

Encuentros y desencuentros en torno al Derecho Procesal Constitucional (*)

Sumario: 1.- Perplejidades. 2.- El debate en torno al nombre. 3.- ¿Qué tipo de jurisdicción? 4.- El debate en torno al contenido. 5.- El debate sobre su ubicación. 6.- Sobre el proceso constitucional. 7.- Sigue: el proceso constitucional. 8.- ¿De qué tratan los procesos constitucionales? 9.- ¿Es criterio suficiente para identificar a un proceso constitucional el hecho de que sea resuelto por un órgano especial? 10.- El desinterés de los procesalistas. 11.- Palos de ciego. 12.- ¿Existe un Derecho constitucional procesal? 13.- ¿Derecho Procesal Internacional?

por Domingo García Belaunde

1) Perplejidades

El nacimiento de una disciplina ocasiona siempre problemas de diverso orden, en especial de carácter teórico. El mismo desarrollo del Derecho romano-para solo referirnos a la familia jurídica en la que nos movemos-fue lento y producto de una compleja evolución

(*) Cuando Adolfo Rivas me invitó a participar en la IX Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, que finalmente se llevó a cabo en Buenos Aires, en los locales de la Universidad del Salvador (7-8 de setiembre de 2006) me puso en un aprieto. Había trabajado varios tópicos de la nueva disciplina a la que estaba consagrado el evento, pero lo había hecho en forma dispersa, y sobre todo en lo referente a sus fundamentos. Decidí, pues, después de grandes vacilaciones volver sobre esos mismos temas y aprovechar para dar una imagen de cómo se concebía la problemática a nivel general, pero de manera especial en la América Latina. El resultado fue un texto muy largo que de por sí era inapropiado para exponerlo dentro de una conferencia de límites reducidos a la cual se me había invitado. Opté por eso por circunscribirme a la primera parte de mi trabajo, que es lo que ahora presento, quedando para otra oportunidad la publicación de las partes restantes. Y dejando aclarado que en cuanto a temas y referentes bibliográficos, señalo como fecha límite la del evento antes referido.

que solo se consolidó a lo largo de los siglos. La Edad Media con sus numerosas escuelas constituye así un laboratorio de todo lo que iba a surgir luego, que se condensa, por así decirlo, a fines del siglo XVIII y más en concreto, en el siglo XIX con la codificación. Esto es, si bien el Derecho como conjunto normativo existió desde siempre y sobre todo como una unidad, tendió a especializarse a partir de la codificación, y esto explica que estas disciplinas, sobre todo el Derecho civil y demás ramas del Derecho privado, y luego las del Derecho público interno-pues el Internacional tiene su propia trayectoria-hicieran grandes esfuerzos para constituirse como partes adecuadas de un gran todo.

En cuanto al Derecho procesal, considerado como disciplina y no como simple aglomerado de normas, se independiza o empieza su andadura como tal, a partir de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, por obra, sobre todo, de la doctrina alemana e italiana.

Igual puede decirse de los procedimientos y de los procesos. Se han dado desde siempre, pero su perfil científico es relativamente cercano. En realidad, el procesalismo científico empieza en el ámbito civil y luego se amplía al penal. Y así se mantuvo durante largo tiempo.

Pero esta parte procesal se extiende y aplica paulatinamente a las demás partes del ordenamiento, pero no al área constitucional, básicamente porque la Constitución, en el ordenamiento europeo del siglo XIX, era considerada como una herramienta política y no como una arma jurídica. La Constitución como concepto jurídico fue una creación del constitucionalismo norteamericano, que se concretó o mejor dicho empezó a fijarse desde principios del siglo XIX, a través de una numerosa jurisprudencia que se inicia con el famoso caso de 1803, *Marbury vs. Madison*. Pero que se afirmará paulatinamente, sobre todo después de la guerra civil (1861-1865) y nuevamente a partir de la tercera década del siglo XX. Pero curiosamente, en el mundo norteamericano en donde la Constitución tiene un connotado valor jurídico, se utilizan instrumentos judiciales comunes para defenderla, pero nadie piensa que ellos deben ser materia de una disciplina procesal

especifica, sino que se asume que se da en cada caso, en cada materia, ante cada juez y bajo cualquier legislación cuando así se presente, debidamente ordenado y sistematizado por el sistema del precedente.

En el mundo romanista, por el contrario, se da un curioso fenómeno: en la América Latina se incorporan instrumentos protectores desde 1830 (Habeas Corpus en el Brasil) y 1841 (Amparo en México) al que le siguen otros en las décadas siguientes. Pero todo esto se considera parte de los ordenamientos procesales existentes, a tal extremo que hasta hace pocas décadas, los procesos de Amparo o de Habeas Corpus, por solo poner dos ejemplos, se ventilaban en las legislaciones procesales civiles o penales sin ningún problema. Y todavía en varios países (Paraguay, Panamá, etc.) se mantienen en situación similar.

Al mismo tiempo, el continente europeo ignoraba este tipo de controles, y por tanto, si bien desarrolló la temática procesal, no se atrevió a extenderla a los temas constitucionales, lo que con vacilaciones y un poco a tientas, se hizo solo en los años 20 del siglo pasado. Es en esta época que se empieza a hablar de control de constitucionalidad de las leyes, y existe un intenso debate que se da en la comunidad jurídica francesa y alemana, y en menor grado en la española.

Ahora bien, para designar tales experiencias se utilizaron muchos nombres, pero básicamente, control constitucional, defensa constitucional y jurisdicción constitucional.

Y es a partir de entonces que ese nuevo campo va enriqueciéndose, pero avanza en forma muy lenta en el periodo de entreguerras, pero explosivamente después de la Segunda Guerra Mundial.

Y por lo mismo que son experiencias que nacen tardíamente y en contextos históricos distintos, es que asumen diversos

nombres y son pocos los que atinan a ubicarla y darle un nombre adecuado.

Estas dudas subsisten hasta ahora, y en gran parte ha determinado que si bien existe un acuerdo en algunos aspectos básicos, vemos un desacuerdo en los demás y encontremos sólidos argumentos para defender tesis contrapuestas.

Estas líneas no pretenden zanjar un problema, que existe desde hace algunas décadas, sino más bien señalarlo y con las debidas precauciones, llamar la atención sobre la importancia que ello tiene y la necesidad de que cada uno contribuya, aunque sea modestamente, a su esclarecimiento.

Las perplejidades no van a cesar. Pero podemos avanzar un paso en la dirección que apunta a superarlas.

2) El debate en torno al nombre

Cuando se empieza a discutir el tema del control constitucional, se utilizan, como he señalado, varios nombres. En la comunidad alemana se empleaba el de "jurisdicción estatal", pero luego, sobre todo por influencia de Kelsen, se hablará de "jurisdicción constitucional" que es el que éste prefiere. Sin embargo, su famoso texto publicado en Francia en 1928 utiliza indistintamente los conceptos "justicia constitucional" y "jurisdicción constitucional", que al parecer es una licencia que se tomó el traductor o quien revisó la traducción, pues para el pensamiento positivista de Kelsen, la "justicia" es básicamente un término valorativo, axiológico, y sin vinculación alguna con la aplicación de las leyes o de la Constitución. Y en el mismo sentido se pronunciaron algunos de los juristas franceses que intervinieron en el debate de aquellos años. Más bien es Charles Eisenmann, discípulo de Kelsen y al parecer el que tuvo a su cargo la publicación de su célebre

ensayo en francés, el que utiliza extensamente el concepto de "justicia constitucional" en la tesis doctoral que publica en París en 1928, con prólogo del mismo Kelsen (cf. La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, L.G.D.J. Paris 1928; hay reimpresión facsimilar en *Économica* y en 1986).

Parece pues que el término, muy francés, es hechura ajena y no pertenece a Kelsen. La idea de Kelsen es de que estamos ante una "jurisdicción constitucional", esto es, un decir el derecho en sentido de vigilancia o control constitucional y referido básicamente a las leyes. Y con este título quería significar el conjunto de problemas que su concepto abarcaba y que en cuanto tal se encontraba confiado al Tribunal Constitucional, del cual Kelsen era magistrado en aquel entonces.

Con el tiempo, el término "jurisdicción constitucional" se amplió y empezó a tomar el nombre genérico de una disciplina, y así se ha utilizado en muchos ambientes académicos. Sin embargo, hoy en día en varios países, sobre todo en Francia y en Italia, se emplea el término "justicia constitucional" como el abarcador de lo que hacen los respectivos órganos de control constitucional (el Consejo Constitucional francés y la Corte Constitucional italiana).

De todos los rótulos que sirven para fijar el contenido de la materia que nos ocupa, los que más uso han tenido en las últimas décadas son los de "justicia constitucional" y "jurisdicción constitucional".

Desde mi personal punto de vista, ambos deben ser considerados como términos pre-científicos, o sea, utilizables antes de que se iniciase o fortaleciese la ciencia procesal, pero no ahora. En todo caso, el término "justicia constitucional", si bien puede ser impactante en su formulación y por su carácter suasorio, debería llevarnos para ser debidamente consecuentes, a hablar de "justicia civil" o "justicia penal" en lugar de "proceso civil" y "proceso penal", respectivamente. Pero esto no se ha hecho. Nos queda una especie de rémora en la utilización de la

palabra "justicia", pero ella debe quedar fuera del mundo jurídico, pues es un concepto o dato meta-positivo y perteneciente a la Filosofía del Derecho, que apunta a ella como uno de los fines del Derecho en cuanto orden social.

Distinto es el caso del concepto "jurisdicción constitucional". Apunta más bien a algo concreto, que se realiza aquí y ahora y por tanto se entiende. Aun más, si con ello queremos expresarnos en términos editoriales, académicos o convencionales, no veo ningún inconveniente en usarlo, pues a la larga sabemos a que nos referimos.

Pero da la casualidad que todos los que hablan de "justicia" o "jurisdicción constitucional" se refieren a procesos de orden constitucional, aun cuando a veces no los llamen así o utilicen otros nombres similares. Dicho en otras palabras, tratan de contenciosos que afectan, rozan o resuelven problemas constitucionales. Por tanto, lo primero que debemos tener en cuenta es esto, para saber a que atenernos.

3) ¿Qué tipo de jurisdicción?

Quizá la pregunta pueda parecer ociosa, pero no lo es. En efecto, hoy es evidente que la jurisdicción que se ejerce en estos casos es la jurisdicción ordinaria, que es concretada y desarrollada a través de un proceso, si bien sui generis y que termina en una sentencia. O sea, estamos ante una jurisdicción contenciosa. Y así entendemos que sea. Pero no siempre se ha pensado así.

Por un lado, en algunas legislaciones procesales constitucionales se incluyen procesos que no son contenciosos o peor aun, no son procesos, como es el caso de los procedimientos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México, que se acostumbra incluir como parte del Derecho Procesal Constitucional por

los juristas mexicanos, no obstante que se trata de un órgano administrativo de carácter persuasivo. Pero en puridad, la jurisdicción constitucional o Derecho Procesal Constitucional, debería incluir únicamente procesos de carácter contencioso. O en todo caso, constituir éstos el corpus central y mayoritario de la disciplina.

Pero en sus inicios, la tesis de Kelsen fue totalmente distinta. En su famoso ensayo de 1928-sobre el que volveremos más adelante-Kelsen señala que el Tribunal Constitucional austriaco, ejercía una jurisdicción de carácter político: esto es, el Tribunal Constitucional era en puridad un órgano de naturaleza legislativa, que simplemente servía para corregir los excesos del legislador ordinario al que en cierto sentido controlaba. Así, mientras éste daba leyes, o sea, creaba el Derecho, el Tribunal Constitucional al conocer los excesos, los eliminaba y era una suerte de legislador negativo. Este punto de vista no lo modificó posteriormente, no obstante que tuvo a la mano la experiencia jurídica norteamericana que conoció muy de cerca, cuando se trasladó a vivir a los Estados Unidos en 1940 y en donde permanecería hasta su muerte acaecida en 1973.

Por otro lado, uno de los máximos diseñadores de nuestra disciplina, Mauro Cappelletti, se inclinó desde un principio por usar indistintamente los términos jurisdicción o justicia constitucional-con una excepción como señalaré más adelante- y además sostuvo que la jurisdicción constitucional era una especie de jurisdicción voluntaria, y en este punto otros juristas notables coincidieron con él; como es el caso de Calamandrei (vid. de Cappelletti, La giurisdizione costituzionale delle libertà, Giuffré, Milano 1955, pág. 111 ss; hay reimpressiones y traducción castellana).

Todo esto explica porque la disciplina, no obstante haber avanzado grandemente en el campo de la dogmática y en el estudio de determinados institutos procesales, no ha fijado adecuadamente su fundamentación teórica y su derecho a ser considerada como ciencia autónoma (si bien por autonomía signifiquemos objeto de estudio propio, ubicado dentro de un sector del mundo jurídico).

4) El debate en torno al contenido

Lo que interesa sobre todo es, para poder avanzar, saber de que contenidos estamos hablando. Esto es, si revisamos los manuales, los textos o monografías sobre los temas antes referidos y que usan el membrete de “justicia” o “jurisdicción constitucional”, vemos de inmediato que en ellos se apunta siempre a un problema que alguien resuelve. Esto es, existe un contencioso o una litis, para emplear la terminología de Carnelutti, que puede ser de carácter público, privado o social-y aquí ampliamos el concepto algo estrecho que al respecto usó Carnelutti- y sobre el cual hay que buscar su “justa composición”. Es decir, resolver una pretensión o incertidumbre, que es lo que origina la litis y a través de alguien debidamente facultado para hacerlo.

Por tanto, el conflicto o contencioso surgido alrededor de un punto determinado, debe ser resuelto. Y esto se hace siguiendo determinados pasos, ante la autoridad investida de jurisdicción, que es la forma moderna de resolver los conflictos-de cualquier orden-al interior de la sociedad. Por tanto, y como quiera que los que utilizan la voz “justicia” lo hacen relacionándolo siempre con un modelo de solución de conflictos, es inevitable pensar que están ante una jurisdicción que luego de seguir ciertos pasos-hay una teleología latente-concluye en una decisión que lo da por resuelto.

Pues bien, lo que aquí se hace es nada menos que un proceso en sentido moderno, pues no hay otra forma de resolverlo que no sea de esta manera. No es un procedimiento, pues todos estamos de acuerdo en que por procedimiento se consideran los pasos aislados e inconexos entre sí y además los que se llevan ante autoridades que no están investidas de poder jurisdiccional, sino en todo caso, administrativo.

Por tanto, cualesquiera de sus denominaciones, aun las más tradicionales, nos llevan a la conclusión de que estamos ante procesos,

que si tratan asuntos constitucionales, deben ser llamados procesos constitucionales. De no ser así, serían procesos civiles, procesos penales, procesos administrativos, procesos laborales, etc.

5) El debate sobre su ubicación

Llegado a este punto tenemos una primera conclusión: estamos ante procesos de orden constitucional y no de orden civil o penal. Por tanto, estamos ante procesos constitucionales.

Pues bien, si esto lo aceptamos ¿en donde nos ubicamos dentro del mundo del Derecho...? Todos sabemos que el Derecho en cuanto disciplina es uno solo, es una unidad, pero que por razones de comodidad y mejor estudio, se le divide en áreas, unas sustantivas y otras instrumentales. Estas últimas son conocidas como procesales, pues engloban a todo el proceso en su multitud de manifestaciones.

Y ante ello solo nos cabe hacer la siguiente pregunta: ¿dónde ubicamos estos procesos constitucionales?

Una primera respuesta, sería decir que el proceso constitucional, por razón de la materia, pertenece en realidad al Derecho constitucional. Con ese mismo criterio, el proceso civil pertenecería al Derecho civil, lo cual, hasta donde yo sepa, nadie postula en la actualidad.

Por tanto, decir que un proceso-o si se quiere procedimiento- pertenece a un derecho sustantivo porque contribuye a su realización, significa retroceder en cien años y volver a posturas sostenidas en el siglo XIX y principios del siglo XX por la doctrina jurídica (vid. por ejemplo de Nicola Coviello, Manuale di Diritto civile italiano, 4ta edic. a cargo de L.Coviello, Soc.Ed.L., Milano 1924, hay traducción castellana,

quien incorpora los procesos civiles como parte del Derecho civil). Pero ¿cómo mezclar aspectos sustantivos con aspectos de tramitación, o mejor, procesal...? Divididas las disciplinas jurídicas hace más de cien años, incluso al interior de ellas mismas, no se puede retroceder por razones obvias (nadie pensaría, por ejemplo, en reincorporar el Derecho laboral al Derecho civil, de donde nació como una emanación de ciertas figuras obligacionales y sobre todo contractuales...)

Otras tesis sostienen que en realidad sería una figura mixta, porque goza y aprovecha de ambos sectores, tanto el procesal como el constitucional, o sea, tanto el instrumental como el sustantivo. Y efectivamente, para manejar un proceso constitucional hay que conocer el derecho sustantivo o constitucional, al cual sirve, y en tal sentido, en el ejercicio profesional se presenta una cierta mixtura, pero eso no significa que no puedan deslindarse sus campos desde un punto de vista teórico. Así, si tenemos la figura de una obligación no cumplida regida por el Derecho civil, tendremos que recurrir a un proceso civil (de conocimiento, sumario, etc.) para poder obtener una compensación o realización de nuestra pretensión. Pero nadie ha pensado que el proceso civil sea mixto porque necesita el manejo de ambas disciplinas, por más que exista un acercamiento entre ambas y se reclamen mutuamente.

Por otro lado, existiendo ya un Derecho procesal hace más de cien años, la pregunta es ¿por qué no incorporarlo al Derecho procesal, dando nacimiento así a una nueva disciplina que sería el Derecho procesal constitucional como algo netamente procesal? Esto es lo que han hecho muchos, pero queda número muy respetable de juristas que no han dado este paso audaz.

6) Sobre el proceso constitucional

Si aceptamos que el Derecho procesal constitucional es Derecho procesal y no otra cosa, no acaban aquí los problemas.

Sabemos que la disciplina se apoya en ese famoso trípode al que se refiere Alcalá-Zamora y Castillo, que es la acción, la jurisdicción y el proceso.

La acción es, como se sabe, un derecho abstracto, que significa la facultad-poder de pretender algo. Y ella da origen a un derecho fundamental, que es el acceso a la justicia, y que constituye el supuesto del mundo procesal.

La otra es la jurisdicción, sobre la cual hemos dicho ya algo. Esto es, la función estatal o atributo del Estado (facultad – deber) que permite componer la “litis constitucional”, entendida en sentido amplio. Pero la jurisdicción no solo tiene que ver con el modelo que se acepta para esa composición de la litis, sino con la estructura jurisdiccional que existe detrás, en especial el Poder Judicial y las cortes o tribunales constitucionales, en donde los hay. Esta es toda una problemática que incluye la magistratura constitucional, que puede a su vez estar conformada de diversas maneras.

Ahora bien, pese a las críticas que ha recibido (Montero Aroca y su escuela), el proceso sin ser único, sigue siendo la figura central en la doctrina procesal. Y esto es lo que ha causado más problemas de los que habitualmente se presentan, y que precisamente han dificultado el avance de la doctrina. Y sucede así pues se ha partido del proceso civil, para luego extenderlo a los demás procesos, ocasionando problemas entre los cultores del proceso civil y los del proceso penal (así, por ejemplo, Eugenio Florián y luego V. Manzini piensan que son distintos el proceso civil y el penal; por otro lado, Carnelutti, sostenedor de la tesis de la unidad del proceso, se encontró con serias dificultades al incursionar en el proceso penal, como lo demuestran sus Lecciones sobre el proceso penal, EJEA, Buenos Aires 1950, esp. tomo I.

Señalemos, pues, algunas de sus dificultades:

a) ausencia de valor jurídico de la Constitución, sobre todo en el mundo europeo continental, concepción que se mantiene hasta mediados del siglo XX, en donde la situación empieza a cambiar lentamente,

b) minusvalía del Poder Judicial-sobre todo en la Europa continental-que se aprecia en la desconfianza ante el juez, lo que se ha ido superando lentamente y hoy puede decirse que ha tramontado,

c) desinterés de los procesalistas por abordar este tipo de problemas, que se mantiene hoy en día. Esto es, los procesalistas clásicos han sido básicamente especialistas en procesos civiles y en procesos penales y no se han atrevido (o animado) a hacer nada más. Luego nació, avanzado el siglo XX, el proceso administrativo y los especialistas en el área. Para no referirnos sino al mundo hispano, un libro sobre la materia adecuadamente fundamentado solo lo encontramos con la obra cimera de Jesús González Pérez (cf. su Derecho Procesal Administrativo, IEP, 2da edición, 3 tomos, Madrid 1964-1967, con prólogo de Jaime Guasp; la primera edición es de 1955-1958) Pero como decimos, revisando a los procesalistas contemporáneos, son raros y muy escasos los que consideran al proceso constitucional como una rama del Derecho procesal (la monumental y valiosísima obra de Lino Enrique Palacio solo acierta a dar validez a los procesos civiles y a los procesos penales, cf. Derecho procesal civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1994, tomo I, pp. 20-29 y algunos, como Jorge A. Clariá Olmedo niegan, incluso, la existencia de otros procesos distintos a los civiles y penales, cf. Derecho Procesal, Edic. Depalma, Buenos Aires 1982, tomo I, pp. 38-41).

d) peculiaridades del proceso constitucional que lo distinguen claramente de los demás procesos, y que crean un dolor de cabeza a los procesalistas formados bajo la óptica procesal clásica, y que pueden presentar, enunciativamente, las siguientes notas distintivas, si bien no son absolutas:

- procesos sin pruebas, o en todo caso, que no necesitan actuación,
- procesos de corta duración,
- procesos restitutorios plenos,
- procesos que desconocen o anulan sentencias judiciales y actos legislativos del parlamento,

-procesos sin partes (aun cuando esto tiende a matizarse o a ser reformulado).

7) Sigue: el proceso constitucional

La peculiaridad de los procesos constitucionales es quizá lo que más ha contribuido a su falta de aceptación. En efecto:

- los procesos constitucionales cambian según los países,
- los procesos constitucionales varían según las políticas legislativas,
- los procesos constitucionales tienen fundamentos diversos,
- los procesos constitucionales tienen estructuras que cambian de país a país, y muchas veces en un mismo país en épocas sucesivas.
- dependen de una Constitución o de un determinado concepto de constitución.

En los ámbitos procesal civil y procesal penal, salvando distancias, podemos encontrar muchas cosas en común. Pero ¿qué puede encontrarse en común en los procesos constitucionales y que en cierto sentido los distinguen?

Veamos algunos problemas:

- a) las figuras procesales constitucionales, aun siendo hipotéticamente similares, no tienen siempre el mismo nombre: la Tutela en Colombia, el Mandato de Seguridad en el Brasil y el Amparo argentino, sirven básicamente para lo mismo, no empece que tienen nombres distintos,
- b) el *iter* procesal de los procesos constitucionales varía según las legislaciones y según exista o no una corte o tribunal constitucional;

incluso su configuración debe mucho a la tradición histórica de cada país,

c) los procesos constitucionales pueden tener efectos más allá de las partes en cuestión, sea porque sirven como precedente, sea porque así lo establece la legislación,

d) la legitimación activa puede ser muy amplia, incluso para aquél que no tenga interés directo, si bien esto hoy está siendo utilizado también en otros ámbitos del proceso (intereses difusos),

e) el proceso constitucional puede obviar muchas formalidades y el juez está encargado de salvarlas, pudiendo incluso prescindirse de abogados patrocinadores allí donde la defensa es cautiva,

f) la decisión de convertir en proceso constitucional a un determinado tópico, es cambiante y sujeto a variantes,

g) normalmente los procesos constitucionales se rigen por normas específicas, pero también se les aplican las normas procesales comunes, y eventualmente se crean normas que son propias a sus necesidades y el resto del ordenamiento le sirve de fuente supletoria, en la medida que no se oponga a los fines que el proceso persigue, llegándose al caso de que el órgano calificado, en vía jurisprudencial, puede crear normas procesales para el caso concreto, si bien es cierto que con cautela, en vía subsidiaria y generalmente por delegación del legislador, lo que por lo demás no está exento de críticas (cf. Patricia Rodríguez Patrón, La "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid 2003),

h) el principio de cosa juzgada, tan característico en los procesos de carácter jurisdiccional, se encuentra relativizado en los procesos constitucionales y no constituye una nota distintiva de ellos. Por lo demás, este principio considerado intocable, ha sufrido diversos cuestionamientos en la actualidad, en especial en su área preferida, el proceso civil (cf. Juan Carlos Hitters, Revisión de la cosa juzgada, Lib. Edit. Platense, La Plata 2001),

i) la legislación procesal está dispersa y rara vez se encuentra unificada. De excepción es el Código Procesal Constitucional de Tucumán (1999) y el del Perú (2004) más comprensivo éste y además de carácter

nacional, pues se aplica a todo el territorio y no únicamente a una de sus regiones,

j) la ausencia de codificación dificulta la concreción de la doctrina, como se ha visto de manera sobresaliente en el desarrollo histórico del Derecho civil.

8) ¿De qué tratan los procesos constitucionales?

De manera más o menos convencional, se acepta que los procesos constitucionales tratan sobre la protección de los derechos humanos y la defensa de la Constitución frente a actos o normas que la desconocen.

Estos serían, pues, los temas que tocan y corresponden a los procesos constitucionales y sobre ellos existe una cierta unanimidad en la doctrina. Pero no son todos, pues en los últimos años se han creado diversos procesos que se han adosado a la magistratura constitucional, creándose nuevas figuras procesales constitucionales, como es el caso patente del Habeas Data.

Ahora bien, la inclusión de un determinado tópico como un proceso constitucional, depende sin lugar a dudas de una política legislativa o de un legislador constituyente. En efecto, ¿por qué no se hizo un Amparo más preciso, evitando la creación del Habeas Data, que en puridad es un proceso constitucional construido desde la experiencia latinoamericana, si bien alimentado por doctrina norteamericana y europea sobre la reserva de los datos personales? ¿Qué criterio podemos tener, entonces, para ubicar a un proceso como constitucional y darle esa tipificación?

Uno que puede considerarse como característico, pero que no es definitivo, es su incorporación en la Constitución. En efecto, nuestras

constituciones se refieren a ellos en forma clara y definida, y luego viene la legislación de desarrollo que precisa el ámbito y su forma de aplicación. Así lo vemos en el Habeas Corpus y el Amparo, que en la mayoría de las constituciones latinoamericanas tienen consagración expresa. Sin embargo, sucede que a veces el proceso constitucional no está en la Constitución y tampoco en la ley, como es el caso del Amparo argentino que fue creación pretoriana (1957-1959) confirmado legislativamente (1966) pero que solo llegó a ser normado constitucionalmente en la reforma de 1994 (cf. Augusto M. Morello y Carlos A. Vallefín, El Amparo, Régimen procesal, Lib. Editora Platense, La Plata 2004).

El otro criterio es por la materia. Será constitucional, aquel que defiende principios o valores que están en la Constitución. Pero aquí hay que distinguir lo constitucional per se de lo constitucional per accidens. Es decir, en principio, todo es constitucional y todo proceso es constitucional pues a la larga defiende la Constitución y tampoco puede desenvolverse al margen de sus principios. Pero en sentido estricto y en cuanto tal debe considerarse constitucional solo lo que es el aspecto esencial, principista y fundamental en relación con el resto del orden jurídico. Si, por ejemplo, se dispone el desvío de una determinada vía por razones de seguridad o de reparación, se está afectando, *grosso modo*, el derecho de libre tránsito, pero como consecuencia de un tercer factor: por lo tanto, es una afectación constitucional, pero lo será por accidente y como derivado, y no *per se*. No inmediato, sino mediato.

Lo que se trata es que el proceso constitucional lo sea por sus aspectos básicos y sobre todo, que sea residual con respecto al resto del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, un padre que vive fuera del hogar y no brinda alimentos a sus hijos, está faltando a un deber elemental y a sus deberes constitucionales y afectando los derechos fundamentales de sus hijos, que son menores de edad. Sin embargo, para remediar esta situación no hay que ir a un proceso constitucional, sino a un proceso civil. Por tanto, debe ser consagrado como proceso constitucional lo que es residual al resto de los procesos o que por su vital importancia merezca un tratamiento especial o porque siendo especial, no tenga una vía adecuada para su defensa (si bien esto es cada vez menos probable). Es decir, los procesos constitucionales no deben

reemplazar a los procesos ordinarios (civiles, penales, etc.) y deben actuar en situaciones excepcionales. De no ser así, terminarían reemplazando a los demás procesos, creando más problemas de los que resuelve.

Tratándose de infracciones a la Constitución por parte de leyes y demás normas, estamos sin lugar a dudas frente a un típico caso de violación constitucional, que amerita la existencia de un proceso constitucional. No obstante, podría no serlo en el caso del llamado "control difuso", que no constituye un proceso, sino una técnica de inaplicación como consecuencia de una violación a la jerarquía normativa y que realiza un juez debidamente investido con facultad jurisdiccional, en cualquier tipo de proceso.

No existe, pues, un criterio único para fijar o establecer que es un proceso constitucional o como lo identificamos. Existe la tendencia a que este sea fijado modernamente en las Constituciones, pero cuando esto no existe, debemos estar a lo dispuesto por la ley, que debe hacerlo bajo determinadas condiciones.

Y todo esto dentro de una inevitable política legislativa que depende generalmente de una política de Estado que se aplica en cada país. Existen figuras procesales afines, similares o copiadas de derechos extranjeros, pero al final todo depende de una opción política. Es decir, los problemas, las incertidumbres con relevancia jurídica deben ser resueltos por el orden procesal común (civil, penal, administrativo, etc.) y dejar solo unos cuantos temas o situaciones especiales, a los procesos constitucionales, que deben ser resueltos en este tipo de procesos de manera excepcional (ya que el protector del ciudadano es esencialmente el Poder Judicial y los instrumentos procesales comunes). Y esto a la larga lo define una opción política expresada en una norma, preferentemente constitucional.

Pueden darse además otras situaciones:

-un proceso constitucional que haya nacido en la ley, pero que a diferencia de los demás procesos que están consagrados en la Constitución, no está incluido en ésta,

-otro caso puede ser el de procesos constitucionales que están considerados en la Constitución como tales, pero que en puridad no merecen ese nombre. Es la situación del proceso de cumplimiento contenido en la Constitución peruana de 1993, que sirve para solicitar el cumplimiento de una ley y de un acto administrativo y que por su amplio espectro puede cubrir cualquier cosa. Estaríamos aquí sin lugar a dudas- pues la normativa debe aceptarse-ante un proceso constitucional impropio o si se quiere a un proceso ordinario constitucionalizado.

-El hecho de que un proceso cualquiera esté consagrado expresamente en la Constitución, no significa por eso que sea un proceso constitucional. Así, muchas constituciones incorporan o definen literalmente el llamado proceso contencioso – administrativo. Pero esta ubicación no lo hace per se un proceso constitucional pues es, como fácilmente se advierte, un proceso administrativo. Y como tal es desarrollado por una legislación específica.

9) ¿Es criterio suficiente para identificar a un proceso constitucional el hecho de que sea resuelto por un órgano especial?

En 1930, Franz Jerusalem afirmó que para que exista jurisdicción constitucional era necesario un órgano calificado, y en tal sentido sostenía que en los Estados Unidos no existía una verdadera jurisdicción constitucional, pues lo que calificaba a ésta, era la existencia de un órgano ad-hoc. Esta tesis fue difundida en su momento por Alcalá-Zamora y Castillo y aceptada por muchos estudiosos, sosteniéndose que la existencia de la jurisdicción constitucional en sentido amplio-y entiendo que eso incluye para estos fines la existencia de un proceso constitucional- requería un órgano especial para esos fines. Por tanto, de esta tesis se desprende ineludiblemente la afirmación de que son procesos constitucionales, los que ve un órgano ad-hoc, o sea, una corte o tribunal constitucional. Si bien este planteo

no ha logrado imponerse, indudablemente ha flotado sobre el ambiente y ha encandilado a muchos, y además representa un punto de vista importante, sobre todo en los países de modelo concentrado como son los europeos, en donde los procesos constitucionales, en puridad, son resueltos tan solo por la corte o tribunal constitucional. En ese sentido, es muy fácil concluir que son procesos constitucionales los que resuelve un tribunal constitucional. Y en cierto sentido, es un criterio útil.

Sin embargo, los años transcurridos han demostrado otra cosa: que como consecuencia de la judicialización de la política, se han adosado a los tribunales constitucionales competencias que nada tienen de constitucionales y en veces tampoco son procesos. Un avance de esto lo representa el Tribunal de Garantías Constitucionales creado por la segunda República española en 1931, que entre sus competencias tenía la de actuar como jurisdicción electoral, así como en el juzgamiento de altos funcionarios del Estado. El actual Tribunal Constitucional Federal alemán tiene, entre otras competencias, la de ser tribunal electoral; la Corte Constitucional italiana, por ejemplo, es la encargada del procesamiento penal contra el presidente de la República, la admisión de los referendos abrogatorios, etc. Y también se consideran el control de los partidos políticos, la suspensión de los derechos constitucionales, el conocimiento de los impedimentos del Jefe de Estado, el asesoramiento a otros órganos del Estado, la revisión de tratados internacionales, entre otras funciones, no siempre contenciosas (cf. Serena Baldin, Le "altre" funzioni delle corti costituzionali, Edizione Università di Trieste, 2000; José Julio Fernández Rodríguez, La justicia constitucional europea ante el siglo XXI, Ed, Tecnos, Madrid 2002).

Por tanto, hoy en día no puede decirse que la jurisdicción constitucional o los procesos constitucionales son lo que ven, tramitan y resuelven las cortes o tribunales constitucionales, pues estos han recibido una carga tal de competencias en los últimos años, que excede cualquier previsión, pues conocen y resuelven asuntos de los más variados. Aun más, cuando por ejemplo la Corte Constitucional italiana enjuicia al presidente de la República-lo que estuvo a punto de hacer con el presidente Leone, pero que no ha hecho hasta ahora-recurre al proceso penal, es decir, no se sigue ante ella un proceso constitucional

sino un proceso penal, que dicho sea de paso no es de uso privativo de la Corte Constitucional, sino en general de los jueces.

Por tanto, es proceso constitucional aquel que lo es acorde con su naturaleza y además el legislador le da tal categoría, con independencia al hecho de que sean los jueces ordinarios los que lo resuelvan o la magistratura especializada de un tribunal ad-hoc.

10) El desinterés de los procesalistas

Aspecto importante que explica el escaso y frágil desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, radica en el desinterés que en términos generales han mostrado los procesalistas. Ninguno de los grandes procesalistas del siglo XX se ha preocupado, de manera consistente y continuada en el tema (como muestra, cf. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Veinticinco años de evolución del Derecho Procesal; 1940-1965, UNAM, México 1968).

Es significativo el caso de Italia. Desde muy temprano, los procesalistas se hicieron cargo de estudiar la novedad procesal que significaba la introducción de la Corte Constitucional en la recién aprobada Carta de 1947, y así lo atestiguan diversos ensayos de la época (vid. Virgilio Andrioli, Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi en "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile", celebrado en Bologna del 30 de setiembre al 3 de octubre de 1950 y publicada por CEDAM en 1953 y en donde interviene Carnelutti con algunas reflexiones interesantes, así como el ensayo de Calamandrei del mismo año: La illegittimità delle leggi nel processo civile, hay traducción castellana). Y así fue durante un tiempo, lo cual se encuentra sobradamente representado en la obra, no muy extensa pero no por ello menos sólida de Mauro Cappelletti, de tanta influencia en nuestros países, gracias a su difusión desde México a las visitas que hizo a varios de ellos (México, Colombia, Argentina, Perú). Y por cierto a los atisbos

de Alcalá-Zamora y Castillo y a la larga como provechosa dedicación que le ha prestado durante décadas Héctor Fix-Zamudio.

Pero en Italia pasó algo muy curioso: objeto de atención y desvelo de los procesalistas en un principio, con los años los constitucionalistas se adueñaron de la problemática y se han hecho cargo de ella, con solvencia sin lugar a dudas, pero en veces con carencias procesales, lo que ha complicado el panorama.

Los procesalistas italianos conocen y se refieren en veces al Derecho procesal constitucional, pero a él no dedican sus esfuerzos teóricos de fundamentación. Lo mismo puede decirse de nuestros países. Por cierto que hay excepciones, como es el caso en España de José Almagro Nosete (cf. Justicia constitucional, Madrid 1980 y Constitución y Proceso, Bosch, Barcelona 1984) Jesús González Pérez (cf. Derecho Procesal Constitucional, Civitas, Madrid 1980) y Víctor Fairén Guillén (cf. Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional, Edersa, Madrid 1983, tomo I). Pero no es mucho. E igual ocurre en la América Latina. Hay desinterés, pero algunos le han prestado atención, sea auspiciando eventos o publicaciones (Adolfo A.Rivas, Julio B.J. Maier) o tocando temas vinculados, como Augusto M. Morello (Constitución y proceso, Lib. Edit. Platense, Buenos Aires 1998). Y en México podemos apreciar lo mismo, sobre todo en las nuevas generaciones, como es el caso de José Ovalle Favela (cf. Teoría general del proceso, Oxford, 5ta. edición, México 2003, entre otras publicaciones). Y antes de él las incursiones, algo marginales, de Cipriano Gómez Lara.

12) ¿Existe un Derecho constitucional procesal?

Una de las más sugerentes tesis formuladas por Héctor Fix-Zamudio a inicios de la década de 1970 es que existe, al lado del Derecho procesal constitucional un "Derecho constitucional procesal". La presentación de esta dupla desconcierta a primera vista, y parecería ser

que no tiene ningún sentido. Sin embargo, la argumentación tiene su punto de partida en los estudios de Eduardo J. Couture en torno a la relación cercana y fundamental entre el proceso civil y la Constitución o mejor aun, entre el proceso y la Constitución. De acuerdo con este autor, el proceso tiene su fundamento en determinados principios o instituciones que están en la Constitución y por tanto consagrados en ella, con lo cual opera una suerte de legitimación. Esto es fruto de la paulatina constitucionalización de los principios del orden jurídico que nace tímidamente en la primera posguerra y se acentúa en la segunda posguerra. Esto es, los principios del Derecho penal, del Derecho civil, del Derecho financiero, del Derecho internacional, ya no se dejan al azar o al desarrollo legislativo, sino que se encorsetan dentro del marco de una Constitución, que ya no se reduce a la parte dogmática y a la orgánica como era antes, sino que los textos, aun cuando sean breves, alcanzan a tocar nuevos aspectos que antes no se consideraban necesarios.

Indudablemente, este hecho es algo contundente que no puede ser negado y hay muchos que han utilizado esta nomenclatura: así Mirkine-Guetzevich ha estudiado el "derecho constitucional internacional", que no es otra cosa que el derecho internacional debidamente recepcionado en las constituciones como fruto de lo que él denominó como "racionalización del poder". Y en fecha más reciente y solo a guisa de ejemplo, Víctor Uckmar, Principios comuns de direito constitucional tributário, Edit. Revista dos Tribunais, São Paulo 1976; que estudia las normas y principios tributarios que se encuentran en los textos constitucionales. Y Guillermo Cabanellas y E. Pérez Botija, Derecho constitucional laboral, Edit. Tecnos, Madrid 1958 (extractado de un homenaje a Pérez Serrano) que desarrolla los aspectos laborales en las constituciones modernas.

Y si esta lógica la hacemos extensiva, podríamos perfectamente tener otras nuevas disciplinas, como:

i) Derecho constitucional comercial: o sea, los principios del comercio interior y exterior en las constituciones,

- ii) Derecho constitucional financiero; los principios del Derecho financiero en las constituciones, y en el mismo sentido
- iii) Derecho constitucional civil,
- iv) Derecho constitucional penal,
- v) Derecho constitucional administrativo,
- vi) Derecho constitucional minero.

Y así sucesivamente.

Ahora bien, como actualmente las constituciones modernas-y lo son casi todas las actualmente existentes, pues la mayoría de las vigentes han sido sancionadas con posterioridad a 1960-consagran los principios básicos de cada ordenamiento, todo ello originaría ramas del Derecho constitucional dedicadas a una especial disciplina jurídica en la medida que han recepcionado sus fundamentos, con lo cual terminamos duplicando todas las disciplinas jurídicas en forma innecesaria.

Veamos por ejemplo el caso hipotético del Derecho constitucional penal: estudia los principios básicos de esta disciplina en el ámbito constitucional y puede dar origen a un curso, a un manual y quizá a una especialidad. Pero quien estudia en la universidad este curso, y lleve luego el curso de Derecho Penal, parte general, verá que aquí estudia lo que ya estudió antes. En el mismo sentido, el Derecho constitucional procesal estudiará una serie de principios e instituciones que ya están estudiados en el Derecho constitucional o en el Derecho procesal general o Teoría del Derecho Procesal.

Vistas así las cosas, la existencia de una disciplina denominada "derecho constitucional procesal" no se sostiene, a la larga termina destruyéndose así misma y no explica nada y más bien abulta cualquier currículo universitario que se tome en serio esta propuesta. Aun más, no tiene suficiente peso epistemológico como para poder mantenerse como tal.

Sin embargo, si admitidas estas dificultades se pretende sostenerla por razones de conveniencia curricular o para facilitar su

estudio, no creo que exista impedimento alguno para que se mantenga, pero bajo la reserva aludida. Y como fruto de una convención.

En otras palabras: lo que dicen los sostenedores de la tesis es correcto. Los hechos que denotan son exactos y existen. Pero ello no es suficiente para crear una nueva rama del Derecho dentro de nuestro universo jurídico.

13) ¿Derecho procesal internacional?

Una de las grandes contribuciones de Cappelletti fue señalar, desde su óptica, la existencia de una justicia o jurisdicción constitucional supranacional, lo que ha hecho en fecha relativamente tardía, si la comparamos con sus primeras contribuciones. A ella se han adherido varios cultores de la disciplina y así ha prosperado en algunos textos de doctrina. Pero creo que conviene no olvidar la separación que debemos hacer entre las instituciones de carácter supranacional dedicadas a la defensa de los derechos fundamentales-que es la que más desarrollo ha tenido- con la existencia de una disciplina dedicada a explicarla.

Para tales efectos debemos tener presente que la jurisdicción es un atributo o poder del Estado, que a su vez se distribuye en diversos órganos encargados de su ejercicio y generalmente de alcance territorial. Pero también puede radicar en órganos internacionales, que sin depender de un Estado tengan esa jurisdicción por habérselas atribuido otros Estados a través de un tratado, que es por ahora la única manera de hacerlo, ya que la existencia de un Estado mundial es una utopía. Aun a nivel regional, tampoco cabe hablar de Estados, pues el mayor intento hecho en esa línea, que es la Unión Europea, no ha logrado constituirlo y al parecer no lo hará por mucho tiempo, pues el lento e ilusionado proceso de hacer una "constitución europea" ha quedado congelado hasta el 2008.

Aun más, las constituciones corresponden a un determinado territorio bajo el control de un Estado. Dicho en otros términos, las constituciones tocan y corresponden a los Estados actuales. La llamada "constitución europea" no tiene de constitución más que el nombre, demasiado ambicioso por cierto, y que en puridad es un tratado de unión entre los estados europeos para avanzar en sus objetivos. No existe pues en rigor una constitución europea y es posible que nunca exista (por lo menos mientras los separen las concepciones religiosas, políticas así como las tradiciones históricas, en especial el uso de tantas lenguas que en total de 21 son consideradas como oficiales de la Unión Europea; cf. Jacques Ziller, La nuova Costituzione europea, Il Mulino, Bologna 2004).

Por lo tanto, una jurisdicción constitucional supranacional o mejor aun, un Derecho procesal constitucional transnacional, es una contradicción en sus términos. Ya que las constituciones son propias de los Estados y un Estado mundial o regional no existe en las actuales momentos. Lo que no impide reconocer la existencia de una jurisdicción internacional en determinadas materias, en especial de protección de los derechos humanos, precisamente en virtud de tratados firmados por los Estados.

Y como consecuencia de lo anterior, se desprende que en puridad cuando nos remitimos a la esfera supranacional, estamos ante un Derecho procesal internacional que se da en varias materias y modalidades. Esto es claro en el ámbito del Derecho comercial, en donde existen procesos que tienen el carácter internacional, básicamente entre los Estados y más recientemente entre particulares. Y esto ante órganos jurisdiccionales internacionales creados con ese fin. Y ante ellos se llevan procesos que son internacionales-por deducción elemental-y que tienen diversos contenidos. Existe el proceso internacional comercial, el proceso internacional penal (con el reciente Estatuto de Roma) y existe el Derecho procesal internacional de los derechos humanos.

Esto es, cuando la protección sale del ámbito estatal, no podemos seguir usando el membrete "constitucional" pues esto está

referido a una constitución y a un Estado determinado. Por el contrario, aquí estamos en el ámbito supra-estatal, que es distinto, en donde hay un Derecho procesal supranacional o internacional, que todavía está en embrión. Muestra de ellos es, en nuestra área, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, compuesta por jueces que ejercen jurisdicción frente a los Estados que expresamente se han sometido previamente a ella, y que tiene su propio proceso adecuado a las instituciones existentes.

En consecuencia, el Derecho procesal constitucional debe quedar-por lo menos en las actuales circunstancias-dentro del ámbito geográfico de los Estados. Fuera de éste, existe el proceso internacional que puede afectar o desarrollar diversas materias, acorde con los intereses de los Estados o de la comunidad internacional y de conformidad con los tratados suscritos entre ellos. Y esto sin mencionar los arbitrajes internacionales contenidos en diversos tratados, referidos sobre todo a inversiones o aspectos comerciales y ante organismos que resuelven los problemas que se les plantean y que han sido creados de común acuerdo por los Estados (CIADI, etc.) y que muchas veces son revisiones de lo que previamente ha sido resuelto en las jurisdicciones domésticas.

Finalmente hay que tener presente que el Derecho Procesal Internacional no debe incluir como uno de sus temas -aun cuando algunos lo han hecho- la aplicación de una ley o sentencia de un Estado en otro, pues aquí estamos ante procesos que se llevan en un Estado determinado para aplicar en su territorio decisiones o leyes que corresponden a otro Estado. Se trata, en rigor, de la aplicación de un derecho extranjero ante una jurisdicción nacional, no constituyendo por tanto, un proceso internacional, sino un proceso interno que debe resolverse a la luz de normas o acuerdos internacionales (generalmente como problemas que provienen del Derecho Internacional Privado). En rigor, solo pueden calificarse como procesos internacionales a los que se tramitan o resuelven a través de tribunales internacionales, los que por convención o mutuo acuerdo, gozan de poderes jurisdiccionales.