

DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

*A Peter Häberle, homenaje cordial en
su sexagésimo quinto aniversario.*

SUMARIO: 1. Planteo del tema. 2. La vertiente europea. 3. El debate sobre los tribunales constitucionales. 4. La experiencia latinoamericana. 5. Aparición del debate doctrinario. 6. ¿Una nueva disciplina? 7. ¿Derecho jurisdiccional constitucional? 8. Una muestra de las variantes latinoamericanas. 9. Los contenidos del derecho procesal constitucional. 10. La enseñanza del derecho procesal constitucional. 11. Un *syllabus* tentativo. 12. Oteando el horizonte.

1. Planteo del tema

El problema de la jurisdicción constitucional, tal como lo conocemos hoy en día, se remonta en realidad a principios del siglo XVII, cuando el célebre juez Edward Coke, en el caso del Dr. Thomas Bonham, afirmó que el derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, abriendo así el paso para lo que posteriormente fue el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, esta postura de Coke, fuertemente anclada en un pensamiento jusnaturalista, y que en cierto sentido fuera divulgada por William Blackstone ¹, fue ampliamente conocida por los abogados de las colonias inglesas de ultramar.

Pues bien, el temprano atisbo del juez Coke iba a quedar pronto en el olvido y ser desterrado de la práctica judicial inglesa durante siglos, actitud que ha persistido hasta hace muy poco tiempo, cuando la Gran Bretaña, incorporada a la Unión Europea a mediados de los años setenta de este siglo, tuvo que revisar su vieja teoría de la soberanía del Parlamento, hoy bastante matizada. Pero si bien la tesis fue dejada de lado en las Islas Británicas, encontró camino fértil en las colonias, alimentadas por una tradición jusnaturalista y lectora de los teóricos de la Ilustración, sobre todo de Locke y Rousseau. Esta actitud jusnaturalista fue, sin lugar a dudas, la base de la resistencia norteamericana frente a la metrópoli inglesa y la causa de su posterior independencia (si bien es cierto que un problema de naturaleza tributaria fue lo que movió a los norteamericanos a actuar frente a los abusos de la Corona, aun cuando sólo pudieron encontrar sustento teórico a sus pretensiones en tales planteos jusnaturalistas).

El control constitucional de las leyes, lo que en la tradición norteamericana se llama *judicial review*, o sea revisión judicial, aun cuando de su traducción nada pueda desprenderse (como suceda con la gran mayoría de los términos jurídicos ingleses), está, pues, presente en las colonias, y da sustento a la lucha que mantienen con la Corona, y también existe en la práctica de algunas de ellas; pero curiosamente, no es aceptada en la Convención de Filadelfia de 1787, que fue la que sancionó la Constitución que todavía los rige. Es decir, no empece que el control judicial fue un tema contemplado y discutido en las sesiones de Filadelfia; al final no fue aprobado por los convencionales.

Por eso es que el planteo de Marshall, en su famosa sentencia de 1803 en el caso «Marbury vs. Madison», no deja de sorprender vistos los antecedentes, ya que tal tema fue dejado de lado por la

constituyente pero retomado hábilmente por Marshall, quien de esa manera pretendió salir de un aprieto político en el que lo había colocado la nueva administración, a cargo del presidente Thomas Jefferson.

A fin de comprender cabalmente la situación de Marshall, cuyo genio jurídico está fuera de toda discusión, hay que recordar que Marshall se encontraba arrinconado, que demoró en resolver el caso dos largos años, y que al final no le dio la razón ni al demandante ni al gobierno sino que se fue por la tangente, apelando al principio de supremacía sobre la ley de judicatura de 1789. Ahora bien, sentado el principio de que los jueces podían controlar la constitucionalidad de las leyes, llama la atención que nada hubiese pasado entonces, y que no hayan existido reacciones aparentes contra tal fallo. Pero cabe imaginar que algo tuvo que repercutir en los círculos gubernamentales, y lo más probable es que el gobierno no expresase públicamente su desagrado, ya que el fallo lo beneficiaba, motivo por el cual el principio quedó así sentado, y en forma definitiva. Pero que tal sentencia provocó un verdadero terremoto en las altas esferas del gobierno es algo que no puede descartarse, ya que el juez Marshall nunca más volvió a utilizar el control constitucional y jamás volvió a inaplicar una ley durante su larga carrera judicial, que duró hasta 1835. Esto es, desde 1803, año en que se da el fallo «Marbury vs. Madison» hasta 1835, que es un lapso de 32 años, el Juez Marshall no volvió a invocar tal principio sino que, por el contrario, se dedicó a reafirmar el naciente derecho norteamericano y a ratificar las prerrogativas del Congreso (si bien lo hizo muy sutilmente). Aún más, el control judicial sólo es vuelto a utilizar en 1857, en el caso «Dred Scott vs. Sandford», bajo otra Corte y con otro presidente, el juez Tanney, y sólo empieza a tener cierta importancia a fines del siglo pasado. Y tan solo durante la llamada *revolución constitucional* en la época de Roosevelt, ya en pleno siglo XX, el principio se afirma, y en puridad de verdad el caso «Marbury vs. Madison» se vuelve un auténtico *leading case* (es decir caso líder, que orienta y sirve de fundamento a lo que viene después).

De lo expuesto se desprende que, basada en viejos preceptos ingleses, alguna aislada experiencia inglesa que luego se desarrolló en las colonias americanas, enunciada nítidamente en 1803, con un discreto desarrollo durante el siglo XIX, la *judicial review* recién se afirma a mediados de los años veinte, y así continúa hasta nuestros días. Y es a partir de esta época que se hacen planteos de largo alcance sobre el control judicial, como puede verse en la extensa obra de Corwin ² hasta los trabajos más recientes y de aliento de Alexander M. Bickel ³ y John H. Ely ⁴. Ahora bien, lo importante del modo sajón, de base judicial y creado a través de décadas, es que no ha provocado un enfoque teórico independiente, como ha sucedido en otras partes y en especial en relación con el modelo europeo. Esto es, la *judicial review* es un tema que se analiza dentro de aquellos destinados al proceso o a lo constitucional, y por cierto, está presente en todas las demás áreas del derecho, ya que la *judicial review* se hace a través de cualquier proceso, ante cualquier juez, en cualquier instancia y tratándose de cualquier materia. Es algo así como un principio constitucional, que se hace efectivo a través de los jueces, y cuando está en juego cualquier interés.

Aún más, la doctrina norteamericana no parece mayormente interesada en el tema, y lo trata abundantemente, pero sin mayores pretensiones y mayoritariamente dentro del área constitucional. Y esto puede explicarse perfectamente dentro del *common law*, que como sabemos ha tenido su propia evolución y tiene sus propias características, que lo han convertido en uno de los sistemas jurídicos actualmente existentes. Los comparatistas señalan que en Occidente existen en realidad dos familias jurídicas, el denominado *common law* y el sistema romano-civilista o romano-canónico-germano, al que por comodidad podemos llamar *sistema romanista*. Por tanto, el sistema del *common law*, rico en contenido y con caracterizaciones notables, es ajeno en lo estructural a los sistemas romanistas, lo cual puede explicar cómo, si bien se ha teorizado sobre la *judicial review*, no se ha hecho ningún esfuerzo por crear una disciplina o rama jurídica autónoma a partir de este hecho.

Las consideraciones precedentes se han centrado en el aspecto de la *judicial review*, que es el control orgánico del poder, y *mutatis mutandi*, podrían extenderse a la defensa de los derechos humanos, cuyos instrumentos protectores, a través de los numerosos *writs* ingleses existentes, se remontan al siglo XIII y aún antes.

2. La vertiente europea

Lo que he señalado en el punto anterior, es, en forma sucinta, la aparición del tema del control constitucional que se dio en el mundo sajón, y allí se desarrolló durante las últimas décadas en forma cada vez más creciente y compleja.

Este modelo fue prontamente conocido por la intelectualidad europea, y fueron muchos, empezando por Alexis de Tocqueville, los que divulgaron el sistema, que, si bien conocido y admirado, no fue seguido. Y esto por varias razones:

a. Cuando Estados Unidos surge como nación, lo hace como república y además democrática, entendiéndose por esto que los titulares de las demás principales ramas del gobierno eran elegidos por el voto popular. En Europa lo que existían eran monarquías, la mayor parte de ellas de carácter absoluto y casi siempre autoritarias.

b. Por cuanto el sistema jurídico sajón, de acuerdo a sus orígenes, nació y se desarrolló como obra de los jueces, quienes construyeron jurisprudencialmente las bases del derecho inglés, y sobre éste hicieron lo propio las colonias norteamericanas. En Europa, por el contrario, los jueces eran mal vistos; normalmente eran fieles y obsecuentes servidores del poder, y en muchos lugares los cargos judiciales se compraban. Esto hizo posible la tesis, que tuvo largo predicamento, de que los jueces eran robots y meros aplicadores de la ley, lo cual fue magistralmente formulado por Montesquieu en su célebre libro *Del espíritu de las leyes* ⁵.

c. Porque con el tiempo, y siguiendo el ejemplo de Inglaterra, los países europeos iban a implantar y adoptar la forma parlamentaria de gobierno, en la cual el parlamento era todo o casi todo, a diferencia de la democracia norteamericana, la cual creó el régimen presidencial, si bien su afianzamiento sólo se hará efectivo en las primeras décadas del siglo XX ⁶.

d. Finalmente, la *judicial review* se afirmó, entre otras razones, por el carácter federal que asumió el nuevo Estado, y de esa manera contribuyó a consolidar los estados, hacer más fuerte la Unión y, sobre todo, hacer prevalecer la legislatura nacional sobre las estatales.

Por cierto, estas no son las únicas razones que lo explican, pero son bastante significativas y nos permiten apreciar el fenómeno. Esto es, los europeos conocieron el modelo americano de control constitucional practicado en los Estados Unidos, pero no solamente no lo siguieron sino que tampoco les interesó el tema. Esto recién sucedió en la década del 20 de este siglo, como luego veremos.

La doctrina constitucional europea, en especial la francesa y la alemana, se planteó el tema al final de la Gran Guerra, coincidentemente con la caída del Imperio Austro-húngaro y el nacimiento de nuevos países, uno de los cuales fue Austria. Aquí, como se sabe, se planteó por vez primera la creación de un Tribunal Constitucional a efectos del control constitucional en sentido amplio, y así consta en el proyecto de Hans Kelsen de 1918, que fue posteriormente sancionado por la Asamblea Nacional Provisional de 1919, y finalmente en la Carta austríaca de octubre de 1920 ⁷.

Poco antes, lo había consagrado en su novísima Constitución de febrero de 1920 la recién creada Checoslovaquia, pero si bien es anterior a nivel constitucional, la gestión, creación y consolidación

posterior se dan en Austria, y así lo ha reconocido pacíficamente la doctrina, por lo que se le llama modelo austríaco (por el país que lo adoptó y desarrolló en forma seria, ininterrumpida y sistemática), europeo (por el continente que lo hizo suyo, lo desarrolló y propulsó) o kelseniano (en homenaje al teórico de la institución).

Por cierto, la creación de estos tribunales constitucionales (el austríaco y el checoslovaco en 1920 y luego el Tribunal de Garantías Constitucionales español de 1931), fue algo novedoso, pero no despertó seguimientos inmediatos. Aun más, no tuvieron buena fortuna. El austríaco funcionó regularmente hasta 1930, y con dificultad hasta 1933, año en que fue intervenido y desactivado. El checoslovaco casi no funcionó: emitió una sola sentencia, quedó paralizado en 1931 y murió por inanición en 1938. Y el español, instalado en 1933, abortó en 1936 con motivo de la guerra civil. De estos tres tribunales el único que resurgió tras finalizar la Segunda Guerra Mundial fue el austríaco, que retomó su Constitución de 1920 y sus instituciones democráticas, y desde entonces está en funciones. Y de ahí su importancia, no sólo teórica sino también histórica, que los demás no tienen. Por el contrario, el tribunal español republicano y el checoslovaco murieron definitivamente en sus respectivas versiones. La Constitución española de 1978, monárquica y parlamentaria, creó un nuevo Tribunal Constitucional que funciona ejemplarmente desde entonces. Checoslovaquia, invadida por las tropas stalinistas a fines de la guerra, se convirtió en democracia popular y adoptó en 1968 un Tribunal Constitucional bastante discreto, que se movía dentro de la legalidad socialista, hasta que finalmente el país en cuanto tal desapareció dando nacimiento, en 1991 y tras el derrumbe de la antigua Unión Soviética, a la República Checa y a la República Eslovaca, ambas con un Tribunal Constitucional desde 1992.

Pero esta experiencia del período de entreguerras, aun cuando fallida, iba a ser definitiva para la aparición del debate doctrinario entre los mejores teóricos del derecho público de esa época (Kelsen, Schmitt, Duguit, Carré, Malberg, etcétera), e iba a renacer posteriormente, haciendo posible el surgimiento de los tribunales constitucionales después de 1945, con una fuerte onda expansiva dentro del continente europeo, primero, y en otros ámbitos geográficos después.

3. El debate sobre los tribunales constitucionales

El gran debate sobre los tribunales constitucionales se llevó a cabo, precisamente, en lo que podríamos llamar el ambiente de la República de Weimar, y de él queda el ensayo clásico que Kelsen publicó en francés en 1928 ⁸ y que fue contestado por Carl Schmitt, con el brillo que lo caracterizaba ⁹.

El argumento central de Schmitt era que con los tribunales constitucionales la justicia se politizaba, y que, además, el guardián de la Constitución era el presidente del Reich, para lo cual Schmitt recurrió a la tesis del poder neutro que en su momento esbozó Benjamín Constant. Se trata, indudablemente, de dos planteos muy importantes, hechos al calor del debate, por las mejores cabezas que en materia de derecho público se encontraban entonces en el mundo germánico, y que siguen siendo, pese a los años, dos clásicos en la disciplina.

Sin embargo, creo que en la actualidad no tiene sentido analizar los alcances teóricos que esbozaron los dos grandes juristas, y menos aún hacer un balance sobre lo que dijo cada uno de ellos. Pienso que lo mejor es ver cuál es la situación actual; y es que mientras el modelo europeo, diseñado por Kelsen, se extiende por doquier y se afianza en el continente europeo y en otros países en donde ha sido adoptado, el planteo de Schmitt, no obstante su vigor, ha sido totalmente olvidado, salvo en las canteras académicas, en donde siempre quedará como un estímulo para el pensamiento.

Todavía hoy de vez en cuando resurgen las polémicas sobre la validez o no de los tribunales constitucionales, tema en el cual la tesis de Schmitt sigue siendo un referente obligado. Pero valga la pena hacer la digresión siguiente:

a. Por un lado existe el problema del control constitucional de las leyes y, en general, de los actos del Ejecutivo y del Legislativo, y a veces también del Judicial. Esto se mantiene. O sea, a despecho de la importancia del legislador y de la minusvalía del juez en el continente europeo, lo cierto es que el principio de que debe existir un control constitucional y que actos del paralelo también deben ser controlados, es algo que ha avanzado en forma pacífica y sin retroceso alguno, y que se considera como un valor inconcuso de la tradición jurídica europeo-continental. Y esto comprende hoy en día a la Gran Bretaña, que ha tenido que aceptar los controles de la Unión Europea e incluso las numerosas sanciones que ha recibido por violación de derechos humanos.

b. El problema que sigue en discusión es saber cuál es el órgano que debe tener a su cargo este control constitucional en sentido amplio, ya que si bien es cierto que los órganos legislativos conservan, aun hoy en día, determinadas atribuciones jurisdiccionales (de los cuales es ejemplo extremo la Gran Bretaña, cuyo máximo tribunal es parte integrante de la Cámara de los Lores), lo que se ha hecho es, en una mayoría de países, reforzar al órgano judicial para esos fines, pero en otros se ha preferido crear un órgano o tribunal *ad-hoc*, dentro del modelo europeo del tribunal constitucional (si bien sigue en discusión si dicho órgano *ad-hoc* debe ser parte del Poder Judicial, como lo es en Alemania y en Colombia, o si debe ser independiente del Poder Judicial, como lo es en España y en el Perú).

Por cierto, hacer un paralelo entre el modelo europeo y el estadounidense es algo que quizá no tenga mayor sentido, no obstante que el primero que lo hizo fue Kelsen, cuando ya en su exilio en los Estados Unidos se dedicó a analizar el sistema de ese país, que él recién conocía a fondo de manera sistemática, y el modelo europeo, que él contribuyó a crear. Por cierto, el balance de Kelsen es claro y contundente, al señalar la superioridad del modelo europeo, por las razones que apunta *in extenso*; razones prolijas y nada convincentes, ya que lo que importa en un sistema, más que su coherencia lógica, es cómo funciona, y en realidad el sistema estadounidense, si bien con lagunas o vacíos desde un punto de vista teórico, tiene un vigor y una influencia en la vida norteamericana que no se ven en el sistema europeo. Y además, empero sus deficiencias, es operativo. Lo que importa, a mi criterio, no es qué sistema es mejor desde un punto de vista teórico, sino cuál es el sistema que mejor se adapta al entorno histórico de cada sistema jurídico, y además, si éste realmente funciona. Así considerados, es indudable que ambos sistemas, enfocados dentro de sus respectivos ambientes, funcionan y son operativos, y no vemos por qué debemos preferir uno al otro. Lo que importa, repito, es si funciona y si ayuda a la supervivencia del ordenamiento jurídico dentro de un determinado país ¹⁰.

4. La experiencia latinoamericana

Estados Unidos fue, en la órbita occidental, el primer país que se constituyó independizándose de una gran potencia, y que además adoptó la forma republicana de gobierno. Esto, como era de esperarse, lo hizo muy atractivo para el resto de las colonias de ultramar, en especial para las que estaban sometidas al imperio español, no obstante que en ellas existía una fuerte influencia francesa. Adviértase por lo demás que el convulso panorama francés sólo se apacigua a partir de 1815, con las derrotas de las huestes napoleónicas, y más en concreto en 1875, cuando la República se asienta en forma definitiva.

Pero la emancipación de los pueblos hispanoamericanos se inicia, en realidad, en 1808, cuando la península ibérica es invadida por las tropas francesas, coincidentemente con la Constitución de Bayona,

que si bien cuenta con algunos representantes de las colonias de ultramar, no tuvo en realidad efecto alguno, a diferencia de las Cortes de Cádiz y su Constitución de 1812, de vasta influencia. Pues bien; de 1808 a 1820 casi todos los países adquieren su independencia, la aseguran o están en trance de alcanzarla.

Se trata de una época en la cual, para las jóvenes naciones, el único y más orgánico ejemplo político que se presenta son los Estados Unidos, sin sospechar siquiera que con el correr de los tiempos adquiriría esa situación hegemónica que sólo asoma avanzado ya el siglo XX.

Pues bien, el ejemplo norteamericano se manifiesta en muchos aspectos, como por ejemplo el federalismo, que tentó a muchos países del área y que aún es mantenido por muchos de ellos, por lo menos los más significativos en población y territorio (Brasil, Argentina, Venezuela y México); el presidencialismo, persistente hoy, a pesar de algunos ensayos en contrario; el sistema republicano, no obstante algunas tentativas monárquicas o paramonárquicas de algunos líderes (Iturbe en México, y más tarde Maximiliano, si bien dentro de otro contexto, y en la América del Sur, San Martín y en cierto sentido Bolívar, si bien éste último de una forma bastante sutil, como lo demuestra la institución de la presidencia vitalicia que consagró en la Constitución que en 1826 preparó para Bolivia y el Perú).

Y por cierto, de manera clara e indubitable en el control constitucional, que muchos adoptaron directamente de los Estados Unidos, a través de la práctica jurisprudencial y de los escritos de doctrina, desde México hasta la Argentina. Así se explica la rápida introducción y asimilación del *habeas corpus* (desde 1830 en el Brasil) y del control de la constitucionalidad de las leyes, en varios países, y muy desarrollado en México desde 1847 y en la Argentina desde 1863.

Pero como siempre sucede en estos casos, la asimilación no fue completa ni menos aún mecánica. Es cierto que en esta materia el influjo estadounidense fue decisivo, pero la recepción no fue servil, sino adaptada a las cambiantes necesidades del medio. Esto es, el nuevo continente hispano-americano tenía tras de sí una rica experiencia, nutrida por sus propias tradiciones culturales (sobre todo en el mundo andino y en el azteca y maya), y además una vivencia jurídica proveniente del derecho castellano y de la legislación indiana, que fue asimilada y desarrollada durante siglos. Por tanto, una incorporación simple y llana no podía darse, toda vez que, además, por un lado el sistema jurídico en el cual se enrolaban las nuevas naciones era de base romanista, y por otro, los Estados Unidos se movían en la esfera del *common law*, por lo cual la recepción tenía que ser un acto complejo, y, en cierto sentido, plástico.

Es así como diversas instituciones norteamericanas han sido incorporadas directamente, pero en el camino han sufrido cambios y adaptaciones, que a la larga las han hecho distintas de sus modelos originales, de los cuales es fácil distinguirlas. Así se aprecia, por ejemplo, en el caso del *habeas corpus*, que hoy, en América Latina, es distinto a su modelo sajón.

En lo referente al modelo sajón de control constitucional ha pasado lo mismo. La institución se ha incorporado y desarrollado con perfiles propios, lo que hace pensar que en materia de control constitucional (empleamos este término en sentido general) ha habido un desarrollo que podríamos tímidamente calificar de original, y que tiene algunas características que lo hacen peculiar y diferente de sus orígenes; si bien, *grosso modo*, puede sostenerse que nos mantenemos en el modelo estadounidense o europeo, según sea el caso, pero pudiendo distinguirse en cada uno de ellos cierta peculiaridad en su desarrollo y adaptaciones.

Así se explican los avances del amparo en México (nacido en 1841 y en continuo desarrollo hasta el presente), del control constitucional en Argentina y Brasil, y sobre todo, el desarrollo existente en Venezuela, que desde el siglo pasado creó una acción popular de inconstitucionalidad, con carácter *erga omnes*, primero en la Constitución de 1858 y luego en la de 1863, que adelantó características de lo que

luego sería el modelo concentrado, porque conjuntamente con el alcance general de las sentencias se encargaba a una sola dependencia u organismo resolver los casos de inconstitucionalidad.

Por cierto estos son desarrollos propios que no deben desmerecer lo que con mucha posterioridad se hizo en Europa (que también tiene su propia tradición), ni mucho menos minimizar, como en algún momento se ha pretendido, el carácter creador de Kelsen con su idea de los tribunales constitucionales ¹¹.

Si algunos países, en especial México y Venezuela, o si se quiere Venezuela y Colombia, como con acierto señalan muchos autores ¹², tuvieron importantes aciertos en el desarrollo y apuntalamiento del control constitucional y en la defensa de los derechos humanos, ello no fue una creación *ex novo*, sino una creación derivada, o si se quiere, un matiz y desarrollo interesante y peculiar, y eventualmente original, pero sólo entendible y explicable desde el trasfondo de un desarrollo propio desde la experiencia norteamericana, que todos los juristas y políticos latinoamericanos del siglo XIX conocían perfectamente bien, ya sea porque tenían acceso a sus fuentes, ya sea porque viajaron o vivieron y asimilaron la cultura norteamericana directamente, por haber vivido en los Estados Unidos y haber publicado allá sus obras, como es el caso, paradigmático, de Domingo F. Sarmiento.

Por estas consideraciones, es quizá oportuno señalar que el continente latinoamericano, y con esto incluyo a las antiguas colonias españolas y portuguesas (no así a los pueblos angloparlantes del Caribe) han tenido un desarrollo peculiar, que los hace difíciles de clasificar dentro de los modelos europeo o estadounidense, si bien es cierto que parten de ellos, más del segundo que del primero, y que además se alimentan de la doctrina de tales países.

Por estas consideraciones, Samuel P. Huntington, en el sugerente libro *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial* ¹³ llega a la conclusión de que, terminada la guerra fría, ha finalizado también el mundo bipolar, y hoy estamos asistiendo al mundo multipolar, en el cual hay varias civilizaciones en juego. Una de ellas es la latinoamericana, y las demás son la occidental (en donde incluye a los Estados Unidos y Europa), la africana, la islámica, la sínica, la hindú, la ortodoxa, la budista y la japonesa. Si bien esta tesis puede ser discutida, y en su defecto, matizada, es indudable que tiene cierto carácter explicativo, y puede ser útil para entender muchas cosas. Por lo pronto, la peculiaridad y relativa originalidad del sistema constitucional latinoamericano puede ser explicado desde este enfoque.

5. Aparición del debate doctrinario

Como he adelantado, la existencia de la *judicial review* en el mundo sajón no ha propiciado el interés de una disciplina en torno de ella, si bien es cierto que ha habido mucho debate teórico en los últimos años. Pero la ubicación del tema se mantiene dentro del derecho constitucional, y en todo caso como problemática judicial, sin que haya habido ningún deslinde sobre ella. Y así continúa hasta el presente.

En el caso de Europa, la situación es distinta, pues el problema, si bien con algunos antecedentes (como el *jury constitutionnaire* en Sieyès y la monografía de Jellinek sobre la materia publicada en 1885) tiene una aparición algo forzada. Y lo es por cuanto en el contexto europeo de supremacía del Parlamento y minusvalía del juez, pensar en declarar una ley como inconstitucional era casi una herejía, digna de una eventual cacería al estilo de Harlem.

Por eso, cuando se empieza a discutir el problema a nivel teórico, es que se habla de «jurisdicción constitucional» o de «justicia constitucional», sobre todo en el famoso texto de Kelsen de 1928, en donde ambas expresiones aparecen utilizadas indistinta e indiferenciadamente. La preocupación de Kelsen, en

ese momento, era justificar por qué debía haber un control de constitucionalidad, y por qué ese control no lo podía hacer el Parlamento. Pero como tampoco lo podían hacer los jueces, entonces se trató de justificar la existencia de un órgano *ad hoc*, que fue el Tribunal Constitucional, del cual en ese momento Kelsen era juez. La idea se difundió mucho en Francia gracias a Einsenmann, discípulo francés de Kelsen, que estudió con éste en Viena y que luego dedicó su tesis doctoral, publicada en París en 1928, a divulgar la creación kelseniana. Pero el problema para Kelsen era simplemente teorizar sobre la necesidad de la existencia de un control constitucional, y de que éste estuviese a cargo de un tribunal *ad hoc*, fuera del Poder Judicial y sin dependencia alguna de los demás poderes. En suma, así como existía una jurisdicción civil y una jurisdicción administrativa, era necesario que existiese una jurisdicción constitucional, o justicia constitucional, como se usaba en el contexto jurídico francés (y aún ahora).

Sin embargo, Kelsen no le dio mayor importancia al problema del nombre. De hecho, en la Quinta Reunión de profesores alemanes de derecho público, celebrada en Viena en 1928, Kelsen, al igual que Triepel, emplea el término «jurisdicción constitucional» o «*verfassungsgerichtsbarkeit*» como sucedáneo de jurisdicción estatal o «*staatsgerichtsbarkeit*». Y cuando escribió en inglés años más tarde sobre este mismo problema, lo que hizo fue emplear el concepto grato al mundo sajón, que es *judicial review*. Igual ha sucedido con otro destacado teórico y divulgador de la temática en los últimos años, Mauro Cappelletti. Cuando escribe en italiano utiliza *giurisdizione costituzionale*, cuando lo hace en francés se refiere a la *justice constitutionnelle*, y cuando escribe en inglés emplea *judicial review*. Cappelletti, al igual que Kelsen, no repara mucho en el hecho del nombre, sino en el contenido, en sus alcances y en sus modalidades.

También en este mismo período surge la polémica Kelsen-Schmitt, a la cual ya me he referido, que a veces ha resurgido en otros ambientes, pero sin el mismo vigor, y más aún, cuando la tesis del control constitucional ha cobrado cada vez mayor aceptación.

El debate, iniciado en los años treinta, se ha mantenido, si bien se ha pasado ya a una segunda etapa, que es la de ver las condiciones del control, quiénes lo hacen, los órganos encargados de ello, el análisis de las distintas figuras procesales, etc. Pero en América Latina ambas fases del debate se mantienen.

Así, por ejemplo, el problema ha tenido numerosos matices en la evolución política del Ecuador. Desde 1945, año en que consagraron un Tribunal de Garantías Constitucionales en el nombre y casi sin atribuciones, hasta el actual Tribunal Constitucional, de total plenitud, que perfilado en las reformas constitucionales de 1996, se halla reafirmado en la vigente Constitución de 1998.

Igual podemos decir de Bolivia, que introdujo el Tribunal Constitucional en la reforma de 1994 en su Carta vigente de 1967, pero que se ha instalado recién en agosto de 1993.

Esto es, lo que en Europa se debatió en la década del veinte llegó a la América Latina cuarenta años después, ya que la influencia del modelo europeo fue también muy posterior. Y esto ha motivado debates y planteos interesantes, cuyo punto orgánico de partida lo representa el Encuentro de Sochagota (Colombia, en noviembre de 1977), que reunió a un grupo muy representativo de constitucionalistas latinoamericanos para tratar, por vez primera y en forma orgánica, el tema de la «jurisdicción constitucional en Iberoamérica» (las actas han sido publicadas, con el mismo nombre, por la Universidad Externado de Colombia, en Bogotá y en 1984).

6. ¿Una nueva disciplina?

La nueva realidad constitucional, aparecida en la década del veinte, dio origen a un amplio debate, tanto en Europa como posteriormente en América Latina, en torno a la jurisdicción constitucional (o la justicia constitucional, como algunos querían).

En realidad, si al utilizar *jurisdicción* o *justicia* creemos que son algo parecido, o que son lo mismo, esto no tiene mayor importancia. Sin embargo, algunos han hecho cierta diferencia entre una y otra, como es el caso de Héctor Fix Zamudio, que ha señalado diferencias axiológicas y también técnicas entre ambos términos. Aquí nos interesan estas últimas, en la medida en que Fix, siguiendo las huellas de Franz Jerusalem y otros juristas, entendía que existía justicia constitucional cuando los órganos judiciales comunes se dedicaban a resolver problemas constitucionales ¹⁴, y jurisdicción constitucional cuando existían órganos calificados y especiales para esos fines, o sea cuando existían tribunales constitucionales ¹⁵. Esta tesis, no obstante su importancia, ha ido perdiendo fuerza, y el mismo Fix la ha matizado posteriormente, toda vez que lo que interesa, en realidad, es quién decide en materia constitucional y con qué efectos, sin importar que sea una corte suprema (como es el caso de los Estados Unidos) o un tribunal constitucional.

Por otro lado, y moviéndose siempre dentro de la órbita francesa, el reciente manual coordinado por Louis Favoreau sostiene una tesis interesante, siguiendo a Einsenmann. Así, según se indica, la justicia constitucional debe ser considerada como un sistema o plexo teórico y doctrinario en su conjunto, que trata de cómo se lleva a cabo el control constitucional y temas afines; mientras que la jurisdicción constitucional sería un análisis detenido del órgano calificado para hacerlo. Así, y siempre dentro de lo expuesto, la justicia constitucional es el gran panorama, pero la jurisdicción constitucional está reservada al análisis de la composición, estructura y atribuciones del Consejo Constitucional, que dentro del sistema francés es el encargado de decir el derecho en materia constitucional ¹⁶.

Este planteo, sugestivo sin lugar a dudas, es peculiar y decididamente muy francés, y pensado para no abandonar los usos lexicales del idioma y para mejor ilustrar la posición del Consejo Constitucional francés, que, como se sabe, si bien discutible en cuanto a su naturaleza jurídica, hay una tendencia cada vez mayor a asignarle una naturaleza jurisdiccional. En todo caso, la tesis expuesta no ayuda a resolver el problema *in genere*, sino sólo la situación francesa y de quienes se mueven dentro de su radio de influencia.

Lo concreto del caso es que surgen órganos que tienen o a los que se les asignan atribuciones jurisdiccionales, y ellos conocen determinados procesos vinculados con la Constitución, tanto en su parte orgánica como en su parte dogmática. Y como son trámites o pasos que se dan, ellos, tarde o temprano, se formulan como procesos que terminan adaptándose a los procesos comunes y corrientes que a diario conocen los jueces y tribunales. Esto es inevitable, toda vez que en el moderno Estado de derecho si los jueces tienen la defensa de los derechos del ciudadano y del orden jurídico, es evidente que lo hacen a través de mecanismos especializados, que son los procesos. Por tanto, se desprende que también en los casos de defensa de la Constitución no sólo hay una jurisdicción constitucional, compuesta o a cargo de jueces simples o jueces especializados, sino que además debe haber ante ellos procesos que cumplan los requisitos de la doctrina procesal moderna.

Pero en nuestra tradición romanista, si bien el derecho es una unidad y considerado como un todo, se acostumbra desde la época de los romanos a hacer divisiones, algunas muy amplias y otras más ceñidas. Una de ellas es la existente entre el derecho sustantivo y el derecho instrumental, que precisamente sirve para hacer efectivos los derechos que aquél consagra. Este derecho instrumental es el comúnmente llamado *derecho procesal*, que, nacido científicamente en el siglo pasado, se ha extendido y afianzado durante el presente siglo. Y por cierto, esto no ha pasado desapercibido a los estudiosos.

Es por eso que hay muchos que desde los años cuarenta (en el mundo hispano, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo) han propuesto la creación de una nueva disciplina que se titule *derecho procesal*

constitucional, que sería el equivalente, en el ámbito constitucional, de lo que es el proceso civil para el derecho civil, o el proceso penal para el ámbito del derecho penal. Por cierto, esta tesis no es pacífica, pues en torno a ella hay muchas variantes, que hemos analizado en otra oportunidad ¹⁷. Así, hay quienes, como Fix Zamudio, distinguen entre «derecho procesal constitucional» y «derecho constitucional procesal», y otros que simplemente se afilian al derecho procesal constitucional a secas, tesis que preferimos.

Por otro lado, sigue abierto el debate en torno a la naturaleza de este derecho procesal constitucional. Algunos autores sostienen que es una disciplina constitucional (por ejemplo, Peter Häberle), otros afirman que es mixta (es el caso de Néstor P. Sagüés), y otros que la disciplina es netamente procesal. En lo personal, me inclino por esta postura, ya que existiendo un derecho procesal desarrollado científicamente desde fines del siglo pasado, es ése el lugar donde debe ir todo lo relacionado con lo procesos que nacen de la Constitución, y que por eso son constitucionales.

Sin embargo, existe una postura reciente, aun cuando minoritaria, sostenida por algunos juristas brasileños, como Marcus Orione Gonçalves Correia ¹⁸, que considera que el derecho procesal constitucional, siendo un tema netamente procesal, no es autónomo, sino que es parte del proceso civil, con lo cual el proceso civil tendría sus ramas, una de las cuales sería la constitucional, con carácter de subsidiaria y, en todo caso, ancilar.

La tesis es sin lugar a dudas singular, porque pregona una minusvalía del proceso constitucional, haciéndolo depender del proceso civil, lo cual podría tener cierto valor a principios de siglo, pero no en la actualidad. Por cierto, es claro que la teorización partió del proceso civil y desarrolló sus principales categorías a partir de éste, pero eso no significa que todos los procesos (administrativo, penal, laboral, etcétera) sean civiles, ya que si bien la matriz es civil, los desarrollos son específicos y las materias son distintas, y ameritan un tratamiento aparte, ya que además existe una teoría general del proceso. A simple vista no cabe confundir un proceso constitucional, como el amparo, que defiende derechos fundamentales, con uno civil de indemnización por daños y perjuicios, que por más importante que sea es cualitativamente diferente del primero.

Pero la discusión no termina ahí. Existen otros planteos en torno al término «derecho procesal constitucional», uno de los cuales, que veremos a continuación, es el intento de reemplazarlo por el de «derecho jurisdiccional constitucional».

7. ¿Derecho jurisdiccional constitucional?

Un importante grupo de juristas españoles, liderados por Juan Montero Aroca, catedrático de la Universidad de Valencia y magistrado de la respectiva Comunidad Autónoma, ha venido batallando desde hace algunos años por sustituir el vocablo *derecho procesal* por el de *derecho jurisdiccional*. De esta suerte, en lugar de haber un derecho procesal constitucional, tendríamos un derecho jurisdiccional constitucional.

Lo importante es que el más destacado defensor de esta postura ha sufrido tal evolución, convenciéndose de ella y postulando que dicho cambio opere, no por un problema terminológico sino por corresponder a una realidad ¹⁹.

Para fundamentar su tesis, Montero Aroca hace una larga como prolija exposición, que aquí sintetizaremos lo mejor posible. Según afirma, el proceso ha tenido una larga historia, de la cual habría que destacar las siguientes etapas, que son las más cercanas en el orden del tiempo:

1. Práctica forense, que cubre, más o menos, hasta el siglo XVIII; en ella surge la práctica al margen de las universidades, para enseñar lo que realmente se hace en los tribunales. En la cátedra se enseñaba derecho romano, eminentemente formativo; pero afuera, en los tribunales, sucede otra cosa, y a eso hay que enseñarlo. Lo más notable en el mundo hispánico es la *Curia Philippica*, publicada por Hevia de Bolaños en Lima, en 1603, si bien su autor era un español afincado hacía muchos años en la capital del Virreinato peruano.

2. El segundo paso lo da el procedimiento, o sea la existencia debidamente regulada de formas o caminos procesales que explican un sinnúmero de actuaciones de las partes ante el juez. Esto cubre prácticamente el siglo XIX.

3. Procesal. Surge a mediados del siglo XX en Alemania y luego es ampliamente desarrollada en la misma Alemania y en Italia. Por encima de los numerosos procedimientos y su práctica, trata de crear una gran teoría que explique el proceso civil, y luego esto se extiende al penal. Es el nacimiento del procesalismo científico, a diferencia de las etapas anteriores, que son meramente prácticas, y sobre todo empíricas.

Sin embargo, el procesalismo científico, que se extendió a otros ámbitos más allá del civil propiamente dicho, fue desarrollándose y ampliándose, desbordando al proceso, que era el eje de la disciplina, conjuntamente con la acción y la jurisdicción. Esto es muy claro en el clásico libro de Couture. Cuando publica la primera edición de sus *Fundamentos del derecho procesal civil* en 1942, no desarrolla el concepto de jurisdicción; ni siquiera lo menciona. Dicho concepto aparece con toda precisión tan solo en la edición de 1958, que a la larga resultó póstuma. Acorde con esto, el procesalismo, si bien con notables antecedentes y algunos avances importantes, se ha volcado hace algunas décadas al análisis y al detalle de la jurisdicción, o sea la facultad estatal, sus órganos, y, en general, toda la problemática de la magistratura. De esta manera, hoy por hoy, dentro del derecho procesal, la teoría del derecho procesal, la teoría del proceso, ocupa un lugar modesto, en todo caso secundario, muy por detrás de la jurisdicción, que realmente se ha vuelto el eje básico de la disciplina.

Por tanto, no se puede seguir llamando «derecho procesal» a una disciplina que de procesal tiene cada vez menos, y en todo caso, un porcentaje discreto en comparación con la jurisdicción y la acción (si bien éste es un concepto más bien abstracto). Por ello se impone dar el gran salto que Montero hizo en su día, llamar «jurisdiccional» a la disciplina y dejar de lado el término «procesal», que no guarda concordancia con su contenido. No se trata de un capricho ni de un juego de palabras o de un cambio simple, sino de adecuar el nombre a su real significado. Hasta aquí, en síntesis muy apretada, lo que nos manifiesta el destacado jurista.

Ahora bien, ¿es válida esta argumentación?

La respuesta es delicada y quizá deba admitir matices, ya que ni aun los clásicos (por ejemplo, G. Chiovenda en sus *Instituciones de derecho procesal civil*) dejaron de prestar un espacio significativo a la jurisdicción. Por cierto, la respuesta final deben darla los procesalistas, que son los profesionales del área, motivo por el cual aquí queremos aceptar dicha tesis, pero tan sólo como hipótesis de trabajo. Y sobre esa base deseamos hacer algunos comentarios y cuestionamientos, para los fines que aquí nos interesan.

Lo primero que hay que destacar es que, en realidad, el aspecto netamente procesal no ha desaparecido. Por tanto, llamarlo jurisdiccional puede hacer justicia a gran parte de su contenido (digamos el 50%), pero no al 100%. Esto es, aun teniendo más justicia el nuevo nombre nos quedamos cortos, pues no cubre la totalidad del contenido de la disciplina. Ante esto podría pensarse en buscar un nombre que englobe toda la temática, y así se han barajado otros, como derecho judicial, pero éste no tiene mayor

precisión, y el mismo Montero lo cuestiona. Además, encontrar un nuevo nombre que cubra todo y además encuentre fácil aceptación es tarea nada fácil.

Un segundo punto es que, en realidad, lo que ha sucedido en las últimas décadas es que el derecho procesal no ha modificado su carácter científico, ni tampoco su papel dentro del derecho público, y en cierto sentido tampoco ha cambiado sustantivamente su enfoque sino que más bien su contenido se ha enriquecido, pues ha sido engrosado muy sustantivamente, hasta el punto de presentar otras fisonomías. Es probable que si los clásicos vivieran hoy hubieran aceptado esta realidad, como lo hizo Carnelutti en una famosa conferencia dictada en 1965 poco antes de su muerte, en la cual reconoció que la figura del juez era realmente lo importante en el proceso, y que había que dejar de lado el mito del legislador.

Pero añadamos que haber ampliado su contenido o enriquecido su perspectiva no significa que haya dejado de ser la misma, y en consecuencia no tiene por qué cambiarse su nombre. Veamos algunos casos:

a. La lógica fue fundada por Aristóteles y duró casi intacta hasta el siglo XIX. En esta época viene la gran revolución de la lógica, que luego sintetizan Russell y Whitehead en 1910, con su obra *Principia mathematica*. Hoy existe la lógica tradicional, que cubre desde Aristóteles hasta el siglo XIX; después surge la lógica clásica desde Frege, y luego las lógicas no clásicas desde los años '30. En cualquier manual de lógica moderna, la parte aristotélica es un modesto capítulo inicial, pero nadie ha pensado en cambiar el nombre de la disciplina que fundó Aristóteles. Lo mismo podría decirse de otras disciplinas que fundó Aristóteles, como la física y la psicología: son hoy en día algo totalmente distinto a lo que hizo su fundador, pero sin embargo, nadie ha pensado en cambiarles el nombre.

b. La historia fue fundada por Herodoto, llamado el Padre de la Historia. En sus *Historias*, tanto él como Tucídides entienden la historia como ver lo presente o ver de testigos; para ellos, y para el mundo greco-romano, la historia es historia del presente, y así, con variantes, se mantuvo durante siglos. Pero en el siglo XIX, la historia se asienta como ciencia del pasado (sobre todo con Ranke), y así llega a nuestros días. Aun más, los enfoques de la historia han cambiado sustancialmente. A la historia política que caracterizó a los autores clásicos (concentrados en héroes, batallas, príncipes, reinados, tratados, etcétera), ahora sucede una historia total que ha minimizado la historia narrativa de antaño, como lo demuestra la historia de la vida privada, la historia de los de abajo, la historia de las mentalidades, la historia del gusto, etcétera. Es decir, la historia ha cambiado totalmente, en perspectivas, enfoques y contenidos, en relación con el siglo pasado, y más aún con lo que se entendía en la actualidad. Pero nadie ha pensado en cambiarle de nombre. Incluso la palabra *historia*, del griego *istorein*, significa lo visto, lo que se ve, lo que se sabe por saber directo. Por tanto, vemos cómo ni siquiera el nombre tiene concordancia con el contenido actual ²⁰.

c. Por último, digamos algo en cuanto al derecho mismo. No sólo el derecho procesal ha cambiado y ampliado notablemente su contenido, sino todas las ramas del derecho. El Código Civil napoleónico era uno, pero los actuales códigos civiles lo han desbordado totalmente. El derecho comercial hasta hace cien años se limitaba a ciertas sociedades, o a los actos de comercio y al comercio internacional; hoy el derecho mercantil es distinto y ha superado largamente a sus orígenes. Igual podría decirse del derecho constitucional. Si revisamos, por ejemplo, el *Cours de politique constitutionnelle*, de Constant, publicado en 1861, sobre la base de trabajos anteriores redactados desde 1815, y lo comparamos con cualquier manual moderno y reciente en francés, como son los de George Burdeau, Maurice Duverger, André Hauriou o Pierre Pactet, vemos que el campo se ha ensanchado notablemente. Y el derecho constitucional actual es totalmente distinto al clásico, al que mantiene en lo esencial, pero al que supera largamente. En este caso, como en otros, nadie ha pensado en cambiar el nombre, so pretexto de buscar uno que represente o refleje mejor su contenido (los franceses se han limitado, para fines docentes, a

agregar el concepto de «instituciones políticas» en sus cursos y en sus manuales, pero sin renegar del membrete clásico).

Por tanto, a la vista de lo sucedido en otras disciplinas, tanto jurídicas como no jurídicas, no vemos por qué vamos a cambiar un nombre por otro, que si bien podría hacer justicia al contenido de la disciplina, no cubre todo lo existente ni menos aun elimina su contenido procesal básico.

Pero hay algo más. Y es que en materia de nombres, las palabras juegan un papel importante desde un punto de vista del uso, existiendo siempre el factor de inercia que dificulta los cambios que la comunidad hablante no ve como necesarios. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el lenguaje es en realidad un fruto de las convenciones. Ya Platón, en su célebre diálogo *Cratilo*, discutió ampliamente las tesis sobre el origen del lenguaje, si era natural, o sea si respondía a los hechos, o si por el contrario era un fruto de la convención ²¹. La tesis de Platón es que si bien puede haber alguna relación entre el lenguaje y la realidad, el lenguaje es, en lo fundamental, un fruto de la convención y de los usos sociales. Y esta tesis platónica se encuentra hoy en día prácticamente aceptada por los lingüistas contemporáneos, desde de Saussure en adelante.

Vistas así las cosas, si las palabras no tienen por qué necesariamente ser reflejos de las cosas sino que existe un amplio campo para el uso convencional, no vemos por qué vamos a aceptar el uso de un término que hasta ahora, y pese a la pujanza de sus promotores, no ha logrado aceptación plena en la comunidad jurídica hispanohablante, por no referirnos sino a lo nuestro.

Por cierto, esto podría cambiar en el futuro, por diversos motivos a los que aquí no aludimos. Pero mientras esto no suceda, debemos optar por la de «derecho procesal constitucional», hasta ahora mayoritariamente en manos de constitucionalistas, si bien son los procesalistas los que le dieron el impulso de los últimos años con trabajos medulares (Alcalá-Zamora y Castillo, Calamandrei, Cappelletti, Couture, Fix Zamudio, así como recientes publicaciones de González Pérez, Vescovi, Morello, Gelsi Bidart, Hitters, Alejandro D. Carrió, Gozaíni, entre otros).

Por tanto, y sin aferrarnos dogmáticamente a lo expuesto, seguiremos usando -hasta nuevo aviso- el concepto de «derecho procesal constitucional».

8. Una muestra de las variantes latinoamericanas

En los últimos años el control constitucional en América Latina, tanto en su variante orgánica (control de la constitucionalidad de normas) como en su vertiente dogmática (defensa de los derechos humanos), y sin contar con otro tipo de competencias, ha sido muy variado, no sólo en su desarrollo normativo sino también en lo referente a los órganos que tienen a su cargo tales controles. Veamos someramente algunos de ellos, que en cierto sentido ya hemos adelantado:

1. El ejemplo cubano es el más interesante, sobre todo el del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales previsto en la Carta de 1940, que es ejemplar dentro de la historia cubana ²². Este Tribunal, si bien era una sala que formaba parte integrante de la Corte Suprema, y por cierto, dentro del Poder Judicial, tuvo una configuración muy importante, pues no sólo conocía de los *habeas corpus*, sino de un recurso de inconstitucionalidad, que podía eliminar normas con carácter *erga omnes*, constituyendo de esta manera un caso ejemplar de control, que pudo evolucionar en forma muy considerable si no hubiese sido por su corta vigencia. El golpe de Estado de 1952, dado por Batista, reemplazó dicha Constitución por otra, la Ley Constitucional de 1952, que si bien formalmente idéntica a la anterior en este punto, tuvo una vigencia más bien nominal y sin fuerzas alguna frente a la dictadura, hasta que la revolución de Fidel Castro, en 1959, puso fin al experimento, pues inauguró un régimen político que conllevaba otro tipo de

controles, propios del llamado sistema socialista, totalmente distinto a los que conocemos. Con todo, el ejemplo republicano de Cuba (en especial del período 1940-1952) fue sobresaliente para el Caribe y sirvió de estímulo a sus vecinos.

2. Guatemala es el segundo ejemplo importante, pues aún está vigente. En 1965 fue creada una Corte de Constitucionalidad, en la Constitución de este año, y luego se reiteró en la vigente Constitución de 1985, en forma más elaborada que la anterior (la de 1965 no era una corte permanente, sino que se reunía cada vez para contemplar casos concretos, a diferencia de la vigente, que es permanente y que ha tenido además un desarrollo y actitud ejemplares en defensa de la constitucionalidad en ese país).

3. El Perú es un caso singular, pues al sistema americano que tenía desde la década del treinta, incorporó, en la Constitución de 1979, el Tribunal de Garantías Constitucionales, fiel reflejo de la experiencia europea, y en rigor, el primer trasplante de ese origen a lo que hemos llamado el modelo dual o paralelo, pues en ese momento coexisten, en forma pacífica, los dos controles, el difuso y el concentrado ²³. Este esquema se ha mantenido y afinado en la vigente Constitución de 1993, que ha reiterado la institución con el nombre, quizá más adecuado, de Tribunal Constitucional.

4. Ecuador tiene una larga historia en materia de control constitucional, ya que influido por la experiencia francesa, incorporó en 1945 un Tribunal de Garantías Constitucionales, que operaba sobre el papel, pues no tenía poder alguno, y era dependiente del Parlamento. Esto fue eliminado más tarde, pero la Constitución de 1978 reincorporó la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales, con un poder sobre todo simbólico; pero todo esto cambió en 1996, con las reformas de ese año, para finalmente consagrarse en la vigente Constitución de 1998, que ha introducido un Tribunal Constitucional con verdaderos poderes ²⁴.

5. Bolivia creó el Tribunal Constitucional en 1994, mediante expresa reforma que se hizo ese año a su Constitución de 1967, aun cuando el Tribunal sólo se ha instalado en 1998, y se encuentra recién en sus inicios. En Bolivia, el Tribunal Constitucional fue incorporado en medio de grandes oposiciones, que recordaban a anteriores debates europeos sobre la inconveniencia de la institución, la que tuvo muchos detractores, hasta que finalmente fue concretada la institución, pero como parte integrante del Poder Judicial.

6. Colombia tiene antecedentes muy antiguos de control constitucional, con una primera etapa interesante que comienza en 1910; luego se suceden varias estaciones en su desarrollo, pasando por la creación de una Sala Constitucional, hasta que en 1991 es creada la Corte Constitucional, que funciona desde 1992 ²⁵. La Corte colombiana ha tenido una actividad que podríamos llamar febril, por el rigor, el empuje y el dinamismo que ha desarrollado, si bien en los últimos tiempos ha mostrado algunos excesos, que han suscitado serias críticas, por su enfrentamiento con las políticas del Ejecutivo y la modernización del Estado.

7. Chile creó el Tribunal Constitucional en 1970, pero fue desactivado en 1973, luego de una vida corta pero tumultuosa. La Constitución de 1980 lo incorporó nuevamente, pero en Chile el control constitucional es muy tenue y de carácter preventivo, acusando una fuerte influencia francesa.

Aparte de estos tribunales, debemos recordar otros casos de interés:

8. El Salvador, que tiene una Sala Constitucional desde 1983;

9. Costa Rica, que creó una Sala Constitucional en su reforma constitucional de 1989, y que ha tenido una actividad intensa y creadora, y

10. Paraguay, que en su Constitución de 1992 incorporó una Sala Constitucional, que anda todavía lentamente ²⁶.

Caso singular lo representa México, en donde sucesivas reformas, y en especial la de 1994 ²⁷ han hecho que la Corte Suprema mexicana sólo analice temas específicamente constitucionales, con lo cual

tiene cierto parentesco con las Salas Constitucionales que vemos en otros países, o con los tribunales o cortes constitucionales. Esto ha llevado a un sector mayoritario de la doctrina mexicana a sostener que en la actualidad la Corte Suprema mexicana es una corte constitucional. Sin embargo, como lo ha demostrado Joaquín Brage, esto no se compadece con la realidad de los tribunales constitucionales, entre otras razones porque dicha corte ve muchas cosas relacionadas con el quehacer judicial de la Federación y es además el punto jerárquico más alto del Poder Judicial de ese país, por lo que equiparar dicha Corte Suprema a un Tribunal Constitucional es, es en realidad, un exceso. Pero si bien hay que rescatar el avance de la institucionalidad mexicana y el nuevo papel que ha adoptado la Corte Suprema, no debe imputársele ser un tribunal constitucional, sino en todo caso una corte ordinaria con prevalente función constitucional.

9. Los contenidos del derecho procesal constitucional

Durante el período que se inicia a mediados de 1920 y dura hasta la década del '80, los cultores de este tema se refieren en forma recurrente a la jurisdicción o justicia constitucional, sin importar, por ahora, las diferencias o matices que algunos han introducido. Lo importante, sin embargo, es que existe esta referencia. Y en concordancia con ella, siguiendo las orientaciones de Cappelletti y Fix Zamudio, se habla en un primer momento de control jurisdiccional de las leyes o «jurisdicción constitucional orgánica» y de «jurisdicción constitucional de las libertades» o de la «libertad», como prefiere Fix Zamudio. Y dentro de esa línea se agrega la «jurisdicción constitucional transnacional», para referirse al ámbito, cada vez mayor, del derecho comunitario, del cual es modelo la Corte Europea de Derechos Humanos y, en fecha más reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pero esos contenidos son válidos y plenamente aceptables en la medida en que hablemos de «jurisdicción», «justicia constitucional» o equivalentes. Pero cuando se piensa que por encima de lo que es la jurisdicción, o sea la mecánica operativa de declarar un derecho o definir una situación, existen órganos que tienen a su cargo esa tarea, y procesos que se tramitan ante ellos, entonces, por la fuerza de las cosas, se va a un «derecho procesal constitucional», como ya lo hemos señalado.

El derecho procesal constitucional sólo se entiende desde una teoría general de proceso, que es una sola y que alimenta todos los procesos, como lo vio bien Carnelutti. Y aceptando su carácter procesal, resulta inevitable seguir la doctrina general para armar esta nueva disciplina.

Ésta, como se sabe, se levanta sobre una trilogía estructural avizorada por los clásicos, pero concretada por Ramiro Podetti en 1944 (en la «Revista de Derecho Procesal», que fundara Hugo Alsina), y está compuesta por la *acción*, la *jurisdicción* y el *proceso*.

La acción tiene un carácter abstracto, por lo que en realidad lo que nos interesa son las otras dos. La jurisdicción, que en rigor es la jurisdicción constitucional *strito sensu*, analiza los diversos modelos existentes (estadounidense, europeo, político, mixto y dual o paralelo). Y el proceso es el que se detiene a ver los mecanismos que buscan defender la jerarquía normativa (en rigor, el control de la constitucionalidad) y la protección de los derechos humanos, sobre todo el *habeas corpus* y el amparo, muy difundidos en América Latina (debiendo distinguirse el amparo mexicano, que es amplio, omnicompreensivo y globalizante, del amparo platense, llamado así por comodidad, pues son la jurisprudencia argentina y su comodidad jurídica las que lo han perfilado, y que es distinto). Así, mientras que el amparo mexicano cubre todo y es un sistema que podría llamarse integral ²⁸, el amparo argentino, que ha sido seguido por todos los países del área, cubre una gran gama de derechos, excepto los vinculados a la libertad y seguridad personales ²⁹. Por cierto, hay variantes, pues en el Brasil existe lo que

se denomina *mandato de seguridad*³⁰ y en Colombia, la acción de tutela³¹, que en el fondo protegen lo mismo que el amparo. Por cierto, existe otro tipo de instrumentos protectores, como es el caso del *habeas data*, nacido en el Brasil por iniciativa de José Afonso Da Silva, y que ha tenido gran irradiación en el resto de América³².

Por cierto, a diferencia de los procesos civiles y penales, que guardan cierto parecido, en materia de procesos constitucionales hay bastantes diferencias, no en el fondo pero sí en el espectro protector y en el manejo de las instituciones, lo cual es inevitable, pues ellas son fruto de determinadas características históricas y políticas. Pero cabe agregar que la protección de los derechos fundamentales o derechos humanos, por lo menos los básicos, y la existencia de un proceso rápido, ágil y garantista, es algo que ha reconocido y hecho suya la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³³. Con lo cual estos dos aspectos básicos han entrado al derecho de los derechos humanos de la región, si bien es cierto que en el mundo de la *praxis* los vacíos y las violaciones se mantienen y muchas veces reina la impunidad (aquí, como es explicable, nos referimos al marco histórico, doctrinario y legislativo, y no nos detenemos en su real vigencia, que debe ser materia de un análisis distinto).

Lo anterior es la parte general, la cual se complementa con la parte especial, que desarrolla los mismos temas al detalle, cual es el dedicado a los órganos constitucionales encargados de resolver los conflictos, también calificados como «magistratura constitucional».

Y así, con avances y afinamientos constantes, al ir hacia un derecho procesal constitucional, los contenidos deben cambiar y adecuarse a lo que es toda estructura procesal. Lo cual debe conducir a dos aspectos complementarios. El primero es la unidad de la legislación procesal, lo cual significa que los procesos constitucionales ya no deben estar en un código procesal civil o procesal penal (como lo era en el Perú y lo es en parte en Bolivia y en cierto sentido en la Argentina), y que tampoco deban estar en una ley especial (como lo es en México o en Costa Rica), sino que hay que avanzar hacia un verdadero código procesal constitucional, que es, sin lugar a dudas, el paso siguiente, como lo fue anteriormente en las otras ramas del derecho. En la actualidad existe un único código procesal constitucional, y es el que ha sido recientemente sancionado y promulgado en la provincia argentina de Tucumán, con la ley 6944 del 03/03/99. El otro problema es el de la enseñanza, pero a eso lo veremos en el próximo apartado.

10. La enseñanza del derecho procesal constitucional

Indudablemente, la enseñanza de una temática en forma independiente ayuda grandemente a su consolidación y a su difusión. Esto es, la independencia en la enseñanza universitaria de un determinado tópico no ayuda, de por sí, a que se convierta en disciplina autónoma, pero es útil no sólo para configurarla, cuando esto es necesario, sino para que el conocimiento de ella se extienda y su importancia aumente, creándose así un ambiente propicio en la comunidad académica.

Sin embargo, pese al hecho de que el derecho procesal constitucional o, si se quiere, la jurisdicción constitucional (pues en este punto debemos tomarlas como sinónimas) es quizá el aspecto más novedoso en el derecho público del presente siglo, y seguramente el más valioso desde el punto de vista axiológico (sobre todo en relación con la protección de los derechos humanos), sin embargo su enseñanza anda a paso lento.

En los Estados Unidos, en donde la *judicial review* es parte importante de cualquier estudio de derecho, no se estudia aisladamente. Igual sucede en el resto de los países europeos.

No así en la América Latina, en donde existen cursos especiales dedicados a la jurisdicción constitucional o al derecho procesal constitucional, sobre todo desde la década del 80 (así, por ejemplo, en

el Perú, Chile, Argentina, etcétera), y más aún, con congresos dedicados a ello (como es el caso de los numerosos eventos realizados sobre ese tema en la Argentina).

Por cierto, esto está recién en sus inicios, y es de esperar que con el tiempo aumente el interés por los temas procesales constitucionales y se le dé configuración autónoma tanto a nivel de enseñanza universitaria como de legislación (existencia de leyes específicas sobre la materia o de códigos procesales constitucionales).

Pero dejando a salvo lo expuesto, es evidente que el tema procesal constitucional, si bien autónomo, en realidad es difícil que se desprenda del derecho constitucional, y quizá por la sencilla razón de que la base directa del proceso constitucional se encuentra en la Constitución misma. Esto es, los procesos civiles y los procesos penales tienen su fundamento en la Constitución, pero ella en sí misma no los contiene. Lo que sí contiene una Constitución es el nombre de los instrumentos procesales protectores y en la medida que sirven para protegerla a ella misma, y en tal sentido, cuando la referencia es directa y no indirecta estamos ante procesos constitucionales en sentido estricto. Por tanto, sin caer en detalles, y en la medida en que esto se encuentra consagrado en el texto constitucional, es inevitable que en la enseñanza del derecho constitucional se haga referencia a estos aspectos procesales de defensa de la Constitución, lo que a la larga perjudica o dificulta su existencia como disciplina autónoma. Y así lo podemos apreciar en algunos manuales de la disciplina de fecha reciente, de los que señalamos los siguientes:

a. En Alemania, el clásico manual de Konrad Hesse dedica el párrafo 19 al Tribunal Constitucional Federal ³⁴.

b. En Italia vemos igual tratamiento en algunos manuales recientes. Así, por ejemplo, en el de Enrico Spagna Musso, *Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padua, 1990, y en el de Giuseppe Vergottini, *Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padua, 1997.

c. En Francia se comprueba esto en el clásico manual de Jacques Cadart y en el más reciente de Philippe Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 10^a edición, LGDJ, París, 1998, así como en el manual colectivo editado por Louis Favoreu, antes citado.

d. En España puede verse lo mismo en los manuales de Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, así como en los de Enrique Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, Tecnos, 2 volúmenes, Madrid, 1992-93, y en el de Antonio Torres del Moral, *Principios de derecho constitucional español*, Universidad Complutense, Madrid, 1998.

e. El caso de México es singular, toda vez que en las universidades de dicho país existe un curso independiente de amparo, que ha dado origen a gran cantidad de manuales sobre la materia, destacando entre ellos el de Burgoa, ya citado, y el de Alfonso Noriega, *Lecciones de amparo*, Porrúa, 2 tomos, México, 1996. El amparo, como ya se indicó, cubre todo lo que puede llamarse, convencionalmente, defensa de la constitución.

f. En Venezuela existe mucha literatura sobre la jurisdicción constitucional, desde el libro pionero de José Guillermo Andueza en 1954, la monografía de Orlando Tovar y el gran manual de Humberto La Roche, *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*, Maracaibo, 1984. Sin embargo, la obra representativa de los últimos años lo constituye el tratado de Allan R. Brewer-Carías, titulado *Instituciones políticas y constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica de Tachira, Caracas, 1996-97, siete tomos de los cuales el tomo VI está íntegramente dedicado a la «justicia constitucional»; el autor parece afiliarse al uso francés del término.

g. En Colombia es importante el manual de Jacobo Pérez Escobar, *Derecho constitucional colombiano*, Temis, Bogotá, 1997, y recientemente Jaime Vidal Perdonó, *Derecho constitucional*

general e instituciones políticas colombianas, Legis, 8ª edición, Bogotá, 1999, que dedica un amplio apartado a lo mismo.

h. En el Perú le dedica un apartado especial Enrique Bernal en su libro *La Constitución de 1993, Constitución y Sociedad*, ICS, Lima, 1997, con la colaboración de Alberto Otárola, y en igual sentido Marcial Rubio Correa, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Fondo Editorial de la Universidad Católica, Lima 1999, 6 tomos, en especial el tomo 6.

i. En Chile es importante el manual de Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, *Derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 2 tomos, Santiago, 1994, y el de Germán Urzúa Valenzuela, *Manual de derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

j. En la Argentina hay varios manuales; todos ellos tratan sobre el Poder Judicial, así como de la situación del recurso extraordinario, del amparo, del *habeas corpus* y del *habeas data*. Así, sin ánimo exhaustivo, Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 3 tomos, Buenos Aires, 1996-1997; Néstor P. Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, 2 tomos, Buenos Aires, 1997; Humberto Quiroga Lavié, *Derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1993, con apéndice de 1995; Adolfo Gabino Ziulu, *Derecho constitucional*, Depalma, 2 tomos, Buenos Aires, 1997, y sin contar por cierto con el clásico tratado de Segundo V. Linares Quintana, que es referente obligado en la disciplina.

k. En Brasil la producción es copiosa. Como conjunto, lo más importante es la obra en siete volúmenes de Luiz Pinto Ferreira, que linda con lo exhaustivo, no obstante su título, *Comentarios á la Constituição brasileira*, Saraiva, 10ª edición, Sao Paulo, 1989-1995, y que luego el mismo autor ha resumido en su libro *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 10ª edición, Sao Paulo, 1999. Importantes son también los manuales de José Afonso Da Silva, Paulo Bonavides, Alexandre de Moraes, etcétera.

l. Y finalmente, *last but not least*, en Estados Unidos esto se ve claro en todos los manuales; es muy importante y de vasta influencia el escrito por John E. Nowak y Ronald D. Rotunda, *Constitutional law*, West Pub. Co., 5ª edición, Minn., 1995, cuyo primer capítulo está dedicado a la *judicial review*.

Y por cierto, no faltan los manuales dedicados estrictamente al tema, como son, en la América Latina, el de Rubén Hernández Valle (*Derecho procesal constitucional*, Juricentro, San José, 1995) y el de Néstor P. Sagüés y María Mercedes Serra (*Derecho procesal constitucional de la provincia de Santa Fe*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998).

11. Un *syllabus* tentativo

Si nos ponemos de acuerdo en la existencia de una disciplina nueva denominada «derecho procesal constitucional», y si a continuación aceptamos su enfoque dentro del campo más amplio de la teoría general del proceso, o mejor aún, del derecho procesal general, es fácil comprender que de ahí debemos deducir un contenido mínimo de la disciplina, que a su vez refleje en la enseñanza que se imparta, lo que debe constar en los *syllabus* universitarios. Por tanto, nada mejor que avanzar en ese sentido, aun cuando sólo sea provisoriamente.

Ahora bien, la acción es estudio obligado de la parte general y supuesto de todo lo que viene después, pero por su carácter genérico y abstracto, no es tocado en los derechos especiales, en este caso el procesal constitucional, si bien es cierto que lo presupone, pues sin acción no hay derecho procesal. Pero este punto, reitero, es la parte general y previa; si se quiere, el supuesto mismo de nuestra disciplina.

¿Cuál es el contenido de nuestra disciplina? Estimo que básicamente es la siguiente:

- a. Jurisdicción constitucional,
- b. Procesos constitucionales, y
- c. Magistratura constitucional.

Estos tres serían los puntos básicos de toda disciplina nueva, de carácter procesal constitucional, que queramos poner en marcha. Por cierto, cabría distinguir entre un derecho procesal constitucional general, cuando enfocamos la problemática sin hacer mayores precisiones y más bien como una panorámica (como podría ser el derecho civil general o el derecho penal general), y distinguirlo del derecho procesal constitucional particular, que es la disciplina, pero desarrollada únicamente en torno a un país determinado (así, por ejemplo, al derecho procesal constitucional argentino o el derecho procesal constitucional peruano). En estos casos se haría un análisis detallado, pero tan sólo de un país determinado, aunque entendiendo que serán necesarios en toda circunstancia algunos conceptos genéricos o referencias teóricas, para mejor entender lo que pasa en un determinado país.

Ahondando en el *syllabus* propuesto, tendríamos lo siguiente:

A. *Jurisdicción constitucional:*

Considerada en sentido estricto, o sea, la capacidad «de decir» el derecho en materia constitucional. Por cierto, a este capítulo lo podemos llamar justicia constitucional, pero desde un punto de vista lexical, más técnico es el primer término.

En este apartado deben verse, entre otros, los siguientes temas:

- 1. el valor jurídico de la Constitución,
- 2. el control y sus alcances,
- 3. sistemas de control.

Este último debe desarrollar los sistemas históricos, como son el sistema o modelo estadounidense o modelo europeo, y el sistema o modelo político. Debe igualmente dar noticia de los sistemas mixtos y del que hemos llamado dual o paralelo.

- 4. la sentencia constitucional, y
- 5. la interpretación constitucional.

Este punto es importante, pues como se sabe, la jurisdicción constitucional tiende a ser monopólica, esto es, a crear un sistema de control que a la larga tenga la última palabra en materia constitucional, y además, muchas veces es única. En tal sentido, en los sistemas europeos ha surgido el concepto, que luego se ha extendido largamente, de que el tribunal constitucional debe ser el «supremo intérprete de la constitución». Lo cual quiere decir que no siendo el único intérprete ni tampoco el más calificado, ni menos aún el intérprete auténtico, es el supremo, pues en caso de conflicto se impone su interpretación sobre todas las demás. Por tanto, si bien la interpretación jurídica se reclama de la filosofía del derecho, cuando se desarrolla como una de sus variantes, se aplica al mundo constitucional, y tiene peculiaridades propias que le pertenecen por la materia sobre la cual trabaja, y que hay que analizar en su momento. Pero hay muchos matices en la interpretación constitucional, y por eso debe existir un hilo que nos conduzca en el laberinto. Y para ello debemos recurrir a ciertos aspectos básicos, que calificamos de *postulados de la interpretación constitucional* (pues llamarlos principios o axiomas lleva a error, pues son conceptos del mundo físico- matemático, en el cual tienen un basamento distinto). Pues bien; estos postulados, que parten de una opción valorativa de lo que es la Constitución y de lo que ella significa dentro del Estado de derecho, deben ser claros, precisos y sobre todo breves, que a su vez permitan dar

cuenta del universo que se va a tratar y a partir de los cuales pueden desprenderse gran número de consecuencias. Y podrían ser los siguientes:

a. *Supremacía de la Constitución*, lo cual significa que ella es, 1. Fuente de todo ordenamiento jurídico, 2. referente obligado para todo tipo de interpretación, 3. la máxima jerarquía, contra lo cual no puede atentar el resto del ordenamiento jurídico, siempre subordinado, y en situación descendente, de más a menos, en escalones. En relación con este punto, cabe advertir que en los tiempos actuales de globalización, el sentido de la Constitución tiende a ser relativizado, como ya lo fue en su momento el concepto de soberanía, en especial con el crecimiento del derecho internacional público, con todas sus ramas, y sobre todo, del derecho comunitario. Más aún cuando se tiende a un creciente monismo en materia de caracterización del derecho internacional como superior a los derechos nacionales o internos, a los que a veces incluso desplaza. Pero sin lugar a dudas esta eventual supremacía del derecho internacional sólo existe cuando el derecho interno de cada Estado, y más aún su propia Constitución, así lo establece, con lo cual se trata de un desplazamiento querido y consentido por la propia Constitución ³⁵.

b. *La Constitución como fórmula política*, concepto que acuñó en su momento Gaetano Mosca y que en nuestros días ha difundido y reelaborado Pablo Lucas Verdú. Lo que significa que la carta política no es un documento frío y aséptico sino un proyecto de vida política en común que debe ser eficaz, con sus propios valores, que deben ser tenidos en cuenta al momento de interpretar y de poner en práctica una decisión vinculante.

c. *La Constitución como unidad*, lo cual significa que la interpretación no puede realizarse en forma aislada y fuera de contexto, ni tampoco de sus artículos sueltos, sino dentro de un todo normativo que tiene unida de sentido cuando se le mira globalmente y no por partes. Es decir visión panorámica y no parcelaria, en el entendido de que sus numerosas partes deben coincidir entre sí.

d. *Presunción de constitucionalidad de las normas*, que asume la buena intención del legislador, en la medida que no sea ha querido violar la Constitución sino desarrollarla, y por tanto debe tenerse presente esta presunción, pero sólo *juris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario. Por cierto, este requisito, así como los demás, valen y son operativos en sociedades realmente democráticas, y no en democracias de fachada.

e. *Presunción a favor de los derechos humanos*, es decir, *pro homine*, ya que como ha quedado claro sobre todo a partir de la segunda posguerra, el constitucionalismo es una técnica de la libertad y de la convivencia pacífica, que busca el orden social, y por tanto, los derechos humanos en su conjunto constituyen el sustento de todo orden democrático, expresado en una Constitución.

B. Procesos constitucionales

Es lo que ha existido desde siempre. Y habrá que distinguir entre los procesos en sentido estricto, o sea, procesos que nacen en la Constitución en forma expresa para cautelar valores o principios constitucionales, de aquellos mecanismos de carácter incidental que también sirven para proteger la constitucionalidad, como es el caso de la inaplicación de normas que rige en el sistema americano, y que es conocida como *judicial review*, a la que nos referimos líneas más arriba. Sin embargo, por la importancia que esto reviste, debemos considerar a la *judicial review* no tanto como un proceso sino como una técnica que opera dentro de un proceso, que no necesariamente es constitucional. Por lo demás, en el mundo sajón existen numerosos *writs* que tienen alcances constitucionales, que habrá que analizar teniendo en cuenta que en ese ámbito la parte procesal constitucional, si bien existe y es muy desarrollada, no es autónoma.

Más bien es en América Latina donde estos procesos se han desarrollado y enriquecido, dándole un tinalidad interesante que los diferencia de los existentes en Europa, aunque ambos tienen esa autonomía y exclusividad en temas constitucionales. Así, y para limitarnos a lo nuestro, recordemos el *habeas corpus* y el amparo, que tienen amplia resonancia en el mundo iberoamericano, así como los recursos o acciones de inconstitucionalidad. Para esto hay que ver las numerosas modalidades que se dan en los países, de los que ofrece una gran variedad la legislación constitucional latinoamericana.

C. Magistratura constitucional

Esta es la faceta que desarrolla un aspecto de la jurisdicción, o sea quién o quiénes tienen a su cargo la resolución de conflictos de carácter constitucional, cualesquiera que estos sean.

El problema es saber si estos órganos encargados de decidir en materia constitucional son magistrados o no lo son. Tratándose del Tribunal Supremo de los Estados Unidos o de un tribunal constitucional europeo, es claro que existen magistrados. Pero sin lugar a dudas, hay órganos encargados de resolver estos problemas que han sido políticos (como es el caso del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador, desde 1945) o que habiendo nacido como políticos han dejado de serlo, pero no enteramente, o cuando en todo caso hay discusión en torno a ellos (como es el caso del Consejo Constitucional francés). Aun más, existen realidades tales como la inglesa, en la cual su máximo tribunal se encuentra ubicado dentro de la Cámara de los Lores, sin olvidar las numerosas asambleas legislativas que tienen facultades jurisdiccionales.

Por tanto, si llamamos a estos entes órganos de control constitucional u órganos constitucionales hacemos más justicia a la nomenclatura, toda vez que en realidad se trata de órganos estatales ubicados dentro de la estructura de un estado determinado que tienen a su cargo los problemas de la jurisdicción constitucional. Por tanto, el nombre más comprensivo, hasta ahora, puede ser éste.

Sin embargo, es evidente que hay una tendencia cada vez más creciente a judicializar los temas de la jurisdicción constitucional, y en consecuencia, a encargar tales tareas a jueces, sea cual sea el sistema de nombramiento (que también hay que analizar). En tal sentido, estamos yendo a futuro a la creación o consolidación de magistrados constitucionales, lo que aquí apuntamos, con esa salvedad.

Ahora bien, estos órganos o magistraturas pueden tener diversas modalidades, cuales son:

a. Magistratura ordinaria, como es el caso típico de los Estados Unidos, y en América Latina, Brasil, Argentina y Venezuela.

b. Magistratura ordinaria especializada, situación, única hasta ahora, de la Corte Suprema mexicana, que está dedicada prácticamente a temas constitucionales pero sin descuidar sus demás labores judiciales, como órgano de pirámide del Poder Judicial de la federación.

c. Tribunales constitucionales autónomos, que están al margen del Poder Judicial, como es el caso de España y Perú.

d. Tribunales constitucionales no autónomos, pues forman parte del Poder Judicial, si bien se mueven con autonomía económica, administrativa, disciplinaria y funcional. Es el caso de Alemania, y en América Latina, de Colombia.

e. Salas constitucionales, que operan en el interior de la Corte Suprema, y en consecuencia, dentro del Poder Judicial. Tienen plena autonomía jurisdiccional, pero en lo demás dependen del Poder Judicial. Es el caso, singular por cierto, de Costa Rica.

Quedan dos puntos a dilucidar, que son los siguientes:

1. El primero es lo que Cappelletti y Fix Zamudio denominaron, acertadamente, «jurisdicción constitucional transnacional», como un tercer sector de la jurisdicción constitucional. Este era un aspecto que completaba los dos anteriores y era bueno establecerlo así, más aún teniendo en cuenta la constante y cada vez mayor relación entre los ordenamientos internos y los de carácter supranacional o transnacional. Sin embargo, en la medida que la jurisdicción constitucional era un empeño académico aislado, al margen de las disciplinas jurídicas y de manera incipiente, esto era correcto. Pero si la jurisdicción constitucional y sus temas, por el hecho de su crecimiento vertiginoso, adquieren una fisonomía adecuada y se enrola, con todas sus consecuencias teóricas y prácticas, en la teoría general del proceso, que es la parte básica y fundante del derecho procesal como ciencia, entonces surge el derecho procesal constitucional, que, como se sabe, es una disciplina de derecho interno, o más concretamente de derecho público interno, aun cuando vinculada con el entorno internacional. Pero aquella parte denominada «jurisdicción constitucional transnacional», al tomar una forma adecuada, debe insertarse en la problemática internacional y, en consecuencia, enrolarse en el derecho internacional público, en donde se desarrolla y crece armónicamente y al que en rigor pertenece. Y dentro del derecho externo se ubican no sólo el clásico derecho internacional público, con todas sus ramas y contenidos, sino además el derecho internacional comunitario, el derecho internacional humanitario y el más reciente derecho internacional de los derechos humanos³⁶.

2. El segundo aspecto que hay que considerar es la postulación que con lucidez hace Héctor Fix Zamudio sobre la existencia o la necesidad de una disciplina de frontera que se llamaría «derecho constitucional procesal», que sería una disciplina constitucional, aun cuando vinculada al procesalismo científico, que se encargaría del estudio de las instituciones o categorías procesales establecidas en la Constitución, y que tendría un ámbito científico con tres aspectos esenciales: a. jurisdicción, b. garantías judiciales, y c. garantías de las partes³⁷. Sin embargo, como hemos tenido oportunidad de recordar en otra ocasión, en la actualidad casi todo el ordenamiento jurídico ha sido constitucionalizado en las constituciones aprobadas o reformadas a partir de la década del 60, con mucho detalle, y en todo caso en sus aspectos principistas o sustanciales. Así, aspectos básicos del derecho laboral, del derecho tributario, del derecho comercial, del derecho civil, del derecho penal, etc., han sido elevados a nivel constitucional, para dar mayor solidez a sus enunciados. Pero eso no debe autorizar, en mi opinión, que en cada uno de estos casos se cree una nueva disciplina científica, que no sólo no tendría mayor consistencia teórica sino que duplicaría las disciplinas jurídicas existentes haciéndolas inmanejables, y además llevando a una repetición o cruce de temas en muchas de ellas, sin beneficio para nadie. Así, siguiendo el planteo de Fix Zamudio, podríamos hacer las siguientes precisiones:

1. La jurisdicción es parte sustancial del derecho constitucional, y en su desarrollo, lo analiza el derecho procesal constitucional.

2. Las garantías judiciales se encuentran en la Constitución, y corresponde al derecho constitucional estudiarlas en sus aspectos genéricos, pero su desarrollo se da en el derecho procesal, y

3. En cuanto a las garantías de las partes tenemos dos aspectos. El primero es el relacionado con los derechos fundamentales, que son desarrollados por el derecho constitucional, aunque en su aspecto específico lo hace el derecho procesal común.

Por tanto, los tres temas señalados como sectores básicos de una nueva disciplina son eliminables, pues ya se encuentran tratados adecuadamente, en el derecho constitucional y en el derecho procesal constitucional.

Cabe reiterar, por otro lado, algunos temas colaterales, cuales son:

a. El derecho procesal constitucional es una rama del derecho procesal general, siendo una disciplina aplicada, pero desde la perspectiva procesal. Por tanto, siendo su objeto de atención los aspectos

procesales de la Constitución, el enfoque lo hace desde el derecho procesal general, del cual depende y del cual constituye un desarrollo.

b. El derecho procesal constitucional, si bien tributario del derecho procesal, recibe su materia o material de trabajo de la Constitución, y en consecuencia, debe tener un contacto con el derecho constitucional que es inevitable, lo cual no significa que debamos crear «disciplinas de enlace». Y esto por una simple razón: el derecho como ciencia es uno solo, y por razones operativas divide su material en ramas o disciplinas jurídicas, que actúan con una relativa independencia, porque las peculiaridades del material jurídico así lo exigen, pero sin que estructuralmente dejen de estar unidos.

Por tanto, una propuesta de crear una nueva disciplina constitucional denominada «derecho constitucional procesal» viene a la larga a duplicar esfuerzos realizados en otras áreas, y no tiene, además, suficiente fuerza para mantenerse, ya que sus campos de acción tocan y pertenecen al derecho constitucional, por un lado, y al derecho procesal constitucional por otro.

12. Oteando el horizonte

Los desarrollos legislativos son siempre lentos. En materia de costumbres y hábitos, las adaptaciones y los seguimientos toman su tiempo. A diferencia de los adelantos técnicos, que se incorporan con gran facilidad, y que también con gran facilidad se echan de lado (como por ejemplo, adoptar una computadora y luego cambiarla sin ningún problema por otra más sofisticada), en materia de costumbres, en donde interviene la naturaleza humana, la cosa es más complicada.

Los usos, las instituciones, ingresan lentamente en base a su poder suasorio y demoran en adaptarse y en hacerse parte integrante del organismo que las recibe. Así sucede con el derecho, y por eso es que las instituciones, cuando se incorporan al ordenamiento pero no se hacen carne de él, están destinadas a vegetar, a vivir en el limbo de las buenas intenciones y a producir pérdida de vigencia y nula aplicabilidad.

En el caso de la jurisdicción constitucional, su ingreso a nuestro subcontinente fue lento, y tuvo un avance más lento todavía. Su desarrollo fue desigual y varió de país a país, pues mientras en unos apenas se mantuvo en otros se desarrolló, y se abrieron así nuevas perspectivas.

Así como primero se incorporó el llamado modelo estadounidense, el cual sufrió diversas modificaciones, y luego se introdujo el modelo europeo con variantes, así ha ido avanzando la creación de nuevas figuras, el encuadramiento de ellas en diversos cuerpos legislativos, y poco a poco, su estudio aislado, tanto en la cátedra como en la conferencia, en la revista, en el libro y en los congresos.

Por eso es que creo que todos estos esfuerzos, que se iniciaron hace más de cien años, pero cuyo mayor avance se ha dado realmente en los últimos treinta años, en forma al parecer indetenible, llevará a la doctrina a un «derecho procesal constitucional», al cual se le dará autonomía científica, se le reconocerá su carácter autónomo, aun cuando instrumental, con respecto al derecho constitucional, y ganará espacio en los currículos universitarios, con la misma prestancia que tienen los demás cursos clásicos.

Notas

Conferencia pronunciada en su recepción como académico correspondiente el 9 de mayo de 2000.

¹ *Commentaries on the laws of England*, 4 tomos, Londres, 1765-69, con varias reediciones.

² Confr. Edward S. CORWIN, *Court over Constitution*, Princeton University Press, N.J., 1938.

³ *The least dangerous branch*, Yale University Press, N.H., 1986; la primera edición es de 1962.

⁴ *Democracy and distrust*, Harvard University Press, 1980.

⁵ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, XI, 6.

⁶ Confr. Woodrow WILSON, *The Congressional Government*, Boston, 1885, que señaló la debilidad del presidente, si bien años más tarde y durante su presidencia iba a refutar esa tesis con su propia conducta gubernamental.

⁷ Confr. Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad, 1918-1939*, Madrid, CEC, 1987.

⁸ Confr. «La garantie juridictionnelle de la Constitution», en *Revue du Droit Publique*.

⁹ Confr. *Il custode della Costituzione*, Milán, Giuffrè, 1981, el original de 1931; los textos completos de Kelsen en *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981.

¹⁰ Confr. Hans KELSEN, «The judicial review of legislation. A comparative study of the austrian and american Constitution», en *Journal of Politics*, 1942; traducción en *Direito*, Santiago de Compostela, N° 1, 1995.

¹¹ Confr. la justa ponderación que de este hecho hace Joaquín BRAGE CAMAZANO, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 1998.

¹² Confr. Allan R. BREWER-CARÍAS, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

¹³ Buenos Aires, Paidós, 1998.

¹⁴ Confr. Héctor FIX ZAMUDIO, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965*, UNAM, México, 1968.

¹⁵ Así, por ejemplo, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

¹⁶ Confr. AA.VV., *Droit constitutionnel*, Louis FAVOREU, coordonnateur, Dalloz, París, 1999.

¹⁷ Confr. Domingo GARCÍA BELAUNDE, «El derecho procesal constitucional», en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho*, N° 3, 1997.

¹⁸ Confr. *Direito processual constitucional*, Saraiva, Sao Paulo, 1998.

¹⁹ Así, véanse sus trabajos *Introducción al derecho procesal*, Madrid, Tecnos, 1976, e *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*, Lima, Enmarce, 1999, así como *Derecho jurisdiccional*, 8ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, t. I, por J. Montero AROCA *et alter*.

²⁰ Confr. Jorge LOZANO, *El discurso histórico*, Madrid, Alianza, 1984.

²¹ Confr. Víctor LÍ CARRILLO, *Platón, Hermógenes y el lenguaje*, Lima, Ediciones U. De San Marcos, 1959.

²² Confr. Fernando PORTUONDO, *Historia de Cuba*, La Habana, Minerva, 1950.

²³ Confr. Domingo GARCÍA BELAUNDE, «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo», en *La Ley*, Buenos Aires, 16/10/98.

²⁴ Confr. José C. GARCÍA FALCONÍ, *El juicio especial por la acción de amparo constitucional*, Quito, 1999.

²⁵ Confr. Javier TOBO RODRÍGUEZ, *La Corte constitucional y el control de constitucionalidad*, Bogotá, 1999; Ernesto BLUME FORTÍNI, *El control de la constitucionalidad: con especial referencia a Colombia y al Perú*, Lima, 1996.

²⁶ Sobre estos casos, Cfr. Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, coordinadores, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997; Rodolfo E. PIZA E., *La justicia constitucional en Costa Rica*, Lisboa, 1995; y Héctor FIX ZAMUDIO, *Los tribunales y salas constitucionales en América Latina* en «Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca», México, UNAM, 1995.

²⁷ Confr. Salvador VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, México, Porrúa, 1995.

²⁸ Confr. Ignacio BURGOA, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1999.

²⁹ Confr. Néstor P. SAGÜÉS, *Acción de amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1995; Humberto QUIROGA LAVIÉ, *El amparo colectivo*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998.

³⁰ Confr. J. M. OTÓN SIDOU, *Habeas corpus, mandato de segurança, mandado de injunção. Habeas data. Ação popular*, Forense, Río de Janeiro, 1998.

³¹ Confr. Oscar José DUEÑAS RUIZ, *Acción y procedimiento en la tutela*, Bogotá, Lib. del Profesional, 1998.

³² Confr. AA.VV., *Habeas data*, Sao Paulo, Edit. Revista dos Tribunais, 1998, y el número especial de *Derecho-Puc*, núm. 51, Lima, diciembre de 1997, que contiene casi todas las ponencias presentadas en el Simposio Internacional sobre el *habeas data* organizado en la Universidad de Talca por el Decano de su Facultad de Derecho, Humberto Noguerira Alcalá.

³³ Confr. Juan Carlos WLASIC, *Convención Americana sobre derechos humanos*, Rosario, Juris, 1998.

³⁴ Confr.. K. HESSE, *Elemento de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Fabris, 1998; se trata de una traducción autorizada de la vigésima edición, con prólogo especial del autor para la versión brasileña, a cargo de Luis Alfonso Heck.

³⁵ Confr. Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, «La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno», en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, N° 7, 1988.

³⁶ Confr. Rodolfo E. PIZA R. y Gerardo TREJOS, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, con prólogo de E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, San José, Juricentro, 1989.

³⁷ Confr. Héctor FIX ZAMUDIO, «Introducción al derecho procesal constitucional», en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 1, 1999.