento protectorio de derechos fundamentales que encuentre su sustento en los razonamientos argumentativos y en la verosimilitud de los elementos probatorios llevados *ad initio* al juez. Los cuales han de ser sometidos al prudente sentido común del juzgador, quien ha de proferir la sentencia perentoria, precauteladora y, se reitera, diferenciada. La cual, si bien ceñida por la urgencia, no está exenta de una debida fundamentación.

Como puede apreciarse, la estructura procesal en un nuevo enfoque teórico de las acciones tuitivas de derechos fundamentales debe ser asemejada a un régimen inyuntivo o monitorio en el cual, en caso de oposición del supuesto agravante, se daría apertura al

procedimiento de sustanciación propiamente dicho, manteniendo en vigentes las medidas precautelativas diferenciadas decretadas al inicio, con vistas a los elementos demostrativos presentados con la solicitud de tutela.

En este sentido, fue obtenido un hallazgo webgráfico en el cual, en relación a dotar, concretamente al amparo constitucional, de las condiciones de un proceso urgente, se comenta:

Por este camino obtendremos la posibilidad de alterar el esquema tradicional del proceso judicial, en donde la relación conocimiento-ejecución se vea trastocada por una inversa que implique protección-conocimiento, de modo tal de concebir un verdadero proceso que no quede desvirtuado por la obtención de una medida (sea cautelar o importe un claro anticipo judicial), sino que reúna todas las condiciones que nuestra ley fundamental requiere y sea eficaz para atender estas situaciones de extrema excepcionalidad, siendo la simiente de una adecuada sistematización del amparo<sup>10</sup>.

En el hallazgo anteriormente referido, igualmente se expresa:

“Por ese motivo es que “el nuevo molde” que proponemos para el amparo debe necesariamente sufrir modificaciones que apunten a estructurar un verdadero proceso urgente, sin ánimo de que con ello se agote su sistematiza-

10. [www.buenastareas.com/temasvariados](http://www.buenastareas.com/temasvariados) (Consultada: 19/01/2013).



ción que creemos necesaria para la contemplación de sus distintas variantes, toda vez pergeñado para darle un correcto andamiaje; de allí la importancia que le atribuimos a las formas al comienzo de este trabajo<sup>11</sup>.

Como puede colegirse, las consideraciones anteriormente transcritas están en armonía con lo hasta ahora expresado en torno a la necesidad de una reinterpretación teórica de los mecanismos procesales de protección de los derechos fundamentales, lo cual no se alcanza con simples buenas intenciones, como se observa en muchas legislaciones de Iberoamérica, sino en la realidad práctica o forense, es decir, en el día a día. Esto, a los fines de revestir de suficiente contenido ético al orden jurídico en que estén insertados esos específicos medios de tutela.

En este orden de ideas, Cairo, en referencia al amparo peruano, efectúa las siguientes consideraciones respecto a la estructura procesal del amparo dispuesta en el nuevo Código Procesal Constitucional, el cual representa un avance notorio de la sistematización requerida por la tutela constitucional de los derechos en atención a sus propósitos garantistas, tanto de los derechos subjetivos esenciales como del Texto Político (rol subjetivo y objetivo del amparo). Comenta el autor citado lo siguiente:

Los procesos de *tutela jurisdiccional ordinaria* contienen los instrumentos necesarios para que el juez obtenga la certeza jurídica acerca

de los hechos que conforman la materia de una discusión. En el proceso civil peruano, por ejemplo, las partes pueden sustentar sus afirmaciones utilizando no solo los medios probatorios específicamente mencionados en el artículo 192 del Código Procesal Civil (declaración de parte, declaración de testigos, documentos, pericia e inspección judicial), sino también todos los auxilios técnicos o científicos no previstos por ese dispositivo que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios (art. 193 del Código Procesal Civil). Sin embargo, la duración de esta actividad probatoria es incompatible con la necesidad de protección inmediata de las personas cuyos derechos constitucionales se encuentran en peligro de sufrir daños irreparables. Por eso, en vista de la necesidad de brindar *tutela jurisdiccional de urgencia*, el juez de amparo abandona la búsqueda de certeza jurídica y dirige su actividad hacia la obtención de una justicia de probabilidades<sup>12</sup>.

Continúa el autor citado, afirmando:

Para cumplir la finalidad de brindar protección inmediata, en los procesos de tutela jurisdiccional de urgencia se utiliza tanto la *sumarización cognitiva* como la *sumarización procedimental*. La *sumarización cognitiva* “hace referencia a la posibilidad de que se dicten resoluciones de actuación inmediata, sin necesidad de llegar a un conocimiento pleno del conflicto” y puede ser *vertical* u *horizontal*. La *sumarización vertical* “se refiere a los casos en los que el juez, para expedir una

11. *Ídem*.

12. CAIRO, O., *ob. cit.*



resolución, escucha a las dos partes sin agotar todo el material probatorio y, en general, sin haber atendido *plenamente* a la posición de ambas partes”. La cognición “se divide, según los grados de profundidad cognitiva a los que ha llegado el juzgador, en *plena, sumaria* o *superficial*. La sumarización cognitiva horizontal, en cambio, “se da cuando el juez solo ha escuchado a una de las partes”, razón por la cual la cognición será *completa* si se ha escuchado a ambas partes, y si solo se ha atendido la posición de una de las partes será *parcial*. La sumarización procedimental, por su parte, “hace alusión a la disminución de plazos, de medios probatorios y otros actos procesales como la concentración de audiencias (de saneamiento, de conciliación, etc.), que se tienen en cuenta en el diseño de un determinado procedimiento”. Tanto la sumarización cognitiva como la sumarización procedimental forman parte del proceso de amparo regulado en el nuevo Código Procesal constitucional peruano, según lo han explicado los autores de este ordenamiento<sup>13</sup>.

Las anteriores consideraciones procesales vienen a constituir un soporte teórico de significación en aras de estructurar el amparo a través de un sistema procesal conteste con las estructuras contingentes y de derecho impetradas a la jurisdicción. Monroy a su vez comenta:

(...) el conocimiento pleno o la certeza no constituye el único mecanismo para otorgar tutela efectiva a las situaciones jurídicas que

son tratadas en el proceso”,...*omissis*... una justicia de probabilidades también resulta permisible en los casos que revisten un cierto carácter de urgencia en su solución (p. e. otorgamiento de medidas cautelares) o que requieren de la conformación de un procedimiento garantizado por el principio de la economía procesal (p. e. actuación inmediata de la sentencia no definitiva)<sup>14</sup>.

En este sentido, Cairo, señala que una de las consecuencias del hecho que el órgano judicial descarte la búsqueda de la certeza jurídica y se enfoque en su ejercicio jurisdiccional en una justicia basada en las probabilidades, consiste en la limitación de las facultades probáticas de las partes<sup>15</sup>. Concretamente, el autor citado trae como ejemplo el contenido del artículo 9° del Código Procesal Constitucional peruano, dicha norma dispone que únicamente son permisibles los medios de prueba que no requieren de actuación, lo cual no es óbice que el juez constitucional dicte autos para mejor proveimiento, sin afectar la naturaleza célere y expedita del procedimiento de protección<sup>16</sup>.

De acuerdo a lo expresado en este punto, no puede concebirse una re-interpretación de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales en Iberoamérica sin pasar por un replanteamiento procesal de los respectivos institutos, a los fines que se establezcan de manera definitiva, real y efectiva, sistemas

13. *Ídem*.

14. MONROY, J. (2007). *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra Editores, p. 296.

15. CAIRO, O., *ob. cit.*

16. CAIRO, O., *ob. cit.*

de urgente tramitación no limitados a lo ostensiblemente previsto en la norma jurídica, y que se conciban como de tal trascendencia, que no resulten vedados por los problemas operativos o de funcionamiento de los órganos de control de la constitucionalidad, cuyas dificultades obedecen la mayoría de las veces a factores estructurales que ameritan soluciones integrales, tanto en lo político como en lo estrictamente burocrático.

Por lo expuesto, cuando se hace referencia a una tutela judicial efectiva, se alude un requerimiento o exigencia que se impetra a la Administración de Justicia para que, por conducto de los órganos jurisdiccionales, se reconozca una pretensión o derecho subjetivo, o en su defecto, se acojan las afirmaciones de hecho aducidas por el pasivamente legitimado, las cuales han sido plasmadas en la defensa. Esa eficacia de la tutela jurisdiccional trasciende la fase cognoscitiva de la relación jurídico-procesal, en el sentido que la jurisdicción debe garantizarla hasta el cumplimiento material de lo decidido, es decir, en su fase de ejecución.

Siguiendo con estas ideas relacionadas con el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, el cual constituye un cimiento ético de cualquier orden jurídico, conforme lo señalado por Monroy, la jurisdicción es un poder, pero al mismo tiempo es un deber, pues, el Estado como titular de ese poder o potestad no puede apartarse en satisfacer su cumplimiento<sup>17</sup>. Afirma el autor citado: <<Basta que

un sujeto de derechos lo solicite o exija, para que el Estado se encuentre obligado a otorgarle tutela jurídica>><sup>18</sup>.

De acuerdo a lo señalado, resalta que la contrapartida de la jurisdicción es el derecho a la tutela judicial efectiva, el cual le asiste a toda persona por el solo hecho de serlo; por lo que la convierte en titular para formular requerimientos o pretensiones al Estado a través de sus órganos respectivos, tanto en sede convencional o graciosa, como contenciosa. Además, ese derecho comporta que la prestación del servicio de justicia se desarrolle en condiciones de efectividad y eficacia. Se debe igualmente destacar, que el derecho a la tutela judicial efectiva posee dos escenarios o contextos relevantes: a) El que le asiste al justiciable antes del proceso y, b) Aquel que goza durante su transcurso o tramitación.

Pues bien, atendiendo la opinión según la cual el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva no se convierta en un simple atributo ostensible en el ámbito del amparo y se agote en lo meramente virtual, urge la ineludible necesidad de hacer de la tutela constitucional de los derechos, como ya fue enfatizado *ut supra*, un mecanismo procesal capaz de trastocar los paradigmas tradicionales y las añejas concepciones que crean de esos mecanismos un régimen procesal contra-tutela, entre otras causas, por la falta de celeridad y economía procesal en el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas, o que hace perenne en el tiempo el menoscabo

17. MONROY, J. (2007). *Ob. cit.*, pp. 454 y ss.

18. *Ídem*.

constitucional y los efectos nugatorios en la esfera de derechos del quejoso.

Basado en lo precedente, uno de los institutos que deben ser adosados a la tutela constitucional de los derechos fundamentales es la ejecución provisional de la sentencia. Según Oteiza y Simón, lo anterior constituye <<...una modalidad de *ejecución* caracterizada, principalmente, por resultar posible pese a que la decisión, título o mérito se encuentre impugnado a través de recursos o pueda ser sometido a ellos>><sup>19</sup>.

En este sentido, en el contexto del régimen procesal del amparo se plantea que exista un primer fallo provisional, el cual operaría como respuesta inmediata para la restitución de la situación jurídica infringida, previo a una segunda fase del procedimiento en el cual se desarrolle el contradictorio, la sustanciación y decisión definitiva, es decir, como se expresó *ut supra*, semejante a un interdicto o procedimiento monitorio. Asimismo, ese fallo definitivo fungiría como una medida cautelar de efectividad eventual frente a cualquier pretensión autónoma dirigida a reparaciones indemnizatorias, si ese fuere el caso.

El investigador es del criterio que el ejercicio de cualquier pretensión autónoma de indemnización por daños indicada en el párrafo anterior, debido a carecer del propósito de proteger derechos fundamentales y la necesidad de evitar la perpetuidad de la vigencia de

los efectos de cautela eventual que tendría la sentencia definitiva y firme de amparo, debe estar sometida a un término extintivo de prescripción.

Siguiendo a Cappi, se debe resaltar, en cuanto lo precedentemente señalado en torno a la ejecución provisional de la sentencia, que "...en realidad la ejecución no es provisoria; lo provisorio es el título"<sup>20</sup>. Se refiere, en síntesis a un atributo dado a la sentencia jurisdiccional una vez, en el contexto explanado, concluya el juicio de amparo. A través de esta sentencia se le otorga a la decisión estimatoria no únicamente efectos restablecedores sino propiamente cautelares, se reitera, ante una futura pretensión por los daños ocasionados con la lesión. Siendo los efectos de dicho fallo provisionales, instrumentales, transitorios y, como se dijo, de efectividad eventual.

Por último, el fundamento del atributo concedido a quien obtuvo una sentencia favorable de amparo, no es más que el reconocimiento de un derecho fundamental y de una lesión a la esfera de derechos de un particular, lo que es de impostergable restauración. Lo anterior, en el curso de un proceso en el cual la causa resultó sustanciada y decidida debidamente, en ejercicio de una *perpetuo jurisdictione*.

## CONCLUSIONES

Si bien se está de acuerdo con Bobbio, en el sentido que no es factible que frente a una

19. OTEIZA, E. y SIMÓN, L. (2008). "Ejecución provisional de la sentencia civil". En: *Derecho Procesal*. XX Jornadas Iberoamericanas. Lima, p. 520.

20. CAPPI, F. (1977). *La Provisoria Esecutorieta Della Sentenza*. Milán, p. 6.

obligación de carácter moral exista un derecho o exigencia subjetiva legal, debido a que un deber moral solo puede generar un derecho moral<sup>21</sup>, sin embargo dicho autor señala lo siguiente:

Lo que para los juristas es un *ius imperfectum* puede ser un *ius perfectum* desde el punto de vista moral. Sé bien que una tradición milenaria nos ha habituado a un uso restringido del término *ius* limitado a un sistema normativo que tiene una fuerza vinculante mayor que la de los demás sistemas, morales o sociales, pero cuando se introduce la noción <<derecho moral>>, se introduce necesariamente también la correlativa <<obligación moral>>. Tener un derecho moral en relación con alguien significa que hay alguien que tiene una obligación moral frente a mí<sup>22</sup>.

Los derechos fundamentales, desde su dimensión subjetiva y objetiva, representan una forma de derecho moral y de obligación moral por parte de las instituciones y estructuras jurídicas del Estado Social de Derecho Democrático y de Justicia. Además, la existencia de normas reconocedoras y tuitivas de los derechos elementales, así como las reglas garantistas que posibilitan su ejercicio y exigencia, redundan de alguna manera ese compromiso ético que subyace en los elementos reguladores y en sus estructuras se reconocen Derechos Humanos, y se dispone su garantía tanto sustantiva como procesal.

21. BOBBIO, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema, p. 125.

22. BOBBIO, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.

En este sentido, Serpe señala que los derechos fundamentales en un principio se apoyan en un *ómnium*, es decir, en la aceptación o “consenso de todos”. Sin embargo, ese elemento medular de los derechos fundamentales va más allá del consenso y de la adhesión, estos se sostienen en la conciencia moral de un Estado, de sus institutos y en un ordenamiento jurídico garantista, el cual encuentra su verdadera legitimación en lo ético más que en la propia aceptación por todos<sup>23</sup>. Es esa conciencia ética la que refleja la razón de ser de cualquier consenso legitimador por todos<sup>24</sup>.

Por último, en virtud de lo anteriormente considerado, el sostén ético y moral de un régimen jurídico y político se cimienta, primordialmente, en el reconocimiento que su derecho interno haga respecto a los derechos humanos y el establecimiento de garantías idóneas o conducentes para precaver su libre ejercicio. Asimismo, esa legitimidad ética se ve robustecida en virtud de los mecanismos procesales que se inserten en las estructuras normativas, a los efectos de hacer pasible su protección en caso de agravio y remediar la situación jurídica infringida al estado anterior a la lesión. Lo anterior, como se ha sostenido a lo largo del presente artículo, de manera célere, expedita y diferenciada.

23. SERPE, A. (2011). “Derechos, definiciones, generaciones. Vías de una reflexión”. En: *Revista Opción*, año 27, No. 66. Leonardo Da Vinci Universidad, Chieti. La Universidad G. d’Annunzio, Chieti-Pescara.

24. SERPE, A. (2011). “Derechos, definiciones, generaciones. Vías de una reflexión”. En: *Revista Opción*, año 27, No. 66. Leonardo Da Vinci Universidad, Chieti. La Universidad G. d’Annunzio, Chieti-Pescara.

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema, 1991.
- CAIRO, O. “Instituciones Procesales para la Tutela de Urgencia del Amparo en Iberoamérica”. En: *Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*. Lima, 2008, pp. 107-161.
- CAPPI, F. *La Provisoria Esecutorieta Della Sentenza*. Milán, 1977.
- FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- GARRIDO GÓMEZ, I. *Derechos fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid: Editorial Dilex, S.L., 2007.
- MONROY, J. *La Tutela Procesal de los Derechos*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- ORTEGA ORTIZ, R. *El control judicial de la vía de hecho administrativa. En el Contencioso Administrativo. En el Ordenamiento Jurídico Venezolano y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Valencia-Venezuela: Editorial Norma, 2006.
- OTEIZA, E. y SIMÓN, L. “Ejecución provisional de la sentencia civil”. En: *Derecho Procesal. XX Jornadas Iberoamericanas*. Lima, 2008.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ. “El tiempo de los derechos”. En: el prólogo de la obra de Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema, 1991.
- PRIORI POSADA, Giovanni F. *La tutela cautelar. Su configuración como Derecho Procesal*. Madrid: Ara Editores, 2006.
- SERPE, A. “Derechos, definiciones, generaciones. Vías de una reflexión”. En: *Revista Opción*, Año 27, No. 66. Leonardo Da Vinci Universidad, Chieti. La Universidad G. d’Annunzio, Chieti-Pescara, 2011.