

X Jornadas Ítalo-brasileño-hispánicas

Límites a la actividad creativa del juez (*I limiti all'attività creativa del giudice*)

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

RECIFE, 14 Y 15 DE SEPTIEMBRE DE 2017

Red Brasil-España-Italia del Derecho Público (www.redbrites.com)

PRESENTACIÓN:

Las Jornadas Ítalo-brasileñas-hispánicas llegan en su décima edición, alternando su realización entre Italia, España y Brasil y congregando a experimentados profesores investigadores de la Red Brasil-España-Italia del Derecho Público (www.redbrites.com). El tema de las X Jornadas que será discutido en Recife se refiere a los límites de la actividad creativa del juez y fue pensado y elegido en una reunión celebrada en la ciudad de Madrid en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Senado en septiembre de 2016. En dicha reunión la representación por el Brasil fue hecha por los profesores Fernando Scaff (USP), Luiz Alberto David Araujo (PUC-SP) e Marcelo Labanca (UNICAP); por Itália, Roberto Romboli (Universidade de Pisa), Paolo Caretti (Universidade de Florença), Antonio Ruggeri (Universidade de Messina) e Sandro Staiano (Universidade de Napoli) y por España : Revenga Sanchez (Universidade de Cadiz) e Luis Aguiar de Luque (Carlos III de Madri). En aquél momento, hemos decidido por el tema de los límites en la actividad creadora del juez, ya que es un tema común a los tres países involucrados en las jornadas. De hecho, más allá de ser un aplicador de las leyes, el papel del juez creció en importancia y significado desde el momento en que empezaron a interpretar directamente la Constitución, profundizando normas, que por su textura abierta, contienen numerosas posibilidades de interpretaciones. Por otro lado, el empoderamiento del juez trajo reflexiones sobre los límites de su actuación en la interpretación y la concreción de los derechos.

El evento tendrá la siguiente estructura: 3 sesiones, cada una con tres temas de discusión. En cada sesión deben hablar opositores de los tres países, además de los comunicantes / intervenciones programadas. Al final, un docente se encargará de hacer la síntesis y presentar sus contribuciones al tema. En continuación, es posible identificar el marco de las sesiones y sus desdoblamientos, con puntos ejemplificantes para la conducción del debate. Sería interesante escuchar del docente/opositor cuál es la experiencia y la fase/nivel de la discusión en su país y identificar los límites al poder creativo del juez.

Siguiendo una práctica de los nueve encuentros antecedentes, la X Jornadas Ítalo-brasileño-hispánicas está así estructurada::

MODELO DE LA JORNADA :

La estructura del evento está organizada en 3 sesiones. Para cada una de las tres sesiones, habrá:

1. Un Presidente: Docente responsable de las presentaciones de los ponentes, conducción de los debates y mediación, así como por la presentación del propósito de la mesa y temáticas del debate.

2. Tres Opositores (uno de cada país): Investigadores que presentarán una conferencia sobre el tema propuesto en la mesa. Tiempo estimado para cada conferencista: de 30 a 40 minutos.

3. Un Relator del resumen para cada turno: docente responsable de hacer un resumen y analizar articuladamente los diversos puntos abordados por los 3 conferencistas de países diferentes, presentando también su contribución al tema. Tiempo estimado para el ponente: de 20 a 25 minutos.

4. Comunicadores / intervenciones programadas: Docentes previamente indicados para presentar comunicaciones y debatir sobre los temas de las mesas con el fin de profundizar el debate y, también, exponer contrapuntos al que fueron hablados por los conferencistas. Tiempo estimado para cada comunicante: de 10 a 15 minutos

PROGRAMACIÓN Y MODELO DEL DEBATE:

<p>Apertura y bienvenida: Por la Universidade Católica de Pernambuco, Prof. Gustavo Ferreira Santos. Coordinador de Área – CAPES: El proceso de la Internacionalización de la investigación en Derecho (14/09. 14hs)</p>

<p>PRIMERO TURNO : Los límites “internos” a la actividad del juez (14/09, das 14:30h às 18:00h)</p>
--

Prima sessione: I limiti “interni” all’attività del giudice, ossia i limiti che derivano al giudice dal rispetto del testo e dei criteri tradizionali della interpretazione del diritto (come specificato nello Schema di questa sessione: 1. tecniche interpretative, sentenze interpretative e additive, 2. il valore del precedente 3. La disapplicazione a seguito

di interpretazione conforme al diritto sovranazionale.

Composición de la mesa:

Presidente: Gustavo Ferreira Santos (UNICAP)

Ponente (Itália): Paolo Caretti (Universidade de Florença, Itália)

Ponente (Brasil): Antônio Maués/Breno Baía Magalhães (UFPA)

Ponente (España): Miguel Revenga (Universidade de Cádiz)

Relator del resumen: Jacinto Nelson de M. Coutinho (UFPR)

Temas de las oposiciones:

LÍMITES JURÍDICOS A LA ACTIVIDAD CREATIVA DEL JUEZ

a) las técnicas de decisión

b) la cuestión de los precedentes

c) la no aplicación de la ley y de normas supranacionales/internacionales

OBS: El participante debe traer la imagen y experiencia de su respectivo país en relación a:

a) aspecto esencial de la legislación sobre el tema, si existe

b) experiencia de las Cortes

c) (im) posibilidad de responsabilización del Estado / Juez por la actividad interpretativa

El poder creativo del juez encuentra límites que pueden ser extraídos del ordenamiento jurídico, principalmente bajo el punto de vista de las cuestiones relacionadas a la construcción de la “decisión”. Así, un primer punto a ser abordado serían las técnicas de decisión que valoran la actividad interpretativa del juez. Véase el ejemplo de la sentencia interpretativa de desestimación o rechazo, cuando la Corte, a fin de evitar una declaración de inconstitucionalidad, declara infundada la cuestión constitucional, suministrando una interpretación de la ley que sea compatible con la Constitución. En ese campo están también las sentencias aditivas del principio: cuando la declaración de inconstitucionalidad tiene lugar, pero la Corte no procede a la sustitución de la norma impugnada por otra directamente aplicable al caso: ella sólo menciona el principio que debe ser utilizado para la solución del caso concreto. ¿Cuáles son los límites a la actividad creadora del juez delante de una norma declarada inconstitucional por la Corte en una sentencia aditiva de principios?. ¿El juez puede crear la norma en el caso concreto, a partir del principio, o debe esperar al legislador? En ese caso, ¿el legislador y el juez quedan paralizados? ¿Cuáles son los límites a los que el juez debe atenerse al juzgar de acuerdo con el principio utilizado por la Corte en el juicio de la cuestión constitucional?

El punto de discusión, en relación al uso de precedentes, pretende analizar si sería posible que el juez pueda obviar un precedente establecido por él mismo o por la Corte Constitucional, practicando un **overruling**. Considerando que la aplicación del precedente no es automática, es necesario interpretar los casos ya juzgados. En ese sentido, ¿Cómo se realiza el **distinguishing** por el juez y cuáles son las formas de control? ¿Cuáles son las formas de superación del precedente para que el juez traiga algo nuevo, del punto de vista del cambio de la jurisprudencia? Ese proceso de superación de precedentes comporta la participación de otras personas más allá de aquellas que litigan en un proceso?

Un tercer punto a ser abordado por la mesa está relacionado con el procedimiento utilizado por el juez para la resolución de un caso concreto utilizando su facultad de no aplicar una determinada norma cuando entiende que pudiera ser incompatible con la Constitución, pero,

¿eso es posible por el Juez constitucional u ordinario? En los países que adoptan un sistema difuso, ¿la no aplicación ocurre solamente en relación a la Constitución, o también a las normas supranacionales o internacionales? ¿La no aplicación de la norma para la utilización del derecho supranacional permite al juez crear una solución normativa inexistente para el caso concreto?, y ¿qué ocurre en el supuesto de la no aplicación de una norma nacional que es compatible con la Constitución pero incompatible con una norma supranacional?

SEGUNDO TURNO: Os limites “externos” à atividade jurisdicional (15/09, das 8:30h às 12:00h)

I limiti “esterni” all’attività giurisdizionale: 1. La dimensione culturale e la evoluzione dei costumi; 2. Il rapporto con la opinione pubblica (“la giustizia è amministrata in nome del popolo”). 3. I limiti derivanti dal “costo” delle sentenze

Composición de la Mesa:

Presidente: Aldacy Rachid Coutinho (UFPR)

Ponente (Itália): Francesco Rigano (Universidade de Pavia)

Ponente r (Brasil): Marcelo Labanca/João Paulo Allain (UNICAP)

Ponente (España): Ascención Elvira (Universidade Carlos III de Madri)

Relator del resumen: Alfredo Copetti (UNIOESC)

Temas de las oposiciones:

1 La dimensión cultural y la evolución de los costumbres.

2La relación con la opinión pública

3Los límites que derivan del coste de la decision

OBS: El participante debe traer la imagen y experiencia de su respectivo país en relación a:

a) aspecto esencial de la legislación sobre el tema, si existe

b) experiencia de las Cortes

c) existencia de puntos de interacción entre juez y grupos sociales / medios que puedan influir en la formación del acto decisorio

El primer punto remite a la idea de Constitución como fruto de un proceso abierto donde diversos intérpretes pueden actuar en la construcción plural del significado del texto. Se parte de la premisa de que el texto de la norma no se confunde con la propia norma, que es el producto de la interpretación del texto junto a la interpretación de hechos, contextualizados en una atmósfera cultural. El aspecto cultural de una sociedad no puede, por lo tanto, ser desconocido como elemento de dimensión pública para la construcción de la propia idea de la Constitución. Una dimensión cultural de la Constitución termina evitando el arbitrio en el proceso interpretativo. En ese sentido, esa dimensión cultural puede funcionar tanto como límite cuánto como incentivo al poder creativo del juez. Por ejemplo, hay países

donde los jueces y tribunales no reconocieron el matrimonio entre personas del mismo sexo bajo la alegación de la formación cultural heterosexual y patriarcal. Es posible, por otro lado, identificar jueces que se basan en dimensiones culturales para ejercer la actividad creativa, densificando derechos. Esa cuestión se hace más patente cuando se observa, en un único Estado, diversidades culturales que exigen soluciones no homogéneas, o sea, aspectos regionales culturales que no pueden ser desconocidos en el proceso decisorio. Por eso, se pregunta: ¿Cuál es la relación entre la cultura y la Constitución?, ¿Puede el juez decidir sin tener en consideración las particularidades culturales? ¿Cómo se puede compatibilizar un sólo derecho para situaciones culturales diferentes?. ¿Es posible controlar la actividad creativa del juez con argumentos de justificación basados en dimensiones culturales?

El segundo punto de discusión está relacionado con el tema de la relación entre el juez y la opinión pública o los medios de comunicación. Si la actuación de una Corte Constitucional respeta el sentido u opinión mayoritaria, entonces no hay necesidad de que reciba la aprobación o se someta al escrutinio de la opinión pública. Sin embargo, nos preguntamos hasta qué punto el juez ejerce su actividad creativa sin importarle la opinión pública representada por los medios de comunicación. Esta cuestión pasa por analizar el nivel de exposición del juez y de la decisión que él dictó. Eso interfiere sobremanera en una posible interferencia mediática. Podemos articular algunas preguntas para centrar los términos del debate: la opinión pública cómo ha de saber de qué forma un juez resolvió un caso? En las jurisdicciones colegiadas, ¿se puede decir que los dictámenes de los jueces son adoptados individualmente, en la plantilla del *seriatim opinio*, o son una expresión unitaria de la Corte?

El tercer punto se relaciona con los derechos sociales o aquellos que su efectividad depende de una actuación positiva por parte del Estado. Aún sabiendo que no hay derechos sin costes, los de libertad presuponen una actuación negativa del Estado, al contrario de otros derechos sociales que exigen prestaciones materiales que pueden bloquearse en disposiciones presupuestarias. De esta forma, se cuestiona en qué medida los costes de los derechos imponen un límite al poder creativo del juez. Considerando la existencia de un derecho con fundamento constitucional, ¿sería posible concretarlo en dimensiones que impliquen la necesidad del Estado para aportar recursos materiales? Para aplicar su decisión, ¿el juez puede ejercer control sobre cláusulas presupuestarias? ¿Puede la actividad creativa del juez convertirlo en un *policy maker*, controlando las políticas públicas del Estado, sea en el nivel local, regional o nacional? Ese segundo punto de vista, básicamente, debatir si los costes por el ejercicio de la función creativa del juez son, o no, llevados en consideración y cuál es el tratamiento jurídico dado a esa cuestión..

TERCERO TURNO: La relación entre el Juez y el Legislador (15/09, das 14:30h às 18:00h)

- *Terza sessione: Il rapporto tra Giudice e legislatore: 1. La inerzia del legislatore e la distinzione tra “diritti costituzionali” e “diritti legali”. 2. Il principio di separazione dei poteri (ed il problema dell’“ultima parola”). 3. Le garanzie di indipendenza della magistratura e la possibilità della stessa di essere qualificata come “potere dello stato” (anche immunità della politica)*

Composición de la mesa:

Presidente: Francisco Sérgio Rocha (UFPA)

Ponente (Itália): Sandro Staiano (Universidade de Napoli)

Ponente (Brasil): Celso Campilongo (USP; PUC-SP)

Ponente (España): Maria Gema Rosado Iglesias (Univ. Carlos III de Madri)

Relator del resumen: Eduardo Rocha Dias (UNIFOR)

Temas de las oposiciones:

1. La inercia del legislador y la distinción entre "derechos constitucionales" y "derechos legales"
2. El principio de separación de poderes (y el problema de la "última palabra").
3. Las garantías de independencia de la magistratura y la inmunidad de la política

OBS: El participante debe traer la imagen y experiencia de su respectivo país en relación a:

- a) surgimiento de nuevos derechos, ante la inercia del legislador
- b) formas de superación, por el Legislativo, de decisiones de la Corte Constitucional
- c) en qué medida el tratamiento constitucional de la garantía de la magistratura y de la inmunidad de la política interfieren en la relación entre los dos poderes.

La concretización de los derechos puede realizarse por el legislador en el ejercicio de su función, sea constitucional o infraconstitucional y también por el juez. El poder del creador de jueces. El poder creativo del juez, mucho en función de su capacidad de buscar un fundamento constitucional o incluso legal para la concreción de un derecho, puede manifestarse de manera más evidente ante una inercia del legislador. Cuando el legislador elabora una ley, realiza una elección que puede ser examinada por el juez, incluso bajo el escrutinio de la interpretación conforme. Sin embargo, cuando el legislador no legisla, sea porque es inerte o porque elige no legislar, no se deja al juez un parámetro de fundamento legal que no sea el constitucional de términos abiertos. Cuando el legislador legisla, hace una elección que puede ser examinada por el juez, incluso bajo el escrutinio de la interpretación conforme.

Así, Se ese primer punto relacionase con los nuevos derechos y los límites a lo reconocimiento por medio de una creación judicial ante la inercia del legislador. La expresión "nuevos derechos" no significa que el poder judicial pase a crear derechos "desde cero", sin conexión alguna con la Constitución o con las leyes ya existentes. Finalmente, la posibilidad del juez de concretar normas no dispensa al Poder Legislativo de su papel de elaboración normativa. Por lo tanto, la construcción de nuevos derechos por el proceso judicial (cuando están conexos con los movimientos sociales de protesta colectiva) debe evaluarse de manera distinta, en caso de haber o no una norma elaborada por el legislador, sea constitucional o infraconstitucional. Sin embargo, cuando el legislador no legisla, sea porque es inerte o porque elige no legislar, no se deja al juez un parámetro de fundamento legal que no sea el constitucional de términos abiertos. Cuando el legislador legisla, hace una elección que puede ser examinada por el juez, incluso bajo el escrutinio de la interpretación conforme. En este contexto de movimientos sociales o de protesta colectiva, cabe preguntarse si es posible afirmar que la construcción de nuevos derechos puede asociarse con los movimientos sociales organizados. ¿Habrán espacios legales para las actividades de estos movimientos y de interferencia en el proceso de toma de decisiones como, por ejemplo, actuar como *amicus curiae* en las decisiones colegiales? ¿El juez está autorizado a crear nuevos derechos o debe el juez esperar a que el legislador actúe?, ¿qué ocurriría si el juez o el legislador no actúan y

quedan inerte, o cuando el derecho no ha sido desarrollado normativamente, pero se basa en la propia Constitución (derechos constitucionales)?

Un Segundo punto es el poder creativo del magistrado puede ser constreñido por cuestiones institucionales que envuelvan la relación entre los Poderes. En ese campo, se sitúa el tema de los diálogos institucionales, principalmente la relación entre la Corte y el Poder Legislativo. No se puede negar la diferencia entre el papel desempeñado por la Corte y por el Poder Legislativo. Evidentemente, son órganos distintos y con procesos de legitimación bastante diferenciados. Sin embargo, la diferenciación se da en el ámbito de la creación positiva y negativa del ordenamiento jurídico. Cuando una Corte declara la inconstitucionalidad de una norma, en la práctica está anulando una actividad política emanada del Parlamento. ¿Sería posible, entonces, que el parlamento pudiera desconsiderar la decisión de la Corte?. La idea de que la Constitución es aquello que la Corte dice, ya no atiende más a las complejidades del ordenamiento jurídico de los países occidentales, que colocan la Constitución como eje gravitacional del Estado y sociedad. ¿Es posible afirmar que el juez tiene la última palabra? Como en Canadá, con *anotwithstanding clause*, ¿los sistemas de Justicia Constitucional pueden sufrir restricciones provenientes del Poder Legislativo?. La declaración de inconstitucionalidad, ¿paraliza la función legislativa, o el Legislativo puede limitar o dejar sin efecto la actuación creativa del juez?. ¿El legislador puede rehacer una norma declarada inconstitucional por la Corte?. ¿Cuáles son las relaciones institucionales entre la Corte y Legislativo que pueden servir como freno a la actuación del juez constitucional?. ¿Cual es el espacio de actuación que el Legislativo tiene en una cuestión ya decidida por la Jurisdicción Constitucional?. ¿Puede el Legislativo crear una norma contradictoria con una decisión de la Jurisdicción Constitucional? Que limites el Legislativo puede imponer la posteriori a la interpretación ya realizada pela Corte?

Como tercer punto, la cuestión relativa a la garantía de la independencia del Poder Judicial, o sea, en países con Supremas Cortes, como es el caso de Brasil, el Supremo Tribunal Federal hace parte del Poder Judicial., pero en el caso italiano, la Corte Constitucional no hace parte de la Suprema Magistratura. Así, la idea de la separación de los poderes podría relativizarse en razón de que un Tribunal Constitucional no perteneciera al Poder Judicial? Otra cuestión es la inmunidad de la política, como un instrumento que protege al legislador y el proceso legislativo de elaboración normativa en actos no sindicales al Poder Judicial. El régimen jurídico de la independencia de la magistratura puede imponer una línea de frontera entre el Poder Judicial y Legislativo más o menos permeable.

RELATOR GENERAL DEL ACTO DE CLAUSULA DE LAS X JORNADAS: Paolo Caretti
(Universidade de Florença)

COMUNICANTES / INTERVENÇÕES PROGRAMADAS

Roberto Pinardi (Universidade de Modena, Itália)

Fernando Scaff (USP/UFPA)

Cintia Araujo (U. Federal de SP)

Luis Alberto David Araujo (PUC-SP)

Glauco Salomão Leite (UNICAP)

Andreas Krell (UFAL)

José Luiz Bolzan de Moraes (UNISINOS)

COMUNICACIONES

Las comunicaciones de las oposiciones deberán enviarse hasta el 08 de septiembre, para su distribución a todos los participantes y la inserción en el sitio web redbrites.

Al fin de la X jornada habrá un plazo no mayor de 2 meses sua finalização, é concedido um prazo de 2 meses, para los ajustes en los textos que serán publicados en el libro que representará los debates de la Jornada.

OBS: Todos poderão escrever artigos com a mesma indicação de páginas, independentemente da posição ocupada no evento.

UBICACIÓN:

Universidade Católica de Pernambuco, Auditório G4 do Programa de Pós Graduação em Direito.
Dirección: Rua do Príncipe 526, Recife, Pernambuco.

HOTEL

Todos los participantes de las X Jornadas serán alojados en el **Atlante Plaza Hotel**, ubicado en la Av. Boa Viagem, 5426 - Boa Viagem, Recife - PE, 51030-000, con las fechas de permanencias pagas hasta la fecha siguiente a clausula de la jornada (salida: 16 de septiembre). Los participantes que deseen permanecer en las fechas tras el cierre de la jornada (después del 16/09), deben gestionar directamente con el hotel, a un costo de R\$ 250,00 (doscientos cincuenta reales) a diario. Este pago deberá ser gestionado personalmente por cada huésped cuando esté en Recife (no es necesario enviar datos de tarjeta de crédito por adelantado).

COMIDA

La organización de la jornada será responsable por los gastos del almuerzo y de la cena del jueves, día 14/09, y del almuerzo del viernes 15 de septiembre.

La cena del viernes, día 15 de septiembre, será de confraternización y habrá un costo por participante de R \$ 110,00 (ciento y diez reales).

TURISMO

El sábado 16, será gestionada una visita guiada hacia Olinda, ciudad histórica, con a la agencia de turismo oficial del evento, PontesTur. En el primer día del evento, habrá una una lista para el apunte

de los interesados, enviándose a la agencia de turismo el informe del presupuesto en razón de la cantidad de personas.