

El Derecho Procesal Constitucional: un concepto problemático^(*)

Domingo García Belaunde

Sumario: 1. Un primer panorama. 2. La especial situación de los Estados Unidos. 3. El aporte de América Latina. 4. La trayectoria europea. 5. A manera de conclusión.

1. Un primer panorama

Hace algunas décadas que circula en América Latina el vocablo "Derecho Procesal Constitucional", el cual está vinculado, como es obvio, al proceso constitucional. Pero lo ha hecho sin mayores precisiones. Se usa el término en forma recurrente, pero aun está lejos de haber sido fijado en forma clara.

^(*) Síntesis de la ponencia presentada al Primer Congreso Boliviano de Derecho Constitucional (Academia Boliviana de Derecho Constitucional, Universidad Privada Santa Cruz de la Sierra e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional) Santa Cruz de la Sierra, 25-27 de marzo de 2004. La versión completa se publicará próximamente.

Por un lado, las viejas concepciones del Derecho Procesal Civil y del Derecho Procesal Penal, tienen contornos más o menos definidos, y en cierto sentido, pacíficos. Se sabe que la tesis de la unidad de ambos procesos no está del todo admitida (Roxin, por ejemplo, duda de ello). Pero hay una tendencia hacia eso, que seguramente se impondrá a la larga.

Y al lado de estas dos vertientes clásicas, hay otras que son también importantes, y que han adquirido cierto relieve en los últimos tiempos: el Derecho Procesal Administrativo, y también el Derecho Procesal Tributario y el Derecho Procesal Laboral. Y esto podría ir en aumento.

Pero en el ámbito procesal constitucional, no empuje su uso, y una aparente amplia aceptación, el panorama se mantiene impreciso. Aun más, es de más aceptación en América Latina que en Europa, en donde parece no importar el tema. Veamos esto con más calma.

2. La especial situación de los Estados Unidos

En Estados Unidos, aun cuando parezca paradójico, no existe el Derecho Procesal Constitucional, básicamente porque no existen procesos constitucionales. Y tampoco un Tribunal Constitucional, por más que la Suprema Corte con sede en Washington se ocupe, fundamentalmente, de asuntos constitucionales. Es preciso tener en cuenta que este país no sólo pertenece a una familia jurídica distinta –que sigue siendo distinta aun con los acercamientos que se ven en ciertos sectores– sino que además ha tenido una evolución peculiar.

Esto responde en parte a la tradición jurídica que heredó de Inglaterra, país que además no tiene Constitución, por lo menos en sentido formal. Y que adicionalmente, nunca tuvo el control constitucional de las leyes en forma desarrollada, sino que su lenta aparición se truncó, por así decirlo, con la experiencia de Coke, en pleno siglo XVII. Si ahora Inglaterra en parte está de regreso, no ha sido por ella misma, sino por haber sido obligada a hacerlo como consecuencia de su incorporación como país a la Unión Europea.

Por tanto, no es dable medir los problemas ajenos, distintos a los nuestros, a través de nuestros propios lentes o conceptos, ya que decir que existe allá lo que existe acá, porque tiene cierto aire de familia, es saltarse por encima los criterios rectores que debe observarse en todo análisis comparativo.

En efecto, el famoso caso *Marbury vs. Madison* de 1803, no fue pacífico. De hecho, el mismo Marshall jamás volvió a inaplicar una ley federal por inconstitucionalidad, en los siguientes 32 años que permaneció en la Corte, en especial por la resistencia que generó. Sentado el principio de la *judicial review*, como creación pretoriana, se volvió a utilizar muchos años después, con la Corte Taney, y en forma intermitente hasta la época de Roosevelt, ya en pleno siglo XX, pero en medio de grandes disputas teóricas y doctrinarias, como lo acredita la literatura existente.

Pero hay que tener en cuenta que en el modelo norteamericano, este control se hace en vía incidental, a propósito de un caso concreto y en cualquier tipo de proceso, creándose un precedente que a la larga puede influir y dejar de lado la norma cuestionada. Lo cual, como es natural, requiere tiempo.

El problema no es, pues, procesal, sino sustantivo, o sea, de defensa de la Constitución y de la supremacía de ésta, dentro de un proceso de carácter judicial. Lo que se estudia y lo que cuenta es la

supremacía constitucional, que se hace efectiva a través de cualquier proceso, no importando cuál sea la materia objeto de la litis.

Y por tanto, en el sistema jurídico norteamericano no existe algo que pueda llamarse proceso constitucional, y en consecuencia, nadie se ha preocupado de estudiarlo. Lo que se hace es estudiar, en los cursos universitarios de Derecho Constitucional, y en los manuales al uso, el problema de la supremacía de la Constitución, su valor jurídico y cómo ella se hace efectiva en un proceso cualquiera, a pedido de parte.

Por la misma razón, no existe un Derecho Procesal Constitucional y no creo que vaya a existir. Y esto por cuanto los problemas son resueltos en cualquier juzgado, en cualquier proceso, susceptibles eventualmente de ir a la Suprema Corte de Justicia, por lo que tampoco puede decirse que ésta sea un Tribunal Constitucional, ya que si bien su labor trata estos temas mayoritariamente, la mayoría de las cuestiones se deciden en las cortes de los Estados miembros, las que actúan en última instancia, sea por iniciativa propia, sea por seguir los principios que en alguna oportunidad sentó la Suprema Corte, y que son vinculantes. Aun más, la máxima jurisprudencia aumenta con el transcurso del tiempo y no siempre de inmediato. Y ella misma es en realidad discreta, pues al año no pasan de un centenar los casos que resuelve.

Y así hay que hacerlo para hablar con propiedad. Esto es, en los Estados Unidos no hay Tribunal Constitucional, ni procesos constitucionales ni tampoco existe un Derecho Procesal Constitucional. Y es probable que nunca lo haya.

Sin embargo, la manera como en los Estados Unidos se protege la supremacía constitucional y se inaplica una ley inconstitucional, ha originado múltiples enseñanzas, que han sido aprovechadas largamente en América Latina, que ha tenido, si se

quiere, una verdadera labor creadora. Y que empiezan a ser empleadas también por los tribunales constitucionales europeos. Experiencia modélica, sin lugar a dudas, que no puede exportarse, si bien irradia continua influencia.

3. El aporte de América Latina

En materia constitucional, los países de la América Latina, sufrieron diversas influencias en el inicio de sus vidas políticas. Tenían en uso gran parte del Derecho hispánico, asimilaron pronto la influencia francesa en los códigos, en especial el civil, y por cierto, los modelos constitucionales franceses también fueron objeto de estudio. Pero sobre todo, se tuvo presente la experiencia norteamericana por múltiples razones. La primera, sin lugar a dudas, fue que el experimento variopinto francés duró poco, pues pronto Napoleón se hizo del poder y en 1804 proclamó el Imperio francés. En segundo lugar, porque los Estados Unidos era algo que se tenía a la mano y no tan lejos. En tercer lugar, por cuanto este nuevo país, había sido también, en los hechos, colonia de un gran imperio y había luchado contra él, es cierto que a desgano. Y adicionalmente había obtenido su independencia en el campo de batalla. No fueron éstas las únicas razones, pero quizá las más importantes.

Y esto en cierto sentido era paradójico, ya que nuestro corpus jurídico venía, en su casi totalidad, de la familia romanista de la que formaba parte el Derecho castellano y las Leyes de Indias, mientras que la experiencia norteamericana, era tributaria de otra familia jurídica: el common law.

En esta experiencia se veía además una serie de procesos cortos, difíciles de describir, pero que buscaban soluciones rápidas, frente a casos específicos, como eran los famosos y centenarios *writs*. A lo que hay que sumar, a partir de 1803, el caso *Marbury vs. Madison*, que si bien fue único durante años en su propio país, no dejó de influir sobre el exterior (en lo cual colaboraron muchos escritores famosos de la época, como era el caso ejemplar de Tocqueville).

Por tanto, muy pronto, y sobre todo en el aspecto constitucional y de defensa del máximo texto normativo, iba ir abriéndose paso el ejemplo norteamericano, ya que en Europa, en esa época, no había nada que se le pareciese. Mientras que Estados Unidos descubrió y practicó desde muy temprano, el valor jurídico de la Constitución, Europa se movía entonces, y lo haría durante más de un siglo, con la idea de que la Constitución era sobre todo un texto político, y que debería defenderse políticamente (posición interesante y en cierto sentido válida, pero no suficiente).

Estos antecedentes confirman que era relativamente fácil que pronto arraigasen entre nosotros instrumentos jurídicos para la defensa de la Constitución, como es el caso modélico del Amparo, creado en la Constitución yucateca de 1841, luego extendido al ámbito federal mexicano en 1847 y ratificado en la Constitución Federal de 1857. Así como la introducción de instrumentos protectores de determinados derechos fundamentales (empezando con el Habeas Corpus, incorporado tempranamente al Brasil, por vez primera en 1830).

Por tanto, durante décadas hubo en varios países de la América Latina (en especial en el Brasil, la Argentina, México, Colombia y Venezuela) la práctica, aun cuando intermitente, de la defensa constitucional, sea en su aspecto jerárquico y normativo, sea en la defensa de los derechos de las personas (como acertadamente lo señaló Grant hace ya varias décadas).

Precisamente, este ambiente de carácter constitucional y procesal, puede explicar que en 1944, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, utilizase por vez primera el término *Derecho Procesal Constitucional*, en la Argentina, al publicar su libro Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional (Buenos Aires 1944) y luego lo reiterase y ampliase en comentarios bibliográficos publicados en la "Revista de Derecho Procesal" editada en Buenos Aires y que dirigía Hugo Alsina (año III, 2ª. Parte, 1945, pág. 77).

¿Cómo sucedió esto? Hasta donde alcanza mi información, es la primera vez que el concepto como tal se usa en el mundo occidental (América Latina y Europa, sin contar a los Estados Unidos, por las razones antes expuestas). Para tales efectos, debemos recordar que Alcalá-Zamora y Castillo era un jurista español, experto en Derecho Procesal, que alcanzó la cátedra siendo muy joven, y que se dedicó a escribir sobre estos temas en forma profusa, mostrándose gran conocedor del procesalismo científico más importante de esa época, el alemán y el italiano, que contribuyó grandemente a difundir. Fue en esa estancia argentina, que luego continuó en México, que lanzó el concepto y que tuvo acogida, incluso en procesalistas del entorno (como es el caso de Couture). Pero sin que él ni nadie más durante varios años, volviese sobre el tema, ni hiciese un desarrollo elaborado, como si se intentó con el proceso civil y el proceso penal (Alcalá-Zamora, como se sabe, simultaneó en ambos procesos).

Luego de este inicio promisorio, el que primero lo plantea orgánicamente es Héctor Fix-Zamudio, en su tesis de licenciado en Derecho (1955) presentada en cinco capítulos, dos de los cuales serán publicados en revistas especializadas al año siguiente (1956). Y más tarde, en el libro del mismo autor titulado El juicio de amparo (1964). Fix-Zamudio ha ejercido desde entonces, un amplio magisterio en el mundo iberoamericano, que debe ser estudiado en otra oportunidad.

Luego sigue un curso vertiginoso de la expansión del término, que aquí escuetamente reseño: en el Perú se usa por vez primera en 1971 (cabe este honor al autor de esta ponencia) ; en Argentina, Néstor Pedro Sagüés en 1979; en el Brasil, Roberto Rosas en 1983; en Colombia, Ernesto Rey Cantor en 1994; Rubén Hernández Valle, en Costa Rica en 1995, entre otros.

Y luego han seguido los trabajos sobre el tema. En el Brasil destaca toda una amplia bibliografía; en México, el gran esfuerzo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en compendiar y divulgar esta nueva disciplina, a través de trabajos propios y de una compilación de largo aliento: Derecho Procesal Constitucional, que ha alcanzado cuatro ediciones, la última de las cuales apareció en cuatro tomos en 2003 (y a cargo de la editorial Porrúa).

Han venido luego sucesivos trabajos, tanto de Héctor Fix-Zamudio, con diversos planteos, como de otros juristas latinoamericanos como Allan R. Brewer-Carías en Venezuela (si bien no utiliza el término) y Osvaldo A. Gozaíni, en la Argentina, que ha continuado la línea seguida por Sagüés aun cuando en forma independiente (Gozaíni tiene el mérito de haber publicado en México y en 1995, un libro dedicado al Derecho Procesal Constitucional, que es el primero que se publica en México con ese título). Y más recientemente, José Antonio Rivera en Bolivia (*cf.* Jurisdicción constitucional, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba 2004).

4. La trayectoria europea

En Europa, como ya lo he adelantado, no existía el concepto jurídico de Constitución, y por tanto, tampoco el de defensa jurídica de la Constitución. Lo que primó durante décadas, fue la defensa política y el temor a toda intromisión judicial, explicable en gran parte por razones históricas. Esto permite comprender que nada parecido al proceso o a la jurisdicción constitucionales se desarrollasen, sino muy posteriormente, ya iniciado el siglo XX, tan pronto terminó la Primera Guerra Mundial. Aun cuando para efectos prácticos y por así decirlo, exitosos, sólo ocurriera en la segunda posguerra.

Pero en Europa había surgido a mediados del siglo XIX, una nueva ciencia; el Derecho Procesal, que iba a desarrollarse lentamente en Alemania y en Italia, hasta principios del siglo XX, y luego en otros países europeos. Sobre todo, en la parte concerniente al proceso civil y al proceso penal, que pronto adquirieron una fisonomía definida.

Sin embargo, nada hubo sobre el aspecto constitucional. Es cierto que la idea y la concreción de los tribunales constitucionales se da en Europa en el período 1919-1931; en concreto, en la década del veinte con la gran creación austriaca inspirada en Kelsen. Pero en ese momento se utiliza la expresión "jurisdicción constitucional", esto es, capacidad de decir el Derecho en materia constitucional, lo que antes no existía en el Derecho europeo. Pero no se fue más allá. Ni Kelsen ni Schmitt llegaron a eso, no empece que existían ya en el mundo germano procesalistas de renombre. Aun más, los interesantes y pioneros trabajos de Kelsen en esta materia, no demuestran mayor conocimiento del mundo procesal, que tan desarrollado estaba en esa época en la comunidad jurídica alemana, en la cual Kelsen se movía.

Y más bien es en Italia, sobre todo a partir de 1955, con la obra pionera de Mauro Cappelletti, que empieza el análisis del control de constitucionalidad en forma rigurosa y creadora, y así se

refleja en sus principales obras (cf. La justicia constitucional, UNAM, México 1987, que es una compilación de sus principales trabajos).

Pero Cappelletti, al igual que Kelsen, no obstante sus enormes méritos, se limitó a desarrollar, replantear y ordenar la problemática –de gran influencia en toda la América Latina, a la que visitó mucho durante largos años– pero no afrontó el problema conceptual de base, no obstante que venía de una tradición y de una escuela procesal acreditada. Se limitó a hablar de justicia o jurisdicción constitucional, o de control judicial de constitucionalidad o frases parecidas, pero sin dar el salto cualitativo, que por entonces asomaba en algunas publicaciones italianas que él no podía desconocer. La obra de Cappelletti, quizá la más creadora del periodo en el ámbito europeo, por sus innovaciones, enfoques e intuiciones, no logró ubicar esa temática dentro del mundo del Derecho. Y al parecer, tampoco le interesó hacerlo, quizá atraído por otras urgencias.

Más bien, quien primero utiliza en Italia el “nomen iuris” es Massimo Luciani (Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale, CEDAM, Padova 1984), pero sin hacer mayores precisiones. Una gran obra en este sentido es la de Gustavo Zagrebelsky (La giustizia costituzionale, 1988) quien más tarde incursiona con entusiasmo sobre el tema (así en su intervención en el seminario organizado por la Corte Constitucional en el mes de noviembre de 1989).

Y posteriormente hay que citar, sobre todo, el conocido manual de Antonio Ruggeri y Antonio Spadaro (Lineamenti di Giustizia Costituzionale, Giappichelli editore, Torino 2001) que sin embargo prefieren el calificativo, muy utilizado en Italia, de “justicia constitucional”, al que califican como sinónimo de lo que se llama “Derecho Procesal Constitucional”, disciplina a la que no consideran autónoma, sino como una rama del Derecho Constitucional.

Lo mismo puede decirse de Roberto Romboli, quien con sus colaboradores de Pisa, ha publicado varios volúmenes dedicados a Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (cinco en total, editados por Giappichelli) y en donde hace referencias también al Derecho Procesal Constitucional y al proceso constitucional, dando a entender que es algo en cierto sentido autónomo, pero sin que tome una definición al respecto, intento que al parecer ha abandonado (véase el reciente manual Giustizia Costituzionale preparado por el mismo Romboli, con Elena Malfatti y Saulle Panizza, Giappichelli editore, 2003).

En Alemania, el primero que emplea el concepto de “Derecho Procesal Constitucional” es Peter Häberle, en 1973, si bien sólo lo sistematiza en 1976, en un ensayo en donde sostiene que el Derecho Procesal Constitucional no es más que el derecho constitucional concretizado (*cf.* Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar, Lima 2004) y por tanto, una suerte de emanación del Derecho Constitucional.

Y aquí lo siguen varios más, si bien luego surgirán los disidentes. Por otro lado, un conocido y difundido manual debido a Christian Pestalozza (Verfassungsprozessrecht, München 1991) de amplia difusión en el mundo alemán, describe cómo operan los procesos constitucionales en la federación y en los *länder*, y dedica apenas unas cuantas líneas de su parte introductoria a destacar la “peculiaridad” del Derecho Procesal Constitucional, a relatar la existencia de normas procesales constitucionales que hay que respetar, y a describir los procesos en términos adecuados. No se advierte en él una adhesión o definición al respecto, pues parece más inclinado por la parte pragmática del Derecho Procesal Constitucional en su propio país. Pero podría desprenderse una postura autónoma y procesal de la disciplina (si bien esto, por cierto, no pasa de ser una hipótesis).

En España, el primero que utiliza el término es José Almagro Nosete en un sustancioso artículo (*cf.* Tres breves notas sobre Derecho Procesal Constitucional, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana², Madrid 1979). Pero el mérito en haberle dado sistematicidad es de Jesús González Pérez (*cf.* Derecho Procesal Constitucional, Edit. Civitas, Madrid 1980) aun cuando centrado en el ordenamiento español. Y desde su óptica, lo trata Juan Montero Aroca y sus colaboradores (*cf.* Derecho Jurisdiccional, Tirant lo blanch, Valencia 1998, tomo I).

5. A manera de conclusión

Lo expuesto en las líneas que preceden, han querido llamar la atención sobre una dificultad inicial: esto es, qué se entiende por Derecho Procesal Constitucional. Seguramente, de haber escrito hace algunos años, la pregunta habría sido otra: ¿existe o puede existir una disciplina jurídica que se llame Derecho Procesal Constitucional?

Esta inquietud ha sido respondida en forma afirmativa. Existe una disciplina que puede denominarse Derecho Procesal Constitucional, pues los hechos así lo demuestran: hay publicaciones, cátedras dedicadas a ello, procesos constitucionales, eventos centrados en su estudio. Todo esto es una realidad, como para que justifique una respuesta positiva, no obstante algunas posiciones pesimistas o dubitativas, que todavía se ven en el entorno. Pero esto es cuestión de tiempo, pues tarde o temprano, por lo menos en el mundo romanista, una disciplina así será plenamente aceptada.

El segundo punto es cómo aparece el concepto y cómo se le define. Y esto es lo crucial, pues las indicaciones generalmente son vagas, reiterativas y no siempre precisas. A esto he dedicado esta ponencia, con la esperanza de mostrar el avance de los últimos años.

Pero esto no agota la problemática. Todavía quedan por desbrozar cuestiones complejas que le son conexas y que sirven para mejor entenderla. Pero esto excede los límites de esta ponencia.

Lima, marzo de 2004.
Revisado en setiembre de 2004.

(Publicado en "Estado de Derecho y la justicia constitucional en el siglo XXI", Primer Congreso Boliviano de Derecho Constitucional, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba 2004, pp. 195-202)