

PROCESO Y CONSTITUCIÓN

EFICACIA DEL CONTROL
DE CONSTITUCIONALIDAD
Y DE CONVENCIONALIDAD

ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL

PROCESO
Y CONSTITUCIÓN

EFICACIA DEL CONTROL
DE CONSTITUCIONALIDAD
Y DE CONVENCIONALIDAD



EDIAR

Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional
Proceso y Constitución / Coordinador: Osvaldo A. Gozaíni.
1a ed. - Buenos Aires: Ediar, 2013.
200 p. ; 21x15 cm.

ISBN 978-950-574-301-8

1. Derecho Procesal Constitucional. I. Gozaíni, Osvaldo A., coord.
CDD 347.05

Fecha de catalogación: 23/05/2013

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Queda hecho el depósito que exige la Ley 11.723

Copyright by Editora Ar S. A.

Tucumán 927, 6º piso

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

www.ediar.com.ar

2013

ÍNDICE

Presentación · · · · ·	15
CAPÍTULO I	
EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO CIENCIA AUTÓNOMA: IMPLICANCIAS ·	17
1. Jurisdicción constitucional · · · · ·	17
2. La consagración del Tribunal Constitucional · · ·	20
3. Justicia constitucional · · · · ·	22
4. El debido proceso · · · · ·	25
CAPÍTULO II	
EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EXPANSIÓN (CRÓNICA DE UN CRECIMIENTO: 1933-2006) · · · · ·	29
1. Preliminar · · · · ·	29
2. El caso de México. Las aportaciones de Héctor Fix-Zamudio · · · · ·	35
3. América del Sur de habla castellana · · · · ·	42
4. Centroamérica y el Caribe · · · · ·	58
5. Los inicios en la Argentina. El planteo de Sagüés ·	67
6. Otras contribuciones argentinas · · · · ·	71

7. El caso del Brasil	77
8. El control constitucional en Francia	89
9. España y el Derecho procesal constitucional. Nota sobre Portugal	91
10. El interesante panorama italiano	96
11. La situación en Alemania. La tesis de Häberle . .	103
12. A manera de conclusión	106

CAPÍTULO III

LA IMPORTANCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO CIENCIA

AL SERVICIO DE LA DEMOCRACIA	115
1. Introducción.	115
2. Nuestra concepción de la democracia y la Constitución.	120
3. El modelo de la Democracia Constitucional: ¿Qué implica?	126
4. El Derecho procesal constitucional como disciplina al servicio de la Democracia	129

CAPÍTULO IV

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

1. Introducción	133
2. Tipología de los sistemas o modelos jurisdiccionales de justicia constitucional.	136
2.1. <i>El modelo difuso</i>	136
2.2. <i>El modelo dual y paralelo</i>	137
2.3. <i>El modelo concentrado</i>	139
2.4. <i>El modelo mixto</i>	140

2.5. <i>El modelo híbrido</i>	140
3. Modelo mixto de origen dual y paralelo.	
Nuestra propuesta	141
3.1. <i>Jurisdicción constitucional especializada</i>	142
3.2. <i>Competencia objetiva</i>	144
3.3. <i>Competencia subjetiva</i>	147
4. Control incidental de constitucionalidad	149
5. Naturaleza objetiva del control incidental de constitucionalidad	152
6. Naturaleza subjetiva del incidente de control constitucional	156
7. Trámite del incidente de control de constitucionalidad	158
7.1. <i>Iniciación del incidente</i>	158
7.2. <i>Providencia que avoca el incidente</i>	160
7.3. <i>Ejercicio del derecho de contradicción</i>	160
7.4. <i>Fase oral: audiencia concentrada de decisión</i>	161
7.5. <i>Impugnación de la decisión</i>	162
7.6. <i>Trámite de la segunda instancia o del recurso extraordinario</i>	163
8. ¿Es antidemocrática la jurisdicción constitucional?	164
9. ¿Qué papel debe cumplir el Derecho procesal constitucional en un Estado constitucional de derecho?	167
10. Conclusiones	172
CAPÍTULO V	
LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	
NORMATIVA	173
1. Presentación	173

2. Explicando una tendencia	176
3. Justificación analítica	178
4. Preocupaciones operativas	181
5. Argumentos que justifican su adopción	185
6. Necesidad de mejorar la regulación legal	191
7. Conclusión	193

CAPÍTULO VI

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

EN PARAGUAY.	195
----------------------	-----

1. Preludio	195
2. Control de constitucionalidad	198
2.1. Nociones fundamentales	198
2.2. Supremacía de la Constitución	199
2.3. Amplitud	200
3. Constitucionalización	201
3.1. Sistema constitucionalista	203
3.2. Neoconstitucionalismo	204
3.3. El tránsito a un constitucionalismo universal unificado . . .	206
3.4. El fenómeno de la “constitucionalización” propiciado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: su incidencia en Paraguay	207
4. Bloque de Constitucionalidad	209
4.1. Origen	210
4.2. Ideas genéricas sobre el Bloque de Constitucionalidad . . .	211
4.3. Aspectos que aglutina	213
4.4. El Bloque de Constitucionalidad en Paraguay	214
5. Orden de prelación constitucional paraguayo . . .	215

5.1. Jurisdicción supranacional	217
5.2. Normativas trasnacionales que integran la esfera de protección	218
6. Sistemas de control de constitucionalidad	219
6.1. Modelo político	220
6.2. Modelo jurisdiccional	220
6.2.1. Por la forma de ejercer el control	221
6.2.2. Por los órganos encargados de aplicarlos	224
6.3. Sistema implementado en Paraguay	225
7. Matrices puntuales del control de constitucionalidad	229
7.1. Posibilidad de aplicarse el efecto erga omnes	230
7.2. Declaración oficiosa de inconstitucionalidad	233
7.3. Facultad consultiva	233
8. La incidencia del orden internacional	234
8.1. Complementariedad del orden constitucional y del sistema internacional de protección	234
8.2. La fuerza normativa de los derechos fundamentales	238
8.3. Obligación de los Estados de adecuarse a la Convención	240
8.4. Control de convencionalidad, su obligatoriedad	243
8.4.1. Marco de análisis	243
8.4.2. Problemas que presenta	245
8.4.3. Obligtoriedad de cumplir con el control de convencionalidad	246
8.4.4. Recepción del control de convencionalidad en Paraguay	248
8.4.5. Un caso de patente inconventionalidad	248
9. Derecho procesal constitucional	252
10. Conclusión	253

CAPÍTULO VII

EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO

AL RECURSO Y EL DERECHO

A LA EJECUCIÓN INMEDIATA.

EL CASO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL. 257

1. Planteamiento del conflicto 257

2. El derecho al recurso 258

3. El derecho a la ejecución de las sentencias 262

4. Confrontación de dos realidades 269

5. Relatividad de la solución 270

6. Reflexión final. 276

CAPÍTULO VIII

DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD 279

1. El problema del control de oficio 279

2. Garantías y defensas 280

3. Bases legales del control de oficio 283

4. La acción declarativa 286

5. Las sentencias no legislan 287

6. El control de convencionalidad 289

CAPÍTULO IX

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

FEDERAL LUEGO DE LA REFORMA DE LA

CONSTITUCIÓN ARGENTINA DE 1994

Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD 293

1. Introducción 293

2. El régimen de los tratados en el Derecho
constitucional argentino 294

2.1. <i>Antecedentes</i>	294
2.2. <i>La reforma de 1994</i>	297
3. El control de convencionalidad	302
4. La observancia de los estándares establecidos por los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos por parte de la Corte Suprema argentina	306
5. Conclusiones	311

CAPÍTULO X

BASES DE LA INTERPRETACIÓN

INTERCULTURAL EN UN ESTADO

PLURAL COMO EL BOLIVIANO. 313

1. Introducción	313
2. Excurso al debate doctrinal entre liberales y comunitaristas	315
3. Políticas culturales en el Estado plural boliviano .	318
4. La interpretación en un Estado plural como el boliviano	321
5. Conclusiones	329
6. Referencias	331

PRESENTACIÓN

La Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional se constituyó formalmente el 7 de junio de 2012. La finalidad que la entidad procura es apoyar la autonomía científica del Derecho procesal constitucional, y perseguir que se introduzca —donde actualmente no la hay— la enseñanza de la ciencia en los planes de estudio universitarios.

Por ello, la asociación desarrolla y profundiza los estudios específicos, ofreciendo contribución a entidades de Derecho procesal y de Derecho constitucional para la debida articulación, complementación y colaboración especializada en temas como el control de constitucionalidad, la función de los jueces en los sistemas democráticos, la creación y funcionamiento de los tribunales constitucionales, el desarrollo de las garantías y, en especial, el estudio individual y técnico de procesos constitucionales, como el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data, entre otros.

Actualmente integran la entidad más de ciento cincuenta asociados que conformaron la primera comisión directiva con los siguientes integrantes:

Presidente: Osvaldo A. Gozaíni

Vicepresidente: Daniel A. Sabsay

Secretario General: Pablo Luis Manili

Tesorero: Omar Abel Benabentos

Protesorero: Estela B. Sacristán

Revisor de Cuentas: Marcelo López Alfonsín

Vocales Titulares: Alberto B. Bianchi; Jorge Alejandro Amaya; María Angélica Gelli; Claudia B. Sbdar; Eduardo Pablo Jiménez

Vocales Suplentes: Susana C. Cayuso; Adelina Loianno; Ramiro Rosales Cuello; Santiago Nassif; Graciela M. Oriz

La Asociación comenzó una intensa actividad de investigación y desarrollo con apoyo del Instituto de Estudios Argentinos (IEA - División Altos Estudios de Posgrado), que administra y gestiona la Maestría (Internacional) en Derecho Procesal Constitucional que tiene la Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina). Merced a ello se organiza el I Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional (26/28 de junio de 2013 - Aula Magna - Facultad de Derecho - UBA) donde participan los coautores de esta obra presentación sumado a un calificado conjunto de prestigiosos profesionales europeos y de toda Latinoamérica, que se especializan en Derecho procesal constitucional.

La obra que se presenta contiene algunas de las conferencias que se impartirán en el Congreso Nacional referido; pero el libro inicia una serie de investigaciones sobre la ciencia y su desarrollo en Latinoamérica.

Oswaldo A. Gozáini
Presidente de la AADPC

CAPÍTULO I

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO CIENCIA AUTÓNOMA: IMPLICANCIAS

Por Osvaldo A. Gozáini¹

1. Jurisdicción constitucional

Cuando Kelsen planteó en la monografía *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*² que los tribunales constitucionales debían estar fuera del Poder Judicial, pensaba en un modelo distinto que bajo la forma de una justicia especial ejerciera la fiscalización del principio de supremacía de la Norma Fundamental.

Estaba impresa en Europa, por entonces, la ideología que ponía en duda esa tarea en los jueces ordinarios, quienes solo debían aplicar la ley porque esa era su función natural: el control de legalidad. Pensar en jueces para la defensa de la Constitución fue un movimiento impactante, no solo por cuanto ello significaba, sino, además, por el tiempo cuando esa manifestación se profiere.

¹ Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional.

² Publicada con la traducción de Rolando Tamayo y Salmorán por el *Anuario Jurídico*, Vol. I, México, 1974; y reeditada por *Ius et Veritas*, N° 9, Lima, 1994. Ver también el trabajo *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1930, editado en distintos lugares —nosotros seguimos la versión de la editorial Tecnos, a cargo de Guillermo Gasió, Madrid, 1996—).

Kelsen disienta con quienes afirmaban que la ley era un acto de creación de derechos; por eso no aceptaba la igualación con el Derecho. Para esta corriente, propia del sistema europeo (de la desconfianza en los jueces), quienes debían realizar con sus actos (administrativos y jurisdiccionales) dichas normas no creaban nada nuevo porque simplemente aplicaban lo que otros habían generado.

En realidad, pensar en jueces con esta obligación debía eludir un problema que los revolucionarios franceses habían atacado. No se querían jueces con poderes; antes bien, se les imponían deberes y ningún poder de interpretación. Solo el Parlamento podía realizar esta actividad, porque su legitimación llegaba del pueblo, convirtiendo esa representación en el poder más elevado conocido por entonces.

Fue así —dice Eto Cruz— como el pensamiento europeo se entrampó, pues por un lado se decía que el Parlamento era soberano y hacía lo que quería, y, por otro lado, los jueces eran simples autómatas de la ley (recuérdense las famosas palabras de Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes*). Por tanto, los jueces solo debían aplicar la ley, aun cuando ella pudiera ser inconstitucional. Esto fue, en líneas generales, el gran problema de fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX³.

En materia procesal sucedía algo similar. Los jueces no actuaban dentro del proceso judicial, sino fuera de él. La actividad plena estaba en la resolución, el conflicto era de las partes y el litigio, en sí mismo, era visto como una lucha en la que el Derecho era el “arma que inviste al guerrero”, en palabras de Savigny.

En esta materia, a fines del siglo XIX, comienza un pensamiento distinto que pretende instalar al juez como director de la contienda, imponiendo su autoridad a la partes, en un juego de poderes, deberes y responsabilidades compartidas.

³ Eto Cruz, Gerardo, “John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, passim, reproducido en Eduardo Ferrer Mac Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, T. I, cit., pp. 21 y ss.

Con este contexto, sumado el dogma del positivismo que quería reflejarse en textos para dar seguridad, previsibilidad y certeza, surge la teoría de Kelsen para garantizar la Constitución.

Trabaja, entonces, para sostener que la Constitución es la cúspide de la pirámide legislativa, que se va formando en escalones coordinados de actos, reglamentos, resoluciones, sentencias, etcétera, hasta alcanzar la cima en la Norma Fundamental. Desde arriba se irradia el sistema, y para atender los conflictos eventuales entre el ordenamiento, hay que partir de principios ineludibles:

- ✦ No puede ser controlador de la norma el mismo órgano que la crea. No hay compromiso con la soberanía de los poderes del Estado, porque se persigue la regularidad del sistema y nunca su impunidad.
- ✦ Tampoco se genera un nuevo órgano legislativo, porque el tribunal constitucional está pensado para el equilibrio que ofrece la independencia de todo poder. La jurisdicción constitucional debe modelarse de acuerdo con las particularidades y necesidades de cada Estado.
- ✦ Se someten a la jurisdicción constitucional todos los actos que tengan forma de leyes, es decir, de disposiciones que por sus alcances puedan comprometer las garantías de la Constitución.

Los requisitos para ejercer el control apuntan a la actualidad del conflicto y a la adecuación jerárquica que se enseña en este modelo.

Además, la admisión al tribunal constitucional constituye una suerte de garantía de paz política en el Estado.

2. La consagración del Tribunal Constitucional

La consolidación de las propuestas de Kelsen se evidenció especialmente en las Constituciones alemana e italiana, las que siguieron en sus líneas maestras el diseño antes explicado.

Todo esto tiene justificación en el contexto histórico cuando se desenvuelve, que había observado con estupor el fracaso del tribunal constitucional de la República de Weimar y el aumento desproporcionado de los poderes del juez ordinario que cotidianamente se oponía a las políticas y leyes del Estado.

Con tal asentamiento, fue lógico que el pensamiento de Kelsen tuviera la acogida que recibió; pero no parece que estuviera en su cabeza generar un sistema jurisdiccional teórico, posiblemente en conflicto con el concepto dogmático que tiene la “jurisdicción”, lo que se puede comprobar al ver que solamente se refiere a un modelo innovador de justicia: la constitucional.

En su rigurosa atención, la propuesta fue excluir de la competencia judicial especial todo cuanto se refiera con hechos o intereses concretos, tanto de aquellos que tuvo en cuenta el legislador como de aquellos otros que contempla el juez ordinario. En palabras de Gascón, “el rasgo definidor del sistema Kelseniano residía en la rigurosa exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez constitucional; su tarea quedaba así rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referencia fáctica, la Constitución y la Ley”. Y no es que Kelsen no fuese consciente de que la defensa de los derechos fundamentales hubiera requerido juicios concretos y no abstractos; es que consideraba que un Tribunal respetuoso con el legislador no podía desarrollar un género de actividad que irremediablemente había de interferir en el ámbito de discrecionalidad legislativa⁴.

⁴ Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal constitucional y Positivismo Jurídico”, en Eduardo Ferrer Mac Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, T. I, 3ª ed., Porrúa,

El impacto de esta teoría todavía es motivo de análisis. Lo cierto es que ha desenvuelto desde entonces la afirmación de constituir la piedra basal del Derecho procesal constitucional, afirmación que podría ser certera si la disciplina se tomara como el estudio de los tribunales constitucionales. Aunque, aun así, la tesis de Kelsen no pensó en técnicas y modelos, sino en generar una política revolucionaria para su época, que va a cambiar notablemente el esquema del control de constitucionalidad.

En orden a lo puramente jurisdiccional, creemos que el enfoque se debe concretar sobre el significado del movimiento revolucionario de fines del siglo XVIII, que impacta tanto en Europa como en América, para asumir con diferencias entre ellas el tema de la confiabilidad que tendrían los jueces en el modelo de Estado que se conformaba.

La historia la hemos señalado en otras oportunidades⁵, y sirve para recordar una vez más que la diferencia entre “confiar” y “no confiar” no se puede tomar como una anécdota del destino, porque trasciende y caracteriza uno y otro mecanismo.

En efecto, la Revolución Francesa persiguió la defensa de la legalidad, evitando que los magistrados ejercieran el poder de crear a través del Derecho judicial (jurisprudencia) una norma distinta a la que el pueblo a través de sus representantes dictaba. El juez solo era “la boca de la ley”, en la ya clásica expresión de Montesquieu, lo que fue lógico si era considerado que los jueces no tenían elección democrática y, por tanto, no contaban con el favor del pueblo (Rousseau). La idea sostenía una protección política clara y concreta, como lo expuso la primera Constitución de Francia, y fue el modelo que adoptaron algunos países

México, 2003, pp. 453 y ss.

⁵ Gozáini, Osvaldo Alfredo, *Tratado de Derecho procesal constitucional*, T. I, Porrúa, México, 2011, pp. 234 y ss.; también: *La justicia constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1997. Ver a su vez: *Derecho Procesal Civil*, T. I, Vol. 1, Ediar, Buenos Aires, 1992; *Derecho procesal constitucional*, editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999; entre otros.

americanos (Chile, Uruguay y Perú) hasta sus reformas en las décadas iniciales del siglo XX.

Entre otras proyecciones derivadas de la decisión de impedir a los jueces el poder de interpretación, estuvo el problema de la prueba, porque, evidentemente, la apreciación de los hechos era insoslayable de la función judicial. Aparecen así los primeros grandes estudios sobre la teoría general de la prueba, que nunca se llevaron a cabo por “procesalistas”, sino a través de “civilistas”, “historiadores del Derecho” o personajes de la filosofía que daban explicaciones puntuales sobre por qué el poder probatorio no era una potestad de interpretación, sino una lógica de la discrecionalidad judicial tolerada.

Este ejemplo se transmite a otras instituciones procesales, como la cosa juzgada, por mencionar solo una; es decir, resultaba notorio que el juicio entre partes recibía una sentencia para el caso concreto; a diferencia de los conflictos constitucionales que por la abstracción expandían efectos hacia todos. De este modo, la teoría tenía que explicar la incompatibilidad

3. Justicia constitucional

Lo importante del planteo es situarlo en el contexto histórico. El Derecho procesal como ciencia no estaba más que en ciernes (es en 1856/1857 cuando la polémica entre Windscheid y Muther descubre la diferencia entre demandar con derecho —actividad propia del Derecho civil que unifica en el Derecho subjetivo la potestad de pretender— y hacerlo con la mera expectativa a una sentencia favorable —actividad procesal—), al punto que es recién en las primeras décadas del siglo XX cuando se concreta la teoría general del Derecho procesal implementando los pilares de la jurisdicción, la acción y el proceso.

Por eso, el concepto de jurisdicción constitucional no es teórico, sino, esencialmente, una decisión de política del Estado. De allí que no

sea posible hablar de jurisdicción constitucional con los soportes dogmáticos del Derecho procesal, desde que son distintas las funciones de los jueces ordinarios y constitucionales, y, en todo caso, el dilema mayor lo tiene el modelo difuso donde la actividad se confunde y unifica.

En efecto, en los Estados Unidos, a diferencia de Europa, los jueces fueron parte del movimiento revolucionario, y con la sentencia del juez Marshall en “*Marbury vs. Madison*” (1803) se consolida el criterio que faculta a los tribunales a declarar la invalidez de una norma.

El fallo conmocionó el sistema jurídico a través de la espectacular declaración de inconstitucionalidad, no tanto de la ley específica, sino porque lo hacía sobre la *Judiciary Act* de 1789. De este modo, la *judicial review* admite que los jueces pueden revisar los actos de los demás poderes e instaura en las potestades de la jurisdicción tres funciones básicas: a) resolver los conflictos intersubjetivos; b) controlar la constitucionalidad de las leyes; y c) fiscalizar la legalidad de los actos del poder de gestión político.

Entre estos dos modelos, tradicionalmente llamados “político” y “jurisdiccional”, transitó el siglo XIX. Pero después de la polémica que entablaron Kelsen y Schmitt, la cuestión va a cambiar.

Hay dos libros pilares que presentan esta discusión teórica que versa sobre los motivos por los cuales se debe defender a la Constitución. La obra de Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung* —que significa ‘el protector de la Constitución’—), de 1931, y la réplica de Hans Kelsen, con el título *¿Quién debe ser el protector de la Constitución?* (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein*), del mismo año.

Ambos exhiben la necesidad de resguardar los principios superiores que declara una Norma Fundamental, pero difieren en los mecanismos necesarios para ello. Es decir, quedó planteado el debate acerca de cuáles son los mejores sistemas que aseguran la supremacía de una carta constitucional: si las instituciones políticas en la que no participan jueces, sino todos los representantes de una sociedad compleja, o bien, solo tribunales especiales que, a estos fines, debían establecerse.

Kelsen propuso (y logró que se llevara a cabo desde 1920) la creación de Tribunales Constitucionales, porque consideraba que la Norma Fundamental de un Estado no era solamente una regla de procedimientos, sino un conjunto de dogmas que nutrían la esencia del Estado. Por ello, las garantías declaradas debían permitir anular todos los actos que le fueran contrarios, pero jamás conservar esa acción en manos del mismo órgano que aprueba las leyes contradictorias.

El órgano legislativo se considera en realidad como un creador libre del derecho y no un órgano de aplicación de derecho, vinculado por la Constitución, cuando lo es en teoría, si bien en una medida relativamente restringida. No se puede contar, pues, con el propio Parlamento para realizar su subordinación a la Constitución. Se trata de un órgano diferente de él, independiente de él y, en consecuencia, también de cualquier otra autoridad estatal, a quien le compete la anulación de los actos institucionales; es decir, una jurisdicción o tribunal constitucional (Kelsen).

La posición contraria creía que era darle demasiados poderes a un órgano de naturaleza indefinida (porque estaría situado fuera de los tres poderes clásicos), que portaba el temor de convertirse en un legislador negativo y en un mecanismo de permanente conflicto con las competencias entre espacios de poder.

No obstante, el contexto y las circunstancias permitieron consagrar el sistema, al punto que el desarrollo de la justicia constitucional tiene como punto de partida el estudio sobre el tribunal constitucional.

Esta es la descripción histórica de los sistemas y modelos para el control de constitucionalidad, el que tiene una profunda significación por la filosofía que impera en cada uno. Pero, en realidad, lo más importante está en atender que mientras el sistema de la confianza en los jueces acentúa la “justicia constitucional”, es decir, la trascendencia de los valores fundamentales que la Constitución entroniza; el sistema de la desconfianza (sea político o de jurisdicción concentrada) tiende a perpetuar el principio de legalidad, es decir, la permanencia inmutable

de lo escrito. No son valores los que se tutelan, sino derechos y declaraciones que por estar en la Carta Superior de un Estado deben ser acatados y cumplidos por el principio de supremacía constitucional. Precisamente, la labor de evitar interpretaciones contrarias, está a cargo de la “jurisdicción constitucional”.

No estuvo en los orígenes de la ciencia este pensamiento, y el uso alternativo de los nombres solo fue casual u ocasional. La teorización que permita eludir hablar de uno u otro para emplear la voz “Derecho procesal constitucional” exige desarrollo dogmático antes que alegatos formales.

4. El debido proceso

Este primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional se realiza después de casi treinta años de evolución científica. Los temas siguen en convergencia y aumentan día a día con el deber de controlar no solo la constitucionalidad, sino la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica y demás convenciones internacionales sobre derechos humanos.

De alguna manera, el encuentro se percibe hoy en una de las dimensiones que ocupa al debido proceso: la independencia de los jueces. La cuestión se posiciona en la lectura del significado y alcance que tiene este recaudo; dicho en términos de resolver si se trata de una autonomía del Poder, o si es independencia en el sentido de abstracción (los jueces son la boca de la ley), o una calidad especial que los entroniza y hace distintos (como en el despotismo ilustrado).

La diferencia no es baladí, en la medida que los tiempos han cambiado y los paradigmas iniciales que relacionaron la independencia con la autonomía del Poder ya no son los mismos. Antes se medía en relación al control y equilibrio en la actividad y gestión del Estado. Hoy, aun siendo cierta y continua la mención constante de tres factores ais-

lados en la elaboración de la ley, la aplicación de ella y el control de razonabilidad, respectivamente, las posiciones primitivas han mudado.

Lo cierto es que la función jurisdiccional no sigue el camino trazado otrora; si en el positivismo se marcó desde las normas el objetivo del bienestar general, y, por eso, la voluntad del pueblo era un señorío invulnerable para la interpretación judicial, actualmente, el origen de la Ley dista de ser una expresión del anhelo popular, y lejos está de ser una orientación para la eternidad (la constante adaptación de la ley con reformas constantes no hace más que demostrar la necesidad de legislar a tono con los tiempos, antes que proyectar ilusiones estériles).

De allí que sea posible que la referencia de significados sea distinta conforme lo interprete un juez americano o un tribunal europeo, porque cuando se habla de justicia, se piensa en el valor que tiene la decisión judicial; en cambio, cuando se menciona a la jurisdicción, se imagina inmediatamente al órgano que resuelve.

De alguna manera, y a pesar del paso del tiempo y lo mucho que se ha escrito sobre el tema, lo cierto es que Europa resiste la existencia de un Derecho procesal constitucional, mientras que América lo pondera y despliega.

Para confirmar la afirmación se pueden leer las elusivas conclusiones de Zagrebelsky —por otra parte, siempre inteligentemente fundadas—:

... la fórmula Derecho procesal constitucional, aun cuando no es usada raramente, no ha entrado hasta ahora en el léxico jurídico utilizado habitualmente. Además, en los casos en los cuales se hace uso de ella, no parece que sea con una particular e intencional plenitud conceptual. Es ciertamente un dato sobre el cual reflexionar. Pero no se sabría decir fácilmente si es por el desarrollo insuficiente de las reflexiones y de la construcción jurídica o por una razón más profunda y decisiva, relativa a la naturaleza del juicio constitucional y a la problemática de un verdadero Derecho procesal que constituya su estructura normativa. Aparte de la fórmula, no tenemos siquiera estudios explícitos sobre las cuestiones relativas a la naturaleza de las

reglas sobre las cuales se sustenta la actividad de la Corte Constitucional.⁶

Observemos, por ejemplo, el enfoque asumido en ambos continentes. En uno, se atiende la relación que tiene el tribunal constitucional con el medio donde se inserta; es un problema de adecuación, porque pone en el centro de la mirada la autoridad del Parlamento y la ejecución de las normas. Por eso, la controversia inicial sostuvo la ilegitimidad del organismo, así como el exceso de potestades.

Es cierto que un sector de la Doctrina proclamó su necesidad institucional como si la jurisdicción constitucional fuera producto de un reclamo de la sociedad; pero, al mismo tiempo, las resistencias —hoy eliminadas— asentaron sus motivos mostrando la declinación de poderes necesarios para legislar y administrar.

Peter Häberle decía que los tribunales constitucionales había que verlos y analizarlos en su relación intensa con la totalidad de la sociedad: “es un tribunal social”, afirmaba. A través de su jurisprudencia se abre la variedad de ideas e intereses, las asume, y viceversa, guía él la sociedad. Considerando la aplicación de su Derecho procesal constitucional y los resultados materiales de la interpretación, es más un Tribunal del conjunto de la sociedad que uno “estatal”.

Por eso, sigue enseñando el profesor de Bayreuth (Alemania), el Tribunal constitucional alemán y su Derecho procesal consiguen una relación única con la sociedad. Su actividad —transformadora de Estado y sociedad— se deriva en un sentido general de que es el Tribunal de la Constitución, y la ley regula no solo al Estado, sino también, en su estructura básica, a la sociedad, a la que transforma en “sociedad constituida”. De un modo específico el TC actúa, además, de manera muy especial y consciente, intensiva y amplia, en el ámbito de la *res pública*, entre el Estado y el particular, al que se puede llamar “la sociedad” o el

⁶ Zagrebelsky, “¿Derecho procesal constitucional?”, traducción de Giovanni F. Priori Posada, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IV, dirigida por Juan José Monroy Palacios, Lima, diciembre de 2001, pp. 400 y ss.

ámbito de lo público —pluralista—. Así se muestra la efectivización de los derechos fundamentales, desde la vertiente procesal, y también en su práctica procesal, al servirse de instrumentos de información y participación del Derecho procesal constitucional⁷.

El Derecho procesal constitucional se abre a la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”; se transforma en su “médium”, sobre todo allí donde el Parlamento ha fallado.

En suma, la creación de tribunales constitucionales opera sobre la necesidad de justificar el control sobre la autoridad y el parlamento, antes que para resolver la fiscalización del principio de supremacía constitucional.

Por eso, no estuvo presente ni fue tenido en cuenta el concepto nominativo de la jurisdicción cuando se crearon estas competencias especiales. Los jueces comunes eran vistos como una amenaza para las libertades que las Constituciones consagraron de una vez y para siempre, estableciendo en los tribunales constitucionales el único límite a modo de frontera entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional.

Muchas de estas dudas son las que este libro introductorio a un pensamiento más desarrollado pretende proponer como bases de estudio mirando el mañana.

⁷ Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional”, en Eduardo Ferrer Mac Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, T. I, 3ª ed., Porrúa, México, 2003, pp. 373 y ss.

CAPÍTULO II

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EXPANSIÓN (CRÓNICA DE UN CRECIMIENTO: 1933-2006)

Por Domingo García Belaúnde

*A Héctor Fix-Zamudio, de quien
tanto hemos aprendido.*

1. Preliminar

La defensa de la Constitución es uno de los temas que más preocupa al pensamiento jurídico desde hace décadas. En rigor, desde que existe o nace el constitucionalismo moderno a fines del siglo XVIII, al compás de las revoluciones norteamericana primero, y francesa, después. En la primera, como es sabido, en los debates de Filadelfia, y luego en la divulgación de alto nivel que llevó a cabo *The Federalist papers*, si bien no hubo ninguna concreción a nivel de la dogmática en aquel momento. Y de influencia en Francia fue el planteo de Sieyès, que tampoco logró imponerse. Pero es evidente que la inquietud quedó sembrada, y lo que viene después lo explica perfectamente.

En los Estados Unidos, ello se concreta en la magistral creación de Marshall, en 1803, sobre la cual existe una literatura inmensa (véase, entre otros, Charles E. Hobson, *The Great Chief Justice*, University Press of Kansas, 1996), que, sin embargo, solo se asienta sobre bases firmes desde fines del siglo XIX y en especial a inicios del siglo XX. En Fran-

cia, por el contrario, por el prurito de la soberanía del parlamento y del fetichismo de la ley, se avanzó muy lentamente, forjando lo que se ha denominado “control político”, que ocupó todo el siglo XIX y que empieza a tramontar tan solo con la Constitución de 1958 (cf. AA. VV., *L'ordinamento costituzionale della Quinta Repubblica francese, a cura di Dominique Rousseau*, Giappichelli, Torino, 2000; Philippe Ardant, *Institutions politiques et Droit Constitutionnelle*, L. G. D. J., París, 2000).

En el período de entreguerras se da un intenso debate académico sobre estos tópicos, sobre todo en Francia y en el mundo germánico, y en menor medida en España. Lo que lleva a la creación de los únicos tres tribunales constitucionales del período: el austríaco, el checoslovaco y el español.

Al margen de esto, la América Latina, por influencia de la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas, creó desde mediados del siglo XIX medidas protectoras de carácter jurisdiccional en defensa de la jerarquía normativa y de los derechos fundamentales. Lo que dio origen a una literatura muy extensa en varios de nuestros países, que de esta suerte se han adelantado a los europeos en la implementación de estas medidas.

Sin embargo, una cosa es tener legislación adecuada que establezca los pasos que se dan a nivel jurisdiccional para alcanzar un objetivo, y muy otra es que todo eso se sistematice y dé origen a una disciplina científica. Para poner un ejemplo, veamos un caso relativamente reciente. Durante décadas, los problemas de orden laboral eran una consecuencia y un entramado de orden civil, y fue así que varios de nuestros códigos civiles consideraban en la sección dedicada a los contratos al contrato de trabajo, hasta que, con el tiempo, se independizó este apartado y dio nacimiento al moderno Derecho del trabajo o Derecho laboral. Que como disciplina es reciente y que, como era de esperarse, despertó desde sus inicios gran cantidad de problemas teóricos (como por ejemplo, dónde ubicarlo, cuáles son sus fuentes, sus

alcances, etc.). Pero cuyo contenido, es decir, los problemas laborales, tiene larga data.

En el control constitucional —que así lo llamaremos por comodidad— no se presentó este problema teórico sino hasta muy tarde. Y esto sucedió cuando ya existía y se encontraba muy desarrollada una legislación de orden procesal para llevar adelante estos procesos. Que en América Latina se da desde fines del siglo XIX, y en Europa, en el último período de entreguerras.

Paralelamente, a fines del siglo XIX y principios del XX, se concreta el Derecho procesal como rama autónoma dentro del universo jurídico y se desarrolla en dos ámbitos muy concretos: el civil y el penal, que venían desde atrás y contaban con una larga tradición. Así, el Derecho procesal civil y el Derecho procesal penal fueron durante décadas las únicas partes de la doctrina procesal que se tomaron en serio.

Sin embargo, no fueron pocos los procesalistas que se dieron cuenta de que esta situación bifronte del proceso podía ser estrecha y en todo caso insuficiente. Y fue Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985) quien empleó, si bien en forma tímida y algo vacilante, el término “Derecho procesal constitucional”, un poco al pasar y al referirse al Tribunal de Garantías Constitucional de la Constitución española de 1931, rubro en el cual incluyó también al Tribunal de Cuentas. Esto lo hizo en 1933, en su *Programa de Derecho procesal* (Librería Porto, Santiago de Compostela 1933, p. 99). Pero utilizando al mismo tiempo el de “justicia política o constitucional”, con lo cual demuestra que el aserto no le quedaba claro al autor, pues no volvió al tema durante más de una década. Más tarde, en diversos ensayos, Alcalá-Zamora hablará de “legislación procesal constitucional” y “procesos constitucionales”, sobre los cuales se extendió largamente. Y es tan solo en su exilio argentino que aclara el concepto, lo usa conscientemente y da fe de sus alcances y sentido. Y ello aparece en el título que dio a una colección de textos suyos: “Ensayos de Derecho procesal, civil, penal y constitucional”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1944. Y con posterioridad repitió el aserto, con mayor amplitud y detalle, en una reseña

bibliográfica que publicó en la *Revista de Derecho Procesal* (T. III, 2ª parte, 1945), que en Buenos Aires dirigía Hugo Alsina. Y volvió sobre lo mismo en un libro clásico que publicó en México, como veremos más adelante.

Esta fecha, 1933, pero sobre todo el bienio 1944-1945, puede, pues, considerarse como de la fundación del “Derecho procesal constitucional” debido a un procesalista español, radicado en la Argentina y que luego reiteró en su exilio mexicano.

La larga estancia de Niceto Alcalá-Zamora en México, que duró más de treinta años, dio sus frutos. Y de ahí nació toda una tendencia a desarrollar el “Derecho procesal constitucional” como disciplina independiente, pero dentro del Derecho procesal. Correspondiéndole a Héctor Fix-Zamudio el mérito de haber desarrollado la disciplina y haber fijado sus temas, sus problemas y sus contornos teóricos.

Es pues, un hecho innegable, que el Derecho procesal constitucional nació en nuestra América, precisamente en la Argentina por obra de un procesalista español, que lo había intuido con anterioridad, pero solo como mero atisbo. Pero se desarrolló más plenamente en México, por especial dedicación de Héctor Fix-Zamudio y de su amplio magisterio.

Pero mientras esto sucedía, teníamos dos panoramas distintos. Por un lado, un avance vertiginoso y ejemplar en la jurisprudencia y la literatura norteamericanas. Pero todo ello dentro del concepto genérico de “*judicial review*”, que en el fondo es una facultad atribuida a todos los jueces que se limitan a inaplicar normas reñidas con la Constitución, si bien esto por la especial estructura y diseño del *common law* en su vertiente norteamericana, iba a tener influencia en el futuro. Pero sin crearse nada nuevo. Más bien, estos problemas se analizan en las respectivas ramas procesales existentes en dicho país, tanto a nivel federal como de los Estados, y sobre todo dentro de la temática constitucional (como lo demuestran con exceso los manuales sobre la materia, sea los que tienen un enfoque doctrinario, o los que desarrollan el método de casos).

Muy posterior, y en cierto sentido distinto, es lo sucedido en el ambiente europeo en el período de entreguerras. Hubo una corriente favorable a la “jurisdicción constitucional” y más tarde por el modelo concentrado, que se refleja en los tribunales constitucionales que tienen una vida expansiva a partir de 1945, pero sin que ello llevase a desarrollos autónomos de carácter procesal. En Europa, salvo excepciones, el problema teórico y de fundamentos se desconoce o, en todo caso, no interesa o interesa muy poco.

Teniendo presente esta realidad y considerando que pese a su juventud el Derecho procesal constitucional se ha expandido notablemente, es que he optado por hacer aquí un pequeño recuento, casi notarial, de lo que existe sobre el tema, sin entrar en mayores detalles, sino simplemente para dejar constancia de lo que existe.

Para realizar esta pesquisa he tomado en cuenta los siguientes referentes: a) que se trata de ubicar principalmente libros, folletos o monografías que versen expresamente sobre el Derecho procesal constitucional, y también recurrir a artículos de revistas, cuando esto ha sido necesario para mejor entender una situación; b) que, a veces, cuando hay muy poco sobre algún punto o algún país, he optado por hacer una referencia general para dejar anotado por dónde van las inquietudes académicas y la forma como las abordan; c) que por razones obvias, no solo de material existente, sino por preferencias académicas, he puesto un mayor peso en el análisis de la producción latinoamericana, que no solo es la nuestra, sino que, curiosamente, es la más preocupada por el tópico; y d) que para hacer un corte necesario en el tiempo, he considerado como fecha límite para mis investigaciones el mes de diciembre de 2006, y por tanto, lo que haya salido después, no ha sido considerado.

Finalmente, señalo que lo que aquí se incluye y se da cuenta probablemente no es todo lo que existe, pero decididamente es bastante y quizá lo más significativo. Y aun así, esto me ha tomado un tiempo considerable, que he empleado en visitar bibliotecas en distintos países y en solicitar la colaboración de muchos colegas y amigos, sin los cuales

este ensayo no hubiera podido elaborarse y a los que aquí reitero mi expreso reconocimiento.

Sin ánimo exhaustivo, debo mencionar la ayuda, entre muchas otras, y haciendo referencia por países, de las siguientes personas: G. de Vergottini, Lucio Pegoraro, Luca Mezzetti, Silvio Gambino, Tania Groppi, Edgar Carpio y César I. Astudillo, para el caso de Italia; Louis Favoreu, José Julio Fernández Rodríguez y Alfonso Herrera, para información sobre Francia; Peter Häberle y Joaquín Brage Camazano, para Alemania (el primero, además, tuvo la gentileza de hacerme una selección de textos alemanes que luego de hacer traducir he utilizado largamente); Francisco Fernández Segado, Fernando Rey y José F. Palomino Manchego, para España; Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Aníbal Quiroga León, para México; Jorge Silvero Salgueiro y Sebastián Rodríguez Robles, para Panamá; Rubén Hernández Valle, para Costa Rica; Jorge Mario García Laguardia y Gerardo Prado, para Guatemala; Olivo Rodríguez Huertas y Eduardo Jorge Prats, para República Dominicana; Samuel B. Abad Yupanqui, para el Ecuador; Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao y José Vicente Haro, para Venezuela; José F. Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz, para el Perú; José Antonio Rivera Santibáñez, para Bolivia; Francisco Zúñiga, para Chile; Nestor P. Sagüés y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, para la Argentina; Eduardo G. Esteva Gallicchio, para el Uruguay; Paolo Medina y André Ramos Tavares, para el Brasil; y Eduardo Lara Hernández y Andry Matilla, para Cuba. A lo que debo agregar que muchos autores que aquí se consideran tuvieron la gentileza de hacerme llegar ejemplares de algunas obras que no tenía o que era muy difícil conseguir (lo cual, creo, es una constante en toda la producción bibliográfica latinoamericana).

De suma utilidad, a la que me remito para mayores precisiones, es la *Encuesta sobre Derecho procesal constitucional*, que he coordinado con Eloy Espinosa-Saldaña Barrera y que se ha publicado simultáneamente en Lima y en México (Jurista Editores y Editorial Porrúa, 2006).

2. El caso de México. Las aportaciones de Héctor Fix-Zamudio

Debido a la existencia más que centenaria del Amparo (creado en la Constitución yucateca en 1841 y confirmado en el ámbito nacional con el Acta de Reformas de 1847) ha existido una frondosa literatura en torno a este instituto, dedicado principalmente al control de la constitucionalidad de las leyes —y, posteriormente, a la defensa de los derechos fundamentales y otros tópicos—, lo que explica el interés que ha despertado en la doctrina.

Así, a fines del siglo XIX, hay que destacar la presencia y la obra de Ignacio L. Vallarta y, posteriormente, y ya entrado el siglo XX, la no menos importante de Emilio Rabasa.

Sin embargo, como quiera que el instituto del amparo fue tomando fuerza, se crearon en las universidades cursos dedicados a su estudio, al margen del curso de Derecho constitucional propiamente dicho, lo que explica la gran cantidad de ensayos y libros dedicados al tema.

El libro emblemático por décadas y desde los años de 1940 ha sido el de Ignacio Burgoa (cf. *El juicio de Amparo*, 41ª ed., Porrúa, México, 2005, con reimpresión en 2006), que prácticamente uniformó las bases del centenario instituto mexicano y fue el texto formativo de varias Jornadas universitarias. El ilustre maestro analizaba el amparo desde enfoques que venían del procesalismo español decimonónico, y sin tomar mayormente en cuenta los avances de la doctrina procesal moderna, a la que en cierto sentido se resistía.

Esto empezó a cambiar lentamente cuando llegó a enseñar en la Universidad Nacional Autónoma de México el gran procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que venía de la Argentina, en donde había cumplido una labor encomiable. Y es en México donde publica su monografía clásica *Proceso, autocomposición y autodefensa* (Imprenta Universitaria, México, 1947, con reimpresiones) y en donde hace referencia, aunque de manera breve, a una nueva disciplina que

denomina “Derecho procesal constitucional”, mencionando sus trabajos publicados en la Argentina (en 1944 y 1945).

La obra de Alcalá-Zamora no solo fue importante por su producción bibliográfica, sino por la difusión de las nuevas ideas, por la traducción de textos fundamentales y por la formación de nuevas promociones de procesalistas. Entre ellos destacan Héctor Fix-Zamudio, Humberto Briceño Sierra, Cipriano Gómez Lara y Sergio García Ramírez.

Pero el que más se dedicó al tema fue sin lugar a dudas Héctor Fix-Zamudio, quien inicia su andadura académica con su tesis de licenciatura, que por la finalidad a la que estaba destinada tuvo tiraje muy corto y escasa difusión y que titula: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana (Ensayo de una estructuración procesal del Amparo)*, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1955 (pero que defiende en enero de 1956). La tesis tiene la siguiente estructura:

- Capítulo I: Planteamiento del problema
- Capítulo II: Situación de la materia en el campo del Derecho procesal
- Capítulo III: El Derecho procesal constitucional
- Capítulo IV: El proceso constitucional
- Capítulo V: Conclusiones

Lo importante de esta tesis es que es la primera vez que se afronta el problema central de dónde y cómo se desarrolla el Derecho procesal constitucional, incluyendo dentro de él al amparo, que aparece así como una categoría netamente procesal. De esta manera, los estudios iniciales de Fix-Zamudio constituyen un corte con todo lo que existía hasta esa fecha sobre el amparo, pues en el futuro, si bien lentamente, los estudios irán en la línea de trabajo abierta por él. Y, por otro lado, es la primera vez que se intenta, con detalle, un desarrollo doctrinario y orgánico sobre lo que es el Derecho procesal constitucional, si bien

es cierto que esto fue posible gracias al magisterio de Alcalá-Zamora y Castillo. Pero que desde entonces ha tenido cabida dentro del debate académico.

Los capítulos III, IV y V de esta tesis —de circulación restringida necesariamente— se publican al año siguiente en publicaciones periódicas de amplia circulación. El capítulo III, en *La Justicia* (Nº 309 y 310, enero y febrero de 1956); el capítulo IV, igualmente en *La Justicia* (Nº 317 y 318, septiembre y octubre de 1956); y el capítulo V, en el *Foro de México* (Nº XXXV, febrero de 1956). Lo que, como era de preverse, fue bien recibido por la comunidad jurídica mexicana y tuvo una repercusión que la tesis no podía tener. Años más tarde, la totalidad de este texto pionero lo inserta en su libro *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 1960, pp. 5-70. Y de esta manera hace su ingreso formal en la comunidad jurídica hispanoamericana.

Fix-Zamudio continúa publicando sobre este y otros temas, de los cuales representa una inflexión importante el cursillo que impartió en 1965 y que publica poco después: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional: 1940-1965*, UNAM, México, 1968. Esta obra inicia, por así decirlo, una nueva etapa en el pensamiento de nuestro autor, pues manteniendo el enfoque procesal, intenta hacer ampliaciones en otros campos jurídicos cercanos a lo procesal y con desarrollos paralelos y dentro de una concepción teórica y filosófica de mayor alcance, tratando de explicar y tipificar la problemática total anunciada en el título de la obra. Y así lo reitera su ponencia de 1975 titulada: *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos* (publicada en el libro colectivo del mismo nombre editado por la UNAM en 1977), y en escritos posteriores.

Un replanteo y puesta al día de todo lo anterior lo encontramos en un ensayo que publica años más tarde, en 1999: *Introducción al Derecho procesal constitucional*, y que reproduce en folleto en Fundap, Querétaro, 2002.

La última contribución de Fix-Zamudio que sintetiza todo lo anterior y que representa su pensamiento final sobre estos temas la encontramos en un libro de largo alcance: *La defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ed., Porrúa, México, 2006, que ha merecido una gran acogida y un justo reconocimiento a su autor (cf. AA. VV., *El pensamiento vivo de Héctor Fix-Zamudio*, José F. Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz, coordinadores, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2005; hay edición mexicana a cargo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

Es pertinente señalar que en el ámbito procesal ha sido muy importante la obra de Cipriano Gómez Lara, autor de una *Teoría general del proceso*, que ha sido la primera en publicarse en México y que tiene en la actualidad diez ediciones (Oxford, México, 2004). También debe considerarse su ensayo *La teoría general del proceso y el Derecho procesal constitucional*, publicado en un colectivo sobre la materia a cargo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y al que hago referencia más adelante.

Igualmente, en el ámbito procesal y perteneciente a una generación posterior, tenemos a José Ovalle Favela, *Teoría general del proceso*, 5ª ed., Oxford, México, 2003, y que contiene un desarrollo expreso del Derecho procesal constitucional como una disciplina procesal.

Pero quien ha sido el motor de la disciplina en los últimos años ha sido Eduardo Ferrer Mac-Gregor, no solo por su intensa actividad académica, que incluye publicaciones periódicas y no periódicas, sino por el impulso dado a eventos sobre la disciplina y sobre todo por fomentar el interés de los juristas mexicanos en el tema, así como el de sus colegas extranjeros. Iniciado con un libro de corte comparativo sobre la acción de amparo en México y España (que fue su tesis doctoral), fue continuado con otro sobre los tribunales constitucionales en Iberoamérica, acompañado de gran cantidad de ensayos sobre temas afines, que en parte ha compilado en su libro *Estudios sobre Derecho procesal constitucional* (Porrúa, México, 2006).

Pero la obra cumbre que culmina todo este esfuerzo es el colectivo por él coordinado que se titula *Derecho procesal constitucional*, editado por primera vez por la Editorial Porrúa, en 2001, al cual han seguido otras ediciones que han culminado en una cuarta en cuatro tomos publicada en 2003, a la que hay que agregar una reimpresión en 2006, con el añadido de un apéndice sobre el proyecto de una nueva ley de amparo, haciendo un total de 4094 páginas, y con la participación de más de cien autores que provienen de los más diversos países. Al margen de esto, Ferrer Mac-Gregor ha publicado un *Compendio de Derecho procesal constitucional*, 3ª ed., Porrúa, México, 2005, que contiene legislación, prontuario y bibliografía, y que es de suma utilidad para el abogado practicante.

Adicionalmente, Ferrer Mac-Gregor ha dado gran impulso a lo que él denomina con todo acierto como “Derecho procesal constitucional local”, presente sobre todo en los Estados con estructura federal, como es el caso de México, y que también se da en otros países que tienen estructura compuesta (como la Argentina), pues muchas veces los ordenamientos internos son más avanzados que los del orden nacional, y por eso despiertan la curiosidad de los estudiosos. En esta línea, acaba de publicar conjuntamente con Manuel González Oropeza el colectivo *La justicia constitucional en las entidades federativas* (Porrúa, México, 2006), con un título distinto, que suponemos debe haberse hecho por concesiones editoriales. En paralelo a estas actividades, Ferrer Mac-Gregor fundó y puso en marcha la Biblioteca Porrúa de Derecho procesal constitucional, con dieciséis volúmenes hasta la fecha, y que ha dado cabida a un elenco altamente calificado de temas y de autores sobre la disciplina, no solo de México, sino también de otros países.

En las nuevas jornadas hay que destacar los estudios de César I. Astudillo Reyes, *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, UNAM, México, 2004, y su artículo “La justicia constitucional local en México. Presupuestos, Sistemas y Problemas” en *Boletín Mexicano de Derecho*

Comparado, N° 115, enero-abril de 2006, quien parte de una visión más tradicional (apegada al uso italiano del término), pero no por ello menos sólida.

Posteriormente, César I. Astudillo viaja a España donde prepara su tesis doctoral, que titula: *El Derecho procesal constitucional como derecho con especificidad propia para la garantía de la Constitución*, que defiende en la Universidad Complutense, en 2006, y que no ha sido publicada. En esta tesis, gigantesco esfuerzo por juntar y analizar todas las fuentes posibles, que encara con rigor y de manera exhaustiva, Astudillo arriba al nuevo nombre o neologismo, como gusta repetir, pero sin tomar una decisión sobre la ubicación de la disciplina, a la que le da una fisonomía algo ecléctica.

Al margen de lo señalado, existen gran cantidad de ensayos, monografías y libros dedicados al amparo, al control constitucional y a la defensa de la Constitución, muchos con el título clásico de “justicia constitucional” (en especial, el muy importante de Carlos A. Morales Paulín y ensayos valiosos de Edgar Corzo) o “jurisdicción constitucional”, e incluso con el de “Derecho procesal constitucional” (Manlio F. Casarin León). O que están dedicados a la alta divulgación, como el colectivo coordinado por Raymundo Gil Rendón (cf. *Derecho procesal constitucional*, Fundap, Querétaro, 2004).

Igualmente, se ha traducido y publicado en México gran cantidad de textos de autores extranjeros que han investigado el tema, como es el caso de Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Lucio Pegoraro, Giancarlo Rolla y sobre todo los clásicos trabajos de Mauro Cappelletti desde fecha muy temprana (1961). Y de algunos autores latinoamericanos que han trabajado sobre lo mismo (como Osvaldo A. Gozaíni y Domingo García Belaúnde).

Tampoco deben olvidarse los frecuentes encuentros, nacionales e internacionales, organizados sobre la disciplina (así, el coloquio internacional organizado por la Universidad Autónoma de Nuevo León, en septiembre de 2004, cuyas ponencias han sido publicadas bajo la

coordinación de Germán Cisneros Farías, *cf. Derecho procesal constitucional, coloquio internacional*, Universidad de Nuevo León, Monterrey, 2004). En este mismo evento se creó el Instituto Mexicano de Derecho procesal constitucional, y al año siguiente (2005), en la misma Universidad de Nuevo León y en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se efectuó el I Congreso Mexicano de Derecho procesal constitucional.

Finalmente, hay que destacar la presencia de la *Revista Iberoamericana de Derecho procesal constitucional*, la primera en su género, fundada en Puebla, en diciembre de 2002, por iniciativa de Aníbal Quiroga León, Domingo García Belaúnde, José F. Palomino Manchego y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pero impulsada y dirigida por este último, cuyo primer número apareció en 2004, en México, con el respaldo de la editorial Porrúa y que continua hasta el momento con periodicidad semestral. Y en donde se da cuenta de lo que sucede en la problemática procesal-constitucional en el mundo actual, con especial énfasis en el ámbito latinoamericano. Y que se ha convertido en consulta indispensable para los estudiosos del área.

Dentro del campo procesal propiamente dicho, debe contarse con el magisterio y la producción, en parte no publicada, de Gumesindo García Morelos, que en su tesis doctoral presentada en la Universidad Complutense en Madrid, en 2005 (y de la que alista publicar la primera parte referida al “Derecho procesal constitucional” en la prestigiosa editorial argentina Platense), acepta el Derecho procesal constitucional desde una estricta óptica procesal, desarrollándolo en forma adecuada. Con anterioridad ha publicado un interesante análisis comparativo de dos instituciones garantistas; *cf. El Amparo-Hábeas Corpus*, ABZ, México, 1998.

Lo que he señalado es solo lo que puede considerarse como lo más notorio en lo que se refiere a la producción jurídica mexicana de carácter procesal constitucional, pero no agota el estudio de las instituciones de control de constitucionalidad, que se da en otros ámbitos y en otras publicaciones. Lo cual comprueba que en México no solo existe una

sorprendente actualidad en los estudios, sino que ellos han encontrado amplia acogida en la comunidad jurídica. Y que son los frutos que ha dado la obra escrita y no escrita de Héctor Fix-Zamudio, quien constituye, sin lugar a dudas, el referente obligado en el ámbito iberoamericano.

3. América del Sur de habla castellana

Colombia y Venezuela son los dos países que en América del Sur tienen un antiguo y bastante elaborado sistema de control constitucional, que se remonta a mediados del siglo XIX, como ha sido demostrado por los estudiosos (como es el caso de James A. Grant y Carlos Restrepo Piedrahita). Y que ha dado origen a una cantidad muy grande de publicaciones sobre diversos temas, sobre todo de orden práctico o procesal de tales instrumentos. Pero esto no ha llevado a planteos teóricos de largo alcance.

Así, en Colombia, por ejemplo, se usa desde temprano el concepto de jurisdicción constitucional (cf. Alfredo Araújo Grau, *Jurisdicción constitucional*, Mundo al día, Bogotá, 1936) y lo mismo sucede en la manualística. Y esto se refuerza desde la década de los cincuenta del siglo pasado (cf. Álvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1957, 3ª ed. en 1960; Luis Carlos SÁCHICA, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Temis, Bogotá, 1992; Jacobo Pérez Escobar, *Derecho constitucional colombiano*, 7ª ed., Temis, Bogotá, 2004; Camilo Velásquez Turbay, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2004, esp. pp. 423-424; Diego Younes Moreno, *Derecho constitucional colombiano*, 6ª ed., Edic. Jurídicas G. Ibáñez, Bogotá, 2005; Jaime Vidal Perdomo, *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*, Legis, Bogotá, 2005). Colombia tiene una larga tradición jurídica, muy asentada, que se refleja en una cadena de publicaciones sobre temas constitucionales y procesales, que ha aumentado vertiginosamente a raíz de la creación de la Corte Constitucional en 1991, y numerosos libros dedicados a

estudiar su actividad y su numerosa jurisprudencia, en muchos aspectos modélica (cf. Sandra Morelli Rico, *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2001; AA. VV., *Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Ricardo Sanín Restrepo, coordinador, Universidad Javeriana, Legis, Bogotá, 2006).

Sin embargo, los procesalistas no se han preocupado por el tema, al que ignoran o tratan de soslayo sin mayor comprensión (así, Hernando Devis Echandía al estudiar la labor de la Corte Constitucional en su país, dice que esta desarrolla una suerte de jurisdicción constitucional *sui generis*, cf. *Compendio de Derecho procesal. Teoría general del proceso*, T. I, 14ª ed., ABC, Santafé de Bogotá, 1996, p. 100). De excepción es la postura permisiva de Ana Giacomette Ferrer, que se ha dedicado al análisis de la prueba en los procesos constitucionales, en libro de próxima aparición. Así como los sugerentes ensayos de Jairo E. Herrera Pérez.

Y son más bien los constitucionalistas los que han abordado el campo. Así, Ernesto Rey Cantor es el primero que se preocupa del nuevo concepto en una sintética pero bien informada *Introducción al Derecho procesal constitucional* (Univ. Libre, Seccional Cali, 1994), en donde señala que el Derecho procesal constitucional es el que regula las actuaciones y procesos constitucionales (p. 29) y acepta la distinción entre el Derecho procesal constitucional y el Derecho constitucional procesal, siguiendo así el planteo de Héctor Fix-Zamudio. Posteriormente, el mismo autor publica su *Derecho procesal constitucional, Derecho constitucional procesal y derechos humanos procesales*, Ciencia y Derecho, Bogotá, 2001, en donde reitera y amplía lo expuesto anteriormente. La obra de Rey Cantor, acompañada por su labor docente, no ha encontrado mayor eco en Colombia, en donde la disciplina no tiene gran predicamento.

Con posterioridad, Javier Henao Hidrón ha publicado un libro con el nombre *Derecho procesal constitucional* (Temis, Bogotá, 2003, 2ª ed., 2006), que es la nueva versión de uno anterior en el que utilizaba el título de *Jurisdicción constitucional* y que tuvo muchas ediciones. En esta

nueva publicación estudia y analiza el carácter procesal de los instrumentos e instituciones que existen en Colombia, pero evita todo análisis teórico sobre lo que el título anuncia. Tampoco han faltado publicaciones que utilizan el concepto de Derecho procesal constitucional, pero sin mayores desarrollos (entre otros, cf. Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, Edic. Jurídicas G. Ibáñez, 3ª ed., 2004, reimp. 2006, pp. 278-281). A los que se pueden agregar referencias aisladas en autores como Pedro Pablo Camargo, que se ha dedicado al análisis y divulgación de importantes instrumentos procesales de carácter constitucional, como el Hábeas Corpus y la Acción de Tutela. Y los ensayos de Hernán A. Olano García: “El Derecho procesal constitucional”, *Revista Universitas*, N° 109, 2005; y “Contribuciones al Derecho procesal constitucional: Sus principios”, *Revista Universitas*, N° 112, 2006. Así como otras contribuciones de carácter histórico y teórico (cf. *Interpretación y neo constitucionalismo*, Porrúa, México, 2006).

De interés es el libro colectivo *Nuevas tendencias del Derecho procesal constitucional y legal* (Universidad de Medellín, Medellín, 2005), que contiene el ensayo de Diana María Ramírez Carvajal (“Hacia la construcción de un derecho procesal constitucional para Colombia”) con un enfoque netamente procesal, pero que aparece desconectado y un poco al margen de la bibliografía que existe en el área, e incluso de la de su propio país. Y con una óptica distinta ajena a nuestro tema, se encuentran los meritorios trabajos de Julia Victoria Montaña de Cardona, *Derecho constitucional procesal*, Leyer, Bogotá, 2000, que ha sido continuado en *Instituciones procesales desde el constitucionalismo*, Leyer, Bogotá, 2002.

Mención especial merece la extensa y solvente obra de Eduardo Roza Acuña, instalado hace años en el ambiente universitario italiano y actualmente Profesor Ordinario de la Universidad de Urbino, que ha dedicado gran parte de su actividad como docente y publicista a dar a conocer la problemática constitucional de América Latina, sin escatimar juicios y enfoques propios, y que incluye el análisis y la difusión

del pensamiento político-constitucional de Bolívar. Entre su producción reciente, y en relación con lo nuestro, le debemos un libro de largo aliento: *Le garanzie costituzionali nel diritto pubblico dell'America Latina*, G. Giappichelli, Torino, 2006 (hay traducción castellana, con ligeras variantes). El autor no ingresa al tema conceptual que nos ocupa —pues no es ese el sentido de su obra—, sino que acepta como sinónimas las expresiones de Justicia constitucional, Jurisdicción constitucional y Derecho procesal constitucional (pp. 21-22 de la edición italiana). El libro, por lo demás, representa un esfuerzo notable al juntar información dispersa sobre los procesos constitucionales en nuestro continente, que se presentan en forma sistemática y con enfoques y planteos originales, que lo hacen de uso obligado no solo para el estudioso extranjero, sino también para el latinoamericano.

En Venezuela contamos con el texto pionero de José Guillermo Andueza Acuña titulado *La jurisdicción constitucional en el Derecho Venezolano* y que publica en Caracas, en 1955, con reimpresión en 1974. Y lo mismo hace posteriormente Orlando Tovar (cf. *La jurisdicción constitucional*, Caracas, 1983). A partir de la década de los setenta hay que mencionar la influyente y sólida obra de Humberto J. La Roche, que quizá es el primero que usa el concepto Derecho procesal constitucional, en 1977, en la ponencia que presenta en Sochagota en noviembre de ese año, y dentro de un evento dedicado a la jurisdicción constitucional en Iberoamérica (cf. “La jurisdicción constitucional en Venezuela y la nueva Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, en AA. VV., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1984). Pero el tema, aun cuando vuelve sobre él más adelante (cf. *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*, Maracaibo, 1984, pp. 288-293), no es objeto de mayores desarrollos. Y más bien en los últimos años se ha afirmado la tendencia a usar el rubro de “justicia constitucional”, aun cuando no se han hecho demasiadas precisiones (así, por ejemplo, Jesús María Casal H., autor de importantes textos en la disciplina, utiliza ambos, justicia y jurisdicción constitucional, como sinónimos. Y lo mismo podríamos decir de

José Vicente Haro, que ha dedicado importantes ensayos al tema que nos ocupa).

Pero el que más ha persistido en el área y que además ha intentado darle un sustento teórico serio ha sido Allan R. Brewer-Carías, desde principios de la década de los ochenta, en diversas publicaciones en donde ha desarrollado temas tanto de Derecho constitucional como de Derecho administrativo, muchos de ellos traducidos al inglés y al francés.

Sus grandes aportaciones, sin embargo, se encuentran en cierto sentido reunidas en su monumental *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, 3ª ed., 7 tomos, Caracas-San Cristóbal, 1996-1998, cuyo tomo VI está dedicado a “La justicia constitucional” y que es una síntesis admirable de toda la problemática, tanto de la supremacía constitucional como de los medios para hacerla valer, y en donde se extiende largamente sobre aspectos de fundamentos.

Al ser derogada la Constitución de 1961, sobre la cual se asentaba el Tratado antes referido, Brewer-Carías emprendió un análisis del nuevo texto constitucional en forma aguda y solventada, pues fue miembro de la Asamblea Constituyente que la redactó, si bien por parte de la oposición, y sus puntos de vista los condensa en *La Constitución de 1999 (Derecho constitucional venezolano)*, Editorial Jurídica Venezolana, 4ª ed., 2 tomos, Caracas, 2004) y finalmente en su folleto *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000. Su autor no se muestra partidario del Derecho procesal constitucional, ni tampoco de conceder un carácter procesal a estos instrumentos, sino más bien piensa en una defensa constitucional desde adentro, evitando así toda referencia “procedimental”, declarando que por “justicia constitucional” entiende la totalidad del universo de garantías y controles de la Constitución, y por “jurisdicción constitucional”, el órgano específico, Corte Suprema o Tribunal Constitucional, que tiene competencias para ello. Se trata de un planteo muy elaborado, que denota una clara influencia francesa, que como sabemos se ha extendido bastante, sobre todo en Italia.

En otras palabras, la “justicia constitucional” es un concepto material, mientras que la “jurisdicción constitucional” es un concepto orgánico; la primera se refiere a una materia determinada (control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales), mientras que la segunda tiende a identificar a un ente u órgano especializado en esto, como es el caso del Poder Judicial en Venezuela (cit., pp. 12-14).

Continuador de la obra de Brewer-Carías es, en cierto sentido, Carlos Ayala Corao, autor de varios trabajos sobre el tema desde la década de los ochenta y en donde utiliza preferentemente el concepto de “jurisdicción constitucional”, aun cuando marginalmente se ha referido al “Derecho procesal constitucional” (así, en el prólogo al libro de Gustavo J. Linares Benzo, *El proceso de Amparo en Venezuela*, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1993).

La aprobación de la nueva Constitución en 1999 ha promovido gran cantidad de estudios, sin que se hayan hecho avances en este tópico.

En Ecuador, no obstante haberse ensayado la creación de órganos de control constitucional desde 1945, no encontramos nada en relación con el tema, pues se utiliza preferentemente el término “justicia constitucional” (cf. Hernán Salgado Pesantes, *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004).

Tan solo recientemente ha aparecido un volumen colectivo titulado *Derecho procesal constitucional* (Corporación Editora Nacional, Quito, 2005) coordinado por el constitucionalista y magistrado español Pablo Pérez Tremps, quien en la introducción dice que los trabajos ahí reunidos escritos por varios autores se dedican al análisis de los procesos constitucionales que son distintos a los demás y de ahí la particularidad del denominado Derecho procesal constitucional. Afirmación preliminar y genérica, sobre la cual el resto de los trabajos no vuelve ni ahonda. Un mayor desarrollo sobre los principios básicos del Derecho procesal constitucional se encuentra en Rafael Oyarte Martínez a propósito del amparo (cf. *La acción de Amparo constitucional*, Fundación Andrade y Asociados, 2ª ed., Quito, 2006, pp. 17-30).

En el Perú, el término “Derecho procesal constitucional” fue introducido por vez primera en 1971 (cf. Domingo García Belaúnde, *El Hábeas Corpus interpretado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica, Lima, 1971, p. 21) y ha tenido desde entonces un continuo desarrollo hasta la actualidad, acompañado por la promulgación y puesta en vigencia del Código procesal constitucional desde el 1° de diciembre de 2004. Y por la intensa actividad jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

Quien ha dedicado largos años a estudiar estos temas es Víctor Julio Ortecho Villena, desde la ciudad norteña de Trujillo, en sucesivas publicaciones que rematan, por así decirlo, con su sugestivo libro *Procesos constitucionales y su jurisdicción*, Rodhas, 9ª ed., Trujillo, 2004 (con prólogo de Germán J. Bidart Campos). Y aquí acepta que su trabajo no es sino un bosquejo de Derecho procesal constitucional.

Pero el primer texto independiente que utiliza la nomenclatura es el de Gerardo Eto Cruz, *Introducción al Derecho procesal constitucional*, Trujillo, 1990-1992, aunque es demasiado escueto.

Más persistente es el esfuerzo desplegado por Elvito A. Rodríguez Domínguez, quien hace un planteo de sumo interés desde una óptica procesal en su ponencia “Derecho procesal constitucional peruano” (en *Notarius*, año II, N° 2, 1991) que reelabora y amplía en su obra *Derecho procesal constitucional*, Grijley, Lima, 1997, que es en puridad el primer libro sobre la materia que se publica en el Perú. Y que es fruto de los afanes de un procesalista, que además enseña la disciplina en la vieja Universidad Nacional Mayor de San Marcos. El éxito de la obra lo llevó a una siguiente edición en 2002 y finalmente a una tercera totalmente revisada y con nuevo nombre, *Manual de Derecho procesal constitucional*, Grijley, Lima, 2006, con extenso prólogo de Héctor Fix-Zamudio.

El siguiente libro se publica en Trujillo, en 1988, cuyo autor, Domingo García Belaúnde, da el título a la obra, *Derecho procesal constitucional*, a cargo de la Universidad César Vallejo y con extenso estudio preliminar de Gerardo Eto Cruz. Una segunda edición, revisada y prácticamente

doblada en su extensión, ha sido publicada en la editorial Temis (Bogotá, 2001). De larga influencia es su opúsculo *De la jurisdicción constitucional al Derecho procesal constitucional*, Grijley, 4ª ed., Lima, 2004, que cuenta con una edición en México (Fundap, Querétaro, 2004).

César Landa publica su *Teoría del Derecho procesal constitucional*, Palestra, Lima, 2004, continuando sus importantes estudios sobre el tema, en especial de su voluminoso y bien documentado libro *Tribunal Constitucional y democracia*, Palestra, 2ª ed., Lima, 2003. Sus reflexiones últimas se encuentran reunidas en un denso volumen: *Estudios sobre Derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, 2006. Sin embargo, Landa no hace un mayor desarrollo del tema, pues se afilia a la tesis de Häberle al considerar que el Derecho procesal constitucional es en realidad parte del Derecho constitucional, al cual “concretiza” con motivo de la actividad jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Su enfoque, interesante sin dudas, es algo aislado dentro de la tratadística peruana.

Samuel B. Abad Yupanqui ha realizado diversos estudios sobre el amparo. Y desde una moderna postura procesal, ha publicado un enjundioso texto titulado *Derecho procesal constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, que al ser parte de su tesis doctoral, asume una descripción de la disciplina en forma orgánica y ordenada, abordando sus principales problemas. Es quizá la mejor obra informativa y de análisis dentro de la literatura peruana.

Finalmente, Aníbal Quiroga León, procesalista de trayectoria, ha reunido diversos ensayos en su reciente libro *Derecho procesal constitucional y el Código procesal constitucional*, Ara, Lima, 2005. No obstante que Quiroga se ha dedicado desde hace muchos años al tema, promoviendo diversas publicaciones sobre la “jurisdicción constitucional” (en 1990 y bajo el auspicio del Fondo Editorial de la Universidad Católica), así como eventos y revistas e incluso ha propiciado desde 1996 un Código procesal constitucional, tiene un enfoque con ciertas peculiaridades y no muy preciso. No empecé esto, en lo sustancial, mantiene un enfoque procesal.

La publicación y puesta en vigencia del Código procesal constitucional en el Perú, el primero en su género a nivel iberoamericano (pues el de Tucumán es de carácter local y no nacional), ha hecho aumentar en forma vertiginosa las publicaciones sobre el tema, muchas veces usando el título “Derecho procesal constitucional” por mera convención, pero otros son largos análisis del Código, algunos con muy alto nivel (como es el caso de Carlos Mesía y Luis Castillo Córdova) o con un propósito sobre todo profesional y de apoyo práctico, pero no por ello menos importantes (Javier Valle-Riestra, Enrique Bernal, Walter A. Díaz Zegarra, José Mario Prada Córdova, Roberto Alfaro Pinillos, Omar Sar, Gustavo Gutiérrez). Así como ensayos desde diversa óptica de Ernesto Blume Fortini (cf. “Notas preliminares al Código Procesal Constitucional”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Lima, N° 35, enero-diciembre de 2004, y “El Derecho procesal constitucional”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Lima, N° 34, enero-diciembre de 2003). A lo que hay que agregar las publicaciones y debates surgidos a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, repuesto democráticamente en 2001 e integrado con siete miembros elegidos por el Congreso de la República.

Entre las publicaciones colectivas merecen citarse AA. VV., *Derecho procesal constitucional*, Susana Y. Castañeda Otsu, coordinadora, Jurista, 2ª ed., 2 vols., Lima, 2004 (hay edición boliviana impresa en Cochabamba); AA. VV., *El Derecho procesal constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaúnde*, 2 tomos, Grijley, José F. Palomino Manchego, coordinador, Lima, 2005; Susana Castañeda O., Edgar Carpio Marcos, Eloy Espinosa-Saldaña B. y Luis Sáenz Dávalos, *Introducción a los procesos constitucionales*, Jurista, Lima, 2005; y AA. VV., *Derechos Fundamentales y Derecho procesal constitucional*, Eloy Espinosa-Saldaña B, coordinador, Jurista, Lima, 2005. De utilidad es el *Syllabus de Derecho procesal constitucional*, por José F. Palomino Manchego, Gerardo Eto Cruz, Luis Sáenz Dávalos y Edgar Carpio Marcos, Cuaderno de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003. Un análisis puntual y novedoso hecho por

un procesalista lo tenemos en Omar Cairo Roldán, *Justicia Constitucional y Proceso de Amparo*, Palestra, Lima, 2004.

Desde el lado de los procesalistas, el interés de sus cultores no ha sido, por lo demás, muy marcado en relación con la disciplina. Salvando la excepción ya mencionada de Aníbal Quiroga, tenemos solo referencias ocasionales al concepto de “Derecho procesal constitucional”, como puede verse en Giovanni Priori Posada (en su ensayo sobre “La tutela jurisdiccional de los procesos difusos: una aproximación desde el Derecho procesal constitucional”, publicado conjuntamente con otros textos de Reynaldo Bustamante Alarcón en un folleto conjunto titulado *Apuntes de Derecho procesal*, con prólogo de Juan Monroy Gálvez, Ara, Lima, 1997 y en su ponencia “El proceso constitucional: propuesta para una comprensión integral de los diversos procesos constitucionales en el Perú”, en *Actas del Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal*, Universidad de Lima, Lima, 2003). Igualmente, Jorge Carrión Lugo (*Tratado de Derecho procesal civil*, T. I, Grijley, Lima, 2004, p. 10), que lo reconoce como una rama del Derecho procesal, y Juan Morales Godo (*Instituciones de Derecho procesal*, Palestra, Lima, 2005), que dedica una tercera parte de su obra a “Estudios de Derecho procesal constitucional”, con dos ensayos, uno sobre la democracia y otro sobre el Tribunal Constitucional.

Mención aparte merece la intensa labor desempeñada por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, que dentro de los eventos que organiza siempre dedica un espacio a los temas de Derecho procesal constitucional, como se aprecia en el último de ellos, el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional celebrado en Arequipa (22-24 de setiembre de 2005). Y más recientemente, con el auspicio y el apoyo brindado a los congresos nacionales de Derecho Procesal Constitucional, el primero de los cuales se llevó a cabo en la ciudad de Huancayo (18-20 de noviembre de 2004), en la Universidad Privada Los Andes, que corrió a cargo de Miguel Vilcapoma Ignacio. Este I Congreso fue dedicado íntegramente a analizar el recién promulgado

Código procesal constitucional, que entraría en vigencia poco después, en diciembre de 2004.

En Chile hay un interesante movimiento en esta línea desde mediados de los años ochenta del siglo pasado, que es producto del gran esfuerzo de Humberto Nogueira Alcalá, que desde Santiago o desde Talca, ha orientado estos afanes. Y además, ha promocionado encuentros de estudiosos, tanto chilenos como de otros juristas del área, que han sido decisivos para el desarrollo de la disciplina en ese país.

Entre los primeros pasos dados por Nogueira se encuentra el haber convocado un Primer Seminario Latinoamericano en la Universidad Central de Santiago de Chile, en octubre de 1987 y bajo el rubro de “justicia constitucional” (cf. *La Revista de Derecho*, N° 1, enero-junio de 1988, y N° 1, enero-junio de 1989). Posteriormente, convoca el segundo seminario en la misma ciudad y con el mismo auspicio, pero al cual denomina esta vez como “2das. Jornadas de Derecho Procesal Constitucional” y que se lleva a cabo en abril de 1991. Contó con una selecta concurrencia de juristas internacionales. Sus actas se publicaron en dos números sucesivos de *La Revista de Derecho* (N° 2, julio-diciembre de 1990, y N° 1, enero-junio de 1991). Una amplia y sustanciosa reseña de este evento, incluyendo nombres de participantes y ponencias presentadas, se debe a José F. Palomino Manchego (cf. “II Jornadas de Derecho procesal constitucional”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Lima, año X, N° 17, junio de 1991).

En fecha reciente, al celebrarse en Santiago el IV Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (noviembre de 2006), publicó con antelación las ponencias presentadas al evento que tenía como título genérico “Desafíos del Derecho Procesal Constitucional en la alborada del siglo XXI” en un grueso volumen de más de ochocientas páginas: *Estudios constitucionales*, año 4, N° 2, Santiago, 2006, que reúne textos que abordan diversos temas de interés, pero en donde el membrete “Derecho procesal constitucional” no es objeto de un desarrollo especial.

Por su parte, Nogueira ha escrito multitud de artículos sobre el tema, serios y documentados, usando diversos rótulos sin mayores precisiones, sea el de justicia constitucional, sea el de jurisdicción constitucional, vinculándolo sobre todo a Chile, y manejando hábilmente datos del Derecho comparado, así como libros centrados en los derechos fundamentales.

Pero, últimamente, ha presentado un texto orgánico de largo alcance, producto de una investigación de aliento: *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales en Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, Porrúa, México, 2004, a la que ha seguido una edición venezolana con distinto nombre (*Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006) y con posterioridad, y con el mismo título, la actualizada edición peruana a cargo de Palestra editores (Lima, 2006) que aquí utilizo.

En esta obra intenta Nogueira Alcalá distinguir entre jurisdicción y justicia constitucional. Así, señala que al hablar de “justicia constitucional” estamos haciendo referencia a un contenido valorativo, pero distingue la versión amplia de la versión restringida. En sentido amplio “justicia constitucional” es todo tipo de control que desempeña el juez, el órgano legislativo o un órgano especial. Así, tenemos que existe una justicia constitucional “política” y una justicia constitucional “jurisdiccional”. Esta última es ejercida por órganos de carácter jurisdiccional, de cualquier orden.

Y la jurisdicción constitucional es considerada como una especie de la justicia constitucional, con la finalidad específica de actuar el Derecho de la Constitución y tiene como meta la defensa de la Constitución, con características específicas.

Las breves líneas anotadas no permiten extraer mayores elementos de juicio, ya que el autor en realidad no tiene en mente la parte teórica y de fundamentos, no empece lo cual nos presenta a nivel de la dogmática una obra de investigación prácticamente exhaustiva, casi sin precedentes y de innegable utilidad y mérito.

El patriarca de los constitucionalistas chilenos, Alejandro Silva Bascuñán, utiliza el concepto de “justicia constitucional” y señala que el de “Derecho procesal constitucional” no es acertado (cf. *Tratado de Derecho constitucional*, T. IX, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 21; es la segunda edición de un anterior tratado publicado originalmente en la década de los sesenta y en tres tomos; la actual segunda edición, en colaboración con María Pía Silva Gallinato, está en curso y llega a los once tomos).

Magistrados del Tribunal Constitucional se han dedicado al tema, como Juan Colombo Campbell (cf. “Funciones del Derecho procesal constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2002), quien defiende su categoría procesal, pero sin mayores precisiones. En el mismo sentido, Luz Bulnes, y con anterioridad, Ismael Bustos Concha y Lautaro Ríos Álvarez, pero con matices diferenciales. Eduardo Aldunate L. tiene importantes ensayos en esta materia (cf. “El Derecho procesal constitucional desde la perspectiva de la Teoría constitucional”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XVIII, 1997). Y en la línea de investigaciones puntuales, hay que mencionar la meritoria obra de Gastón Gómez Bernalles.

A Francisco Zúñiga Urbina se debe el más completo tratamiento de la disciplina que ha aparecido en ese país, pues toma como referencia no solo la parte doctrinaria, sino la histórica, comparada, legislativa y la propiamente chilena (cf. *Elementos de jurisdicción constitucional*, Universidad Central de Chile, 2 tomos, Santiago, 2002). Acepta el planteo que distingue el “Derecho procesal constitucional” del “Derecho constitucional procesal”, pero no la distinción entre justicia y jurisdicción constitucional. Ofrece, por lo demás, un desarrollo muy completo y sugestivo de suma utilidad.

Andrés Bordalí Salamanca es un procesalista que ha incursionado desde su especialidad en el tema, al cual asigna carácter procesal, como se ve en su libro *Temas de Derecho procesal constitucional*, Fallos del Mes, Santiago de Chile, 2003. Posteriormente, sin embargo, ha coordinado

un colectivo con nombre distinto: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Lexis-Nexis, Santiago, 2006.

Con anterioridad, un procesalista acreditado intentó ubicarse, si bien muy ampliamente, en la problemática: Raúl Tavolari Oliveros, *Hábeas Corpus*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

Mención especial merece la presencia en Chile de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, invitado por la Universidad de Concepción para impartir cursos de posgrado en 1961 y 1964. Con motivo de su estancia chilena, publicó un libro compilativo de ensayos: *Estudios de Derecho probatorio*, Concepción, 1965, contribuyendo grandemente al desarrollo del moderno procesalismo en ese país. En la misma línea procesal, destaca Hugo Pereira Anabalón (*Curso de Derecho procesal*, Ediar, Santiago, 1994) quien tuvo destacada intervención para la introducción del concepto “Derecho procesal constitucional” en el mundo académico chileno (en 1988 y conjuntamente con Humberto Nogueira Alcalá).

Bolivia se ha incorporado al debate sobre la temática, a raíz de la fundación y puesta en funcionamiento de su Tribunal Constitucional, que ha hecho posible gran cantidad de publicaciones en torno a los procesos y a la actividad del Tribunal (entre otros, AA. VV, *La justicia constitucional en Bolivia 1998-2003*, Tribunal Constitucional, Sucre 2003). Así, Pablo Dermizaky Peredo, maestro dedicado al Derecho público (tiene sendos manuales sobre Derecho constitucional y Derecho administrativo) ha incursionado en el tema, pero con el título de “justicia constitucional” que se emplea incluso en los seminarios que organiza periódicamente el Tribunal Constitucional, del cual Dermizaky fue presidente (1999-2001).

Así, en su importante libro *Justicia constitucional y estado de derecho*, 2ª ed., Alexander, Cochabamba, 2005, señala en el prólogo que “justicia constitucional” es un sistema elaborado por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia aplicables al control, defensa e interpretación de la Constitución, y agrega que la justicia constitucional se materializa a través de la jurisdicción constitucional, que es el conjunto de órganos

y normas diseñados para administrar aquella; de esta manera, la jurisdicción constitucional es el medio y la justicia constitucional es el fin (concepto que repite en la p. 177 y ss.) Este libro de Dermizaky debe ser completado, en cuanto a procesos se refiere, con el siguiente: *Derechos y garantías fundamentales*, Alexander, Cochabamba, 2006.

Un primer síntoma de nuevas inquietudes es el libro colectivo *Derecho procesal constitucional boliviano*, con colaboraciones de Francisco Fernández Segado, Jorge Asbún, Pablo Dermizaky, Willman Durán Rivera, William Herrera, José Antonio Rivera y Víctor Bazán (editado por la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Santa Cruz, 2002) en donde el tema es asumido, pero no desarrollado.

Desde una óptica procesal se encuentra el libro de José Decker Morales, *Derecho procesal constitucional*, s/e, Cochabamba, 2002, en donde condensa inquietudes formuladas desde 1998, cuando por primera vez usó el concepto en el país.

El más completo estudio sobre el tema se debe a José Antonio Rivera Santibáñez, quien fuera magistrado constitucional y que ha publicado un enjundioso volumen sobre la Jurisdicción constitucional (2ª ed., Kipus, Cochabamba, 2004; la 1ª ed. es de 2000) en donde dedica una primera parte, muy amplia, a la discusión académica sobre el concepto, y se afilia a una tendencia procesal. Rivera, además, es un constante animador de estos temas, con gran capacidad de convocatoria, como lo demuestran los eventos organizados en La Paz y Santa Cruz.

Un planteo doctrinario bastante ceñido y con un amplio desarrollo de la problemática boliviana, con un enfoque procesal y con referencias jurisprudenciales, lo tenemos en René Baldivieso Guzmán, *Derecho procesal constitucional*, Sirena, Santa Cruz de la Sierra, 2006, sumamente útil, pues su autor fue magistrado del Tribunal Constitucional.

En Uruguay existe una larga tradición manualística en materia constitucional, que incluye dentro de su ámbito el problema del control de constitucionalidad, al cual generalmente no se califica en forma independiente (algunos lo llaman “justicia constitucional”) ni tampoco

se enfoca como algo que merezca ese tratamiento (así en los textos de Jiménez de Aréchaga, José Korseniak, Rubén Correa Freitas, Martín Risso Ferrand, etc.). Pero el primero que usa el concepto en ese país es el eminente procesalista Eduardo J. Couture en su obra *Estudios de derecho procesal civil*, 3 tomos, Ediar, Buenos Aires, 1948-1950 (en la denominada página legal del tomo I, se lee al final lo siguiente: "Edición al cuidado de Santiago Sentís Melendo", que no figura en las numerosas reimpresiones que se han hecho con posterioridad). Y que probablemente tomó de los trabajos de Alcalá-Zamora y Castillo, a quien conocía y trataba por frecuentar la comunidad jurídica argentina, en donde Alcalá-Zamora vivía en aquella época. Sin embargo, Couture no hace ningún análisis conceptual, sino que se limita (en el tomo I) a dar el título de "Casos de derecho procesal constitucional" a una sección que agrupa diversos ensayos alusivos y sobre el cual no se arroja luz alguna.

Años más tarde, se encuentra un desarrollo más elaborado que debemos a Eduardo G. Esteva Gallicchio, quien lo pone en discusión en 1984 y en donde hace un distingo entre el "Derecho procesal constitucional", por un lado, y el "Derecho constitucional procesal", por otro (cf. *Lecciones de introducción al Derecho Constitucional. Derecho Constitucional*, T. I, Montevideo, 1984, pp. 9-10).

De parte de los procesalistas, merece un tratamiento especial la obra, no muy extensa pero bien elaborada, de Enrique Vescovi, quien le da un tratamiento netamente procesal, si bien no arriesga un planteo doctrinario ni tampoco un nombre moderno (cf. *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1967; "Principios estructurales del proceso constitucional", en *Universidad*, N° 79, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, septic. de 1969. Y *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988; a pp. 463 y ss. se inclina por el uso del término "jurisdicción constitucional").

En lo que se refiere al Paraguay, no he encontrado una sola referencia sobre el tema que nos ocupa, si bien hay estudios en torno a

él (cf. Juan Carlos Mendonça, *Inconstitucionalidad. Aspectos procesales*, El Foro, Asunción, 1982; Luis Lezcano Claude, *El control de constitucionalidad en el Paraguay*, La Ley Paraguaya, Asunción, 2000; ib. “La defensa de la Constitución en el Derecho Paraguayo”, en AA. VV., *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Víctor Bazán, coordinador, Ediar, Buenos Aires, 2003) así como los ensayos que sobre el tema de la “jurisdicción constitucional” ha dedicado el conocido juspublicista Luis Enrique Chase Plate y cuya publicación en forma de libro ha sido anunciada y que utiliza el concepto “Derecho procesal constitucional”, si bien en forma marginal.

Existen además publicaciones puntuales; así Evelio Fernández Arévalos, *Hábeas Corpus*, Intercontinental, Asunción, 2000; y Enrique A. Sosa, *El Amparo judicial*, La Ley Paraguaya, Asunción, 2004. Un gran panorama sobre los procesos constitucionales, cf. Manuel Dejesús Ramírez Candia, *Derecho constitucional paraguayo*, 2ª ed., T. I, Asunción, 2005.

4. Centroamérica y el Caribe

En Centroamérica, el país que más producción tiene en la materia que nos ocupa es, sin lugar a dudas, Panamá, que al igual que otros países de su entorno, ha tenido facilidades para que sus estudiosos salgan al exterior a formarse y ponerse al día en novedades bibliográficas. Así tenemos que en Panamá se publica el libro de Sebastián Rodríguez Robles titulado *Derecho procesal constitucional panameño* (Universidad de Panamá, Panamá, 1993) basado en la tesis de grado que presenta su autor ante el correspondiente centro universitario y que es la primera publicación que sobre el tema y en forma de libro aparece en ese país y probablemente en toda Centroamérica. El autor tuvo la suerte de estar cerca del maestro César Quintero (1916-2003), de reconocido prestigio internacional y que prologó el libro haciendo un amplio y meditado estudio sobre las variantes del proceso y sus relaciones con la Constitución. Y además,

siguió estudios de postgrado en la Argentina, lo cual le permitió estar en contacto con la más calificada doctrina sobre la materia. Y si bien la obra está centrada en el desarrollo y análisis de la dogmática panameña vigente a la época en que formuló su trabajo, lo antecede con un breve pero centrado análisis conceptual sobre la disciplina.

Rodríguez Robles parte del concepto de Derecho procesal y sin mayores vacilaciones señala que el Derecho procesal constitucional es una de sus ramas o disciplinas, si bien reconoce la dificultad de fijar sus contornos doctrinarios. Tampoco hace concesiones a figuras próximas o vecinas. Y tentativamente define el Derecho procesal constitucional como el conjunto de fundamentos doctrinales y preceptos normativos de carácter instrumental, instituidos para asegurar eficazmente el estricto cumplimiento de la Ley Suprema del Estado, es decir, de la Constitución (p. 59). Y ella incluye las garantías constitucionales jurisdiccionales, las garantías constitucionalizadas del control de legalidad, así como las garantías implícitas del debido proceso.

La segunda publicación que tenemos es la de Boris Barrios González, *Derecho procesal constitucional* (2ª ed., Portobelo, Panamá, 2002; 3ª ed. en 2005; la 1ª ed. es de 1999). Según su autor, cuyo manual ha tenido una amplia circulación, el Derecho procesal constitucional tiene carácter instrumental de naturaleza pública y reglamenta el ejercicio de la jurisdicción constitucional. En tal sentido, su obra se dedica a desarrollar procesos tales como el Amparo, el Hábeas Corpus, la Acción de Inconstitucionalidad, etcétera, tal como se dan en la experiencia panameña.

Rigoberto González Montenegro ha publicado un *Curso de Derecho procesal constitucional* (2ª ed., Litho Editorial Chen, Panamá, 2003; 1ª ed. en 2002) en donde acepta que el Derecho procesal constitucional es rama específicamente procesal para la defensa de la Constitución. Es, por tanto, una disciplina autónoma y sus contenidos son: a) jurisdicción, b) procesos y c) órganos.

Y por cierto, hay otros enfoques que utilizan un esquema más convencional y que dan cuenta de la temática en el respectivo país (cf.

Heriberto Araúz, *Panorama de la justicia constitucional panameña*, Universal Books, Panamá, 2003). Si bien en algunos casos, se utilizan los conceptos en forma heterodoxa; cf. Jorge Fábrega P., “Derecho constitucional procesal panameño”, en AA. VV., *Estudios de Derecho constitucional panameño*, Editora Jurídica Panameña, Panamá 1987. U otros que dentro de títulos convencionales, utilizan en su interior el concepto de “Derecho procesal constitucional” (como es el caso de Edgardo Molino Mola, *La jurisdicción constitucional en Panamá*, 2ª ed., Copicentro, Panamá, 2002).

En Nicaragua se cuenta con la ingente producción de Iván Escobar Fornos, quien ha incursionado en varios temas jurídicos, en especial relacionados con el Derecho civil, pero a nuestro tema ha dedicado un volumen titulado *Derecho procesal constitucional*, Hispamar, Managua, 1999. Acepta al Derecho procesal constitucional como instrumental, lo cual es expresión o desarrollo de un tema más amplio como es la justicia constitucional, pero sin entrar en mayores detalles. Posteriormente, esta obra es objeto de un replanteo y reelaboración y la publica como *Introducción al Derecho procesal constitucional* (Porrúa, México, 2005). Aquí amplía y precisa algunos conceptos; acepta un Derecho constitucional procesal al lado del Derecho procesal constitucional, desarrolla notablemente la parte conceptual y comparada y señala que el contenido del Derecho procesal constitucional lo integran a) la justicia constitucional, b) los órganos de control, c) las garantías constitucionales, d) las partes y e) el proceso. El mismo año (20 de setiembre de 2005) se celebra en Managua el I Congreso Nacional de Derecho Constitucional, en donde se da cabida al tema e interviene Gabriel Álvarez con una ponencia sobre “La importancia del estudio del Derecho procesal constitucional”.

País de gran tradición cultural es Costa Rica dentro del ámbito centroamericano. La figura más importante, no solo por su obra, sino por su magisterio, es Rubén Hernández Valle, quien tempranamente publica su *Derecho procesal constitucional* (Juricentro, San José, 1995; 2ª ed. de 2001). Hernández asume que estamos ante una rama del

Derecho procesal que se dedica a estudiar los instrumentos de la jurisdicción constitucional y los procesos constitucionales (pp. 31-36 de la 2ª ed.). Sin embargo, entre una edición y otra aparece *Escritos sobre justicia constitucional* (Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1997), en donde el cambio del título proviene probablemente, tal como señala el autor, por tratarse de unas lecciones preparadas para impartirse en Madrid y que no alcanzó a llevar a cabo. Pero en ellas desarrolla las bases del “Derecho procesal constitucional”.

Este último libro de 1977 y otros ensayos del autor fueron publicados luego bajo otro título en la Biblioteca Porrúa de Derecho procesal constitucional, que en México dirige Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Y más recientemente, en un volumen compilativo, bajo el título de *Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional*, Jurista, colección dirigida por Susana Castañeda Otsu y publicado en Lima, en 2006. Y del que se prepara una edición boliviana.

A Rodolfo Piza E., quien durante años fuera connotado magistrado de la prestigiosa Sala Constitucional de Costa Rica, debemos una peculiar distinción entre “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional” que no ha tenido seguimiento (véase su artículo “Justicia constitucional y Derecho de la Constitución”, en AA. VV., *La jurisdicción constitucional. III Aniversario de la creación de la Sala Constitucional*, Juricentro, San José, 1993, y su obra póstuma *La justicia constitucional en Costa Rica*, a cargo de Rodolfo Piza Rocafort y Jorge Córdoba Ortega, Investigaciones Jurídicas, San José, 2004).

Pero la doctrina también usa, como equivalentes, los conceptos de “jurisdicción constitucional” y “justicia constitucional” (cf. Alex Solís Fallas, *La dimensión política de la justicia constitucional*, Imp. Gráfica del Este, San José, 2000).

Guatemala es un país de grandes tradiciones, sobre todo en materia constitucional y de defensa de la Constitución, y en donde además se instaura una Corte de Constitucionalidad en 1965, si bien peculiar y con funcionamiento intermitente, que posteriormente ha tenido un

desarrollo interesante. Tiene una vida cultural activa, pero ha desarrollado el tema que nos ocupa dentro del campo constitucional o en el denominado “defensa de la Constitución” en donde hay trabajos valiosos de Jorge Mario García Laguardia (cf. entre otros, *La defensa de la Constitución*, Guatemala, 1983). La literatura, por lo demás, engloba el problema procesal constitucional dentro de los libros o textos sobre la Constitución, que es calificado como justicia constitucional (cf. Gerardo Prado, *Derecho constitucional*, Praxis, 4ª ed., Guatemala, 2005; y Juan Francisco Flores Juárez, *Constitución y justicia constitucional*, Publicación de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2005).

El Salvador cuenta con una Sala en lo Constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia, la cual fue creada por la vigente Constitución de 1983, y que se caracteriza por su gran actividad. Pero esto no ha incentivado el estudio independiente de los temas que se discuten, pues se utilizan indistintamente los términos “justicia” o “jurisdicción constitucional” y más recientemente, a partir del 2000, y con intermitencias, el de “Derecho procesal constitucional” (cf. José Enrique Silva, “Autonomía del Derecho procesal constitucional”, en *El Mundo*, 24 de agosto de 2005). No existe, sin embargo, un uso definido ni una preferencia específica, ni un desarrollo ordenado, no obstante el intento de haber creado algunas cátedras universitarias con el título de “Derecho Procesal Constitucional”. La ley de la materia, por lo demás, se denomina de “procedimientos constitucionales” y no han prosperado los intentos para su modernización (véase, entre otras, Francisco Bertrand Galindo, José Albino Tinetti et al., *Manual de Derecho constitucional*, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1998; Jorge Antonio Giammattei Avilés et al., *Justicia constitucional*, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1993; y Mario A. Solano, *Derecho constitucional de El Salvador*, Universidad Tecnológica, 4 tomos, San Salvador, 2005). De excepción es el ensayo de Salvador Enrique Anaya, “Aplicación de la Constitución y Derecho procesal constitucional”, publicado en el libro colectivo *Derecho procesal constitucional* coordinado por Susana Y. Castañeda Otsu, T. I, Jurista, Lima, 2004, quien luego ha publicado una cuidada

edición del texto legal vigente: *Comentarios a la ley de procedimientos constitucionales*, San Salvador, 2006.

El Primer Congreso Nacional de Derecho Constitucional se llevó a cabo el 25 de noviembre de 2005 en San Salvador, pero no trató específicamente de ningún tema de carácter procesal constitucional, por lo que se desprende que el tema no goza de mayor interés ni aceptación. Y no hay señales de que pueda desarrollarse en un futuro cercano.

Un panorama de la región, que incluye literatura y funcionamiento de las instituciones de control, se presenta en AA. VV., *La justicia constitucional como elemento de consolidación democrática en Centroamérica*, Rubén Hernández Valle y Pablo Pérez Tremps, coordinadores, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

En el Caribe hay que mencionar, por su gran tradición cultural, el caso de Cuba. En la etapa prerrevolucionaria he encontrado un referente importante en la obra de Fernando Álvarez Tabío, con valiosas obras en materia civil, constitucional, administrativa y procesal. Así, en su libro *El recurso de inconstitucionalidad* (Librería Martí, La Habana, 1960) estudia este proceso, de larga data en Cuba y que estaba regulado en la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de 1949, que desarrolla la institución creada por la Constitución de 1940. Dice en su introducción que dicha ley contiene el conjunto de normas ordenadoras del recurso de inconstitucionalidad, es decir, constituye “la fuente principal del Derecho procesal constitucional”. Y agrega que “no es posible, pues, emprender el estudio de una rama del Derecho procesal sin ponerlo en contacto con la teoría general del proceso”. A continuación, señala que “el concepto del proceso es el núcleo primario de todo el complejo de problemas que implica el estudio de un ordenamiento procesal”. Cita como sus fuentes a diversas autoridades del mundo procesal (Redenti, Alcalá-Zamora, Goldschmidt, Guasp, etc.) y hace un desarrollo de la institución en esa línea. Álvarez Tabío, con posterioridad, se adhirió al régimen castrista y perpetró un extenso comentario a la Constitución cubana de 1976, que no tiene la altura de la que gozan sus otros textos jurídicos y, por cierto, no volvió sobre los

mismos temas (*cf. Comentarios a la Constitución socialista*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1981).

Con el tiempo, este enfoque se fue perdiendo dentro del torbellino político existente, en donde el interés se centró en la defensa del régimen y de sus instituciones, y se retomó el tema dentro de una ideología política determinada (véase la *Selección de lecturas de Derecho Constitucional*, José Peraza Chapeu, director, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1985, muy elemental y de corte propagandístico). Desapareció el control jurisdiccional que existía y se introdujo el control político, que en realidad no es control o en todo caso no es eficiente y en la práctica no funciona. Y además, desde un enfoque muy general y sin mayores pretensiones. Y con el uso cada vez más frecuente del vocablo “justicia constitucional” (*cf.* Julio Fernández Bulté, “Los desafíos de la justicia constitucional en América Latina en los umbrales del siglo XXI”, en *Revista Cubana de Derecho*, N° 11, 1996). Este destacado jurista cubano nos dice en este ensayo que “no tendríamos una visión medular sobre la justicia constitucional en nuestro subcontinente si no entendemos y medimos en todo su calado los rumbos que emprende el capitalismo mundial en su actual reacomodo o reajuste”. Con lo que pone de relieve que el sistema adoptado en Cuba obedece a la defensa de una filosofía política determinada y no a un control del poder.

En forma más clara lo expone detalladamente Martha Prieto Valdés en un ensayo medular:

... para el análisis de este sistema de defensa debe partirse de un grupo de características básicas de los sistemas, político y jurídico, como son el monopartidismo, ausencia de oposición legalizada y la organización del Estado sobre determinados principios que aseguran la unidad de la acción política a todos los niveles del territorio (...) en la esfera económica, la dirección, ejecución y control es estatal, una hacienda centralizada (...) en síntesis; las hondas transformaciones socioeconómicas y políticas impusieron una nueva legalidad, una nueva forma de hacer, con la necesidad de cumplir las decisiones, no

de discutir las, de centralizar el poder, no de separarlo y equilibrarlo; se aprobó una Constitución que es punto esencial de partida para el desarrollo, reflejo de las conquistas alcanzadas y no un límite del poder (...).

Tal diseño provoca, en materia de control constitucional, la existencia del modelo de control político-abstracto, concentrado y posterior. (cf. “El sistema de defensa constitucional cubano”, en *Revista Cubana de Derecho*, N° 26, julio-diciembre de 2005).

Y estos principios que hacen depender el control del poder de una determinada concepción de la “revolución” que inspira el régimen, que se define como “democracia socialista” y a la que no se puede cuestionar, es lo que se enseña pacíficamente en los centros universitarios de ese país (cf. Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés, *Temas de Derecho constitucional cubano*, Félix Varela, La Habana, 2000). Y en donde el concepto de “Derecho procesal constitucional” no atrae la atención y generalmente se ignora, como se aprecia en diversos estudios (cf. entre otros, Juan Mendoza Díaz, “Hacia una concepción unitaria del Derecho procesal en Cuba”, en *Revista Cubana de Derecho*, N° 26, julio-diciembre de 2005).

En lo que se refiere a la República Dominicana, hay que destacar que su peculiar historia política le ha impedido no solo una mayor estabilidad para desarrollar sus instituciones, sino un mayor desarrollo en temas culturales, pues estos vaivenes alcanzan hasta períodos relativamente cercanos a nuestros días (como es el caso de la denominada “era de Trujillo”, que va desde 1930 a 1961). Y que se prolonga algunos años más, como sucede siempre cuando cae una dictadura y no existe nada que la remplace o fuerzas que ayuden a construir algo nuevo, lo que solo se ve en los últimos tiempos. Y esto sin desconocer la existencia de ciertas figuras que han influenciado en el mundo cultural, como es el caso de Eugenio María de Hostos, cuyas *Lecciones de Derecho constitucional* se publican en Santo Domingo, en 1887, y luego, en versión definitiva y póstuma, en París, en 1908 (a partir de la cual se han hecho

varias reimpressiones, recientemente una en Lima, en 2006). Y que ha tenido larga influencia en el Caribe y en nuestra América.

En lo tocante a la jurisdicción constitucional, se ha seguido en general la tendencia existente en América Latina (cf. Juan Jorge García, *Derecho constitucional dominicano*, UCMM, Santiago, 1984) tratándose dentro del área constitucional y contándose también con algunos estudios monográficos sobre el particular (en materia de control de constitucionalidad, amparo, etc.). Así, Rafael Luciano Pichardo y José Hernández Machado presentan un panorama de la situación en una reunión de magistrados en el Brasil, en una ponencia que tiene el significativo título siguiente: “La evolución del Derecho procesal constitucional a través de los órganos judiciales de la República Dominicana” y que se ha publicado posteriormente en diversas revistas (aquí lo tomamos del *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, 2002) si bien no hay ninguna definición ni explicación sobre el empleo de tal nombre. No obstante esto, el primero de los nombrados publicaría tiempo después el importante folleto *La justicia constitucional*, Santo Domingo, 2006, en donde desarrolla el control de la constitucionalidad y el amparo, pero sin entrar al tema doctrinario o de fundamentos.

Mención aparte merece Juan Manuel Pellerano Gómez, de larga trayectoria profesional y académica, centrada sobre todo en lo penal y procesal, pero con más amplias inquietudes. Es el primero que en su país usa el rótulo “Derecho procesal constitucional” asignándole, básicamente, la defensa de los derechos fundamentales y el control constitucional. Y lo hace en una publicación diaria de amplia circulación: *Listín Diario*, de 9 y 10 de septiembre de 1988, que recoge luego en un importante libro de ensayos (cf. *Constitución y Política*, Capel Dom., Santo Domingo, 1990, pp. 121-127). Sin embargo, su planteo es muy genérico y luego no ha vuelto sobre lo mismo.

Al margen de esto, tenemos algunos textos de carácter general sobre Derecho constitucional, entre los que destaca el denso y bien documentado de Eduardo Jorge Prats, *Derecho constitucional*, 2ª ed., Gaceta

Judicial, 2 tomos, Santo Domingo, 2005, y en donde se hacen diversas referencias al “Derecho procesal constitucional” y a la literatura que lo desarrolla o comenta, pero sin mayores precisiones (entre otros, véase el T. I, p. 339; la 1ª ed. es de 2003).

En el Caribe existe además un país importante: Puerto Rico, actualmente como Estado Libre Asociado de los Estados Unidos. Lo que ha hecho que en materia de Derecho público esté muy influenciado por el llamado “modelo americano”, que no conoce este tipo de inquietudes y que vive al margen de ellas.

5. Los inicios en la Argentina. El planteo de Sagüés

No obstante el enfoque fundacional de Alcalá-Zamora y Castillo al que ya me he referido —intuitivo en 1933 y más desarrollado en 1944-1945— este no tuvo ningún eco en la Argentina de aquel entonces, sino que pasó desapercibido al igual que en México durante los primeros años de su forzado exilio. El tema vuelve a plantearse en la Argentina y por obra de un jurista argentino, tan solo en 1979 y en la obra monumental de Nestor P. Sagüés.

En efecto, en 1979 Sagüés publica su libro *Ley de Amparo* (Astrea, Buenos Aires), que en realidad encierra un amplio y profundo análisis de la institución desde el punto de vista doctrinario, histórico, legislativo —a nivel nacional y provincial— y jurisprudencial. Es en ese momento que con claridad, pero sin mayor detenimiento, hace referencia al amparo como institución del Derecho procesal constitucional (p. 64), apoyándose para ello en la reseña bibliográfica de Alcalá-Zamora de 1945, ya referida.

Posteriormente, Sagüés publica un ensayo maduro y sólido, al cual se ha mantenido fiel a través de los años, titulado *Derecho procesal constitucional y jurisdicción constitucional* (La Ley, 1981, C, pp. 865-871). Ahí sostiene básicamente lo siguiente:

a) Que es necesario partir del concepto de “jurisdicción constitucional”, no empece su imprecisión, toda vez que este ha sido el referente para estudiar la disciplina que tiene el nombre de “Derecho procesal constitucional”, de la cual incluso existe un libro reciente (se refiere al de Jesús González Pérez publicado en Madrid, en 1980).

b) En cuanto a la jurisdicción constitucional, entiende que hay dos enfoques: el material y el orgánico. Lo material otorga esa potestad a cualquier órgano, cualquiera que fuese, que pueda decir el Derecho en materia constitucional. Lo orgánico lo limita a la existencia de un ente especializado y calificado, como lo es un tribunal o corte constitucional. Sagüés entiende que el concepto material es preferible, ya que si no es así, muchas cosas se quedan sin explicar, como por ejemplo, la experiencia jurisprudencial argentina.

c) Merece también la atención de nuestro autor el tema de la magistratura constitucional y el proceso constitucional. En ambos casos, opta por un enfoque material.

d) En cuanto al contenido del Derecho procesal constitucional, señala que lo constituyen los procesos constitucionales y la magistratura constitucional.

e) En cuanto al origen de la disciplina atribuido a Kelsen, anota que sin negar los méritos y aciertos del maestro de Viena, ello no puede considerarse exacto, toda vez que existen instrumentos de defensa que se remontan a cientos de años atrás, que precisamente hoy son parte de la disciplina, por lo que tal paternidad resulta exagerada.

f) En cuanto a la ubicación del Derecho procesal constitucional, es partidario de señalarla como una disciplina mixta, que goza de las bondades y temas tanto del Derecho procesal como del Derecho constitucional, constituyendo una suerte de *tertium genus* que nace a partir de aquellas.

Este ensayo, realmente fundamental, es el primero que con esa envergadura se publica en la Argentina. Es cierto que ello es posible por diversas circunstancias que hay que tener presentes, como son la presencia de Alcalá-Zamora y Castillo en la década de los años cuarenta, el movimiento procesal y constitucional argentino (este último muy activo desde principios del siglo XX), la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la realización en Sochagota (Colombia) del II Coloquio Iberoamericano dedicado en exclusiva al tema de la Jurisdicción constitucional, que es el primero en su género en el mundo hispanohablante (en 1977, si bien las actas se publicaron años más tarde: *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984). Y las propias inquietudes del autor y de su entorno generacional.

Al volumen sobre la ley de Amparo de 1979, sigue el dedicado al Hábeas Corpus (1981) y posteriormente al Recurso Extraordinario (2 vols., 1984). Con posterioridad, a partir de la década de los ochenta (1989), los cuatro volúmenes aparecen unificados y reordenados bajo el rótulo genérico de “Derecho procesal constitucional”, si bien con independencia temática. Y desde entonces han circulado así varias ediciones a cargo de la editorial Astrea (el ordenamiento actual es el siguiente: Tomos I y II: “Recurso Extraordinario”, Tomo III: “Acción de Amparo”, y Tomo IV: “Hábeas Corpus”).

Lo significativo es que el tomo I que inicia la colección y que está dedicado al “Recurso Extraordinario” tiene ahora una larga introducción de carácter doctrinario, en donde el autor recoge, casi textualmente y con algunos aditamentos, su ensayo de 1981, que le sirve así para cubrir todo el panorama. Añade, sin embargo, algunas notas: siguiendo a Fix-Zamudio admite la existencia de un Derecho constitucional procesal (que pertenece al ámbito constitucional) al lado del Derecho procesal constitucional (que es rama procesal) y aprovecha para citar la doctrina argentina que a ese momento existía (en la 4ª ed. de 2002, que es la que manejo, a pp. 18-24), en donde se aprecia que es en la década de los ochenta del siglo pasado que empiezan tímidamente a aparecer

publicaciones dedicadas al tema y así continúa hasta el presente en ritmo creciente. A lo que hay que añadir las jornadas o congresos sobre la materia, de las que el mismo Sagüés es animador o impulsor, como son las Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional (la última, la IX, se llevó a cabo en la Universidad del Salvador, Buenos Aires, en septiembre de 2006). Y la fundación del Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (Rosario, en 1989) que luego se transformó, sin solución de continuidad, en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional con motivo del I Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional realizado en Rosario (21-22 de agosto de 2003). Posteriormente, se ha realizado el II Encuentro (San José, julio de 2004), el III Encuentro (Antigua, diciembre de 2005), y el IV Encuentro (Santiago de Chile, noviembre de 2006).

La obra posterior de Sagüés es amplia y ha tocado diversos tópicos. No solo se ha dedicado a corregir y actualizar su obra en cuatro tomos, que ha gozado de vasta difusión, sino a publicar otros libros de diverso signo, y en especial uno sobre “elementos de Derecho constitucional” y otro sobre “teoría de la Constitución” que han tenido gran aceptación y que reflejan sus reflexiones y aportaciones a tales temas. A lo que hay que agregar cantidad de ensayos de diverso calibre publicados en revistas jurídicas especializadas de la Argentina y de otros países (los más importantes reunidos en *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, Porrúa, México, 2004, y *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2006). Y sin descontar el importante abordaje a los ordenamientos procesales provinciales argentinos, como se aprecia en el libro *Derecho procesal constitucional de la Provincia de Santa Fe*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, escrito en colaboración con María Mercedes Serra.

Lo importante en la obra de Sagüés es que por el carácter temprano de sus escritos, la perseverancia que ha puesto en ellos y la solidez de sus afirmaciones, hechas con sindéresis y avaladas por una bibliografía de primera mano, lo han colocado en un puesto de avanzada en la

comunidad jurídica argentina, en donde ha contribuido en forma decisiva no solo a que se ahonden y cultiven los temas del Derecho procesal constitucional, sino a que se realicen eventos académicos, se funden asociaciones que juntan a sus cultores, se instalen cátedras y se multipliquen los encuentros sobre sus diversos tópicos. Lo cual ha hecho posible que exista una línea de continuidad entre sus aportaciones y lo que ha venido después en generaciones sucesivas. Y sobre todo, que sus planteos hayan pasado a ser un patrimonio común sobre el cual trabaja la nueva generación de estudiosos. Esta labor, de por sí impresionante, ha tenido el mérito de pasar las fronteras de su patria, convirtiendo a su autor en un embajador de la disciplina en el resto de nuestros países y en uno de sus más destacados interlocutores.

6. Otras contribuciones argentinas

Dentro de la comunidad constitucional argentina, la figura de Germán J. Bidart Campos (1927-2004) es señera, por la originalidad de sus contribuciones y por la vastedad de los temas que investigó y que dieron materia para sus numerosas publicaciones. Entre ellas, cabe señalar su libro pionero *Derecho de Amparo* (Ediar, Buenos Aires, 1961) publicado cuando todavía no se había dado la ley de la materia y solo existía la creación pretoriana de la Corte Suprema, y que después amplió y actualizó en su *Régimen legal y jurisprudencial del Amparo* (Ediar, Buenos Aires, 1968). A lo que hay que agregar su libro *La Corte Suprema. El Tribunal de las garantías constitucionales* (Ediar, Buenos Aires, 1984) y muy especialmente *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional* (Ediar, Buenos Aires, 1987). Bidart Campos estudió agudamente, como es de verse, los procesos constitucionales en la Argentina y los aspectos teóricos de la jurisdicción constitucional, pero con ciertas vacilaciones y sin una aproximación clara a los temas del Derecho procesal constitucional, que veía como una asignatura al lado del Derecho constitucional procesal, pero sin adentrarse en ella y sin darle mayor importancia (cf. *Tratado elemental de Derecho*

constitucional argentino, T. II-B, Ediar, Buenos Aires, 2005, pp. 575-576). En realidad, el talento de Bidart estuvo más atento a otros temas y casi no dio importancia al aspecto de los fundamentos de esta nueva disciplina, si bien no hay que olvidar sus originales contribuciones al estudio y desarrollo de algunas figuras procesales constitucionales.

Y en el campo procesal destaca nítidamente la figura de Augusto M. Morello, de vasta e influyente obra, que se ha acercado a los temas del Derecho procesal constitucional, empleando el nombre, pero sin entrar en mayores elaboraciones doctrinarias (entre otras, véase *Constitución y proceso*, Librería Editora Platense, Buenos Aires-La Plata, 1998).

Veamos ahora otras aportaciones específicas.

a) Juan Carlos Hitters publica un importante ensayo en 1987: "El Derecho procesal constitucional" (en *El Derecho*, Tomo 121, 1987, y reproducido en *Ius et Praxis*, N° 21-22, Universidad de Lima, enero-diciembre de 1993), que es realmente singular por la época y por los conceptos que expone, si bien después se ha dedicado a otros aspectos del Derecho procesal y no ha vuelto a tocar el tema (no obstante, su ensayo ha sido reproducido profusamente en diversos países latinoamericanos desde la década de los noventa). En este ensayo, Hitters hace una breve historia de los orígenes del Derecho procesal constitucional, señalando que su característica es estar imbricado dentro del Derecho procesal. No obstante esto, subraya las relaciones entre el Derecho constitucional y el Derecho procesal. Y en cuanto a su contenido básico, indica que es el proceso constitucional que abarca cuatro vertientes: 1) el debido proceso legal, 2) las garantías de las partes, 3) las categorías de la jurisdicción, y 4) las garantías judiciales. Y dentro de este ámbito, la protección de los derechos humanos ocupa un lugar importante.

La obra posterior de Hitters, de gran envergadura, se ha enrolado en aspectos netamente procesales, así como sobre la protección internacional de los derechos humanos.

b) Osvaldo A. Gozáni tiene una amplia producción dedicada al tema. Salido de las canteras procesales argentinas en donde tiene

abundante y sólida obra y goza de merecido predicamento, percibió muy pronto la existencia o, por lo menos, la necesidad de un Derecho procesal constitucional (así en su libro *Introducción al nuevo Derecho procesal*, Ediar, Buenos Aires, 1988, en donde una de sus partes está dedicada a un trazado somero de la disciplina).

Pero es en su libro *La justicia constitucional* (Depalma, Buenos Aires, 1994) donde hace un planteo más amplio, señala su trayectoria, contenidos y las acciones o procesos constitucionales involucrados. Aun más, afirma su raíz procesal, si bien el título de la obra es otro, al parecer tomado como sinónimo. Fruto de la misma investigación, aparece en México, en 1995, y bajo el sello de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) el libro *El Derecho procesal constitucional y los derechos humanos (Vínculos y autonomías)*, en donde reitera conceptos anteriores. Vale la pena señalar que este libro es el primero que en México usa en su título “Derecho procesal constitucional”, no obstante que el nombre figuraba con anterioridad en artículos y ensayos publicados en revistas especializadas de ese país.

Replanteando lo anterior, pero a su vez como suma de todo ello, inicia la publicación de su *Derecho procesal constitucional*, con la editorial de la Universidad de Belgrano, y que merced al cierre de esta editorial continúa con Rubinzal-Culzoni, donde aparecen sucesivamente *Amparo, Hábeas Data* (dos vols.), *Debido proceso, Protección procesal del usuario y consumidor* y culmina con la teoría en el libro *Introducción al Derecho procesal constitucional*. Después tiene una obra de largo aliento con la editorial Porrúa en México (2011) presentada como *Tratado de Derecho procesal constitucional* (dos vols.).

El tomo I (Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999) confirma y afina lo antes expuesto, de lo que debemos destacar algunas notas:

- 1) señala que el Derecho procesal constitucional es una disciplina autónoma;

- 2) sin llegar bien a ubicarla, se inclina a considerarla como disciplina mixta, o sea, emparentada pero no identificada con el Derecho procesal y el Derecho constitucional;
- 3) tiene por objeto las garantías, los procesos y la magistratura;
- 4) existe una suerte de escalonamiento de distintas disciplinas que interactúan entre sí y que son:
 - i) Derecho procesal constitucional;
 - ii) Derecho constitucional procesal;
 - iii) Derecho procesal transnacional.

En *Introducción al Derecho procesal constitucional* (Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006) reordena, reitera y precisa lo anterior.

En síntesis, en esta reciente publicación defiende las siguientes tesis:

- 1) El Derecho procesal constitucional es una disciplina autónoma, de carácter procesal.
- 2) Su contenido está determinado por la magistratura constitucional y por los sistemas procesales específicos; esto último conlleva la interpretación constitucional y los procesos, incluyendo el transnacional (y en términos generales, el debido proceso).

E incluye además otras reflexiones sobre el juez constitucional, el proceso constitucional y sus variantes.

Interesante como panorama es el libro *Los protagonistas del Derecho procesal. Desde Chioyenda a nuestros días*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, centrado en el proceso civil, pero con interesantes y acertadas incursiones en el Derecho procesal constitucional, en especial el latinoamericano.

c) Adolfo A. Rivas: se trata de un destacado procesalista, que sin embargo ha dado apoyo y cabida a los estudios de Derecho procesal constitucional, como lo demuestra el colectivo publicado por él en

colaboración con F. M. Machado Pelloni (*Derecho procesal constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, con sugestivo estudio preliminar de Eduardo Rozo Acuña), el cual recoge importantes aportaciones, así como su reciente *Teoría general del Derecho procesal*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, en donde incorpora al Derecho procesal constitucional dentro del ámbito procesal y como una de sus ramas más jóvenes, dando cuenta de sus cultores, con una amplia y generosa referencia a los juristas que en la Argentina y, en general, en América Latina, han dedicado estudios a la disciplina. Es autor, además, de un libro medular: *El Amparo*, La Rocca, Buenos Aires, 2003, y ha impulsado diversos encuentros dedicados a la disciplina.

d) Pablo Luis Manili: anoto su nombre para hacer referencia al reciente y valioso colectivo que ha organizado y publicado (cf. *Derecho procesal constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 2005), que reúne colaboraciones de dieciséis juristas argentinos de las nuevas generaciones, para tratar los instrumentos procesales de defensa de la Constitución y de los derechos humanos, tal como han quedado configurados en la reforma constitucional de 1994. En su lista de colaboradores encontramos a Marcela I. Basterra, María Sofía Sagüés, Andrés Gil Domínguez, Jorge Alejandro Amaya, Eduardo P. Jiménez, Adelina Loianno, Marcelo A. López Alfonsín, Calogero Pizzolo, Alberto A. Spota (h.), Maximiliano Torricelli, Patricio Marcelo E. Sanmartino, José Miguel Onaindia, Alfredo M. Vítolo, Andrea Gualde, María Ximena Fernández Barone y Carla Vanina Iorio.

Manili antecede el libro con un extenso y meditado estudio preliminar, en donde, siguiendo las huellas de Nestor P. Sagüés, señala el nombre, los contenidos y la ubicación mixta del Derecho procesal constitucional. La obra, por lo demás, es un excelente esfuerzo colectivo que presenta una ajustada panorámica del actual ordenamiento jurídico argentino y del alto nivel demostrado por sus autores.

e) De Eduardo P. Jiménez hay que señalar la importante ponencia que presentó al VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional celebrado en Arequipa (Perú) los días 22-24 de septiembre de 2005,

titulada “Acerca de los orígenes fundacionales del Derecho procesal constitucional” (publicado en *Ponencias al VIII Congreso*, Colegio de Abogados de Arequipa, 2005, y reproducida en *El Derecho*, de 17 de noviembre de 2005). Y en donde retoma, replanteándolos, aspectos que había tratado en un pionero ensayo publicado en 1987. Debe destacarse también, la intensa actividad académica que Jiménez realiza con un grupo de discípulos, en la Universidad de Mar del Plata.

f) Aportes en Córdoba: En un país como la Argentina, los avances y las novedades suelen venir del centro y luego repercuten en la periferia. Sin embargo, hay excepciones, y en la materia que nos ocupa es importante la situación de Córdoba, cuyas contribuciones de distinto orden no son muy conocidas y que se han desarrollado con cierta independencia. Cabe señalar que en esta capital de provincia existe cátedra dedicada al curso de Derecho Procesal Constitucional con carácter permanente en la Universidad Nacional de Córdoba y, gracias a su influjo, han salido hasta ahora dos manuales que han contribuido a afirmarla. El primero se debe al esfuerzo de Alfredo E. Mooney, quien publica un *Tratado de Derecho constitucional* en cuatro tomos, dedicando el tomo cuarto en su totalidad al Derecho procesal constitucional (Ferreira, Córdoba, 1999). Más tarde, con algunos afinamientos, se publica como volumen independiente: *Derecho procesal constitucional*, Ediciones de la Docta, Córdoba, 2002 (la obra tiene un propósito descriptivo, acercándose a la posición de Sagüés y desarrollando la dogmática argentina).

De mayor envergadura es el esfuerzo realizado en un libro de cátedra con el título *Elementos de Derecho procesal constitucional*, Advocatus, Córdoba, Tomo I (2004) y Tomo II (2005). En él escriben Carlos Hugo Valdez, Lorenzo Barone, Juan Fernando Brügge, José Daniel Godoy, Fernando Machado, María Elena Vidal, Javier Amaya, Julieta Chalub Frau, Claudio Fernández, Natalia González, Sandra E. Lalliya, Félix López Amaya, Martín Lucas, Víctor C. Rostagno y Ricardo Videla.

La parte doctrinaria está a cargo de José Daniel Godoy que se extiende en un interesante desarrollo en el cual ubica al “Derecho

procesal constitucional” como parte del Derecho constitucional (*Temas de Derecho procesal constitucional*, T. I, pp. 9-138) tesis que no necesariamente comparten los demás coautores. En lo que se refiere a los procesos a cargo de esta disciplina, el libro incorpora los más conocidos y aceptados, pero incluye otros cuya ubicación no parece clara y en todo caso es discutible, como son el procedimiento para registrar la personería jurídica de un partido político y el que se utiliza para obtener la naturalización y la carta de ciudadanía.

Lo anterior no agota la lista de lo existente, pero da una muestra bastante significativa de la importancia que tiene la disciplina en la Argentina, si bien, como es natural, en el interior de ella no existe unidad en los planteamientos, sino más bien diversidad y contraposición entre ellos. Tampoco anotamos los numerosos libros dedicados al estudio de los instrumentos procesales como el amparo, hábeas data, recurso extraordinario, etcétera, cuyo análisis escapa al propósito de estas líneas, o algunos autores que en los últimos años han realizado diversos abordajes sobre problemas tanto teóricos como prácticos (véase María Mercedes Serra, *Procesos y recursos constitucionales*, Depalma, Buenos Aires, 1992; Mario Masciotra y Enrique A. Carelli, director y coordinador, *Derecho procesal constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006; etc.).

7. El caso del Brasil

La gran producción jurídica del Brasil no ha estado ajena a la problemática que nos ocupa, pero por motivos algo largos de explicar, no ha trascendido mayormente fuera de sus fronteras, no obstante su gran calidad, por lo que trataré de presentarla de la mejor manera y en forma concisa.

La primera vez que el término “Derecho procesal constitucional” aparece en este país es en la obra del eminente procesalista José Frederico Marques, *Instituições de Direito processual civil*, Forense, Río de

Janeiro, 1958. En ella señala este jurista la importancia que tiene la Constitución para el resto del ordenamiento, al cual sirve de soporte y fundamento, y agrega que siempre que un litigante se apoye en un precepto constitucional, existe un ejercicio por parte del Estado, de una jurisdicción constitucional. Agrega que el control judicial de la constitucionalidad motiva que aparezca un “proceso constitucional”, y de ahí que sea legítimo hablar de un “Derecho procesal constitucional” para designar al conjunto de reglas destinadas a regular el proceso constitucional. Así, en el derecho brasileño —acota— es objeto de un proceso constitucional toda pretensión que descansa en una regla emanada de la Constitución y no solo cuando se utilizan los expresos remedios constitucionales, como es el hábeas corpus. Es por eso que nuestro autor considera que aislar todas esas normas de “Derecho procesal constitucional” para construir una categoría científica, esto es, propia y diferenciada, le parece poco aconsejable y nada acertado. Por tanto, en la introducción del Derecho procesal civil y en la que corresponde al Derecho procesal penal, es en donde deben incluirse todas las reglas respecto a los fundamentos jurídico-constitucionales de las normas del Derecho procesal, y así el “Derecho procesal constitucional” pasa a ser un capítulo propedéutico, si bien importante, dentro de cada una de dichas ramas procesales (cit. T. I, pp. 85-93; en la 3ª ed. de 1966 a cargo de la misma editorial, T. I, pp. 84-85).

Por la misma época repite similares conceptos en su obra *Ensaio sobre a jurisdição voluntaria* (2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1959, p. 25 y ss.), en donde señala que el “Derecho procesal constitucional” debe ser una condensación metodológica y sistemática de los principios introductorios del proceso en general.

Posteriormente, nuestro autor cambia su punto de vista y así lo vemos expuesto en una obra destinada a ser un condensado de sus aportaciones a la disciplina y que empieza a publicar desde 1974. Lleva como título el de *Manual de Direito processual civil*, y que tras su muerte será actualizada por Ovidio Rocha Barros Sandoval (manejo la 9ª ed. a cargo de Millenium Editora, Campinas, 2003). En esta oportunidad,

apunta una cierta desconfianza hacia lo que es el “Derecho procesal constitucional” al que califica como conjunto de preceptos destinados a regular el ejercicio de la jurisdicción constitucional, o sea, la aplicación jurisdiccional de las normas de la Constitución en aras de su salvaguarda, pero a la que con todo califica como una rama del Derecho procesal. Pero agrega que esto no debe confundirse con el “Derecho constitucional procesal” que trata de las normas procesales incorporadas a la Constitución (vol. I, p. 4).

Es curioso advertir cómo el nombre y la inquietud de la disciplina ingresa al Brasil de manos de un procesalista que no solo se ocupó del proceso civil, sino también y muy extensamente y con soltura del proceso penal, pero sin llegar a comprender del todo lo que existía como proceso constitucional y de una eventual disciplina que lo comprendiese. Y que aquí como en otros lugares, nos explica en algo los vaivenes que ella tuvo y tiene hasta ahora.

Posteriormente, la conocida procesalista italiana pero nacionalizada brasileña, Ada Pellegrini Grinover, publica una importante obra *Os princípios constitucionais e o Código de processo civil*, (J. Bushatsky, São Paulo, 1975), en donde vuelve a tocar el tema y lo considera como una condensación metodológica y sistemática de los principios constitucionales del proceso y que: “abarca, por un lado, la tutela jurisdiccional de los principios constitucionales de la organización judicial y del proceso, y por otro, la jurisdicción constitucional” (p. 8). Se ve claramente que adopta un criterio que en el fondo no permite centrar el problema y tampoco lo concibe como disciplina autónoma. Este criterio será mantenido por la autora a través de su obra y tendrá gran influencia, como lo podremos apreciar más adelante.

Poco después y en línea similar, aparece la publicación de Roberto Rosas, *Direito processual constitucional (princípios constitucionais do processo civil)*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983, con reediciones y que es el primer libro que con ese título se publica en el Brasil. El autor señala que en las Constituciones hay muchas normas procesales y estas son la matriz que debe orientar todo proceso, para continuar con

un desarrollo aplicable básicamente al proceso civil. Esto es, se aplica a los principios procesales que están en la Constitución y que deben orientar el proceso civil, y que es lo que denomina “Derecho procesal constitucional”. Por el contrario, el “Derecho constitucional procesal” trata del proceso constitucional, o sea, de la legitimación procesal (pp. 1-2), que, por lo demás, lo comenta en forma tangencial.

Al año siguiente, se publica el importante libro de José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo constitucional* (Forense, Río de Janeiro, 1984), que es un interesante aporte centrado en el proceso, si bien es un estudio global con un amplio soporte comparado en la legislación y doctrina extranjeras, que demuestra estar muy bien informado. Acepta la tesis de Fix-Zamudio sobre la diferencia existente entre el “Derecho procesal constitucional” y el “Derecho constitucional procesal” (pp. 122-127) que otros seguirán en el Brasil. Según Baracho, la condensación metodológica y sistemática de los principios constitucionales del proceso toma el nombre de “Derecho procesal constitucional”. No es rama autónoma, sino un enfoque metódico. El Derecho procesal constitucional analiza la tutela constitucional de los principios de la organización judicial, así como la jurisdicción constitucional, mientras que el Derecho constitucional procesal estudia los aspectos constitucionales del proceso. En todo caso, las líneas de diferencia que traza no son muy claras y tampoco se preocupa por buscar mayores sustentos teóricos, sino más bien expone lo existente, premunido de un amplio respaldo doctrinario. Pero sin lugar a dudas, este texto debe considerarse como el punto de partida para los posteriores estudios de carácter moderno que se harán en el Brasil, constituyendo desde entonces un hito importante de la disciplina.

No empecé este inicio auspicioso, Oliveira Baracho cambió luego de opinión, como parece desprenderse de un reciente ensayo al que titula “Teoría geral da justiça constitucional” (en Fdo. Luiz Ximenes Rocha y Filomeno Moraes, coordinadores, *Direito constitucional contemporâneo. Homenagem ao prof. Paulo Bonavides*, Del Rey, Belo Horizonte, 2005). Aquí señala que la “justicia constitucional” es la especie a

través de la cual se examinan las leyes inconstitucionales, mientras que la “jurisdicción constitucional” es el órgano a través del cual se ejerce ese tipo de justicia.

Poco tiempo después y antes de su fallecimiento, Oliveira Baracho publica su obra *Direito processual constitucional* (Forum, Belo Horizonte, 2006) que constituye una importante y voluminosa compilación de ensayos publicados anteriormente, sobre el tema que anuncia el título, así como aspectos afines. Se trata de un libro muy útil y documentado para compulsar trabajos escritos en diversas épocas reunidos por vez primera, pero que no representa ningún avance sobre lo ya hecho. A lo que se agrega que ninguno consigna la fecha en la cual fue publicado originalmente, dificultando así detectar la línea evolutiva de su pensamiento y sus variantes.

Marcus Orione Gonçalves Correia (cf. *Direito processual constitucional*, Saravia, São Paulo, 1998) parte del hecho de que el Derecho procesal civil se asienta sobre las nociones de acción, proceso y jurisdicción. Y que lo anterior es básico para poder analizar las normas procesales que se encuentran en la Constitución, que pasan a ser una especie de subrama del Derecho que es el “Derecho procesal constitucional”, formado por normas de naturaleza procesal civil que se encuentran en la Constitución. O sea, el objeto del Derecho procesal constitucional lo constituyen los principios de naturaleza procesal civil que están en la Constitución, que le permiten analizar de esta manera algunos institutos que están en la Constitución brasileña (mandato de seguridad, hábeas corpus, etc.).

Pero en la segunda edición de la misma obra (Saraiva, São Paulo, 2002) considera otros enfoques y, manteniendo su posición inicial, agrega que no puede desconocer un concepto “restringido” o “estrecho” sobre el Derecho procesal constitucional, que lo considera tan solo como un condensado metodológico, y reconoce la existencia de un “Derecho procesal constitucional” al lado de un “Derecho constitucional procesal” (p. 2), pero por razones didácticas y de mejor uso expresa su preferencia por solo una de ellas, o sea, el “Derecho procesal

constitucional”, de acuerdo a la configuración que le da. Sobre esa base, emprende una descripción somera de los procesos constitucionales contemplados por la Constitución brasileña de 1988, tal como lo hizo en la primera edición.

Interesante es la posición de André Ramos Tavares (cf. *Tribunal e jurisdição constitucional*, Celso Bastos, São Paulo, 1998). Su apartado 4.2 se titula: “Jurisdicción constitucional: un problema terminológico”. Y dice que las definiciones que se han dado sobre ella no gozan de general aceptación. Agrega luego que el Derecho procesal constitucional y el Derecho constitucional procesal son parcelas de la jurisdicción constitucional: esto es, ambos Derechos no son más que expresiones o desarrollos distintos de un solo punto de vista o enfoque, que sería la jurisdicción constitucional en sentido amplio (acepta, pues, la existencia tanto del Derecho procesal constitucional como del Derecho constitucional procesal).

Más adelante, replantea y matiza su tesis inicial, como lo expresa en un libro formidable: *Teoria da justiça constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2005. La obra trata exhaustivamente los siguientes temas: Estado de Derecho y Justicia constitucional, categorías fundamentales, morfología del Tribunal Constitucional y proceso decisorio, legitimidad del Tribunal Constitucional y sus diversas concepciones. Una breve noticia sobre la disciplina la explica en su *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 2ª ed., São Paulo, 2003, pp. 214-228.

La “justicia constitucional”, tal como ahora lo entiende Tavares, se presenta como una disciplina jurídica autónoma, que tiene dos maneras de manifestarse: el Derecho procesal constitucional (estudia y analiza el proceso objetivo) y el Derecho constitucional procesal (analiza los aspectos constitucionales que tratan sobre el proceso). La obra, por lo demás, más que desarrollar estos conceptos, está destinada al análisis de sus fundamentos doctrinarios, que lleva a cabo con gran agudeza.

Distinta es la posición de Willis Santiago Guerra Filho (cf. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, Celso Bastos, São Paulo,

1999, e *Introdução ao Direito processual constitucional*, Síntese, Porto Alegre, 1999). El autor señala que su objetivo es abordar la dimensión constitucional en donde se sitúan los institutos jurídicos protectores (mandato de seguridad, mandato de injunción, etc.) en la medida que defienden derechos fundamentales, etcétera. Esta disciplina denominada “Derecho procesal constitucional” no tiene aún afirmada su autonomía científica, pero es una posición que busca extraer de la Constitución las normas del proceso. En tal sentido, su objetivo es tan amplio, que desborda a cualquier rama procesal existente y en consecuencia sus temas típicos son la organización de la estructura judicial, la competencia entre sus órganos, los principios generales del proceso, entre otros, algunos de los cuales son los que estudia con detalle (sobre todo en la segunda obra mencionada, parte primera). Agrega, por otra parte, que la nueva disciplina debe estar cerca de la Teoría general del proceso, la que podría incluso absorber en gran parte a aquella, con lo cual podría perder su cercanía con el Derecho constitucional. En nota a pie de página se refiere a la distinción popularizada en el Brasil, al parecer por Roberto Rosas, entre “Derecho procesal constitucional” y “Derecho constitucional procesal”, que le parece superflua. Y esto probablemente porque su postura es englobante y total, al extremo de que no llega a precisar el planteo que defiende, si bien hace un amplio desarrollo de los temas que se propone.

Marcelo Cattoni (cf. *Direito processual constitucional*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2001) presenta una obra precedida por una extensa fundamentación de corte filosófico de sumo interés. Señala que todo proceso debe ser constitucional no solo por su adecuación a la Constitución, sino porque todo órgano judicial es competente para apreciar cuestiones constitucionales. De tal manera, la distinción entre Derecho procesal constitucional y Derecho constitucional procesal cae por su base, deviene innecesaria y pierde sentido, aun cuando tenga su historia (pp. 206-213). Agrega, además, que esta dupla es problemática, y señala que existe evidentemente una conexión entre el proceso y la Constitución, en cuya fundamentación se extiende con detalle. Pero su preferencia apunta a lo que da el título a la obra.

Un constitucionalista de fuste y que puede considerarse un clásico es Paulo Bonavides, con una amplia y sólida obra, que lo coloca en un lugar relevante dentro de la producción jurídica brasileña. Sin embargo, no ha desarrollado la temática que nos ocupa, aun cuando al pasar ha dejado un apunte que lamentablemente no ha logrado desarrollar. Así, en su magnífico *Curso de Direito constitucional* (13ª ed., Malheiros, São Paulo, 2003, p. 46) dice que con la publicización del proceso por obra de las doctrinas procesales, los lazos entre el Derecho constitucional y el Derecho procesal son tan íntimos, que de esa unión parece nacer una nueva disciplina en gestación, que es el “Derecho procesal constitucional”. Interesantísimo aserto que ha quedado sin desarrollar.

Ivo Dantas ha emprendido una obra de largo aliento sobre el tema que nos ocupa, de la que hasta ahora solo ha publicado el primer tomo: *Constituição e processo, vol. I. Introdução ao Direito processual constitucional*, Juruá, Curitiba, 2003. Señala que el pionero de los modernos estudios en materia de jurisdicción constitucional en el Brasil es Oliveira Baracho —como ya lo he señalado— y luego de un largo recorrido doctrinario que demuestra estar muy bien documentado, dice que existen dos disciplinas: el Derecho procesal constitucional y el Derecho constitucional procesal. Su posición (p. 132) la desarrolla al señalar que la diferencia entre ambas posturas, o sea, entre ambas disciplinas, es de orden epistemológico y en consecuencia está marcada por juicios de valor. Con todo, adelanta que el Derecho procesal constitucional abarca normas, en especial el proceso constitucional y sus temas son los de la jurisdicción constitucional. Mientras que el “Derecho constitucional procesal” estudia las normas procesales de la Constitución. En otras palabras:

- a) Derecho procesal constitucional: jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad, así como jurisdicción de las libertades, o sea, defensa de la Constitución y de las personas.
- b) Derecho constitucional procesal: estudia las garantías referentes al proceso y al procedimiento: *due process of law*.

Pero a estas dos disciplinas, que las considera válidas, agrega una tercera:

- c) Derecho constitucional judicial: estudia el Poder Judicial, el Ministerio Público y la abogacía.

Finalmente, señala que el Derecho procesal constitucional y el Derecho constitucional procesal se encuentran, ambos, más vinculados al Derecho constitucional que al Derecho procesal.

Paulo Roberto de Gouvêa Medina es autor de un valioso texto dedicado a la disciplina: *Direito processual constitucional*, Forense, Río de Janeiro, 2003. Dice que el Derecho procesal constitucional tiene por objeto sistematizar las normas y principios de la Constitución concernientes al proceso, y más que una rama del Derecho procesal, es un método de estudio, pero que puede incorporarse a la Teoría general del proceso. Señala que algunos separan el Derecho procesal constitucional en dos partes; la segunda sería el Derecho constitucional procesal, que tendría por objeto de estudio los principios e instituciones constitucionales del proceso, correspondiendo a la primera la jurisdicción constitucional, o sea, los procesos constitucionales. Pero rechaza esta distinción, pues dice que no tiene bases metodológicas seguras. Añade que el nombre no es importante, pero que no se puede dividir el estudio de un solo tema en dos parcelas distintas. Además, como todo es constitucional, podríamos crear infinidad de disciplinas sobre la base de lo que hay en la Constitución, lo que es preferible evitar. No obstante, tratándose de la función jurisdiccional que es sumamente importante en la vida del Estado moderno, se justifica ampliamente la existencia de un “Derecho procesal constitucional”, que, en rigor, es lo que hay que mantener.

El libro se ocupa además de la jurisdicción (control de la constitucionalidad y defensa de los derechos fundamentales) y del Poder Judicial. La misma línea de pensamiento se advierte en las ediciones posteriores que se han sucedido con rapidez (2ª ed., 2003, y 3ª ed., 2005).

Gustavo Rabay Guerra (*Direito processual constitucional*, Nossa Livraria, Recife, 2005) parte resaltando la importancia del proceso y señala que hay una creciente constitucionalización del proceso, es decir, cada vez más las constituciones contienen principios procesales, siendo así que el “Derecho procesal constitucional” es el estudio de los principios procesales que se encuentran en la Constitución, o sea, es el que analiza la dimensión constitucional del proceso, creándose el debido proceso. Con este punto de partida, se dedica a analizar los principios procesales aplicables al proceso civil (pp. 23-28).

Finalmente, hay que mencionar el manual de Paulo Hamilton Siqueira Jr., *Direito processual constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2006. Intenta su autor ofrecer una panorámica de la disciplina, que es reciente, pero que cada vez goza de mayor aceptación en el Brasil, a la cual ubica como una rama nueva del Derecho procesal. El Derecho procesal constitucional tiene, según indica, tres capítulos: a) el control de la constitucionalidad o jurisdicción constitucional; b) los *writs* o procesos constitucionales, esto es, la jurisdicción constitucional de la libertad; y c) la defensa de la ciudadanía o jurisdicción constitucional política, que en el Brasil son la acción civil pública y la acción popular. Agrega luego que el “Derecho constitucional procesal” es un capítulo del Derecho constitucional y de la Teoría general del proceso, es decir, no es autónomo con respecto a las demás disciplinas.

Más adelante (p. 37 y ss.) precisa que para graficar la relación de reciprocidad entre el Derecho procesal y el Derecho constitucional podemos utilizar dos denominaciones: “Derecho constitucional procesal” y “Derecho procesal constitucional”, pero la convivencia de las dos puede conducir a que tengan un solo nombre: “Derecho constitucional procesal”. Sin embargo, podemos distinguir a su interior entre el “Derecho constitucional procesal” (elenco de principios procesales consagrados en la Constitución) y el “Derecho procesal constitucional” (que tiende a regular la jurisdicción constitucional, o sea, el *habeas corpus*, el *habeas data*, etc.). Este último es autónomo y es rama del Derecho procesal.

La sucinta enumeración de las obras existentes en el Brasil con el título de “Derecho procesal constitucional” no agota lo existente. Los manuales de Derecho constitucional tienen todos un capítulo especial dedicado al tema procesal constitucional —aun cuando no utilicen el nombre—, como puede verse en el caso de Luiz Pinto Ferreira (con una obra realmente monumental y de enorme influencia), Celso Ribeiro Bastos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, etcétera. Mención aparte merece José Afonso da Silva, quien desde fecha muy temprana, en numerosos ensayos estudió el fenómeno procesal constitucional, inclusive empleando el nombre de “Derecho procesal constitucional” y que en cierto sentido remata en su acreditado manual, tanto el panorámico como el del análisis hermenéutico (véase, entre otros, “Ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal”, en *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, N° 11, dic. 1977; “Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina”, ídem, N° 13-15, 1978-1979, que constituye su ponencia en el Coloquio de Sochagota de 1977; “Tribunais constitucionais e jurisdição constitucional”, en *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, N° 60-61, 1985; El proceso constitucional en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos*, Víctor Bazán, coord., Ediar, Buenos Aires, 2003, así como los tratamientos globales que ha dedicado a la constitución brasileña con amplios desarrollos sobre el tema en dos importantes libros: *Curso de Direito constitucional positivo*, 24ª ed., Malheiros, São Paulo, 2005 y *Comentário contextual à Constituição*, Malheiros, São Paulo, 2005).

El tema además es tratado por numerosos especialistas en ensayos dispersos (como es el caso notable de Gilmar Ferreira Mendes, autor de una importante monografía, cf. *Jurisdição constitucional*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2005) y en representantes de la nueva generación (Ruy Samuel Espíndola) tanto en libros sobre temas generales como en ensayos publicados en revistas especializadas. Y por cierto, por un número apreciable de procesalistas, que dan cuenta de la disciplina desde distintos puntos de vista y en libros dedicados a temas generales o específicos como el control de constitucionalidad o con nuevos enfoques

doctrinarios (R. Lauria Tucci y J. R. Cruz e Tucci; Luiz Guilherme Marinoni). Así, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover y Cândido Rangel Dinamarco en su muy difundida *Teoría geral do processo*, 22ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006, dedican el capítulo 5 de su obra al “Direito processual constitucional” (pp. 84-93). Esta disciplina es concebida como “condensación metodológica y sistemática de los principios constitucionales del proceso” y no constituye una rama autónoma del Derecho procesal, sino una colocación científica, un punto de vista metodológico y sistemático desde el cual se puede observar el proceso y sus relaciones con la Constitución. Comprende, por un lado, a) la tutela constitucional de los principios fundamentales de la organización judicial y del proceso, y, por otro, b) la jurisdicción constitucional. Esta última es entendida como aquella que comprende el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, así como los remedios constitucionales como el hábeas corpus, el mandato de seguridad, etcétera. Y algo similar encontramos en la valiosa obra de José Frederico Marques, ya mencionada.

De lo anteriormente expuesto puede desprenderse que la comunidad jurídica brasileña conoció y aceptó desde época muy temprana el concepto de “Derecho procesal constitucional”. Primero por parte de los procesalistas y luego de los constitucionalistas, encontrándose ambos presentes en el debate de los últimos años. En efecto, el término asoma por vez primera en 1958 y ha tenido una suerte muy variada desde entonces, beneficiándose de gran cantidad de libros dedicados a ello, que muchas veces se destinan a cursos especializados o específicamente dedicados al tema, y que además gozan del favor de los lectores, como puede verse en algunos que han alcanzado varias ediciones. Lo cual demuestra el interés y el vigor que ha encontrado en ese país, que es quizá el que, desde el punto de vista de la cantidad, más ha publicado sobre esta disciplina.

En contraste con esto, las opiniones o enfoques dados a conocer son de los más variados y en cierto sentido contradictorios, pues existen en el interior de la doctrina varios enfoques no necesariamente

coincidentes entre sí, pues en sus extremos se niega incluso la posibilidad de que el Derecho procesal constitucional sea una disciplina jurídica, sino tan solo un enfoque didáctico y metodológico, que es quizá lo que más destaca en estos planteos.

Pero por otra parte, esta exuberancia creativa tiene sus aspectos positivos, pues del diálogo y de la discusión pueden salir nuevas ideas y muchos avances. Pero para eso es quizá necesario que sus cultores se junten a reflexionar sobre lo que es el tema de estudio, a fin de encontrar puntos en común que permitan consensos y mayores avances, que vayan perfilando las diferentes tesis y diferencias que todavía se ven ahora.

8. El control constitucional en Francia

Los años veinte del siglo pasado son una clara muestra del fermento de las ideas del control constitucional en Francia, en gran parte originado por la influencia constitucional norteamericana (del que se contaba con un ejemplar modelo en la clásica obra de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, 1835-1841).

El punto de arranque probablemente lo tenemos en la obra, polémica, de Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges*, de 1921 (y de la que hay traducción italiana). Luego siguen otros trabajos sueltos, libros como el de Ch. Eisenmann (que fue su tesis doctoral avalada con prólogo de Kelsen) y sobre todo los números que al tema dedica la *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, en 1928 (tomo 45), en aquella época dirigida por G. Jèze y en la cual publican ensayos H. Kelsen, el mismo Eisenmann, Mirkine-Guetzévitch, Marcel Waline, entre otros. Así como el *Mélanges* dedicado a M. Hauriou (en 1929) y los textos de los autores clásicos de la escuela francesa, L. Duguit y M. Hauriou.

Pero es importante señalar que lo que se usa en aquella época es el concepto de “jurisdicción constitucional”, con la excepción de Ch. Eisenmann, que se inclina por el de “justicia constitucional”, como lo

demuestra en su tesis doctoral y en la traducción al francés de la ponencia de Kelsen sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución, ambos del mismo año. Si bien es cierto que en la versión francesa del texto de Kelsen emplea indistintamente “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional” como si fueran equivalentes y dándoles, como lo hace Kelsen, un alcance de corte positivo, ajeno a toda valoración de tipo filosófico.

Pero pese a tan buenos augurios, que señalaban la necesidad de un control jurisdiccional y no solo un control político como existía entonces, la idea va a cuajar muy lentamente y solo se concreta con la creación del Consejo Constitucional en 1958 y su posterior funcionamiento y avance jurisprudencial, en especial a partir de 1971.

Sin embargo, el tema sigue siendo de atención preferente de los constitucionalistas, como se acredita con una rápida revisión de los manuales en circulación (J. Cadart, M. Duverger, P. Ardant, M. Prélot, G. Burdeau, J. Gicquel, A. Hauriou, P. Pactet, F. Hamon y M. Troper, etc.).

Y siempre con el uso de “justicia constitucional” de modo recurrente. Es solo el manual dirigido por Louis Favoreu el que intenta una fundamentación de la “justicia constitucional” y el que emplea, muy al pasar, el concepto “Derecho procesal constitucional” (cf. L. Favoreu et al., *Droit Constitutionnel*, 8ª ed., Dalloz, París, 2005, p. 238; la 1ª ed. es de 1998).

Y en el reciente colectivo *La notion de “justice constitutionnelle”* preparado bajo la dirección de Constance Grewe, Olivier Jouanjan, Éric Maulin y Patrick Wachsmann (Dalloz, París, 2005) se hace un abordaje muy amplio sobre el concepto de justicia constitucional, tal como se entiende en el mundo francés, desarrollándose los fundamentos, las demarcaciones entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, las formas o modalidades del juez constitucional y como esto se ha ido forjando lentamente en la historia constitucional francesa, así como las funciones o fines del juez y de la justicia constitucional. Sin embargo, en la parte que nos interesa, los fundamentos son referidos a la historia

del concepto y a su soporte filosófico, pero no se menciona ni se analiza cuál es su ubicación dentro del Derecho público y tampoco se intenta precisar su naturaleza jurídica, que queda un poco en el limbo.

Sin embargo, existe la tendencia en aceptar que lo que se desarrolla al interior de un contencioso que se lleva ante el Consejo Constitucional es en realidad un proceso, y así lo reconocen algunos que incluso pretenden llegar más allá en punto a teorizaciones (cf. Pascal Jan, *Le procès constitutionnel*, L. G. D. J., París, 2001).

En conclusión, puede decirse que Francia, al igual que Italia, prácticamente ignora el término, con la ventaja para Italia de que en este país ha habido un debate, que a veces renace, sobre las implicancias teóricas y procesales del control constitucional y sobre sus alcances teóricos, que están prácticamente ausentes en Francia.

9. España y el Derecho procesal constitucional. Nota sobre Portugal

Como importante avance, teniendo presente el momento en el cual fue elaborada, debe mencionarse la ponencia del procesalista español Jaime Guasp, “La justicia constitucional en España”, que presenta al Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal en México, en 1960, y que se reproduce en ese país (aquí lo tomamos de la siguiente publicación: *Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala*, N° 5-6, 1960). Señala Guasp que estamos ante un proceso que se enrola en el ámbito del Derecho Procesal y que lo mejor para su desarrollo es la existencia de un tribunal específico, como lo fue el Tribunal de Garantías Constitucionales español de 1931.

Pero el que primero emplea conscientemente el término “Derecho procesal constitucional” es José Almagro Nosete en su artículo “Tres breves notas sobre Derecho procesal constitucional” publicado en la *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 3-4, 1979. Aquí acepta

la distinción entre “Derecho procesal constitucional” y “Derecho constitucional procesal” señalando que el Derecho procesal constitucional se distingue por la peculiaridad de su objeto, pues cuando el objeto versa sobre Derecho constitucional, el objeto es constitucional. Admite que si bien Kelsen es el fundador de la disciplina, es Calamandrei quien pone sus bases. Y luego esboza un programa tentativo de su contenido que sería así: Primera parte: jurisdicción constitucional; Segunda parte: el derecho a la jurisdicción constitucional; y Tercera parte: el proceso constitucional.

Complementan este ensayo otros de temas afines como los siguientes: “Un precursor en España del moderno Derecho procesal constitucional”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 1, 1981 (en donde rescata la obra de Jorge A. Alvarado, titulada *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, de 1920, quien habla de un “Derecho procesal constituyente”) y “El derecho procesal en la nueva Constitución”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 4, 1978. Ambos han sido reunidos posteriormente, conjuntamente con otros textos, en su libro *Constitución y Proceso*, Lib. Bosch, Barcelona, 1984.

Casi de inmediato, Almagro Nosete publica un amplio comentario sobre el nuevo Tribunal Constitucional y su reglamentación con el siguiente título: *Justicia constitucional*, Madrid, 1980, y más adelante desarrolla el tema en un trabajo de espectro más amplio: *Lecciones de Derecho procesal (laboral, contencioso-administrativo, constitucional)*, con la colaboración de Pablo Saavedra Gallo, 2ª ed., Tirant Le Blanch, Valencia, 1991.

Por la misma época, Nicolás González-Deleito Domingo publica *Tribunales Constitucionales. Organización y funcionamiento*, Tecnos, Madrid, 1980, en donde parte de una breve noticia del “Derecho procesal constitucional”, como proemio a su estudio comparado, disciplina que considera de carácter procesal.

Nicolás Pérez-Serrano Jáuregui publica una importante compilación de formularios y doctrina procesal en relación con el Tribunal

Constitucional, que es de sumo interés. El prólogo de Francisco Rubio Llorente asume una postura procesal de lo que resuelve dicho Tribunal, defendiendo el carácter y la necesidad del Derecho procesal, apoyado en una cita de Guasp (cf. *El Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1986).

Pero corresponde a Jesús González Pérez el mérito de la publicación del primer libro con ese título: *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980, que es un comentario doctrinario de la nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional de España, con abundante información. El autor tiene un enfoque netamente procesal; dice que el Derecho procesal constitucional es un conjunto de normas que regulan el proceso constitucional y añade que no hay jurisdicción constitucional sino desde 1920, con la creación de la Corte Constitucional austriaca, ya que el proceso constitucional es precisamente el que conoce un tribunal constitucional. De esta suerte, el llamado “control difuso” por la doctrina, no encaja dentro de una jurisdicción constitucional, ya que no existen órganos *ad hoc* para conocerlos.

Con posterioridad, estos enfoques son abandonados, aun cuando se empleen, como hemos visto, en el título de algunas obras (cf. Víctor Fairén Guillén, *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, Edersa, Madrid, 3 tomos, 1983-1992). O cuando algunos lo tratan con cierto detenimiento dentro de una obra con otros alcances (así, Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982, donde discute el concepto de “Derecho procesal constitucional” en la doctrina alemana, pp. 161-171). Y otros estudiosos que hacen amplia referencia a ella, como es el caso de José Julio Fernández Rodríguez (cf. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002).

En España, por lo demás, existe una producción extensa y muy valiosa en torno a la jurisdicción o justicia constitucional —nombre que es preferido por el grueso de la doctrina— acorde con la actividad de su Tribunal Constitucional y la experiencia europea que tienen a la mano, enfocada de manera preferente por constitucionalistas. Pero sin

hacer mayores referencias al problema de fundamentos o ubicación de la temática, no empece que hay análisis sobre aspectos y situaciones procesales de gran alcance, y como reitero, abundantísimos.

Mención especial merece Francisco Fernández Segado, autor de una extensísima obra, dedicada al Derecho constitucional y también al Derecho militar, quien es el constitucionalista español más dedicado y más autorizado sobre el constitucionalismo latinoamericano. Desde temprano, Fernández Segado se dedicó a estos temas (cf. su libro *La jurisdicción constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 1984) y ha escrito largamente sobre ellos (aun sin tocar el concepto de “Derecho procesal constitucional”) habiendo demostrado gran perspicacia y originalidad en sus enfoques, de los cuales señalo únicamente dos: la evolución de la jurisdicción constitucional en la América Latina y la superación de los modelos clásicos existentes en Occidente, y sobre los que ha publicado vastamente, en textos que además han sido traducidos al italiano y al francés. Me limito a citar los siguientes: *La jurisdicción constitucional en América Latina*, Ingranusi, Montevideo, 2000; “Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina”, en *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, T. I, año 12, 2006, y *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, UNAM, México, 2004, con justiciero prólogo de Héctor Fix-Zamudio. Fernández Segado dirige además desde Madrid, el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, que ha dado amplia cabida a las inquietudes latinoamericanas sobre el tema, sin ningún tipo de exclusiones.

En forma marginal, un jurista de la nueva generación, Joaquín Brage Camazano, ha tocado el tema y ha hecho contribuciones de primer orden en cuanto a procesos constitucionales se refiere y con agudas incursiones en la problemática constitucional de América Latina; entre otros, cf. *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, UNAM, México, 2005, y *La jurisdicción constitucional de la libertad. (Teoría general,*

Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos), Porrúa, México, 2005.

En lo que se refiere al mundo procesal, es importante la obra de Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, quien utiliza, si bien al pasar, el concepto de “Derecho constitucional procesal” donde ubica el tema de su investigación.

Al igual que España, Portugal ha tenido una historia política algo agitada en el siglo XX: largas dictaduras de corte corporativo y luego una transición política interesante, pero con peculiaridades. En el caso de España, eso significó una vuelta o restauración de la monarquía, lo que no sucedió en Portugal. Ambos países retornaron a la democracia a mediados de los años setenta del siglo pasado, con nuevas constituciones, más democrática la española, como años después lo sería la portuguesa con los cambios introducidos, que incluían la figura del Tribunal Constitucional.

En Portugal se han dado igualmente una gran cantidad de estudios sobre lo que en términos generales se conoce como “justicia o jurisdicción constitucional” (así J. M. Cardoso, C. Blanco de Moraes, etc.) y ella figura, sobre todo, en los textos más acreditados de la disciplina constitucional (como pueden ser los de José Joaquim Gomes Canotilho y Jorge Miranda). En el caso específico de Gomes Canotilho encontramos una aceptación del “Derecho procesal constitucional”, que es desarrollado en forma general, pero sin mayores afinamientos ni precisiones sobre su sentido y alcance (cf. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Liv. Almedina, Coimbra, 1998, pp. 897-914). El valioso apunte de Gomes Canotilho se pierde en el texto antológico de su obra que circula en versión italiana: *Il diritto costituzionale portoghese*, G. Giappichelli, Torino, 2006.

Pero el concepto “Derecho procesal constitucional” no ha tenido mayor aceptación en el uso de la comunidad jurídica portuguesa. De excepción es el *Breviário de Direito processual constitucional (Recurso de constitucionalidade)* de Guilherme da Fonseca e Inés Domingos,

Coimbra, Coimbra, 1997 (la 2ª ed. es de 2002 y está a cargo de la misma editorial). Y se trata más bien de un análisis puntual de un determinado proceso para uso de abogados, y sin explicaciones sobre el concepto que da título a la obra.

10. El interesante panorama italiano

Como lo he señalado con anterioridad, Italia presenta un desarrollo muy peculiar y con perspectivas de gran riqueza doctrinaria que se reflejan en una literatura inmensa, cuyo conocimiento es prácticamente imposible de alcanzar. De ahí que deba limitarme a destacar tan solo los aspectos más saltantes de esta riquísima doctrina y en la medida que toque el concepto o tópico que nos interesa. Así vemos que despierta interés en los procesalistas desde muy temprano, motivado por la introducción de la Corte Constitucional en la nueva Constitución de 1947, puesta en vigor en 1948 y cuya primera sentencia se dará tan solo en 1956. Y reforzado por el hecho de que a diferencia del Estatuto Albertino, la nueva Constitución es rígida, e incluso con algunos contenidos pétreos. Sin embargo, aun antes de funcionar la Corte y desde 1950, con motivo del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil (Florencia, 30 de septiembre-3 de octubre de 1950) se plantea el problema, y del mismo año son varios los trabajos en torno a estos temas. Y como fruto de la inquietud de los procesalistas, que no obstante ello no aciertan en resolver todos sus problemas (en dicho Congreso se ocuparon de la parte procesal de la nueva Constitución, Carlo Esposito y Virgilio Andrioli e intervino brevemente el eminente Carnelutti; cf. *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, CEDAM, Padova, 1953).

Pero el más persistente en estos enfoques y en ese período es Piero Calamandrei, que al margen de sus contribuciones al Derecho procesal civil, dedicó buena parte de su tiempo a la defensa de la creación de la Corte Constitucional, a los problemas que originaba y sobre todo a la

problemática de los procesos que ante ella se seguían, y que constituyen un aporte de primera magnitud (el principal, pero no el único, es su conocida monografía de 1950 titulada *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*). Y es por eso que con motivo de su fallecimiento, su más cercano discípulo, Mauro Cappelletti, le dedicó un artículo titulado “Piero Calamandrei e la difesa giuridica della libertà”, que fue traducido al castellano por Héctor Fix-Zamudio con el título de “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad” y publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N° 24, octubre-diciembre de 1956. Y en donde un poco al margen, pero no por ello menos preciso, afirma que su maestro fue “el primero en Italia (...) en sentar las bases de una nueva ciencia procesal, la constitucional”. Dicho artículo, junto con otros más, fue publicado poco después en un folleto que tuvo amplia difusión (cf. *In memoria di Piero Calamandrei*, CEDAM, Padova, 1957, pp. 41-78). Esta sería, pues, la primera vez que el término “Derecho procesal constitucional” aparece en Italia, o sea, en 1957, si bien precedido por la traducción castellana de 1956, realizada sobre el manuscrito del autor.

Más tarde, en otro libro compilativo de ensayos, Cappelletti repite textualmente el concepto “Derecho procesal constitucional (cf. *Processo e ideologie*, Il Mulino, Bologna, 1969, p. 493), pero lo hace al pasar y sin volver más sobre él. En el futuro se limitará a usar los conceptos de *giurisdizione costituzionale* o *giustizia costituzionale* (este último empezó a usarse en Italia en los años sesenta, probablemente por influencia de la doctrina francesa) o los equivalentes en los otros idiomas en los cuales escribió: *judicial review* o *justice constitutionnelle* y eventualmente *constitucional justice*. No detuvo su atención en el problema del nombre o membrete con el cual había que ubicar la disciplina, ni tampoco mostró interés en sus fundamentos teóricos.

Cappelletti, sin embargo, dará inicio por esa época a una larga y fructífera carrera académica, en donde va publicando libros que luego serán clásicos en nuestro tema: *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, de 1955, y, posteriormente, otro que alcanzó gran difusión: *Il*

controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, Giuffrè, Milano, 1968 (ambos con reimpressiones y con traducciones al castellano).

Cabe añadir que Cappelletti ejerció la docencia durante varios años en los Estados Unidos, en especial en la Universidad de Stanford, en donde publicó diversos ensayos, monografías y libros en inglés sobre temas de su interés, de los que destacamos los siguientes por su cercanía a lo procesal constitucional: *Judicial Review in Contemporary World*, Bobbs-Merrill, 1971; *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989; y *Comparative Constitutional Law (cases and materials)*, escrito conjuntamente con William Cohen, Bobbs-Merrill, 1979, que incluye debidamente adaptados varios capítulos del anterior libro de 1971.

En esos años se denomina como “jurisdicción constitucional” a la disciplina o tópico que estudia la materia de estudio. Y así será durante largo tiempo, hasta que en los años setenta del siglo pasado, empieza el uso, hoy ampliamente extendido, de “justicia constitucional”.

Llamativo es el ensayo de Renzo Provinciali, “Norme di Diritto processuale nella Costituzione”, en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N° 2, 1959, en donde su autor, profesor ordinario de Derecho Procesal de la Universidad de Parma, utiliza los conceptos de “Derecho procesal constitucional” y de “Derecho constitucional procesal”. El primero comprende los principios e institutos constitucionales del Derecho procesal. Y el segundo, o sea, el Derecho constitucional procesal, trata de los procesos constitucionales. El autor tiene presente diversas contribuciones de Calamandrei y sobre todo de Eduardo J. Couture, a quien cita detenidamente. Y con este binomio, al que da un significado especial, se adelantará a un uso que tendrá mucha aceptación en América Latina a partir de la década de los setenta del siglo pasado.

Otra referencia la encontramos en Alessandro Pizzorusso (*Lecciones de Derecho constitucional*, T. I, CEC, Madrid. 1984, pp. 10-11; la

edición en italiano es de 1984) en donde lo toma como equivalente al de “justicia constitucional”. Años más tarde vuelve sobre el tema en su texto “Uso ed abuso del Diritto processuale costituzionale”, en *Perspectivas Constitucionais: nos 20 años de Constituição de 1976*, Jorge Miranda, coordinador, vol. I, Coimbra, 1996), en donde toca en general la actividad de la Corte Constitucional sin tomar una posición sobre el concepto que utiliza para titular su ensayo. Con posterioridad no ha vuelto sobre el tema, aun cuando ha hecho referencia a la Corte Constitucional y a su actividad dentro de la última edición de su *Manuale di Istituzioni di Diritto Pubblico*, Jovene editore, Napoli, 1997, y en ensayos dispersos (cf. *Justicia, Constitución y pluralismo*, Palestra, Lima, 2005).

Una posición vinculada con la actividad de la Corte Constitucional la encontramos en Massimo Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, CEDAM, Padova, 1984, quien hace referencia al “Derecho procesal constitucional” pero al pasar y usando al mismo tiempo el de “justicia constitucional”.

Por su lado, Gustavo Zagrebelsky iba a dedicar un tratamiento extenso a la voz *processo costituzionale* en la *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVI, 1987 (con separata de 1989), y que va a tener una gran influencia en los estudios posteriores.

De singular importancia es el Seminario llevado a cabo en Roma en la sede de la Corte Constitucional, sobre el tema *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, durante los días 13 y 14 de noviembre de 1989 y cuyas actas serán editadas en 1990 por la editora Giuffré y bajo el mismo título. En ese evento, hubo importantes contribuciones y se contó con la presencia, entre otros, de Paolo Barile, Giuseppe Abbamonte, Mauro Cappelletti, Augusto Cerri, Leopoldo Elia, Temistocle Martines, Carlos Mezzanote (quien tiene un interesante aproximación al tema), Livio Paladin, Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli, Gustavo Zagrebelsky, etcétera. Si bien se trataron en esa oportunidad problemas de todo orden, más bien vinculados con la problemática italiana, es de señalar el hecho de que ahí aprovechó Zagrebelsky, magistrado y más tarde presidente de la Corte Constitucional,

para plantear la posibilidad y la necesidad de una disciplina denominada “Derecho procesal constitucional”, si bien muy *sui generis*. El planteo de Zagrebelsky sin lugar a dudas es sugestivo y da un avance notable en un medio algo escéptico, pero debe tomarse como un punto de partida, que lamentablemente no ha continuado (su intervención “Diritto processuale costituzionale?” se incluye en AA. VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990; hay traducción castellana de este ensayo, no así del resto de las intervenciones en el Seminario).

Un estudio de largo aliento con importantes reflexiones y sobre todo con sugerencias en torno a las relaciones de nuestra materia con la teoría procesal, en donde pretende ubicarla, lo vemos en el meditado texto de Marilisa D’Amico, “Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi” (en *Giurisprudenza italiana*, IV, 1990), que lamentablemente no ha despertado seguimientos. Como tal ha sido reproducido como capítulo primero de su libro *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, G. Giappichelli, Torino, 1991, pp. 11-57. La autora, por lo demás, ha seguido publicando diversos textos sobre el tema (cf. *Lezioni di giustizia costituzionale. Il giudizio in via incidentale*, CUSL, Milano, 2003).

En los últimos años, se ha dedicado al tema con rara intensidad Roberto Romboli, organizador de varios eventos y sobre todo animador del denominado “Gruppo di Pisa” (un grupo de trescientos cincuenta estudiosos que se reúnen periódicamente) que ha publicado una valiosa serie editorial bajo el nombre común de *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* y que cubre los siguientes períodos hasta ahora: 1987-1989; 1990-1992; 1993-1995; 1996-1998; 1999-2001; 2002-2004, dedicado cada uno de ellos al debate sobre las actividades de la Corte Constitucional, pero sin desarrollar el tema del “Derecho procesal constitucional”, tocado de soslayo en algunos de los volúmenes de esos períodos. Romboli es consciente de la existencia de un “proceso constitucional” e incluso ha planteado la posibilidad de un “Derecho procesal constitucional viviente”, aserto sobre el cual, sin embargo, no

ha retornado (cf. R. Romboli, "Il Foro Italiano", en AA. VV., *La Corte Costituzionale: profili processuali e istituzionali*, Roma, 2000). No obstante y a fin de unificar sus planteos sobre el sistema italiano de control constitucional, Romboli ha publicado recientemente con Elena Malfatti y Saulle Panizza, un comprensivo manual titulado *Giustizia costituzionale* (Giappichelli, Torino, 2003). Romboli es en la actualidad el más representativo y uno de los más destacados estudiosos italianos en el tema que nos ocupa.

Aparte de los manuales de Derecho público o de Derecho constitucional que incluyen siempre un apartado dedicado a la "justicia constitucional" o a la "Corte Constitucional", existen libros dedicados exclusivamente a la "justicia constitucional", como los de Federico Sorrentino, Stefano M. Cicconetti, F. Teresi, Francesco S. Marini, Virgilio Andrioli, Augusto Cerri, Giancarlo Rolla, etcétera. E incluso numerosos libros colectivos que publican las ponencias y debates de los frecuentes eventos dedicados al análisis de aspectos puntuales de la "justicia constitucional" (entre otros puede verse *La giustizia costituzionale a una svolta*, G. Giappichelli, Torino, 1991, a cargo de Roberto Romboli y que incluye una sugestiva ponencia de Vittorio Angiolini, "La Corte senza il 'processo', o il 'processo' costituzionale senza processualisti?", así como el más reciente *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*, que recoge las ponencias presentadas a un encuentro internacional en honor del profesor V. Onida y a cargo de Pasquale Pasquino y Barbara Randazzo. Ha sido publicado por Giuffré en 2006, y si bien tiene intervenciones de sumo interés, el carácter internacional dado al convenio es más una sana intención que una realidad. Y también existen varias publicaciones con el título genérico de "Codice di giustizia costituzionale" que compilan en forma ordenada y sistemática la legislación sobre la materia y que están destinados para uso de abogados y estudiantes.

Al lado de ellos hay que destacar el de Gustavo Zagrebelsky (*La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 1977; la 2ª ed., muy ampliada y prácticamente nueva con respecto a la anterior, es de 1988, con reimp. en 1989), que en realidad es un pequeño tratado de alto nivel, uno de los

mejores en su género y de consulta obligada en el tema, aun cuando muestra más simpatía por el enfoque generalmente usado por la comunidad italiana y que es el que titula el volumen.

Existen también trabajos y monografías sobre aspectos diversos de la problemática que hacen referencia al “Derecho procesal constitucional”, en forma clara pero sin mayores desarrollos (cf. Tania Groppi, *I poteri istruttori della Corte Costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997).

Lucio Pegoraro tiene un breve pero interesante análisis en *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, G. Giappichelli, Torino, 1998 (hay traducción castellana) en donde toca el tema al inicio, pero va más al enfoque comparado, que pocos han hecho en Italia y que ocupa gran parte de su extensa obra.

Un sugestivo enfoque teórico, si bien breve, es el que hace Jorg Lüther (*Idee e storie di giustizia costituzionale nell' ottocento*, Giappichelli, Torino, 1990, cap. primero) quien precisa como datos para tener en cuenta el objeto y el método del “Derecho procesal constitucional”, sobre el cual hay dos enfoques, el “procesalista” y el “constitucionalista” sin llegar a tomar una postura sobre el tema y con simpatías hacia un enfoque mixto.

Por otro lado, Antonio Ruggeri y Antonio Spadaro han publicado un exitoso *Lineamenti di Giustizia Costituzionale* (2ª ed., G. Giappichelli, Torino, 2001), que se inicia con un interesante *excursus* teórico que refleja en algo la situación actual de la academia italiana. Dicen los autores que la “justicia constitucional”, o lo que es lo mismo el “Derecho procesal constitucional”, es una rama del Derecho constitucional, pues ambas están tan íntimamente ligadas, que es muy difícil pensar que anden separadas. El mismo criterio lo repiten en la tercera edición de 2004, si bien la obra ha quedado aligerada en lo referente a notas y ampliaciones que eran tan atractivas en las ediciones anteriores. Pero que lo hacen muy útil en los círculos universitarios y profesionales, en donde goza de un merecido predicamento.

La inmensa variedad de enfoques existentes en la doctrina italiana —de la que aquí nos hemos limitado a dar una referencia muy esquemática— confirma que en la actualidad la actividad de la Corte Constitucional es el tema preferido de los juristas italianos y que esto atrae sobre todo a los constitucionalistas, y no siempre a los procesalistas. Lo cual explica que el enfoque procesal no tenga hoy en día mayor relevancia, no obstante que la disciplina procesal en Italia tiene un altísimo nivel académico.

Igualmente, en el campo curricular, lo que existe son cursos de “justicia constitucional”, motivo por el cual es de suponer que esto sea lo que prevalezca en el futuro (un panorama con el análisis de los principales problemas que conlleva esta disciplina: Marilisa D’Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, ob. cit.).

Los procesalistas, como ya he indicado, se han desentendido prácticamente de estos problemas, lo que sin lugar a dudas afecta el desarrollo de la disciplina. Así puede observarse, por ejemplo, en un conocido manual de Gian Franco Ricci, *Principi di Diritto Processuale Generale*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 2001, en donde se tratan aspectos generales concernientes al proceso civil, penal, administrativo, tributario, arbitral y en donde la referencia a la labor de la Corte Constitucional, a la cual se reconoce una labor jurisdiccional, no es objeto de mayor interés y quizá tampoco se entienda del todo (pp. 1-86).

11. La situación en Alemania. La tesis de Häberle

A raíz de la creación del Tribunal Constitucional Federal (TCF) en la Ley Fundamental de Bonn, en 1949, el problema del control de constitucionalidad se replanteó en una Alemania distinta al período de entreguerras. El mismo Tribunal demoró en iniciar sus actividades y la misma legislación de la materia no fue ni muy extensa ni muy detallada, lo cual dejaba campo abierto al desarrollo jurisprudencial del Tribunal para hacer una labor creadora, que si bien es interesante,

ha tenido algunas matizaciones con el tiempo, desenvolviéndose con mesura.

De hecho, la incompleción de la Ley del Tribunal permitió a este un adecuado manejo de las situaciones a las que tuvo que enfrentarse, en parte por la ausencia de la comunidad procesal, lo que retrasó el desarrollo de la problemática, si lo comparamos, por ejemplo, con los debates surgidos en la comunidad jurídica italiana. Si bien esta libertad creadora tiene sus límites en el resto del ordenamiento, que actúa como un referente para evitar desbordes.

Dentro de ese contexto, quien primero utiliza el término “Derecho procesal constitucional” es Peter Häberle, en un pionero estudio de 1973, que luego ahonda y perfecciona en otro ensayo muy difundido escrito en 1976: *El Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional* (ahora incorporado al libro de Häberle, *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Palestra-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004) y que ha contribuido a difundir en la comunidad jurídica alemana (cf. entre otros, “Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive”, en *EuGRZ*, 2005, p. 686). Incluso su discípulo Klaus Engelman se ha encargado de desarrollar y afinar los planteos de Häberle (cf. K. Engelman, *Prozessgrundsätze im Verfassungsprozessrecht*, Duncker und Humboldt, Berlín, 1977, pp. 142-143).

La tesis de Häberle es rica y sugestiva y tiene un mar de fondo, pues está basada en la experiencia —inicial— del Tribunal Constitucional, que sobre la base de la Constitución y de la propia Ley Orgánica del Tribunal, ha hecho desarrollos de carácter procedimental en los procesos llevados ante el Tribunal. Sobre esa base, Häberle extrae la conclusión de que el “Derecho procesal constitucional” es una suerte de emanación del corpus constitucional, al cual sirve y del cual constituye su desarrollo, motivo por el cual, cuando la Constitución, que tiene principios normativos, se enfrenta con aspectos diversos de la realidad, se concretan, se hacen posibles y hacen actuar la Constitución. De esta

suerte, el Derecho procesal constitucional no solo tiene peculiaridad, sino que tiene una cierta autonomía, entendiendo que si bien nace y se desarrolla a partir de la Constitución, tiene espacios que le garantizan un radio de acción. La tesis de Häberle, mantenida a través del tiempo, tiene sin embargo algunos problemas no resueltos (cf., por ejemplo, los comentarios de Joaquín Brage Camazano a su traducción de K. Hesse y P. Häberle, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Porrúa, México, 2005).

Esta tesis, sin embargo, no goza de mayor aceptación en la doctrina, que no solo la critica (K. Stern), sino que opta por una solución más procesal (cf. Ernst Benda-Eckart Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, Müller Juristischer, Heidelberg 1991, pp. 12-16).

Lo importante, sin embargo, es que el término ha tenido entrada en el ámbito bibliográfico y académico alemán. Y así se cuenta con varios manuales con el título de “Derecho procesal constitucional” de los que, al parecer, el que más uso extendido tiene es el de Christian Pestalozza (cf. *Verfassungsprozessrecht*, 3ª ed., C. H. Beck’s Verlagsbuchhandlung, München, 1991). Sin embargo, Pestalozza no se hace cargo del problema del título ni de la disciplina, ni tampoco de su fundamentación o ubicación teórica, sino que más bien se limita a un tratamiento de la manera cómo funciona el Tribunal Constitucional Federal y los tribunales constitucionales de los *länder*, así como de los procesos que se llevan ante ellos, agregando un apéndice referido a la protección jurídica internacional. En su bibliografía cita otros textos como complemento de su libro —que sirve de base a sus seminarios universitarios— tales como el ya citado de Benda/Klein, Fleury, Hillgruber/Goos, Sachs, etcétera.

Significativo es el pequeño manual de Michael Sachs (cf. *Verfassungsprozessrecht*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2004) dedicado a la exposición de la dogmática alemana en este punto y que tan solo en la presentación que preside el texto intenta una definición del “Derecho procesal constitucional”, bastante imprecisa, por lo demás (pp. 5-6). Más adelante señala la principal bibliografía alemana sobre

el tema (pp. 20-21). Lo mismo puede decirse de otros manuales, que se limitan, en lo esencial, a desarrollar los procesos que se siguen ante el Tribunal Constitucional Federal.

Al igual que en Italia, el debate se da a nivel de los constitucionalistas, si bien la aportación de Häberle, pese a no gozar de mayor predicamento hoy en día, es muy sugestiva (cf. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982, pp. 161-171; y Patricia Rodríguez-Patrón, “La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su Derecho procesal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 62, mayo-agosto de 2001).

12. A manera de conclusión

El rápido recorrido que he efectuado sobre la principal literatura existente no permite una conclusión definitiva, pues es probable que muchos datos se me hayan escapado por las limitaciones propias de toda investigación. Pero, sin lugar a dudas, es significativa y en todo caso representa básicamente lo que existe y es posible ubicar, más allá de márgenes de error o imprecisiones que siempre pueden presentarse.

Lo que interesa en primer lugar es fijar fechas en relación con la aparición de esta nueva disciplina que se llama “Derecho procesal constitucional”, que comprende una serie de principios e instrumentos de defensa de la Constitución. He dicho la disciplina y no la materia que la comprende, porque esta última se da desde hace más de doscientos años, si nos limitamos a lo cercano, pues remontando el curso de la historia podríamos ir más lejos, como en efecto lo han hecho algunos estudiosos (así, Cappelletti se remonta a los griegos).

Pero el nombre de la disciplina y la manera de enfocarla es relativamente reciente. He señalado anteriormente que debe fijarse el año 1933 como el de la aparición del *nomen iuris* y no antes, si bien se hizo en forma escueta, sin ninguna precisión, y aun más de manera vacilante

como lo demuestra lo escrito. Más bien es en mi opinión definitivo el excurso teórico que apareció luego —1944 y 1945— en donde el nombre queda fijado sin vacilaciones y con un entorno definido. Con el antecedente, más bien vago, de 1933, queda claro que el período 1944-1945 es la fecha en que tal disciplina apareció. Esto sucedió en la Argentina, por obra de un destacado procesalista español residente en aquel país en forzado exilio: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Y lo reiteró en México dos años después.

Pero lo llamativo es que el nombre divulgado en la Argentina, no tuvo eco en ese país y tampoco de inmediato en el siguiente país al cual arribó en exilio: México. Sino que demoró mucho en volver a usarse y más aún en tener un desarrollo que ha ido creciendo con los años, pero sin que ello haya contribuido a crear una generalizada aceptación de la disciplina, ni menos aún que queden fijados sus temas principales.

Haciendo un esquema cronológico de esta recepción por países, tendríamos la siguiente lista que debe considerarse válida, en tanto no sea objeto de rectificación:

- a) 1944-1945. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (Argentina), si bien con el antecedente de 1933, antes indicado.
- b) 1947. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (México).
- c) 1948. Eduardo J. Couture (Uruguay).
- d) 1955. Héctor Fix-Zamudio (México).
- e) 1957. Mauro Cappelletti (Italia).
- f) 1958. José Frederico Marques (Brasil).
- g) 1960. Fernando Álvarez Tabío (Cuba).
- h) 1971. Domingo García Belaúnde (Perú).
- i) 1973. Peter Häberle (Alemania).
- j) 1977. Humberto J. La Roche (Venezuela).

- k) 1979. José Almagro Nosete (España).
- l) 1979. Nestor P. Sagüés (Argentina).
- m) 1988. Hugo Pereira Anabalón-Humberto Nogueira Alcalá (Chile).
- n) 1988. Juan M. Pellerano Gómez (República Dominicana).
- o) 1993. Sebastián Rodríguez Robles (Panamá).
- p) 1994. Ernesto Rey Cantor (Colombia).
- q) 1995. Rubén Hernández Valle (Costa Rica).
- r) 1998. José Decker Morales (Bolivia).
- s) 1998. Louis Favoreu (Francia).
- t) 1999. Iván Escobar Fornos (Nicaragua).
- u) 2005. Pablo Pérez Tremps (Ecuador).

Como se puede apreciar, el concepto “Derecho procesal constitucional” se plantea firmemente en la Argentina y luego en México, esto es, dos importantes comunidades académicas latinoamericanas y que son las que dan los primeros pasos. Pero luego vino su desarrollo, que también se da en nuestra región.

Europa aparece prácticamente al margen de estos empeños. De hecho, cuando Niceto Alcalá-Zamora enuncia el término en forma por demás embrionaria en 1933, era difícil que prosperase, pues pronto el país iba a verse envuelto en serios problemas políticos y en una guerra civil con grandes consecuencias. Y luego vino la segunda guerra mundial. Acabada esta, tan solo Italia se muestra interesada en un primer momento por el problema teórico, pero pasados los años se desentiende del tema. Con menor intensidad se inicia el debate en Alemania, pero en Austria, madre del modelo concentrado y hogar intelectual de Kelsen, se desconoce el término. El mismo Kelsen lo ignoró. Y lo mismo podría decirse de Francia, y en cierto sentido de España.

El primer problema es, pues, el del nombre. Pues incluso quienes lo usan, de vez en cuando y quizá para ser mejor entendidos o simplemente para estar en una onda editorial o por comodidad léxica, usan rótulos tradicionales, en especial el de “justicia constitucional”, sugestivo, pero con una connotación arcaica.

El segundo problema es sobre su configuración jurídica. La tendencia es a considerarlo como algo procesal, perteneciente al Derecho procesal, pero no todos concuerdan con ello. Hay tesis que lo niegan, como la que sostiene que el “Derecho procesal constitucional” o la “justicia o jurisdicción constitucional” no es otra cosa que una parte del Derecho constitucional, como concretización de este o como una de sus emanaciones o capítulos. Esta tesis, que nos recuerda las polémicas de hace más de ciento cincuenta años, nos podría llevar al absurdo de sostener que el Derecho procesal civil, por poner un ejemplo, sea algo así como “Derecho civil concretizado” y considerarlo como una prolongación de este. Para estos enfoques, el Derecho procesal no existiría, y de existir, no debería ser aplicado ni menos usado para el desarrollo de las defensas de tipo constitucional. Y claro, si esto es así, ¿qué criterios o procedimientos utilizamos? O recurrimos a la teoría procesal, con solera de más de un siglo. O inventamos otra que la sustituya.

En fin, otra tesis más sugestiva, es la de la mixtura. Según este planteo, el Derecho procesal constitucional es una disciplina mixta porque parte de ambas, el Derecho constitucional y el Derecho procesal y no puede desligarse de ninguna de ellas, por cuanto guardan una mutua dependencia. Pero podríamos preguntarnos con ese mismo criterio si no es cierto que en este supuesto el “Derecho procesal civil” sería también una disciplina mixta.

Una postura en cierto sentido nueva, es la surgida en el Brasil desde un principio, y que parte de la doctrina que en ese país la acepta y, más aún, la difunde. Y es esta: el Derecho procesal constitucional no es algo independiente y que tenga autonomía, sino que es un simple condensado metodológico, de carácter propedéutico, que sirve para explicarnos las demás ramas del proceso (en especial el proceso civil

y el penal). Con lo cual el Derecho procesal constitucional desaparece y forma parte de la doctrina procesal o de la teoría del proceso y es usado por cualquier procesalista en cualquiera de sus especialidades y como paso previo al estudio de ellas. Pero esto envuelve también una contradicción. Los que aceptan este enfoque no niegan la existencia de procesos constitucionales en el Brasil —como son el hábeas corpus, el mandato de seguridad, etc.— ante lo cual cabe la pregunta: ¿dónde ubicamos a estos procesos? ¿Será el hábeas corpus un proceso penal y el mandato de seguridad un proceso civil? Lo cual sería muy peculiar, porque el proceso civil tiene por objeto hacer efectivo el ordenamiento civil y no la Constitución.

Otro punto que cabe agregar es que incluso en países que utilizan ampliamente el término “justicia constitucional”, no se niega que ante los órganos competentes accionamos o ponemos en movimiento “procesos constitucionales”, que básicamente, son de orden contencioso. En Italia esto es clarísimo desde la obra magistral de Zagrebelsky hasta las aportaciones periódicas de Roberto Romboli y el grupo de Pisa, que aceptan la existencia de procesos constitucionales. La pregunta sería entonces, ¿en dónde los ubicamos?

El Derecho procesal constitucional afronta, pues, serios problemas. El primero es su nombre, el segundo es su ubicación o configuración teórica o como quieren algunos, la naturaleza de la disciplina. Y, finalmente —si bien no necesariamente lo último—, los temas que debe tratar y que son parte de su objeto.

Me arriesgo a pensar que los que primero se interesaron en el tema lo hicieron por intuición y un poco al azar. De hecho, en los Estados Unidos este tópico no existe, porque el *judicial review* no es un proceso, sino una técnica de control de la supremacía constitucional, que es distinto. Y que se da al interior de cualquier proceso. Y los pioneros del modelo concentrado o europeo, tampoco eran duchos en Derecho procesal y pienso que ni se percibieron de ello (en el caso de Kelsen, esto es fácilmente comprobable).

A lo anterior se añade que, salvo notables y esporádicas excepciones, los procesalistas no se han hecho cargo del tópico. En rigor, parece que no les interesa, como se acredita en los temarios de los congresos nacionales e internacionales de Derecho procesal, en donde el tema no aparece, o si lo hace es en forma rezagada y marginal, sin contar con el hecho de que no goza de la preferencia de los asistentes ni de los ponentes. Se trata de algo que no existe o que en todo caso carece de importancia. Por lo menos, por ahora.

Pero en el lado de los constitucionalistas la cosa no va por mejor camino. Se han hecho cargo de la problemática, con más entusiasmo que conocimientos. Y si están de acuerdo en que se trata de situaciones que deben ser remediadas o despejadas por una autoridad competente —debidamente premunida por el Estado— y que hay que seguir determinados pasos ante ella, es claro que estos pasos o seguimientos deben tener un orden que debe preexistir a los acontecimientos y que constituyen las reglas del juego. Y aquí tenemos solo dos posibilidades: o utilizamos el proceso creado por la doctrina y la legislación positivas y que funciona satisfactoriamente en otros sectores del mundo jurídico; o simplemente inventamos algo distinto, no sabemos con qué suerte.

Pero lo que más llama la atención en estos casos, es que cuando los constitucionalistas analizan y estudian estos temas, probablemente con mucho talento y perspicacia, lo hacen ayunos de conocimiento procesal, y en consecuencia el esfuerzo que realizan se vuelve descomunal y de repente no rinde todos sus frutos. Creo, pues, que una sugerencia interesante sería estudiar en serio la teoría del Derecho procesal para ver por dónde va y en qué nos puede servir. Y esto es aconsejable más aún hoy en día, en donde las especialidades entre los juristas crean entre ellos verdaderos compartimientos estancos, que impiden el diálogo entre sectores vecinos o complementarios (lo mismo podría decirse de los procesalistas, que deberían mostrar más interés en conocer el Derecho constitucional).

Por supuesto, no son estos los únicos factores que han dificultado el desarrollo y sobre todo el orden previo que debe fijarse en toda rama

del Derecho y en especial en el Derecho procesal constitucional. Pero algo se habrá avanzado si contribuimos a solucionarlo.

Mientras tanto, el hecho de comprobar la forma tan extensa como el nombre se ha extendido y se discute —sobre todo en América Latina— es síntoma de su vitalidad y de su existencia. Pues, como decía Pascal, no lo buscaríamos si es que no lo hubiésemos encontrado¹.

¹ Lima, febrero de 2007. Revisado en diciembre de 2012.

Post data de 2012: Como queda indicado en la introducción, en este esbozo de carácter histórico-doctrinario, apunto, hasta donde me ha sido posible, las contribuciones al desarrollo de la disciplina, señalando como fecha *ad quem* el año 2006, por razones metodológicas. Pero eso no significa que no se hayan seguido publicando libros y monografías de interés, que aquí no menciono por las razones antedichas. No obstante esto, quiero hacer, por excepción, unas breves referencias que el lector comprenderá fácilmente: la primera es el libro *La giustizia costituzionale*, de L. Mezzetti, M. Belletti, E. D'Orlando y E. Ferioli (CEDAM, Padova, 2007) destinado a ser manual universitario como tantos otros con el mismo título que se publican en Italia, pero que tiene la peculiaridad de ser antecedido por un denso estudio doctrinario de Luca Mezzetti, en donde trae interesantes consideraciones sobre la doctrina latinoamericana, que, por lo general, está ausente en la literatura italiana de este tipo. El mismo Luca Mezzetti ha coordinado posteriormente un importante volumen de corte comparatista: *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, 2 tomos, CEDAM, Padova 2009-2011, que incluye un tratamiento global sobre América Latina debido a Roberta Billé, así como a algunos de los países de nuestro entorno (Brasil, México). Por otro lado, Francisco Fernández Segado ha publicado una obra monumental: *La justicia constitucional: Una visión de Derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2009, en tres gruesos tomos: el primero está dedicado al desarrollo histórico, a las *dissenting opinions*, a la inconstitucionalidad por omisión y al control de comunitariedad. El segundo, a la justicia constitucional en Francia. Y el tercero y último, a América Latina y España. Con posterioridad, ha agrupado su principal producción referida a nuestro continente, incluyendo lo que aparece en su obra anterior, en un denso volumen: *Estudios de Derecho constitucional latinoamericano*, Adrus, Arequipa, 2012. Por su envergadura y alcances enciclopédicos, esta obra será de gran utilidad para el estudioso. Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha publicado *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Marcial Pons, Madrid, 2008 (con traducción italiana), que pese a que es un libro breve, compendia y analiza una sorprendente cantidad de datos e información documental, que le permiten grandes aciertos y precisiones de orden teórico que lo hacen indispensable para precisar lo que el título se propone, el que debe ser completado con el *Curso de Derecho procesal constitucional*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Juan Manuel Acuña, Porrúa, México, 2011. De suma utilidad y de grandes miras es el *Tratado de Derecho procesal constitucional* dirigido

por Pablo L. Manili, con el concurso de un centenar de autores y que presenta un panorama muy comprensivo (La Ley, 3 tomos, Buenos Aires, 2010).

CAPÍTULO III

LA IMPORTANCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO CIENCIA AL SERVICIO DE LA DEMOCRACIA

Por Jorge Alejandro Amaya¹

1. Introducción.

Una aproximación liviana sobre este tema podría hacer pensar al lector que no se relacionan. Contrariamente, entre la Democracia, propiamente la constitucional y el Derecho procesal constitucional hay una relación de fines y medios. Son parte de una misma realidad. La primera, entendida como la amalgama entre un sistema de gobierno y un sistema de estado; y el segundo, como un instrumento que hace posible los objetivos de la primera. Vamos por partes para advertir la auténtica dimensión de este maridaje.

Podemos afirmar que la palabra “democracia” es una de las palabras más amplias del lenguaje político, y por cierto un concepto multívoco. Como plantea Sartori², definir la democracia es importante porque implica conocer qué esperamos de ella, ya que si la definimos en términos

¹ Abogado (UBA). Máster en Derecho Público y Doctor en Derecho (UBA). Profesor de grado y posgrado de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional de las Universidades de Buenos Aires, Rosario, Lomas de Zamora y Católica de Santiago del Estero. Ex Decano y Vicerrector de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Vocal Titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional.

² Sartori, G., *¿Qué es la Democracia?*, Altamir, Bogotá, 1994, pp. 3-10.

irreales o ficticios no encontraremos nunca realidades democráticas que se encuadren en nuestra definición.

Pero el problema de definir la democracia es mucho más complejo que su raíz etimológica³, ya que entre el nombre y el objeto la distancia es amplia y con matices.

Por un lado, la democracia es una realidad palpable en el mundo occidental. Pero esta realidad no es igual en los distintos países que se definen como democráticos. ¿Es igual la democracia inglesa que la sueca? ¿O la norteamericana que la boliviana? ¿O la venezolana que la española, o la mexicana, o la argentina? Sin estar capacitados en teoría de la democracia o sin conocer en la práctica el funcionamiento democrático de estos países, instintivamente afirmaríamos que no son iguales, aunque no sepamos las diferencias normativas o reales.

Lo afirmado nos conduce a que una realidad democrática no puede ser desligada de aquello que la democracia entendemos que debería ser. De ello se deriva que el problema de definir la democracia se desdobra, porque si por un lado la democracia requiere de una definición prescriptiva (el deber ser)⁴, por el otro no se puede ignorar la definición descriptiva (el ser). Sin la verificación, la prescripción es irreal, pero sin el ideal, una democracia no es tal.

Este razonamiento que compartimos, tan bien planteado por Sartori, se aleja de nuestra perspectiva cuando el autor italonorteamericano concluye lo que define como la “trampa principal”⁵.

Según Sartori:

Era tesis difundida y creída durante más de medio siglo que las democracias eran dos, una occidental y otra comunista. ¿Cómo se ha

³ Etimológicamente, la palabra proviene de las voces griegas *demos* ('pueblo') y *kratos* ('gobierno'); y se ha teorizado sobre ella desde antes de Pericles (S. V a. C.) hasta nuestros días.

⁴ Sartori, G., ob. cit., pp. 3-5.

⁵ *Ibidem*, p. 4.

demostrado la tesis de las “dos democracias”? Precisamente haciendo una comparación engañosa entre el ser y el deber ser. La demostración sería exige dos formas de confrontación: una dirigida a los ideales y otra a los hechos.

En cambio, la falsa demostración unifica y entrecruza las confrontaciones de la siguiente manera: comparando los ideales (no realizados) del comunismo, con los hechos (y los errores) de las democracias liberales. De este modo, se gana siempre, pero solo en el papel. La democracia alternativa del Este —aun cuando fuese llamada democracia popular— era un ideal sin realidad.⁶

No compartimos esta conclusión, la que encontramos contradictoria con la idea de Sartori (que en este caso sí compartimos) cuando sostiene que en la segunda mitad del siglo XX el concepto de “democracia” ha conocido una tan amplia diversificación de formulaciones que al final de los años ochenta no había todavía una teoría central de la democracia, y que después de algunas innovaciones de la ciencia política y del renacimiento de la filosofía política de los años setenta no se podía hablar todavía de una teoría de la democracia plenamente desarrollada⁷.

Las “democracias populares” han sido y son no solo un ideal (ajeno por cierto a nuestro pensamiento), sino también una realidad (lejana también al ideal que quisieron profesar). Que no se hayan mantenido en los países del Este Europeo, que hayan fracasado o que ideales y realidad no hayan sido consecuentes, no les niega existencia o fatuidad, sino que demuestra la dificultad de plasmar los ideales ontológicos en realidades políticas y las diferentes visiones de la democracia.

Si aún en el siglo XXI no podemos hablar de una teoría de la democracia plenamente desarrollada, significa que no hay unanimidad sobre

⁶ *Ibidem*, pp. 4-5.

⁷ Sartori, G. *Teoría de la democracia. El debate contemporáneo*, Alianza, Madrid, 2007, p. 13.

los principios básicos de la teoría democrática, sea en su normatividad o en su aplicación. La realidad expone crudamente esta afirmación.

Muchos países latinoamericanos, asiáticos y africanos se consideran gobiernos democráticos y, sin embargo, muchos de nosotros no titubearíamos en calificarlas de otra manera o en destacar, al menos, una mala calidad del funcionamiento de la democracia en dichos países o de la normatividad en que se basa. Pero esta afirmación está condicionada siempre por nuestro concepto de democracia, o sea por lo que entendemos por democracia.

Por consiguiente, si bien el sufragio popular constituye un punto común en la teoría democrática y entonces podremos hablar de “democracia” en singular, creemos que corresponde referirnos a los modelos en forma plural, ya que, desde la interrelación entre democracia y constitución, se configuran distintos modelos democráticos que pueden encontrar una mediana coherencia entre el ideal y la praxis o entre la prescripción y la descripción, utilizando palabras de Sartori.

Esto evidencia la existencia en el mundo de distintos “modelos”, cuyas diferencias han sido destacadas desde distintas perspectivas por varios autores⁸. Efectivamente, esta diversificación del concepto de democracia ha devenido en gran parte porque en la ciencia política en general, y en lo que respecta al concepto de democracia, se profundizó la escisión entre una perspectiva normativa y una perspectiva empírica en relación con el estudio de los fenómenos políticos, y también de la democracia.

Si la perspectiva normativa se ocupa de ideales, de demandas políticas derivadas de una determinada concepción de la naturaleza humana y de una concepción de la libertad y la igualdad, la perspectiva empírica analiza el funcionamiento de la democracia, de los sistemas políticos considerados democráticos, con el objetivo de descubrir los mecanismos

⁸ Pueden verse, además de la obra de Sartori citada en la nota anterior, David Held, *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid, 1991; Rafael del Águila, Fernando Vallespín y otros, *La democracia en sus textos*, Alianza, Madrid, 1998.

de diversa índole —social, política, económica, cultural— que permiten el funcionamiento y la estabilidad del sistema.

Desde una y otra perspectiva, y desde algunas que incluyen elementos de ambas, han surgido multitud de teorías de difícil abarcabilidad en un breve espacio, que se identifican con los modelos de democracia.

La clasificación de los “modelos de democracia” a los que nos referimos se elabora desde la perspectiva de la relación entre democracia y Constitución, es decir, desde la interacción entre la aspiración del autogobierno popular y los límites que el propio autogobierno se impone normativa o fácticamente.

El concepto moderno de democracia ha conocido distintos contenidos sobre en qué consiste y cómo debería ser el gobierno del pueblo, ha tenido asociadas distintas expectativas de futuro para el individuo y para la comunidad, ha pasado de ser un concepto peyorativo a convertirse en un ideal para la convivencia humana, ha sido utilizado para diseñar y controlar con distintos medios al poder político.

La ciencia política de las últimas décadas ha desarrollado una perspectiva empírica en el análisis comparado de los sistemas democráticos, junto a la que subsiste la perspectiva normativa de qué debe ser la democracia, atendiendo a determinadas exigencias de desarrollo y perfeccionamiento del ser humano y de la comunidad política. El concepto de democracia, por tanto, tiene muchos estratos de significados superpuestos en su historia que no dejan de estar presentes en la discusión actual, aunque las circunstancias sean muy distintas.

Algo parecido ha sucedido con la evolución del Derecho procesal constitucional como ciencia que estudia los mecanismos operativos e instrumentales para hacer efectivas determinadas instituciones constitucionales⁹. Es que, como bien señala Domingo García

⁹ Adherimos a la tesis que sostiene la autonomía de la disciplina, sin dejar de reconocer que su independencia aún se encuentra discutida y que muchos autores la ven como una rama del Derecho constitucional, del procesal, o como una disciplina mixta.

Belaúnde¹⁰, los contenidos de la disciplina: acción, jurisdicción y proceso, fueron fijadas en sus líneas matrices por la gran tradición jurídica procesal nacida en Alemania y sus carriles fundamentales fijados antes de 1945.

Es por ello que la construcción del Derecho procesal constitucional, al igual que la democracia, presenta dificultades basadas en sus diferentes visiones y en que las figuras procesales que integran su contenido generalmente cambian en los distintos países. Ejemplo, el amparo en México es distinto al amparo argentino o al peruano. A su vez el mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes posee matices diferentes en la mayoría de los países¹¹. De ahí la dificultad de hacer un tratamiento uniforme que pueda ser válido para las distintas latitudes, ya que los modelos constitucionales dependen —esencialmente— de la historia y de la política de cada sociedad.

Sin perjuicio de esta advertencia inicial, mucho se ha logrado en el Derecho comparado a partir del acercamiento de los grandes sistemas jurídicos del mundo occidental (el romano y el anglosajón) y del privilegio del Derecho internacional en el marco del Derecho interno de los Estados, que ha dado nacimiento, principalmente en el área de los derechos humanos, a un Derecho procesal constitucional internacional que regula el acceso a la jurisdicción internacional de los órganos previstos en los tratados de derechos humanos.

2. Nuestra concepción de la democracia y la Constitución.

Para evitar confusiones, aclaramos de inicio que en esta obra usaremos el término “democracia” como forma de gobierno.

¹⁰ García Belaúnde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Temis, Bogotá, 2001, pp. 7-24.

¹¹ Al respecto, puede verse nuestra obra *Control de constitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2012.

Entendemos por “gobierno” —en el sentido clásico del concepto— al conjunto de órganos a los que se les atribuye el poder de decisión colectiva. El gobierno materializa el poder en el Estado teniendo a su cargo la dirección jurídica y política en sus instancias de decisión, acción y sanción¹².

Entendemos por “forma de gobierno” una configuración específica de dichos órganos y actividades, usualmente prevista y establecida en normas preceptivas, es decir, la organización del poder de autoridad¹³.

La democracia, como forma de gobierno, es la aspiración del autogobierno popular, y opera sobre tres planos:

- ♦ el material, es decir, la estructura social y económica de un país;
- ♦ el moral, referido a las creencias y representaciones que conlleva la democracia;
- ♦ y el formal, relacionado con las instituciones políticas y sociales que implementan el sistema.

A su vez, entendemos por Constitución, al documento normativo que instituye la estructura de una colectividad política de conformidad con dos requisitos esenciales: una declaración de derechos; y una organización de los órganos de decisión colectiva inspirada en una interpretación de la división o separación de poderes.

El uso del término en este significado específico se apoya en una razón histórica, las constituciones escritas que nacen con las declaraciones de los derechos fundamentales de libertad y terminan por incluirlos en su interior.

¿Porque el Estado constitucional es aquel que reconoce derechos fundamentales y al mismo tiempo divide el poder político?

¹² Cfr. Fayt Carlos, *Derecho Político*, T. II, 11ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 31.

¹³ *Ibidem*, p. 33.

La conexión entre ambos elementos se ilustra a partir de que los derechos individuales son los límites principales del poder político e inviolables por él, tanto en el sentido negativo como positivo, es decir, en el sentido de que no puede adoptar decisiones que lesionen esos derechos, como en el sentido de que está obligado a asegurar su disfrute por parte de los individuos.

La división de los poderes fue concebida como un remedio preventivo para controlar el abuso de poder y, por ello, para proteger los derechos individuales.

En la noción de “abuso de poder político” se encuentran implicadas distintas dimensiones, ya que el poder comete abusos cuando excede los límites que le han sido prescriptos, cuando realiza actos no autorizados, cuando se impone arbitrariamente a la voluntad de los administrados, y cuando actúa por interés propio o privado y no por interés público.

La división o separación de los poderes es aquel diseño constitucional destinado a prevenir los abusos del poder y proteger los derechos fundamentales del individuo que constituyen los principales límites del poder político. Esta creación constitucional se materializa mediante dos operaciones:

- a) la distinción de las funciones en las que se articula el poder político (legislativa, ejecutiva y judicial);
- b) creación de los órganos separados en los que se distribuyen, dosificando las competencias de dichos órganos para permitir su control recíproco (los *cheks and balances* norteamericanos).

Como señala Bobbio, “se podría afirmar que la separación de los poderes tiende al aislamiento del poder ejecutivo”¹⁴ como uno de sus efectos más importantes. Por un lado, la limitación del poder contra

¹⁴ Bobbio, Norberto, *Diritto e Stato nel pensiero di Emmanuele Kant*, Gioppichelli, Turín, 1969, p. 28.

los abusos es solamente ilusoria si el sujeto que detenta la facultad de ejercer el poder coactivo es el mismo sujeto que establece las reglas que deberían limitar su ejercicio; por otro lado, el límite es ilusorio cuando el mismo sujeto que ejerce la coacción determina si la coacción debe aplicarse en el caso concreto, es decir, si es el mismo sujeto que determina cuando se ha cometido un ilícito¹⁵.

Siguiendo entonces esta línea de pensamiento, Constitución, en un sentido estricto y propio, es la norma o conjunto de normas que, por un lado, reconoce derechos fundamentales y, por otro, instituye poderes públicos, articulando sus competencias y regulando su ejercicio en función de la protección de la garantía y de la tutela de los derechos.

El impulso a este proceso, es decir al proceso de constitucionalización, proviene de corrientes de pensamiento y movimientos políticos a los que se les da el nombre de “constitucionalismo”.

La noción de constitucionalismo es, por cierto, compleja y abraza una notable variedad de orientaciones¹⁶, y, si bien se trata de un fenómeno moderno, afianza sus raíces en la edad premoderna y encuentra su modelo en el ideal clásico del gobierno de las leyes contrapuesto al gobierno de los hombres.

En síntesis, adherimos a una democracia fuertemente constitucional que intensifique los principios republicanos, en el marco ideológico de un liberalismo activo o moderno que lejos de fomentar un Estado abstencionista, propone la participación gestora del Estado en algunas áreas, y gendarme en otras, equilibrando cuidadosamente sus iniciativas con la libertad individual como motor de la sociedad y del Estado.

Los aspectos material y procesal de la democracia. La regla de la mayoría y sus límites.

¹⁵ Ver nuestro *Control de constitucionalidad*, ob. cit., p. 38-51.

¹⁶ Algunas de estas orientaciones coinciden con los modelos democráticos, por ejemplo, el constitucionalismo liberal o clásico y el social. En otros no se da esta coincidencia, como en el caso del constitucionalismo popular.

El aspecto material y sustancial de la democracia, es permanentemente destacado por muchos autores, aludiendo, en su vertiente material, a un sistema político que intenta hacer efectivos los principios de igualdad y libertad entre los ciudadanos. Esta vertiente material ha inducido a sostener que la democracia no es solamente una manera de ser de las instituciones, sino algo más, ya que puede ser una exigencia moral¹⁷.

Pero en lo que hace a la relación democracia-Derecho procesal constitucional, el aspecto que más nos interesa señalar es el formal de la democracia¹⁸. Esta característica está constituida por el aspecto técnico procedimental, por el conjunto de procedimientos de decisión que implica la democracia como forma de gobierno. No podemos reducir la democracia a los procedimientos, pero tampoco podemos olvidar que necesita y exige de técnicas de decisión, de procedimientos y de instituciones concretas¹⁹.

Y en este sentido, podría equivocadamente sostenerse la absoluta validez de la regla de la mayoría que rige indiscutiblemente los procedimientos de la democracia, olvidando que desde mediados del siglo XIX el concepto de mayorías y minorías en la democracia ha venido dando un vuelco valorativo radical.

Madison, en *El Federalista*, había anticipado esta nueva visión al señalar que tan peligrosa para la república es la minoría detentadora del poder, como la mayoría que lo ejerce sin límites constitucionales sobre la minoría (tiranía de la mayoría). En una república no solo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus

¹⁷ Ver "La notion de 'société démocratique' dans la jurisprudence" de la CEDH, RTDH, N° 35, 1998, p. 465.

¹⁸ En torno al aspecto procedimental de la democracia, ver Ely John, *Democracia y desconfianza*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

¹⁹ Amaya, Jorge Alejandro, "De mayorías y minorías en la democracia", *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, debates de actualidad, año XXI, N° 197, julio-diciembre 2006, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 7-17.

gobernantes, sino proteger a una parte de la población contra las injusticias de la otra. Si una mayoría se une por obra de su interés común, los derechos de las minorías estarán en peligro. Solo hay dos maneras para precaverse de esos males: primero, creando en la comunidad una voluntad independiente de la mayoría, esto es, de la sociedad misma; segundo, incluyendo en la sociedad tantas categorías diferentes de ciudadanos que los proyectos injustos de la mayoría resulten no solo muy improbables, sino irrealizables ²⁰.

Así, en la ciencia política estadounidense la expresión “democracia madisoniana” recuerda que la democracia no se define como el poder omnímodo de la mayoría, sino como la garantía de los derechos intangibles de las minorías, lo cual implica un conjunto de limitaciones institucionales y sociales a la soberanía mayoritaria, que han dado cabida al concepto de democracia constitucional²¹.

Por consiguiente, y siguiendo a gran parte de la doctrina constitucional y de la filosofía del Derecho, podemos afirmar que los derechos fundamentales constituyen una materia a la que no es legítimo aplicar la regla de la mayoría. Para Ferrajoli, estos derechos son derechos contra la mayoría que escapan a su ámbito de decisión. No es legítimo restringir ningún derecho fundamental mediante una decisión mayoritaria, incluso esta concepción valdría para la unanimidad.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales son un “coto vedado”, en el lenguaje de Garzón Valdés²²; una “esfera indecidible”, en la terminología de Ferrajoli²³, o el “as de la baraja” en el juego de las razones jurídicas, según Dworkin²⁴.

²⁰ Madison, James; Hamilton, Alexander y Jay, John, *El Federalista* (1787), Fondo de Cultura Económica, México, 1957, Apartado LI, p. 222.

²¹ Amaya, Jorge Alejandro, “Mayorías y minorías en la democracia”, *La Nación*, Buenos Aires, 18 de julio de 2007, primera sección, p. 21.

²² Cfr. Garzón Valdés, E., ob. cit.

²³ Cfr. Ferrajoli, L., ob. cit.

²⁴ Cfr. Dworkin, R., *Los Derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1995.

La idea de los límites de “aplicación” a la regla de mayoría entra en conflicto con todas aquellas concepciones democráticas que otorgan un valor axiológico a la regla misma, para las cuales esta constituye la única forma de expresión del principio de autogobierno que otorga legitimidad a las decisiones colectivas.

Es que la regla de la mayoría guarda relación con un muy delicado equilibrio que requiere especial cuidado en su aplicación en el Estado democrático constitucional: la del ajuste del ejercicio de un derecho individual y un proceso social de carácter colectivo.

3. El modelo de la Democracia Constitucional: ¿Qué implica?

De los conceptos trabajados hasta el momento, derivamos que la expresión “democracia constitucional” designa un objeto complejo: un sistema jurídico-político completo. Se refiere a la amalgama o la síntesis de dos elementos, una forma de Estado y una forma de gobierno, el Estado constitucional y la forma de gobierno democrática.

El debate sobre los defensores de la superioridad de la Constitución sobre cualquier poder, y los autores de la supremacía del poder democrático de la mayoría, transita más de doscientos años y aún no ha sido resuelto en forma pacífica. Sólidos argumentos se esbozan de cada lado.

Nuestro punto de vista, que hemos reflejado con intensidad en varias obras²⁵, es que el peligro más grave proviene siempre de los defensores radicales del poder mayoritario, sin desconocer que —ciertamente— el “blindaje” de todos los derechos limita en la práctica el ejercicio del autogobierno.

²⁵ Ver nuestro último libro *Democracia v. Constitución. El Poder del Juez Constitucional*, Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2012.

La praxis democrática, en las que se tiende a concebir, montar y practicar un juego político que atribuye todo el poder al vencedor, fundándolo en mayorías preconstituidas, ajenas a los límites y vínculos constitucionales, o sobre la investidura personal del “jefe”, es decir, reproduciendo el paradigma del gobierno de los hombres, o peor aún, del hombre, están a la vista y al análisis de todos aquellos preocupados por el futuro de la libertad²⁶.

Es un hecho que estas tendencias se ven favorecidas y acentuadas en aquellas realidades políticas en las que está vigente una forma de gobierno presidencial, y particularmente en aquellas, como la argentina, que cuentan con un diseño institucional personalista, mayoritario y de continua emergencia legitimante, y una cultura constitucional débil, lo que conduce al enfrentamiento del Poder Ejecutivo con los otros poderes, más allá de todo límite de compatibilidad con la idea misma de democracia constitucional.

Recordemos que la Constitución es un documento normativo que instituye la estructura de una colectividad política de conformidad con dos requisitos esenciales: una declaración de derechos y una organización de los órganos de decisión colectiva inspirada en una interpretación de la división o separación de poderes.

¿Por qué el Estado constitucional es aquel que reconoce derechos fundamentales y al mismo tiempo divide el poder político?

La conexión entre ambos elementos se ilustra a partir de que los derechos individuales son los límites principales del poder político e inviolables por él, tanto en el sentido negativo como positivo, es decir, en el sentido de que no puede adoptar decisiones que lesionen esos derechos, como en el sentido de que está obligado a asegurar su disfrute por parte de los individuos.

²⁶ Cfr. Fried C., *La libertad moderna y los límites del gobierno*, Katz, Madrid, 2009.

La división de los poderes fue concebida como un remedio preventivo para controlar el abuso de poder y, por ello, para proteger los derechos individuales.

El constitucionalismo se impulsa en la lucha contra el absolutismo del poder arbitrario y concentrado de las monarquías absolutas, anteponiéndoles los derechos “naturales” del individuo. La no arbitrariedad y el no absolutismo son las características mínimas, definidas en negativo, de la noción de Estado constitucional de derecho.

El primer fundamento filosófico del constitucionalismo debe buscarse en el iusnaturalismo moderno que ha hecho del individuo y no de la sociedad el punto de partida para la construcción de una doctrina moral y del Derecho, lo que significa que primero viene el individuo en lo singular, que tiene valor en sí mismo, y después viene el Estado, y no viceversa, que el Estado está creado para el individuo y no el individuo para el Estado. Desde esta perspectiva, las cartas constitucionales modernas pueden atinadamente considerarse “tablas positivas de derecho natural”²⁷.

Estos conceptos en torno a la Constitución son los que generalmente se adoptan en nuestros días, más allá del hecho de que se le otorgue un valor positivo. Hoy comúnmente se entiende por Constitución un documento que contiene las dos partes a las cuales hemos hecho referencia: un cuerpo de derechos o *bill of rights*, y una arquitectura de órganos y funciones del poder político inspirada en algún principio de división de poderes, o *frame of government*.

Estos dos elementos representan los componentes esenciales del concepto de Constitución que ha forjado el constitucionalismo. “La Constitución se ha convertido así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”²⁸.

²⁷ Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, p. 351.

²⁸ Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel Derecho, Barcelona, 1986, p.149.

4. El Derecho procesal constitucional como disciplina al servicio de la Democracia

Por lo expuesto, el Derecho y todo lo relacionado con él —instituciones legales, actores, culturas, normas, procedimientos— tienen una estrecha relación con la democracia y su evolución, es decir, su éxito o su fracaso. Hay tantos vínculos entre la democracia y la ley (material y formal), que es fácil englobar todo lo que tiene relación con la ley en la esfera de la democracia y viceversa.

Pero las leyes también se pueden emplear para establecer y mantener las prácticas más antidemocráticas. Como ejemplos, no hay más que recordar las leyes que establecieron y mantuvieron el *apartheid* en Sudáfrica, y el racismo y la esclavitud de los negros en los Estados Unidos. Si bien en el mundo contemporáneo no es tan fácil encontrar ejemplos, no es muy difícil pensar en regímenes no democráticos.

No obstante, hay aspectos de la ley que tienen una relación especial con la democracia. Esto se hace evidente cuando advertimos el aspecto formal de la democracia, es decir, los procedimientos y las instituciones que rodean la edificación de la decisión política en sus aspectos material y formal.

Cuando la democracia se concibe de esta forma, sus exigencias se convierten, casi por necesidad, en materia de Derecho. Bien podemos atribuir a los derechos constitucionales básicos o fundamentales la característica de corazas protectoras de la individualidad contra la amenaza mayoritaria. Los derechos fundamentales deben estar sustraídos a la regla de la mayoría, al menos para su negación o suspensión a un grupo de personas o un individuo. Una manera de blindarlos ha sido su canonización en los Pactos Internacionales, pues, de esa manera, el Estado queda atado a su inviolabilidad por una obligación impuesta y vigilada por la comunidad de naciones. De esta manera, el mismo poder constituyente primario —y con mayor razón, el secundario— tendrían en tales derechos un límite a su poder de crear o reformar la Carta Fundamental del Estado. La otra manera es prohibir constitucionalmente

su derogación: ni siquiera el poder constituyente por unanimidad puede derogarlos. Es ésta la vía adoptada por la Constitución alemana, cuando declara nula toda reforma a los derechos fundamentales (art. 79.3).

De esta forma, el Derecho procesal constitucional al comprender —principalmente— el conjunto de principios y de normas procesales tendientes a lograr la eficacia de la supremacía constitucional y, por consiguiente, la tutela efectiva de los derechos fundamentales, proporciona los recursos procesales apropiados para hacer efectiva la justicia constitucional como objetivo primordial de la democracia constitucional.

Un sistema democrático enfocado en el hombre y en la vigencia de sus derechos fundamentales no puede prescindir de un sistema legal —sustancial y procesal— que comparta y asista a estos fines.

Hoy encontramos que el Estado constitucional y democrático ha superado el principio de legalidad y se ha proyectado al principio de constitucionalidad, a partir de la asunción pacífica de la fuerza normativa de la Constitución, que debe ser respetada por gobernantes y gobernados. La Constitución adquiere eficacia, y se constituye en la fuente del sistema político, de los derechos y las garantías. Todo procura explicarse en función de los valores, principios, reglas y derechos que proyecta la Constitución, tanto en las fundamentaciones de los órganos de gobierno, como en las referencias del debate popular. La sociedad pretende encontrar en la Constitución un instrumento eficaz para canalizar y resolver institucional y socialmente las tensiones que la comunidad enfrenta.

Esta realidad, convive con el avance en algunos países, del Derecho internacional y más propiamente del llamado Derecho de los derechos humanos, que con su propia jurisdicción, refuerza este sentimiento, seguramente excesivo, de que todo se resuelve a partir de la Constitución y los derechos.

En este escenario, el Derecho procesal constitucional juega un rol relevante, ya que está ligado a la formalización del Estado constitucional

y democrático, pues articula instrumentos procesales de rango constitucional y legal que tienen como propósito hacer efectiva la defensa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO IV

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

Por Eduardo Andrés Velandia Canosa¹

1. Introducción

En el paradigma del Estado constitucional de derecho y de derechos, el Derecho procesal constitucional tiene la misión multidimensional de estudiar científicamente² los instrumentos que permiten jurisdiccionalmente: a) garantizar la supremacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes del derecho; b) tutelar los derechos humanos consagrados en la Constitución cuando sean vulnerados o amenazados; y c) condenar al Estado por su responsabilidad derivada de un hecho internacionalmente ilícito, a la reparación integral de los

¹ Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; profesor de pregrado y posgrados de la Universidad Libre (Colombia), de posgrado de la UBA (Argentina); de la Maestría en Derecho Constitucional de la UEES (Guayaquil, Ecuador) y profesor invitado a la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina) y a la especialización en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa, Italia.

² La autonomía científica del Derecho procesal constitucional puede consultarse en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La ciencia del Derecho procesal constitucional”, pp. 1-33 o en Gozáini, Osvaldo A., “La autonomía del Derecho procesal constitucional”, pp. 35-69, ambos en Manili, Pablo Luis (dir.), *Tratado de Derecho procesal constitucional*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2010.

derechos humanos vulnerados y consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH).

En conclusión, la Constitución limita el actuar de los detentadores del poder político (normas de principio desarrolladas por la ley) y el Derecho procesal constitucional, por una parte, controla o garantiza su cumplimiento, y por otra, disciplina el actuar de la jurisdicción constitucional³. Como se observa, el Derecho procesal constitucional es la ciencia que desarrolla y estudia los instrumentos jurídicos que viabilizan un control de constitucionalidad frente al abuso del poder político, siguiendo los límites establecidos sustancialmente en la Constitución.

En efecto, en la Constitución se establecen los límites al ejercicio del poder al consagrarse: a) derechos constitucionales fundamentales, económicos, sociales, culturales, difusos, de la solidaridad o colectivos; b) la manera de ejercer el poder político atendiendo al principio de separación de poderes; c) los presupuestos y procedimientos para la validez del sistema de fuentes del derecho, acatando el principio de jerarquía normativa; d) la democracia como forma de gobierno, acudiéndose al sistema electoral de las mayorías; y e) la garantía jurisdiccional de cumplimiento de lo previsto en la Constitución, para lo cual se requiere el apoyo del Derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma.

Lo anterior significa que una vez aprobado el proyecto constitucional por el constituyente primario, no queda un camino diferente al de su cumplimiento, asignándose a la jurisdicción constitucional la misión de ser su guardián o defensor, lo cual suele ser visto como antidemocrático, debido a que los poderes ejecutivo y legislativo son elegidos

³ Cfr. Huerta Ochoa, Laura, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 3ª ed., México, UNAM, 2010, p. 45: “[l]as limitaciones establecen las fronteras a las posibilidades de actuación de los órganos de gobierno. Pero el poder puede excederse, rebasar dichas fronteras y transformarse en un mandato arbitrario. La función del control es vigilar la observancia y respeto de las limitaciones”. De conformidad con lo expuesto, la limitación es sustancial en tanto que el control es procesal.

por las mayorías electorales, mientras que los jueces o magistrados que integran la jurisdicción constitucional no.

Por otra parte, la democracia vista como el poder político otorgado por las mayorías —principio de autogobierno—, o como lo afirma Bobbio, es simplemente “un conjunto de reglas de procedimiento para la formación de decisiones colectivas”⁴, es decir, la democracia indica los procedimientos que determinan quién, cuándo y cómo se puede decidir, siempre que el poder político se la haya entregado en unas elecciones libres por las mayorías⁵.

Frente a esta evidente contradicción entre la Constitución y la democracia, debe preguntarse: a) ¿Realmente es antidemocrática la jurisdicción constitucional por no representar directamente a las mayorías?; b) ¿Puede integrarse democráticamente la jurisdicción constitucional?; c) ¿Puede quien no ha sido elegido popularmente controlar el actuar de quienes sí han sido elegidos popularmente?; d) Asignarse a las cortes o tribunales constitucionales, salas constitucionales de las cortes o tribunales supremos del poder judicial o a las cortes supremas, la defensa jurisdiccional de la Constitución, ¿nos expone a una dictadura de los jueces?; o e) ¿Cuál es el papel que debe desempeñar el Derecho procesal constitucional frente a estos problemas?

El presente ensayo pretende demostrar que no existe contradicción ni incompatibilidad entre la democracia y la justicia constitucional declarada jurisdiccionalmente, y que el Derecho procesal constitucional como disciplina o ciencia jurídica autónoma es el eslabón perdido que permite conciliar las tensiones entre la democracia como mecanismo constitucional de asignación del poder por las mayorías y la jurisdicción constitucional como garante de la eficacia de la Constitución. Sin embargo, consideramos apropiado ensayar un modelo donde los integrantes de la jurisdicción constitucional sean un órgano independiente

⁴ Bobbio, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Turin, 1984, p. X.

⁵ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional*, Fondo de Cultura Económica y UNAM, México, 2006, p. 136.

del poder político, así como de la jurisdicción ordinaria y de la contencioso-administrativa (Bolivia ya lo intentó).

Para demostrar nuestra tesis, debemos previamente precisar la tipología de los modelos jurisdiccionales de justicia constitucional, concluyendo con el que estimamos más adecuado como medio para la realización de la Constitución, así como la doble naturaleza del Derecho procesal constitucional.

2. Tipología de los sistemas o modelos jurisdiccionales de justicia constitucional

Los modelos jurisdiccionales de justicia constitucional determinan quién, cuándo y cómo realizar el fin constitucional (el cumplimiento de la Constitución). Pueden mencionarse tres modelos clásicos u originarios: a) el difuso; b) el dual y paralelo⁶; y c) el concentrado; y dos derivados: 1) el mixto; y 2) el híbrido⁷.

2.1. El modelo difuso

Este modelo surge en el ámbito angloamericano y se caracteriza por no estar positivizado, ser de origen jurisprudencial, imponer a los jueces la obligación de efectuar una suerte de control de constitucionalidad sobre la ley aplicable al caso sometido a su competencia, defender el principio de supremacía constitucional de oficio o a petición de parte, produciendo la sentencia efectos *inter partes*. En este modelo son paradigmáticos: a) el fallo proferido por el juez Edwar

⁶ Cfr. García Belaúnde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Temis, Bogotá, 2001, p. 129.

⁷ Cfr. Velandia Canosa, Eduardo Andrés, "El control incidental de constitucionalidad en un modelo mixto de origen dual y paralelo", en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (dir.), *Derecho procesal constitucional*, T. IV, Bogotá, VC y ACDPC, 2013, pp. 130-134.

Coke en Inglaterra (1610), dentro del caso “Thomas Bonham”⁸; y b) el caso “Marbury vs. Madison” proferido en los Estados Unidos de Norteamérica por el juez John Marshall (1803)⁹.

2.2. El modelo dual y paralelo

Este modelo se consolidó en Colombia con el Acto Legislativo N° 3 del 31 de octubre de 1910 (enmienda constitucional a la Constitución de 1886). En este modelo se concretaron paralelamente los siguientes sistemas de control de constitucionalidad: a) uno que otorgó competencia al juez ordinario, para inaplicar la ley (o sus apartes) contraria a la Constitución, en procesos no especializados de control de constitucionalidad; y b) otro le atribuyó competencia a la Corte Suprema de Justicia como juez especializado para: 1) dirimir el conflicto suscitado entre el legislativo y el ejecutivo sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley; y 2) para conocer de la acción pública (popular) de inconstitucionalidad contra la ley y los decretos reglamentarios de la misma expedidos por el ejecutivo (o sus apartes), dando inicio a sendos procesos especiales de control de constitucionalidad¹⁰.

⁸ Cfr. Rey Martínez, Fernando, “El Dr. Bonham’s Case y su aporte a la creación de la Judicial Review”, en Manili, Pablo Luis (coord.), *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentennial*, Porrúa e IMDPC, México, 2011, pp. 1-21. Edward Coke es considerado como el precursor de este modelo, al decidir el caso “Thomas Bonham (*Bonham’s case*)” en 1610. Cfr. Rivera Santiváñez, José Antonio, *Temas de derecho procesal constitucional*, Kipus, Cochabamba, 2007, p. 34.

⁹ Cfr. Carbonell, Miguel, “Marbury versus Madison: el ‘descubrimiento’ del control de constitucionalidad de las leyes”, en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Ed. Acad.), *Anuario de derecho procesal constitucional: 2010*, Bogotá, Doctrina y Ley y ACDPC, 2010, p. 3-18; Amaya, Jorge A., “La ‘judicial review’ y la dificultad contramayoritaria”, en Manili, Pablo Luis (Dir.), *Tratado de derecho procesal constitucional*, T. I, ob. cit., p. 237.

¹⁰ Cfr. Velandia Canosa, Eduardo Andrés, “Desafíos del Derecho procesal constitucional”, en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (coord.), *Derecho procesal constitucional*, VC y ACDPC, Bogotá, 2010, p. 35.

En efecto, por un lado se otorgó competencia al juez ordinario de aplicar en cada caso concreto los principios de supremacía constitucional y de control de constitucionalidad, toda vez que se elevó a canon constitucional lo que en los Estados Unidos de Norteamérica se conoció como modelo difuso de control de la constitucionalidad, es decir, contempló por primera vez en una Constitución la denominada excepción de inconstitucionalidad, al establecerse en el artículo 40 del citado acto legislativo que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”¹¹. Este es un claro instrumento que permitió la inaplicación de la ley y la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por el juez ordinario.

Paralelamente, como se explicó, se otorgó competencia a un juez especializado, anticipándose diez años al modelo propuesto por Kelsen, conocido como el modelo concentrado, ya que contempló en el artículo 41 del citado acto legislativo lo siguiente:

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.¹²

Lo expuesto significa que Colombia creó un modelo originario de control de la constitucionalidad dual y paralelo, toda vez que coexistieron, uno ante la Corte Suprema de Justicia (propio del sistema que

¹¹ Cfr. Pombo, Manuel Antonio y Guerra, José Joaquín, *Constituciones de Colombia*, T. IV, estudio preliminar y anexo, Restrepo Piedrahita, Carlos, 4ª ed., Banco Popular, Bogotá, 1986, p. 326.

¹² Cfr. Pombo, Manuel Antonio y Guerra, José Joaquín. *Constituciones de Colombia*, ob. cit., p. 326.

diez años después diseñó Kelsen) y otro difuso pero de origen constitucional (que en Norteamérica se consolidó en el caso “Marbury vs. Madison”). Sin lugar a dudas, este ha sido uno de las más importantes contribuciones¹³ de Colombia al desarrollo científico del Derecho¹⁴.

2.3. *El modelo concentrado*

El tercer modelo clásico u originario de control de constitucionalidad es el conocido como “concentrado”, de origen austríaco e ideado por el ilustre jurista vienés Hans Kelsen, quien pareciera realizar desde su perspectiva un perfeccionamiento a los modelos precedentes de justicia constitucional¹⁵. En efecto, los principales argumentos de su tesis podemos sintetizarlos así:

El control de constitucionalidad no se le puede confiar a cualquier juez y menos al ordinario, por no ser especialista en temas de justicia constitucional, por lo cual propone la creación del Tribunal Constitucional como juez especializado del control de la constitucionalidad de la ley, tesis que finalmente ha sido acogida por la mayoría de países del mundo. Pero adicionalmente indica que este juez especializado únicamente debe tener la competencia del control de constitucionalidad de la ley. El primer argumento critica el modelo difuso (y primer modelo

¹³ No debe olvidarse que la primera Constitución hispanoamericana se expidió en la Provincia del Socorro, Colombia, el 15 de agosto de 1910. Cfr. Rodríguez Plata, Horacio, *La antigua Provincia de El Socorro y la independencia*, Vol. XCVIII, Biblioteca de Historia Nacional, Bogotá, 1963. Igualmente, debe resaltarse que el Derecho constitucional académico en la Argentina fue creado por el jurista colombiano Florentino González, quien además publicó el primer libro sobre Derecho constitucional de tal país: González, Florentino, *Lecciones de derecho constitucional*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1869.

¹⁴ Cfr. Uribe Vargas, Diego, *Las constituciones de Colombia*, T. I, Cultura Hispánica, Madrid, 1977, p. 217; Valencia Villa, Hernando, *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Panamericana, Bogotá, 2010, p. 64-65; González Jácome, Jorge, *Entre la ley y la Constitución*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, p. 82.

¹⁵ Cfr. Kelsen Hans, *Jurisdição constitucional*, Martins Fontes, São Paulo, 2007.

del sistema dual) y el segundo argumento corresponde a una objeción (así no lo haya dicho expresamente) al modelo dual y paralelo que otorga a la Corte Suprema de Justicia además de la competencia civil y penal, la constitucional.

El modelo concentrado se diferencia del dual y paralelo en la legitimación, pues en aquel es restringida y no popular como en este, pero se parecen en que las decisiones producen efectos *erga omnes* o generales.

2.4. El modelo mixto

A partir de los citados modelos, han surgido los mixtos y los híbridos. Los primeros inician en un modelo (el difuso) y terminan en otro (el concentrado), tal como ocurre con el control incidental de origen italiano, adoptado luego por Alemania y posteriormente por España, donde se aplica la cuestión de inconstitucionalidad. En este modelo, el control se inicia por cualquier juez, pero finaliza con la decisión de la Corte o Tribunal Constitucional¹⁶. Nótese que en esta hipótesis se mezclan el modelo difuso con el concentrado, a diferencia del modelo dual y paralelo, donde coexisten los dos modelos sin mezclarse, con la advertencia de que el modelo dual y paralelo fue anterior al concentrado, ya que aquel data de 1910 y este de 1920. En el modelo italiano surgieron las sentencias interpretativas, como un claro avance de la justicia constitucional.

2.5. El modelo híbrido

Los modelos híbridos son los que toman elementos de los tres sistemas, pero sin responder a coherencia alguna. En efecto, en estos

¹⁶ Cfr. Romboli, Roberto, "El Derecho procesal constitucional: una reflexión en torno al significado y valor de las reglas procesales en relación al modelo de justicia constitucional", en García Belaúnde, Domingo (coord.), *En torno al Derecho procesal constitucional*, ob. cit. p. 58 y 59.

modelos, en la competencia objetiva se atribuye a más de un órgano el conocimiento de procesos de control de constitucionalidad, incluso siendo uno de ellos Corte o Tribunal Constitucional, deformando así el modelo de origen concentrado. Es el caso de Colombia, donde a pesar de haberse implementado desde 1991 una Corte Constitucional, simultáneamente se asignó competencia específica al Consejo de Estado para conocer de acciones de nulidad por inconstitucionalidad y a todos los jueces y funcionarios administrativos o de órganos de control extrapoderes para inaplicar la ley en procesos concretos.

En la naturaleza subjetiva, otorga competencia a todos los jueces para conocer de las acciones constitucionales, previendo la llegada de algunas de ellas a la Corte o Tribunal Constitucional, pero excluyendo a algunas de ellas sin argumentos razonados¹⁷.

3. Modelo mixto de origen dual y paralelo. Nuestra propuesta

Pensar en perspectiva la justicia constitucional implica partir del modelo originario que creamos en Colombia, es decir, el dual y paralelo. Esto significa que debe implementarse: a) la creación de una jurisdicción constitucional especializada por niveles, ante la cual se tramiten los procesos de control de constitucionalidad y de protección constitucional; b) la implementación de un control incidental de constitucionalidad, que se pueda tramitar ante todos los jueces o funcionarios que tramiten procesos judiciales o administrativos, para inaplicar la ley inconstitucional, con la posibilidad de una impugnación ante la jurisdicción constitucional; y c) ratificar el modelo supranacional de

¹⁷ Para conocer el modelo colombiano sugerimos consultar: Velandia Canosa, Eduardo Andrés, "El control incidental de constitucionalidad en un modelo mixto de origen dual y paralelo", en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (dir.), *Derecho procesal constitucional*, T. IV, ob. cit., pp. 134-142.

justicia constitucional ejercido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

3.1. *Jurisdicción constitucional especializada*

Si existen los procesos constitucionales (conocidos en Colombia como acciones), lo cual hoy no tiene discusión¹⁸, estos deben tramitarse ante la jurisdicción constitucional (especializada, como ocurre con todas las ramas del derecho), con el objeto de la defensa de la supremacía constitucional y la defensa de los derechos constitucionales, es decir, con una naturaleza objetiva y una subjetiva.

De conformidad con lo expuesto, debemos identificar los procesos constitucionales, luego la estructuración de una jurisdicción constitucional multinivel, la distribución del poder de decisión constitucional entre las diferentes autoridades de la jurisdicción constitucional y, por supuesto, el acceso a tal jurisdicción.

Los procesos constitucionales de competencia objetiva son (o deben ser) los derivados del ejercicio de: a) la acción de inconstitucionalidad contra la ley; b) la acción de inconstitucionalidad contra los decretos de carácter general, impersonal y abstracto del orden nacional; c) la acción de inconstitucionalidad contra los decretos de carácter general, impersonal y abstracto del orden departamental, provincial o estatal; d) la acción de inconstitucionalidad contra los decretos de carácter general, impersonal y abstracto del orden municipal; y e) la acción

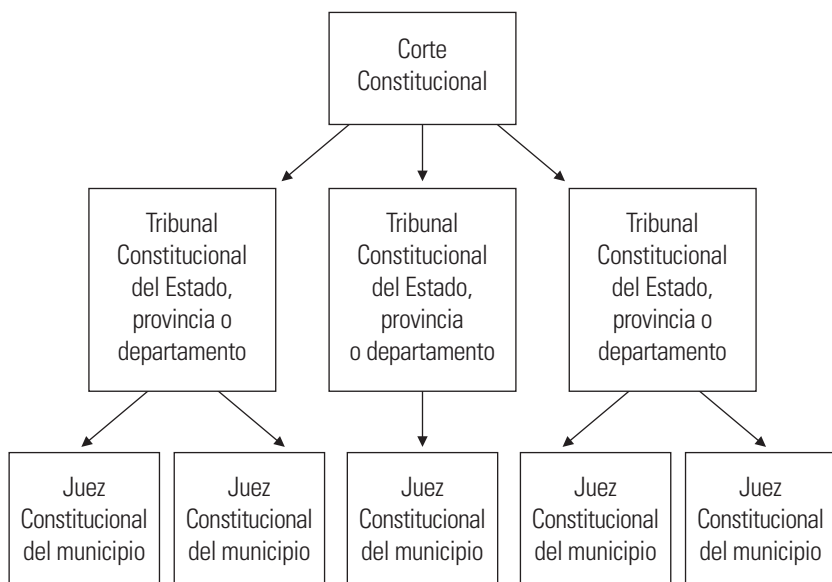
¹⁸ Cfr. Pérez Tremps, Pablo, *Los procesos constitucionales. La experiencia española*, Palestra, Lima, 2006; Blume Fortini, Ernesto, *El proceso de inconstitucionalidad en el Perú*, Adrus e IIDC Sección Peruana, Lima, 2009; Rey Cantor, Ernesto, *El Derecho procesal constitucional*, Doctrina y Ley y ACDPC, Bogotá, 2010, pp. 62-120; Ruggeri, Antonio, "En busca de la identidad del 'Derecho procesal constitucional'", en García Belaúnde, Domingo (coord.), *En torno al Derecho procesal constitucional*, Adrus e IIDC Sección Peruana, Lima, 2011, pp. 19-25; Blanco Zúñiga, Gilberto Augusto, "Los procesos constitucionales. Una primera aproximación a sus características", en *Competencias de consultorios jurídicos en los programas de Derecho. Manual práctico*, ob. cit., entre otros.

de cumplimiento constitucional cuando el legislador incluye en una omisión legislativa absoluta o relativa; f) la acción de cumplimiento constitucional por la no implementación de políticas públicas del nivel nacional¹⁹; g) la acción de cumplimiento constitucional por la no implementación de políticas públicas del nivel departamental, estatal o provincial; y h) la acción de cumplimiento constitucional por la no implementación de políticas públicas del nivel municipal.

Los procesos constitucionales que pretenden defender los derechos consagrados en la Constitución (y creados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional) derivados del ejercicio de: a) la acción de hábeas corpus que pretende proteger el derecho fundamental a la libertad; b) la acción de tutela, la cual sirve para proteger los derechos fundamentales, con excepción del de la libertad; c) la acción popular o protectora de los derechos fundamentales colectivos (denominada en otros países como amparo colectivo); d) la acción de grupo que pretende reparar los derechos constitucionales vulnerados (también denominada como “acción de clase”).

Hablar de una jurisdicción constitucional multinivel implica entender que la justicia constitucional no se limita a la decisión de la Corte Constitucional, toda vez que hoy se presentan conflictos constitucionales a nivel nacional, departamental (estatal o provincial) y municipal, por lo que en aras de lograr una verdadera justicia constitucional y una descongestión del Tribunal Constitucional, deben adoptarse además tribunales con competencia territorial a nivel estatal, provincial o departamental, así como jueces constitucionales con competencia municipal, quedando la estructura de la siguiente manera:

¹⁹ Cfr. Gómez Pinto, Luis Ricardo, *El juez de las políticas públicas*, Pontificia Universidad javeriana e Ibáñez, Bogotá, 2012.



Siendo el Derecho procesal constitucional la rama del Derecho que estudia científicamente los medios o instrumentos encargados de la realización de la Constitución, significa que tiene una doble naturaleza, es decir, debe desarrollar una competencia objetiva y otra subjetiva.

3.2. Competencia objetiva

La naturaleza objetiva desarrolla una competencia que tiene por objeto defender la supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del Derecho, donde la sentencia produce efectos *erga omnes*. En efecto, siguiendo la tradición colombo-venezolana, consideramos acertada de legitimación popular de acceso a la jurisdicción constitucional, en virtud de la cual, cualquier ciudadano puede presentar una demanda de inconstitucionalidad contra cualquier disposición del ordenamiento jurídico de carácter general, impersonal y abstracto. Compartimos este

esquema, como quiera que la misión de la jurisdicción constitucional es la de ser la guardiana de la Constitución, sin importar la manera en que ella se pone en funcionamiento y porque si el pueblo puede ser constituyente primario, es decir, puede crear la Constitución, también debe tener el poder de plantear la fiscalización de su cumplimiento, o dicho de otra manera, discutir la presunción de constitucionalidad de la ley²⁰.

En este orden de ideas, si un ciudadano pretende iniciar el proceso de control de constitucionalidad de una norma del orden nacional, tal como sucede con: a) la ley; b) el decreto-ley; lo profiere el Poder Ejecutivo, por delegación del legislador, con la misma fuerza vinculante de la ley; c) los decretos reglamentarios de la ley, expedidos por el gobierno nacional; d) la omisión absoluta del legislador frente a mandatos expresos del constituyente, para lo cual deberá aplicarse la acción de cumplimiento constitucional; e) para controlar las omisiones legislativas relativas inconstitucionales, podrá iniciarse la acción de cumplimiento constitucional o a través de la acción de inconstitucionalidad; y f) la acción de cumplimiento por la omisión constitucional en el diseño y aplicación de políticas públicas, instrumento que servirá para la efectividad en abstracto de los derechos económicos, sociales y culturales (conocidos como derechos humanos de segunda generación), deberá presentar la demanda ante la Sala de Defensa de la Supremacía Constitucional de la Corte Constitucional.

Ahora, si este conflicto sobre la vulneración del principio de supremacía constitucional se presenta a nivel departamental, estatal, provincial o regional, la competencia para conocer de estos procesos no debe ser la Corte Constitucional, sino un tribunal constitucional con competencia territorial estatal, departamental, provincial o regional, debido a que la norma que vulnera el principio de supremacía constitucional no es nacional, sino como ya se dijo, local. En la experiencia colombiana pueden expedirse: a) ordenanzas departamentales por la Asamblea

²⁰ Cfr. Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996.

Departamental; b) decretos generales por el Gobernador departamental; c) decretos o reglamentos de carácter general por entidades descentralizadas; y d) la omisión por el representante de la entidad territorial local en el diseño e implementación de políticas públicas departamentales, para lo cual podrá utilizarse la acción de cumplimiento constitucional. Nótese que este nuevo nivel propuesto de jurisdicción constitucional, acerca la efectividad real de la Constitución, sin congestionar la Corte Constitucional.

Este mismo conflicto frente al incumplimiento de la Constitución puede trasladarse a nivel municipal, lo cual se presenta cuando: a) un consejo municipal expide un acuerdo municipal; b) el alcalde municipal o alguna entidad descentralizada profiere decretos generales; y c) cuando el ejecutivo a nivel municipal omite el diseño e implementación de políticas públicas.

Igualmente, existen disposiciones del Derecho privado que pueden vulnerar el principio de supremacía constitucional, tales como reglamentos de propiedad horizontal, manuales de convivencia, estatutos, reglamentos internos de trabajo, lo cual no es admisible en un Estado Constitucional de Derecho(s), por lo cual consideramos acertado permitir que se puedan presentar demandas de inconstitucionalidad contra estos por aquellos a quienes perjudique. En esta hipótesis, el competente sería el juez constitucional.

Asimismo, deben adelantarse otros procesos de manera automática en los diferentes niveles. Esto se presenta cuando el constituyente de antemano dispone la activación de la jurisdicción constitucional en casos especiales, de la misma manera explicada en el capítulo anterior.

Esta jurisdicción especializada también deberá conocer de las impugnaciones en los incidentes de control de constitucionalidad o de convencionalidad, así como un recurso extraordinario constitucional contra las sentencias que vulneren la Constitución y tramitados con ocasión de la competencia objetiva.

3.3. *Competencia subjetiva*

Esta competencia tiene por objeto proteger los derechos humanos vulnerados o amenazados en casos concretos, por lo que deben implementarse para tal efecto algunos procesos (no en exceso). Empero, si la ausencia de una política pública se concreta en la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, ahí sí deberá utilizarse un proceso que proteja un derecho individual.

En este orden de ideas, consideramos que deben mantenerse los siguientes instrumentos, procesos o garantías constitucionales: a) la acción de tutela, amparo o protección, utilizada para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados en casos individuales y concretos. Consideramos que esta debe ser la única acción procesal constitucional, para proteger los derechos fundamentales, para no convertir la vía procesal en un “laberinto procesal”, toda vez que su esquema procesal permite proteger el derecho a la libertad, tradicionalmente defendido mediante el hábeas corpus, o el derecho al buen nombre, información o libertad de expresión, garantizado con la acción de hábeas data; b) la acción popular o amparo colectivo, utilizable para defender el derecho fundamental al medio ambiente, los derechos difusos y en general los denominados derechos humanos de tercera generación; y c) la acción de grupo o acción de clase, necesaria para reparar los derechos humanos vulnerados definitivamente a grupos potencialmente superiores a veinte personas.

Así por ejemplo, si se vulnera un derecho fundamental por una autoridad nacional, deberá interponerse la acción de tutela ante la Sala que defiende los derechos fundamentales en la Corte Constitucional (si la parte pasiva es del orden nacional, el juez debe tener competencia en el orden nacional), con la posibilidad de interponerse un recurso extraordinario ante la Sala Plena de la misma Corte, bajo el esquema de causales taxativas. Si el derecho lo ha vulnerado una autoridad regional, estatal, provincial o departamental, será competente para tramitar esta acción de tutela el tribunal constitucional con competencia en el

lugar donde se ha vulnerado o amenazado el derecho. Si el accionado es una autoridad del orden municipal, el competente será el juez constitucional con competencia en el lugar donde se ha vulnerado el derecho. Consideramos que también podrá utilizarse esta garantía para defender los derechos fundamentales vulnerados a particulares, evento en el cual el competente será el juez constitucional, con apelación ante el tribunal constitucional y con la posibilidad de un recurso extraordinario ante la Corte Constitucional.

Tratándose de derechos colectivos, el amparo colectivo (denominado en Colombia “acción popular”) deberá interponerse de la siguiente manera: a) si el accionado es una autoridad del nivel nacional, será competente la Sala que defiende los derechos colectivos de la Corte Constitucional; b) si el demandado es autoridad del orden departamental, será competencia del tribunal constitucional del lugar donde se vulnera o amenaza el derecho; c) si la violación o amenaza del derecho es una autoridad municipal, será competencia del juez municipal del lugar; y d) si el accionado es un particular, será competencia del juez. En todos los casos con posibilidad de apelación y recurso extraordinario ante la Corte Constitucional.

Finalmente, tenemos la acción de grupo o de reparación integral de los derechos humanos vulnerados definitivamente a grupos superiores en potencia a veinte personas. En estos casos, la acción se interpondrá así: a) si el responsable es autoridad nacional, la competencia será de la Sala de defensa de los derechos colectivos de la Corte Constitucional; b) si el accionado es autoridad del orden departamental, será competencia del tribunal constitucional del lugar donde ocurrieron los hechos; c) si, por el contrario, se demanda a una autoridad municipal, el competente será el juez constitucional del lugar donde ocurrieron los hechos; y d) cuando se trate de acciones en contra de un particular, será competencia del juez del lugar de los hechos. Igualmente con la posibilidad de recurso ordinario de apelación y extraordinario, que serán materia de otro estudio.

También deberá conocer de las impugnaciones en los incidentes de protección de constitucionalidad tramitados con ocasión de la competencia subjetiva, así como los recursos extraordinarios.

Asimismo, deberá estudiarse el nivel o dimensión supranacional de la jurisdicción constitucional, cuya competencia se otorgue directamente en la Constitución y tenga por objeto proteger los derechos humanos contemplados en la CADH, cuando ello no se realice, no sea posible o su decisión se dilate injustificadamente, o si su vulneración es irreversible, se obtenga una reparación integral. En el continente americano, esta dimensión de la justicia constitucional le corresponde a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹.

4. Control incidental de constitucionalidad

La doctrina del Derecho procesal es unánime en considerar que un incidente se tramita cuando debe resolverse algún asunto accesorio o diferente al planteado en la pretensión²². La controversia de competencia objetiva o subjetiva de constitucionalidad dentro de un proceso ordinario, a pesar de ser muy importante, no deja de ser accesorio a la

²¹ Cfr. Velandia Canosa, Eduardo Andrés y Beltrán Grande, Diana Johanna, "La justicia constitucional y su modelo transnacional", en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Direc.), *Derecho procesal constitucional*, T. III, Vol. I, Bogotá, VC y ACDPC, 2012, pp. 101-137.

²² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho procesal constitucional*, Fundap, Santiago de Querétaro, 2002, p. 33; Cappelletti, Mauro, *La pregiudizialità costituzionale del processo civile*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 50-59. El profesor mexicano citado indica que "siempre que la cuestión respectiva sea planteada por las partes o por el juez que conozca de una controversia concreta, lo que de manera incorrecta se ha calificado como 'vía de excepción', pero que los procesalistas italianos han denominado con mejor técnica como 'cuestión prejudicial' (incorpora la misma cita de Cappelletti) si se toma en cuenta que el problema de la inconstitucionalidad debe considerarse como un aspecto incidental (desde el punto de vista procesal) de la controversia principal en la cual se plantea".

pretensión del proceso, razón por la que deberá resolverse en una vía incidental prejudicial a la sentencia. Esto significa que deberá adelantarse antes de la sentencia definitiva, so pena de precluir la oportunidad, a menos que la vulneración constitucional se produzca en la sentencia o se declare su nulidad por el juez superior, quien deberá ordenar el trámite incidental, para que cumplido lo anterior se profiera la sentencia de mérito.

Este incidente se caracteriza por ser competencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria o de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (en adelante jueces ordinarios), los funcionarios del poder ejecutivo e incluso particulares responsables de tramitar un proceso jurisdiccional o administrativo.

Jurisdiccionalmente, este incidente tiene por objeto tramitar una cuestión de constitucionalidad dentro de los procesos tramitados ante la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo (en adelante proceso ordinario) e incluso de la constitucional. Dicho de otra manera, este incidente tiene por objeto efectuar una suerte de control concreto de constitucionalidad, por el juez ordinario, cuando surja una controversia constitucional de carácter objetivo o subjetivo.

Resulta imprescindible tramitar este incidente de control de constitucionalidad, ya que determinar si una ley es inaplicable en el caso concreto, así como la vulneración de los derechos fundamentales de las partes en el proceso ordinario, debe ser prejudicial o anterior a la sentencia que le pone fin a tal proceso, es decir, se trata de una decisión *incidenter tantum*²³.

²³ Cfr. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, 3ª ed., Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 489. El citado autor indica que “[s]e entiende por decisiones *incidenter tantum* las que deben ser adoptadas en el curso del proceso y antes de la sentencia que le pone fin a la instancia (entre nosotros mediante autos interlocutorios y en Italia por las llamadas sentencias interlocutorias) sobre cuestiones que las partes proponen y cuya decisión previa es indispensable para llegar normalmente a la sentencia, pero sin valor de cosa juzgada. Tales decisiones preparan el pronunciamiento de la sentencia para que sea posible. Es lo que Chiovenda y Menestrina llaman ‘cuestiones

Sin embargo, en Colombia no se ha establecido un procedimiento o método claro de aplicación judicial, lo cual ha llevado a un escaso número de decisiones de excepción de inconstitucionalidad o de protección de los derechos fundamentales directamente en el proceso, toda vez que las partes no saben cómo proponerlo y el juez no sabe cómo iniciarlo, tramitarlo ni resolverlo. Esta ausencia de procedimiento ha impedido que se desarrolle un verdadero incidente de control de constitucionalidad y ha generado una suerte de inseguridad para las partes, como quiera que la excepción de inconstitucionalidad (inaplicación de la ley inconstitucional) se decrete en la sentencia.

Tratándose de protección de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, también se ha desaprovechado este valioso instrumento procesal, por lo que se ha venido utilizando la acción de tutela contra providencias judiciales, la cual ha generado los denominados “choques de trenes o guerras entre cortes”, inseguridad jurídica por atentarse contra el principio de la cosa juzgada, pero sobre todo a puesto al juez, director del proceso, como demandado en otro proceso (constitucional). Por lo expuesto, la presente investigación también tiene por objeto evidenciar la necesidad de adelantar el citado incidente en el proceso ordinario.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que todos los jueces de derecho interno, deberán realizar una suerte de control de convencionalidad entre la CADH y las normas de Derecho interno²⁴, incluso exoficio²⁵. De conformidad con lo expuesto, si una norma de Derecho interno contradice la CADH, deberá preferirse

prejudiciales’, que se resuelven por incidente u otros trámites previos sin efectos de cosa juzgada”.

²⁴ Caso “Almonacid Arellano c/Chile”, 2006. Allí se declaró la invalidez del decreto de amnistía (ley 2191, de 1978), que se refería al perdón de los crímenes realizados en la época de Pinochet, entre 1973 y 1978. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, “La inconstitucionalidad por omisión”, en Manili, Pablo Luis (coord.), *Marbury vs Madison*, ob. cit., p. 106.

²⁵ Caso “Trabajadores cesados del Congreso c/Perú”.

esta, razón por la cual, creemos que debe para tal efecto adelantarse el mencionado incidente de control, en este caso de convencionalidad.

En conclusión, la consagración de un incidente de control de constitucionalidad o de convencionalidad, equivale a dotar al proceso ordinario de un método o procedimiento necesario para lograr la efectividad de la justicia constitucional por los jueces no especializados en esta materia, el cual creemos debe ser sumario, oral y concentrado, con el fin de lograr una justicia real acorde con el Estado Social de Derecho(s).

5. Naturaleza objetiva del control incidental de constitucionalidad

El incidente de control de constitucionalidad será de carácter objetivo cuando se pretenda inaplicar una ley en el caso concreto, cuya decisión final produce efectos *inter partes*²⁶.

No debe olvidarse que la ley (en general las normas con rango de ley) está amparada por el principio de presunción de constitucionalidad, según el cual se reputa constitucional, mientras la autoridad competente no la declare inconstitucional²⁷. Lo expuesto significa que todos los jueces o funcionarios deberán aplicar la ley que no haya sido declarada inconstitucional, so pena de incurrir en prevaricato por omisión.

²⁶ Este incidente es diferente del modelo italiano. Cfr. Rolla, Giancarlo, "Juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los derechos fundamentales", *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Grijley e IIDC (Sección Peruana), Lima, 2008, pp. 89-123.

²⁷ Corte Constitucional (Italia o Colombia), Tribunal Constitucional (Alemania, España o Perú), Salas Constitucionales en la Corte Suprema de Justicia o Tribunal Supremo de Justicia (Costa Rica, Venezuela o Colombia entre 1968 y 1991), Cortes Supremas que actúan como Tribunal Constitucional (México o Argentina). Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Fundap, Santiago de Querétaro, 2002.

Incluso, la no aplicación de la ley es causal para adelantar los llamados recursos extraordinarios, tales como la casación.

No obstante lo anterior, puede suceder que una ley sea inconstitucional solamente en el caso concreto, dadas las vicisitudes del proceso o porque aún no ha sido demandada ante el Tribunal Constitucional. En estos eventos, el juez por excepción no aplica la ley que se presume constitucional, precisamente por ser inconstitucional en el caso concreto; por tal razón se la ha denominado excepción de inconstitucionalidad²⁸. Para llegar a esta conclusión, debe adelantarse un debido proceso que permita a las partes y a terceros presentar argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley objeto del incidente, así como una decisión específica y especializada de constitucionalidad, donde los argumentos y razonamientos sean contundentes.

En efecto, cuando no se toma una decisión prejudicial *incidenter tantum* en materia constitucional dentro de un proceso ordinario, origina una falta de claridad, desorden jurídico o incongruencia de la sentencia. Recuérdese que la sentencia en el proceso ordinario debe referirse a las excepciones y pretensiones (principio de congruencia), pero cuando se aplica la excepción de inconstitucionalidad directamente en la sentencia, su objeto será la inaplicación de la ley inconstitucional. Cuando esto sucede, se presentan varios problemas, que resaltaremos a continuación.

El primer problema jurídico procesal es que la sentencia vulnera el principio de congruencia, por ello es que debe tramitarse previamente a la sentencia un incidente de control de constitucionalidad en el cual el juez realice dicho control de constitucionalidad de la ley para el caso concreto, de tal suerte que cuando deba proferir la sentencia, esta únicamente se refiera al problema ordinario definido por la pretensión y

²⁸ En el Derecho italiano o español, al decir de Piero Calamandrei, “el juez ordinario es la puerta de entrada a la jurisdicción constitucional”, es decir, no tiene poder de decisión, sino el poder de accionar la jurisdicción constitucional. En Colombia, en cambio, el juez ordinario sí tiene poder de decisión.

excepción, toda vez que la controversia constitucional o cuestión de confrontación de constitucionalidad de la ley ya fue resuelto. Ahora, si resuelve la cuestión de constitucionalidad primero y luego las pretensiones y excepciones, ¿la apelación se referirá a los dos problemas?, ¿quién los resuelve? Por ello es que previamente deberá resolverse el problema constitucional.

El segundo problema presentado es que no existe (al menos en este modelo) la posibilidad de ejercer una defensa de la constitucionalidad de la ley, toda vez que la sentencia solamente declara la excepción de inconstitucionalidad, pero al ser en la providencia final, resulta imposible defender la constitucionalidad de tal ley.

Otro problema se presenta cuando la excepción de inconstitucionalidad se aplica en una sentencia susceptible de apelación. ¿Qué se apela: a) el tema ordinario; o b) el tema constitucional? En esta hipótesis, el apelante en principio descuida el tema ordinario, porque tendrá que argumentar por qué la ley inaplicada sí era constitucional. ¿Si lo expuesto llega a prosperar, qué pasa con el tema relacionado con la pretensión-excepción? La respuesta es evidente, se profiere una sentencia que no resuelve el problema jurídico planteado en el proceso. ¿Debe el juez de segunda instancia resolverlo? Creemos que no, porque no habría en realidad una sentencia de primera instancia, porque nunca se resolvió el problema y el juez de segunda instancia sería en realidad el de primera, lo cual vulneraría el derecho fundamental constitucional de la doble instancia, toda vez que esta última decisión tendría el carácter de segunda instancia, pero en verdad sería de primera. Ello si se acepta la apelación, como quiera que parte de la doctrina especializada indica que “la decisión no se podrá recurrir ante juez o tribunal superior”²⁹; tesis que no compartimos.

Distinto también es confundir el tema de la excepción de inconstitucionalidad con el principio *iura novit curia*. En efecto, este principio permite al juez cambiar el fundamento jurídico de la pretensión y

²⁹ Rey Cantor, Ernesto, *El Derecho procesal constitucional*, ob. cit., p. 116.

será constitucional cuando el fundamento jurídico de la sentencia es constitucional, mientras que el fundamento de la pretensión es legal e inconstitucional. Esto puede suceder cuando se demanda la nulidad de un acto administrativo con fundamento en la ilegalidad de la ley base del acto administrativo, pero el juez resuelve declarar la nulidad del acto con fundamento en su inconstitucionalidad y no en la supuesta ilegalidad argumentada en la demanda. Esto es posible, toda vez que la Constitución es ley de leyes, a pesar de enseñarse que la justicia administrativa es regada; cuando la Constitución pueda fundamentar una decisión, esta debe aplicarse, pero reiteramos, aquí hablamos de la aplicación constitucional del principio *iura novit curia*, no de una “excepción de inconstitucionalidad”³⁰.

Asimismo, alguna parte de la doctrina concibe a la excepción de inconstitucionalidad como “un medio de defensa”, tal vez porque desde la teoría general del proceso así se identifica el concepto excepción³¹. Esta tesis no la podemos compartir, toda vez que dejaría sin posibilidades constitucionales al demandante y a los terceros en un proceso, y restringiría su ejercicio al término establecido para el traslado de la demanda.

Por ello reiteramos que la excepción de inconstitucionalidad, debe ser el fundamento de una decisión prejudicial que permite remover un obstáculo legal que conduzca a una decisión inconstitucional, tal vez una sentencia inhibitoria, la cual negaría derechos constitucionales como el de acceso a la justicia o el de primacía del derecho sustancial.

Por ejemplo, en el proceso civil de pertenencia es obligatoria la diligencia de inspección judicial en el predio objeto del proceso, pero si tal

³⁰ Es necesario reiterar que, cuando en aplicación directa de la Constitución se varía el fundamento indicado por el actor, no hablamos de un control de constitucionalidad por vía de excepción, sino de la aplicación del principio *iura novit curia*.

³¹ Cfr. Blanco Zúñiga, Gilberto A., *De la interpretación legal a la interpretación constitucional*, ob. cit., p. 184; Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, 5ª reimp., Legis, Bogotá, 2012, pp. 429-434.

proceso versa sobre un inmueble que está cubierto de agua por existir allí una represa, cuando se deba realizar la diligencia mencionada, saltará a la vista la imposibilidad fáctica por estar tal terreno en la profundidad de las aguas. ¿Qué pasa si la diligencia no se puede realizar? Frente a esta situación el juez podrá proferir una sentencia inhibitoria, argumentando que la ley obliga a realizar la diligencia de inspección judicial previamente a la sentencia y que, como fue imposible, no podrá resolverse de fondo la pretensión formulada.

Este sería un ejemplo donde debe tramitarse el incidente de control de constitucionalidad, toda vez que deberá removerse el obstáculo que impide dictar sentencia, es decir, debe inaplicarse en este caso la ley (art. 407, Código de Procedimiento Civil) y aplicar directamente la Constitución en lo referente al acceso a la justicia y la primacía del derecho sustancia sobre las formalidades (arts. 228 y 229, Constitución), pero previamente a la sentencia y mediante trámite incidental.

Ahora, si el proceso de confrontación es entre la CADH y una norma de Derecho interno, también deberá tramitarse este incidente y su nombre será incidente de control de convencionalidad; en realidad también de constitucionalidad, debido al bloque de constitucionalidad, pero si la controversia es entre una norma constitucional y una convencional, ahí sí será propiamente un incidente de control de convencionalidad.

6. Naturaleza subjetiva del incidente de control constitucional

También puede denominarse “incidente de protección constitucional” y es de carácter subjetivo, ya que pretende tutelar o amparar alguno de los derechos fundamentales de las partes en el proceso ordinario, cuya decisión final produce efectos *inter partes*.

Este incidente puede ser la solución al traumático problema relacionado con la acción de tutela (amparo) contra providencias judiciales, causa de una metamorfosis nefasta: “se pasa de un juez director del proceso ordinario a un juez demandado en un proceso constitucional”.

Y es nefasta esta metamorfosis toda vez que se induce al juez a pensar como demandado, y para nadie es un secreto que las partes en un proceso defienden su causa incluso en contra de la verdad, es decir, se ha puesto al juez a presentar argumento falaces e incluso mentirosos, hipótesis que ni siquiera debe analizarse. Por ello ningún juez en una acción de tutela ha reconocido haber vulnerado alguno de los derechos fundamentales del accionante y menos se preocupa por su protección, a pesar de la contundencia de las pruebas, lo cual es lógico, toda vez que ha sido acusado de arbitrario, y si lo reconoce, deberá compulsársele copias para que se investigue penal y disciplinariamente. Y decimos que es nefasto, porque “no puede inducirse al juez a pensar como litigante, ni al litigante podrá convertirse en juez transitoriamente”, como lo proponía la fracasada reforma constitucional a la justicia en Colombia.

Igualmente, ha sido desafortunada la posición que debe asumir la parte accionante, toda vez que para que prospere una acción de tutela contra una providencia judicial debe presentarse una arbitrariedad judicial, lo cual lleva a todo accionante a argumentar en su escrito introductorio que el juez ha sido arbitrario y que ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, es decir, incluso se induce y permite al litigante faltarle al respeto al juez, lo que contribuye a la degeneración del sistema judicial; pueden discutirse los argumentos presentados por el juez en sus providencias, pero no faltársele al respeto.

Por lo expuesto, si una parte ve que se le está vulnerando o amenazando uno de sus derechos fundamentales en el proceso ordinario, deberá solicitar su protección, tutela o amparo mediante la presentación de un escrito introductorio del incidente de protección constitucional, en vez de iniciarse una acción independiente de tutela, se tramitará y decidirá en una audiencia oral y concentrada, cuya decisión podrá impugnarse ante la jurisdicción constitucional especializada.

La competencia subjetiva, reiteramos, se presenta cuando una de las partes o un tercero, en el proceso ordinario, ve vulnerado o amenazado uno de sus derechos fundamentales (generalmente el derecho al debido proceso), por lo que podrá formular dicho incidente para solicitar al juez como director del proceso su protección, cumpliendo los términos que se explicarán. Si no se protegen los derechos en el auto que decida el incidente en primera instancia, podrá impugnarse, recurso que se tramita y resuelve en segunda instancia por la jurisdicción constitucional especializada.

Este incidente puede reemplazar las acciones de tutela contra providencias judiciales, ya que el instrumento procesal de protección de los derechos fundamentales en el proceso ordinario será el incidente de protección constitucional.

7. Trámite del incidente de control de constitucionalidad

El incidente de control de constitucionalidad comprende dos fases: a) escrita, contentiva de la iniciación del incidente, avocación de la competencia y contradicción; y b) oral, correspondiente a una audiencia concentrada de decisión, donde se exhibirán las pruebas, se presentarán los argumentos de conclusión y se proferirá la decisión que resuelva de fondo el incidente³². Este incidente deberá ajustarse a los siguientes actos procesales:

7.1. *Iniciación del incidente*

Podrá iniciarse de oficio o a petición de parte en cualquier etapa del proceso, anterior a la terminación del proceso, es decir, antes de proferirse

³² Esto lo exige el art. 1 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

sentencia de primera o segunda instancia, o antes de proferirse algún auto que le ponga fin al proceso de forma anormal o alternativa³³.

Se iniciará de oficio cuando el juzgador considere que va a inaplicar una ley o proteger un derecho no contemplado en otros trámites especiales, tal como el previsto en las nulidades procesales. En esta hipótesis deberá proferirse un auto de apertura, donde indicará el objeto del incidente (si es de naturaleza objetiva o subjetiva). Si es de naturaleza objetiva, sucintamente deberá indicar la norma legal objeto de controversia y la supuesta norma constitucional vulnerada. Si es de naturaleza subjetiva, los hechos u omisiones objeto de vulneración de los derechos fundamentales.

También podrá iniciarse a petición de parte, antes de proferirse el auto que señale fecha y hora para la audiencia del juicio o antes de precluir el término para la presentación de los alegatos de conclusión. En este evento la parte incidentante deberá presentar un escrito cumpliendo unos mínimos requisitos formales:

Determinación del objeto del incidente: si es de naturaleza objetiva (control de constitucionalidad o de convencionalidad) o subjetiva (protección de derechos fundamentales o humanos). Si es de naturaleza objetiva, deberá transcribir la norma legal acusada o adjuntar prueba de su existencia, así como la norma constitucional o convencional que considera vulnerada. Si es de naturaleza subjetiva, deberá indicarse el acto u omisión que vulnera o amenaza el derecho fundamental o humano; la petición de lo que se pretenda hacer valer; la anunciación de las pruebas que se pretende hacer valer, si las hay.

³³ Sobre las formas anormales, excepcionales o extraordinarias de terminación del proceso, tales como la transacción o el desistimiento o la perención (así esta última se haya derogado), puede consultarse su concepción teórica en López Blanco, Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho procesal civil colombiano*, T. I, parte general, 6ª ed., ABC, Bogotá, 1993, pp. 769-809.

7.2. Providencia que avoca el incidente

Si se ha iniciado de oficio, además de lo indicado, deberá correr traslado a las partes por tres días, para que presenten sus argumentos o anuncien las pruebas conducentes, pertinentes, útiles, etcétera, si las hay, para que sean presentadas en la audiencia concentrada de decisión³⁴. La audiencia concentrada de decisión deberá señalarse dentro del término improrrogable de diez días contados a partir de este auto, so pena de ser causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo.

Si el incidente se inició a petición de parte, esta providencia deberá proferirse dentro de un término improrrogable de tres días, so pena de ser causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo y en ella se correrá traslado a la contraparte y terceros, para que dentro del término de tres días den respuesta al escrito de iniciación, si lo consideran necesario, y anuncie las pruebas que presentará en la audiencia concentrada de decisión, sin ninguna exigencia formal.

Ahora, si el incidente no reúne los mínimos requisitos formales exigidos, podrá inadmitirse, para que dentro del término de tres días se subsane por incidentante y se pueda proferir una decisión de fondo, proscribiéndose cualquier tipo de decisión inhibitoria. Si se subsana, se avocará el conocimiento y se dará aplicación a lo indicado en el párrafo anterior.

Esta providencia debe notificarse por estado, de conformidad con las reglas generales.

7.3. Ejercicio del derecho de contradicción

Dentro del término de tres días indicado en la providencia que avoca el conocimiento del incidente, las partes y terceros, podrán presentar

³⁴ Esto lo exige el art. 1 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley objeto del incidente. Si es de naturaleza subjetiva, podrán presentarse los argumentos pertinentes y anunciar las pruebas que exhibirán en la audiencia concentrada de decisión.

Dada la informalidad que debe inspirar este incidente, junto a la celeridad, no se exige el cumplimiento de ninguna formalidad, simplemente quien desee ejercer el derecho de contradicción lo hará de la manera que considere pertinente. Tampoco debe exigirse la presentación de pruebas, únicamente que se indiquen o anuncien las que se utilizarán o presentarán en la audiencia concentrada de decisión.

7.4. Fase oral: audiencia concentrada de decisión

Como se indicó, esta audiencia debe realizarse imperativamente dentro de los diez días siguientes al auto que avoca el conocimiento del incidente, y debe ser concentrada y oral, ello implica que una vez iniciada debe terminar.

Esta audiencia de decisión tendrá tres subetapas: a) probatoria, donde se presentarán o exhibirán las pruebas anunciadas —si las hubiera— y se ejercerá el derecho de contradicción sobre ellas, es decir, una vez presentadas se pondrán en conocimiento de la contraparte para que se pronuncie sobre ellas, debiendo, en todo caso, tomarse la decisión sobre cualquier tipo de objeción en la misma audiencia; b) argumentos de conclusión. En esta subetapa, las partes y terceros podrán concretar sus argumentos en una presentación oral que no exceda de veinte minutos. Esto es necesario, ya que sea cual fuere el argumento presentado por las partes, el juez de viva voz lo recepcionará, lo cual permite al juez tener un concepto claro de los hechos y argumentos, permitiéndole a su vez decidir en la misma audiencia; y c) decisión interlocutoria. En la misma audiencia el juez resolverá de fondo el incidente, para lo cual podrá suspender la audiencia hasta por dos horas.

La decisión también será oral, pero concretará por escrito la parte resolutive de la decisión cuya parte considerativa o motiva se entenderá incorporada de manera virtual y de conformidad con lo dicho en la audiencia. Si el incidente no prospera, se condenará en costas al incidentista, y cuando sea temerario, además se le deberá imponer una multa entre cinco y diez salarios mínimos diarios. La notificación de esta providencia será en estrados.

7.5. Impugnación de la decisión

Proferido el fallo, puede suceder: a) que las partes lo acepten, por lo cual debe aceptarse la decisión constitucional del juez ordinario; y b) que alguna de las partes, las dos o un tercero legitimado no comparta la decisión que resuelve de fondo el incidente, evento en el cual debe aceptarse la procedencia de un mecanismo de impugnación, formulado ante el mismo juez que profirió la decisión, en la audiencia, dada su notificación en estrados, siendo posible dentro del término de tres días fundamentar dicha impugnación. El juez del conocimiento o el funcionario administrativo se pronunciará sobre su concesión. Si no lo concede, se aplicarán las reglas ordinarias del recurso de queja; pero si se concede, deberá ser en efecto suspensivo si el siguiente acto procesal es la sentencia, o en efecto devolutivo si es en una etapa procesal anterior, quedando claro que el proceso se suspenderá antes de la audiencia del juicio o de proferir sentencia, para lo cual remitirá el expediente al juez o tribunal competente de la jurisdicción constitucional para el trámite de la segunda instancia. Esta providencia se notificará por estado. Esta misma regla se aplicará en la segunda instancia o en el trámite de un recurso extraordinario, en lo pertinente.

Ahora, si la violación a la Constitución, vulneración o amenaza del derecho fundamental se presenta o evidencia en la sentencia de segunda instancia, al no poderse tramitar el incidente de control o protección de constitucionalidad, podrá interponerse un recurso extraordinario ante el juez del conocimiento, quien, como se explicó, se pronunciará sobre

su concesión siguiendo las mismas reglas, pero se remitirá al funcionario jurisdiccional en materia constitucional de un grado superior al de su par jurisdiccional así: a) si la sentencia la profirió un juez ordinario, el recurso extraordinario lo conocerá el tribunal constitucional competente; b) si la sentencia la profirió un tribunal ordinario, el recurso extraordinario lo conocerá la Sala correspondiente de la Corte Constitucional así: si es de naturaleza subjetiva, será la Sala de garantía de los derechos fundamentales, pero si es de naturaleza objetiva, será competencia de la Sala de garantía de la supremacía constitucional; y c) si la sentencia es proferida por una alta Corte, el recurso extraordinario en materia constitucional será competencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional.

7.6. Trámite de la segunda instancia o del recurso extraordinario

Recibido el expediente por la jurisdicción constitucional especializada, el juez, tribunal o corte, decidirá si admite el recurso en un término imperativo de tres días. Si admite el recurso, convocará a una audiencia de decisión en segunda instancia, dentro de un término no superior a diez días, so pena de ser causal de mala conducta y sancionable con destitución del cargo. Esta providencia se notificará por estado. Dentro del término de ejecutoria de tal auto, las partes podrán solicitar las pruebas necesarias, de conformidad con las reglas establecidas por el actual artículo 361 del C. P. C.

La audiencia de decisión de segunda instancia o la que resuelve el recurso extraordinario, será concentrada y oral, y deben tramitarse las siguientes subetapas: a) pruebas, si se reúnen los presupuestos indicados en el numeral anterior; b) argumentación de conclusión, para que las partes puedan exponerlas oralmente durante máximo veinte minutos; y c) decisión oral, para lo cual podrá suspenderse la audiencia hasta por dos horas. Esta decisión es definitiva, pero no hace tránsito a cosa juzgada material.

La segunda instancia del incidente de control de constitucionalidad se conocerá por la jurisdicción constitucional así: se el incidente se adelantó por una alta Corte, la segunda instancia la conocerá la Corte Constitucional en la Sala de Defensa de la Supremacía Constitucional (si el incidente es de competencia objetiva) o la Sala de Defensa de los Derechos Fundamentales (si el incidente es de competencia subjetiva). Si el incidente se tramita ante un tribunal, la segunda instancia se tramitará ante el Tribunal Constitucional (regional, provincial, estatal o departamental), pero si se tramitó ante un juez, la segunda instancia la conocerá el juez constitucional.

8. ¿Es antidemocrática la jurisdicción constitucional?

Habiendo analizado jurídicamente los modelos de jurisdicción constitucional y las competencias del que proponemos, resulta imperativo abordar su estudio desde una perspectiva democrática.

La democracia suele identificarse como el poder del pueblo, es decir, el poder derivado de la decisión de las mayorías³⁵. En su aspecto material pretende la consolidación de un régimen político donde se concreten los principios de libertad para elegir o decidir políticamente, e igualdad de participación política entre los ciudadanos titulares de estos derechos. En su aspecto formal (forma de gobierno), determina las reglas de procedimiento en la toma de decisiones colectivas³⁶.

³⁵ Cfr. Amaya, Jorge A., "La 'Judicial Review' y la dificultad contra-mayoritaria", en Manili, Pablo Luis (dir.), *Tratado de Derecho procesal constitucional*, ob. cit., p. 239. La "regla de la mayoría": 'modo de proceder consistente en que la mayor parte toma las decisiones'; "principio de mayoría": 'teoría o creencia según la cual la mayoría debe tomar las decisiones colectivas, pues en ella reside propiamente el poder político' (este concepto tiene implicancias que rebasan la propia conceptualización de la regla de la mayoría al delimitar el tipo de Estado donde este principio puede tener aplicación); y, "gobierno de la mayoría": 'Estado donde las decisiones de los órganos colegiados representativos se adoptan de acuerdo a la regla de la mayoría'.

³⁶ *Ibidem*, p. 239.

Para Kelsen, se justifica la regla de la mayoría por los valores que promueve (criterio axiológico); compatibiliza los valores de igualdad y libertad con la toma de decisiones³⁷. Bobbio justifica tal regla por ser un instrumento eficiente en la toma de decisiones colectivas, frente a la imposibilidad de la unanimidad (criterio técnico)³⁸.

En efecto, la principal objeción contra el poder de decisión de la jurisdicción constitucional es el argumento o dificultad contramayoritaria³⁹, según la cual los jueces constitucionales no representan a nadie, o dicho de otra manera, no corresponden a un poder legítimo por no haber sido elegidos democráticamente, lo cual les impide declarar la inconstitucionalidad de la ley, exhortar al legislador y más aún, comportarse como legislador positivo, lo cual supone una injustificada inhabilitación del legislador y, por ende, de los ciudadanos a quienes representan⁴⁰.

Esta objeción admite los siguientes argumentos en contrario: a) la misión de la jurisdicción constitucional es la de ser el guardiana o defensora de la Constitución, lo cual no depende de la manera como se integra, simplemente tienen una labor jurídica de control; b) la propia democracia requiere de una garantía jurisdiccional para su supervivencia. Si las mayorías, al ser elegidas como representantes del pueblo, cambian las reglas de la democracia para mantenerse indefinidamente en el poder, ello acabaría la democracia y vulneraría el derecho de las minorías de poder aspirar nuevamente al poder por la vía democrática, es decir, por la decisión de las mayorías al presentarles mejores argumentos en su discurso. Por lo expuesto, la competencia objetiva de la jurisdicción constitucional es la garantía de la permanencia de

³⁷ Cfr. Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK, 2006, p. 139.

³⁸ Cfr. Amaya, Jorge A., *ibídem*, p. 240.

³⁹ Cfr. Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1978.

⁴⁰ Cfr. Waldron, Jeremy, *A right-based critique of constitutional rights*, Oxford Journal of Legal Studies, 1993.

la democracia, excluyendo del ordenamiento jurídico las leyes que producto de la decisión de las mayorías pretenda mantenerse en el poder por una vía antidemocrática o sustituyendo la Constitución, lo cual solamente es competencia del constituyente primario; y c) la regla mayoritaria no autoriza a los detentadores del poder para limitar los derechos fundamentales más allá de lo establecido en la Constitución, y de hacerlo, la competencia objetiva de la jurisdicción constitucional debe declarar inconstitucionales las leyes o reglamentos que lo hicieran; por su parte la competencia subjetiva de tal jurisdicción debe proteger los derechos constitucionales vulnerados en casos concretos.

Por otra parte, el asignarse la defensa jurisdiccional de la Constitución a las cortes o tribunales constitucionales, salas constitucionales de las cortes o tribunales supremos del poder judicial o a las cortes supremas, no nos expone a una dictadura de los jueces, toda vez que alguien tiene que garantizar la eficacia de la Constitución, lo cual no depende de la manera como se integran tales corporaciones. Igualmente, debe tenerse en cuenta que la jurisdicción constitucional es el último control de constitucionalidad, toda vez que el Presidente de la República —en el caso colombiano— puede objetar por inconstitucional un proyecto de ley y el propio legislativo en la deliberación democrática también ejerce una suerte de control de constitucionalidad, lo que significa que la jurisdicción ejerce un control residual o complementario de constitucionalidad.

Ahora, en una democracia constitucional también deben elegirse popularmente los representantes de la jurisdicción constitucional, con el fin de que representen cabalmente al elector mayoritario y debe prevalecer la deliberación como método de argumentación previo a la elección y toma de decisiones colectivas (las sentencias de constitucionalidad tienen esta característica por producir efectos *erga omnes*), y de ello no puede escapar la jurisdicción constitucional, tal como lo explicaremos a continuación.

9. ¿Qué papel debe cumplir el Derecho procesal constitucional en un Estado constitucional de derecho?

Como lo advertimos, la misión del Derecho procesal constitucional es lograr que la Constitución sustantiva se cumpla cuando ello no se obtiene de manera automática, para lo cual se apoya en sus competencias objetiva y subjetiva. En aquella defiende la supremacía normativa de la Constitución, y en esta defiende los derechos constitucionales amenazados y vulnerados. Por lo indicado, el estudio del Derecho procesal constitucional comprende la parte procesal de la Constitución, el Estatuto Procesal Constitucional o las normas que integran los procedimientos constitucionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que diseña las subreglas que regulan el proceso jurisdiccional constitucional.

En efecto, debe ratificarse que la Constitución tiene una parte procesal que garantiza jurisdiccionalmente su cumplimiento en las citadas competencias⁴¹, integrada por los procesos o acciones constitucionales, los cuales debe conocer la jurisdicción constitucional (cualquiera sea el modelo implementado), y el acceso a ella.

La Constitución colombiana de 1991 consagró varios procesos constitucionales⁴², los cuales garantizan el acceso a la jurisdicción

⁴¹ Cfr. Kelsen Hans, *Jurisdição constitucional*, ob. cit.

⁴² "Competencia objetiva": 'procesos de control de constitucionalidad de la ley y los decretos dictados por el Gobierno Nacional, tales como la acción de inexequibilidad, el control automático de constitucionalidad (art. 241 de la Constitución, reglamentado por el Decreto 2067, de 1991) y la acción de nulidad por inconstitucionalidad (art. 237 de la Constitución y art. 135 del CPACA)'.

"Competencia subjetiva": 'procesos que protegen los derechos humanos, tales como la acción de hábeas corpus (art. 30 de la Constitución, reglamentado por la ley 1095, de 2006), acción de tutela (art. 86 de la Constitución, reglamentado por los decretos 2591, de 1991; 306, de 1992; y 1382, de 2000), acción de cumplimiento (art. 87 de la Constitución, reglamentado por la ley 393, de 1997), acción popular y de grupo (art. 88 de la Constitución, reglamentado por la ley 472, de 1998).

constitucional⁴³ y por supuesto consagró la existencia de una jurisdicción constitucional encarnada principalmente en la Corte Constitucional⁴⁴, la cual se integra por nueve Magistrados⁴⁵. En esta oportunidad estudiaremos únicamente la manera de integración de la Corte Constitucional, dado el objeto de la presente investigación.

Los Magistrados de la Corte Constitucional se elegirán por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, respectivamente, prohibiéndose su reelección⁴⁶.

Quedando claro que el ejercicio de la magistratura constitucional es jurídico, dada la fuerza normativa de la Constitución, vale la pena analizar la manera de su elección, la cual sí es política. Es incuestionable que al no ser elegidos por el pueblo, la integración de la Corte Constitucional no es democrática, toda vez que ellos no representan al pueblo, lo cual genera una dificultad contramayoritaria en el ejercicio del control de constitucionalidad de la ley⁴⁷. ¿Podrá integrarse una Corte Constitucional por elección popular, sin alterar su naturaleza jurídica y, por el contrario, fortaleciendo su legitimidad democrática? Creemos que sí, lo cual requerirá varias etapas para su elección y un proceso electoral donde prime la democracia deliberativa, lo cual, además, deberá traducirse en el proceso jurisdiccional.

Examinando el modelo colombiano como paradigma, en primer lugar creemos conveniente ampliar el período asignado, por lo menos a doce años, a fin de no desgastarnos en elecciones frecuentes y aprovechar

⁴³ Numeral 6 del art. 40 y 229 de la Constitución.

⁴⁴ Capítulo IV del Título VIII de la Constitución (arts. 239 al 245).

⁴⁵ Art. 239 de la Constitución, reglamentado por el art. 317 de la ley 5ª de 1992.

⁴⁶ Cfr. Art. 239 de la Constitución.

⁴⁷ Cfr. Figueredo, Marcelo, "El carácter contramayoritario del poder judicial", en Manili, Pablo Luis (coord.), *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentennial*, Porrúa e IMDPC, México, 2011, p. 47.

la experiencia adquirida en la propia magistratura, con un régimen más exigente de inhabilidades e incompatibilidades.

Es democrático que las ternas sean integradas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, pero no se entiende por qué es el Senado de la República quien elige, ya que este cuerpo colegiado es apenas una parte del poder legislativo. En efecto, si el argumento es que los mismos representantes del pueblo encargados de hacer las leyes eligen a quienes posteriormente judicializan el resultado del quehacer político y democrático, sería comprensible, pero en este caso, el Senado de la República es apenas la Cámara Alta del Congreso de la República, es decir, se ha excluido sin argumento válido a la Cámara de Representantes, la cual aporta la mayoría de los legisladores, lo cual hace de la integración de la Corte Constitucional colombiana un proceso antidemocrático y contramayoritario.

Frente a tal dificultad, creemos que debe cambiarse el proceso de elección de los futuros magistrados a la Corte Constitucional, donde se establezcan requisitos objetivos y subjetivos, así como un amplio régimen de inhabilidades para su elección.

a) Requisitos objetivos:

1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Ser abogado.
3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
4. Haber desempeñado cargos en la Rama Judicial, o en el Ministerio Público, o haber ejercido con buen nombre la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente, durante mínimo diez años.

5. Para ser Magistrado no será requisito pertenecer a la carrera judicial⁴⁸.

b) Inhabilidades:

1. Imposibilidad de reelección⁴⁹.
2. No podrán elegirse a quienes durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como Ministros.
3. No haber sido Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado⁵⁰. Esto para evitar lo que se ha denominado el “roscoramá”.

c) Requisito subjetivo:

Aprobar un concurso de méritos, toda vez que la labor de un magistrado de la Corte Constitucional es ante todo jurídica, por lo cual no podemos darnos el lujo de la eventual elección de un abogado que no tenga los conocimientos mínimos para desempeñar tan alta distinción. Esto haría de la elección de magistrados a la Corte Constitucional una “meritocracia”.

d) Integración de la terna:

Cualquiera que sea el nominador de la terna, deberá integrarla una lista preliminar de veinte candidatos entre aquellos que pasaron el concurso de méritos que deberá adelantarse periódicamente, donde predomine la deliberación y argumentación democrática en audiencias públicas.

e) Debates televisivos:

Integrada la terna, deberán realizarse al menos seis debates televisivos obligatorios, con o sin la presencia de los candidatos en horario

⁴⁸ Deben mantenerse los requisitos establecidos por el art. 232 de la Constitución.

⁴⁹ *Cfr.* Inciso final del art. 239 de la Constitución.

⁵⁰ *Cfr.* Art. 240 de la Constitución.

AAA, durante los quince días anteriores a la elección popular, donde los ciudadanos podrán realizar las preguntas que estimen convenientes (a todos por igual), para que puedan observar la manera de razonar, deliberar y argumentar de los tres candidatos. También podrán adelantarse debates públicos en instituciones universitarias reconocidas oficialmente, siempre que estén los integrantes de la terna. Debe prohibirse a los candidatos la realización de campañas políticas, por lo que deben realizarse, al menos, los citados debates televisivos.

f) Elección:

Será por los ciudadanos que integren el censo electoral vigente. De esta manera creemos que puede ser mejor y más transparente la elección por el pueblo que por los Senadores de la República. Este proceso se puede reproducir a nivel departamental y municipal.

Ahora, ya en el proceso jurisdiccional de competencia objetiva, debe nutrirse más del proceso de deliberación democrática. En efecto, el proceso debe contener dos fases, una escrita de presentación de la demanda de inconstitucionalidad, contestación por el Congreso y por el Presidente de la República e intervención ciudadana y de la Procuraduría, y otra fase oral donde quienes han presentado sus argumentos por escrito puedan deliberar y argumentar en audiencias públicas, incluso televisadas, pero nos parece muy importante, sobre todo por la importancia de la sentencia, la cual produce efectos de cosa juzgada *erga omnes*, que el pueblo conozca la manera de deliberar, argumentar y decidir de los magistrados de la Corte Constitucional, es decir, para la democracia es muy importante, observar en audiencias públicas televisadas, las denominadas Salas Plenas de la Corte Constitucional, tal como acontece con los debates adelantados en el Congreso de la República.

10. Conclusiones

Lo primero que debe resaltarse es que no debemos temer a tener una verdadera jurisdicción constitucional y para ello debe implementarse un modelo multidimensional, tal como se ha sustentado.

Este modelo debe reglamentarse en un Estatuto de Justicia Constitucional (Estatuto o Código Procesal Constitucional), que precise el acceso a la jurisdicción constitucional, sus alcances, modelo de jurisdicción constitucional base de nuestra propuesta, una parte especial dedicada a los procesos constitucionales e incidente de control de constitucionalidad o convencionalidad, y una parte final dedicada a la jurisdicción constitucional supranacional.

Es necesario implementar la oralidad en la justicia constitucional, y celeridad, toda vez que se requiere una justicia de cara a la realidad y acorde con el Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho, ordenado por el artículo 1 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en Colombia⁵¹.

Es necesario implementar un modelo mixto de origen dual y paralelo, que permita una justicia constitucional integral, en su naturaleza objetiva y subjetiva. En este orden de ideas, se requiere implementar una jurisdicción constitucional especializada y, paralelamente, implementar procedimentalmente un incidente de control y protección constitucional en la jurisdicción ordinaria.

Debe adoptarse un modelo democrático de integración de las Cortes Constitucionales, que responda a la regla de las mayorías, con el fin de legitimar las sentencias proferidas por la jurisdicción constitucional.

⁵¹ Dicho artículo prevé en la parte pertinente: “las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias en procura de una unificación de los procedimientos judiciales y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos (...)”.

CAPÍTULO V

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NORMATIVA

Por Nelson Ramírez Jiménez

Tradicionalmente (pensamos en los siglos XVIII y XIX), el legislador fue el auténtico protagonista del Derecho, el operador jurídico por excelencia. En torno a él se construyó un armazón justificatorio que reivindicaba la racionalidad del legislador, elevaba a dogma a la ley y reducía la función del juez a una exégesis de la norma y a una subsunción lógica al aplicarla. En este contexto, el juez ocupaba una posición secundaria, resultado también de una cierta desconfianza política. No parece que pueda extrañar que como consecuencia de todo lo anterior se afirme que la jurisprudencia no es fuente de Derecho y que lo que están haciendo los jueces cuando dictan sentencias es interpretar y aplicar el Derecho, pero no crearlo. No creo que nadie se asombre si reconocemos que este modelo es en el que se ha formado tradicionalmente a los juristas en las facultades de Derecho, al menos en el marco de la tradición jurídica continental.

Javier Ansuátegui

1. Presentación

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, reza

el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. A partir de ello, el Tribunal Constitucional ha ejercido dicha facultad de manera constante (y también contradictoria) habiendo publicado a la fecha treinta y nueve precedentes, con la salvedad de que puedan ser más o menos según se mire¹.

Sin perjuicio de que podamos estar de acuerdo o no con el sentido de los precedentes adoptados por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC)², es evidente que estamos ante una institución importante. El precedente normativo, ejercido con ponderación, serenidad y visión de futuro, es un instrumento noble que amerita ser reconocido y defendido. Es bastante conocida la tendencia que cuestiona que los Jueces puedan “crear” derecho, ya que estiman que su único papel es el de interpretar “correctamente” para aplicar la ley al caso concreto. Nuestros comentarios pretenden enfatizar la justificación de su vigencia, pues creemos firmemente en su necesidad y en sus bondades.

Por otro lado, siendo que el propio Tribunal Constitucional ha fijado los requisitos que deben presentarse para proceder a fijar un precedente, podríamos tener la seguridad de que no estamos en presencia de meras inspiraciones. Su creación, en efecto, amerita actuar con mucha responsabilidad. Ha dejado establecido el TC que procede fijarlos cuando:

¹ Ver http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_sis_02.php y podrá apreciarse que alguno de los precedentes publicados está referido a otro que es dejado sin efecto, con lo cual su valor creativo es neutro y no debiera contabilizarse ninguno de los dos. Por otro lado, en la misma publicación se hace saber que “En esta sección se encuentran los precedentes normativos relevantes publicados en la página Web del Tribunal Constitucional, que es actualizada trimestralmente.” Nos llama la atención la expresión “relevantes”, pues pareciera ser que existen precedentes que no lo son, y que, por tanto, no son publicados. Un contrasentido.

² García Belaúnde, criticando esta actuación, señala que “la falsa idea de ser ‘comisionado del poder constituyente’ ha hecho que hayan usado extensamente el concepto ‘precedente vinculante’, con lo cual han querido imponer prácticamente una dictadura virtual sobre el resto de los operadores jurídicos (...)”.

- a) Se aprecian contradicciones en la manera de concebirse o interpretarse los derechos, principios o normas constitucionales o de relevancia constitucional;
- b) Se constata la presencia de interpretaciones erróneas de una disposición constitucional o integrante del bloque de constitucionalidad, lo que a su vez genera su indebida aplicación;
- c) Se comprueba la existencia de un vacío normativo;
- d) Se acredita que una norma jurídica admite varias posibilidades interpretativas;
- e) Tras el conocimiento de un proceso de tutela de derechos se aprecia que la conducta reclamada se apoya en una norma jurídica que no solo afecta al reclamante, sino que por sus efectos generales incide sobre una pluralidad de personas;
- f) Se hace necesario el cambio del precedente vinculante.

Ello constituye un marco normativo que, de alguna manera, establece límites a lo que podría devenir en libre creación, que a nadie genera seguridad. Es por ello mismo criticable la tendencia del TC de sustentar sus decisiones en lo que denomina “autonomía procesal”, pues esa prerrogativa pone en riesgo el deber de auto restricción en el ejercicio de estas potestades³. Sea como fuere, tal como lo manifestamos en varios pasajes de este artículo, lo esencial para el buen desempeño del TC es la calidad de los Magistrados que lo integren y, por tanto, el Congreso de la República debe dejar de ver en estos nombramientos una oportunidad de canje de favores o trueques coyunturales, lo que explica la irregular configuración del TC, cuya mayoría de integrantes tiene largamente vencido el plazo de su nombramiento, irregularidad que demuestra a las claras la poca importancia que el Congreso le concede a este tema vinculado a la seguridad jurídica de los ciudadanos

³ Véase “Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional: La experiencia del Perú”, César Landa Arroyo, *Derecho procesal constitucional*, Ius et Veritas, Lima.

ante el Estado. Bien podemos afirmar que el Congreso está violando la Constitución de manera flagrante y continua.

2. Explicando una tendencia

Es aceptado, hoy en día, que las graves afectaciones a los derechos fundamentales de las que da cuenta la historia durante la segunda guerra mundial, hizo que la humanidad desconfiara de la ley, pues muchos de esos abusos se fundamentaban en base legal. Comenzó a entenderse que el Estado de Derecho era más que la vigencia de la ley y que tener una constitución no convertía a un Estado en un Estado constitucional. En ese contexto, el Poder Judicial pasa a ostentar el papel de pieza esencial del Estado de Derecho.

El Juez es la boca por la que se expresa la ley, o el silogismo clásico que permitía “administrar justicia” mediante un simple proceso lógico, tuvieron, es verdad, una enorme influencia en los albores del proceso jurisdiccional; en ese contexto era entendible la visión sedentaria del papel del Juez en el proceso, limitado a admitir y a acumular los pedidos de las partes, sin iniciativa propia. Bien lo calificaba César Mansilla Novella como el Juez de las “3 T”, pues su papel se limitaba a emitir las clásicas resoluciones de “traslado”, “téngase presente” y “traiganse para sentenciar”. Dar paso a la figura del Juez director del proceso se debe en gran medida a la desaparición del mito que estimaba al Poder Legislativo como primer poder del Estado, a partir de la idea de que el legislador era infalible. Si a ello sumamos el papel del constitucionalismo y la vigencia de lo que se denomina Estado Constitucional de Derecho, cuyas ideas esenciales son que la Constitución es una norma jurídica y no solo política, y que la Norma Suprema constituye un parámetro a las competencias del Legislativo, que debe ceñirse a sus valores y principios, se perfila el nuevo papel del juez en la sociedad actual. El activismo judicial paso a tener carta de ciudadanía.

Es evidente que en la actualidad la actividad jurisdiccional es distinta. Alexy⁴ precisa este estado de cosas cuando dice que “se acentúan el valor frente a la norma, la ponderación frente a la subsunción, la omnipresencia de la Constitución frente a la independencia del Derecho ordinario, y la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución frente a la autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución”.

Que a cada generación le corresponde mejorar el legado recibido es un axioma que explica la evolución someramente reseñada. Hoy, nuestra generación se enfrenta a situaciones muy distintas en todo tipo de aspectos, siendo el jurídico uno de los mayores, pues involucra la defensa de los derechos fundamentales. La teoría de la argumentación, por ejemplo, ha justificado nuevos enfoques en la forma en que deben pronunciarse los jueces al resolver las controversias. En ese orden de ideas, un sector de la tradición continental nos decía que para enfrentar los cambios sociales era necesario reformar la Constitución, para que se acomode a los nuevos tiempos. Hoy, bien sabemos, ello no es necesario ni ineludible, pues la Jurisprudencia, atenta y firme, puede asumir la tarea de adecuación de la carta magna, hacerla una “Constitución viviente”, en la que, respetando sus valores y principios, logre su armonización con las necesidades que las sociedades modernas reclaman.

Junto con estas ideas, se hace necesario resaltar la tarea de la interpretación constitucional. Nuestro texto constitucional es “poroso” por una serie de razones que van desde el uso de conceptos indeterminados, circunstancias de tiempo y lugar hoy inexistentes o porque representaron en su oportunidad fórmulas de transacción entre las fuerzas políticas que trabajaron en el Congreso Constituyente. Sea como fuere, es necesario que la Constitución se mantenga vigente durante un período razonable para que, entre otras consecuencias, permita fortalecer el crecimiento del “bloque de constitucionalidad” que crece a su sombra. Por ello puede decirse que la buena vida de las constituciones

⁴ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 160.

está dada por su desarrollo en la continuidad. La jurisprudencia es un instrumento que permite que ese desarrollo se logre sin la necesidad de reformas totales o parciales. En todo caso, la jurisprudencia debe ser el instrumento natural para ese desarrollo, y la reforma, la excepción.

En este caminar se va vislumbrando la justificación de cambios radicales frente a lo que han significado dogmas del proceso. Uno de ellos, el que los Jueces solo deben “aplicar la ley”.

3. Justificación analítica

Un primer aspecto que amerita ser tomado en cuenta es que la visión del proceso judicial como una relación procesal entre dos partes que defienden sus derechos subjetivos y que se resuelve con una decisión con efectos de cosa juzgada *inter partes* no es congruente con la estructura y fines de ciertos procesos constitucionales. En efecto, baste apreciar, por ejemplo, que un proceso de inconstitucionalidad no concuerda con la defensa de derechos subjetivos ni los efectos de la sentencia que se emita alcanzan solo a las partes, pues el artículo 204 de la Constitución señala que la sentencia del TC que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial y al día siguiente dicha norma queda sin efecto. El efecto *erga omnes* define bien esta situación.

Por otro lado, la *ratio decidendi* de las sentencias constitucionales tiene un valor propedéutico indiscutible. A la vez que expresan el sentido que debe darse al texto constitucional, generando a veces una auténtica mutación de este, las sentencias se convierten en instrumento para afirmar los valores y principios que contiene la carta magna, lo cual hace que los alcances de la sentencia excedan el interés privado de las partes, lo que se conoce como el efecto horizontal de la sentencia. Dirimir controversias no es, pues, la meta excluyente de un proceso constitucional. Siendo así, las sentencias constitucionales tienen un valor especial, por sí mismas, lo que explica los alcances del artículo VI

del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, *in fine*, que establece que los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley, y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de ellos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC.

El discernimiento del Juez ha pasado a ser su principal instrumento de acción, pues la tarea de interpretar la disposición legal y extraer de ella la o las normas que su inteligencia y entendimiento consideren las adecuadas para mejor resolver, es su mejor arma. Por otro lado, las lagunas del Derecho existen y no son la excepción (Kantorowicz diría que hay tantas lagunas como palabras). Por lo dicho, pretender sostener que la interpretación consiste en encontrar el “significado” de la ley, lo que el legislador quiso, es una ingenuidad, pues el instrumento utilizado por la ley es la palabra, y bien se sabe que ella es esquiva, pues las palabras nunca pueden abarcar la realidad, pues si lo logran, las decisiones judiciales serían indiscutibles y, por tanto, no tendría sentido el sistema recursivo para su revisión. Por ello mismo, pretender que la letra de la ley es un mandato claro y preciso, que no necesita de interpretaciones, es una obsolescencia conceptual. Ernest Fuchs expresa esa idea a través de un ejemplo clarificador: “El juez y jurista que propugna el estricto apego a la letra de la ley sería como el criado al que en invierno se le ordena que encienda diariamente la calefacción y en verano sigue encendiéndola cada día porque el mandato no ha sido revocado”.

Este discernimiento es tanto más exigente cuanto la constitución descansa sobre principios, que por esencia, son normas abiertas, permeables al desarrollo en el futuro. Häberle tipificaba esa característica al hablar de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. Más no solo eso. Mientras que el Derecho procesal descansa en un componente estrictamente técnico-jurídico, el Derecho constitucional tiene una marcada inclinación a lo político más que a lo técnico, lo que indudablemente afecta la labor de interpretación. Un juez constitucional debe hacer una inevitable valoración del impacto político, social y económico de su decisión, por lo que bien puede decirse que

“la jurisdicción constitucional participa en la dirección del Estado”. La importancia social que puede llegar a tener una sentencia constitucional no puede ser ignorada.

Ya hemos dicho que la *ratio decidendi* tiene un especial valor en la sentencia constitucional, a diferencia del valor que tiene en la justicia ordinaria en que la parte resolutive es la esencial. Ello se debe a que los tribunales constitucionales sientan doctrina, pues cerrar la brecha entre el Derecho y la sociedad es una labor cotidiana para la justicia constitucional, lo que exige una tarea explicativa y razonamientos más profundos para justificar lo que se decide.

A todo ello podríamos agregar que hay que lograr la economicidad del proceso; respetando el precedente, se simplifica considerablemente el deber de argumentación. Edgardo Villamil Portilla nos dice al respecto:

La seguridad jurídica no es solo sujeción a la norma positiva, es también, solo a título de ejemplo, el respeto por el precedente, de modo que la carga de la argumentación está en hombros de quien quiere combatir el precedente, bien sea el propio o el construido colectivamente. Además, en un sistema jurídico que haya consagrado el derecho a la igualdad, el valor del precedente toma una dimensión descomunal por el derecho de los ciudadanos a ser juzgados de la misma manera. Por ello el comportamiento del juez no puede ser insular, tiene ataduras. La coherencia le impone decidir igual que lo hizo ayer, igual que lo hicieron sus colegas; no puede ser un tiranuelo confinado en su torre de marfil. En ese sentido, el Derecho es más conservador de lo que se piensa y así debe ser, en tanto el juez que quiera quebrar el paradigma vigente debe demostrar la necesidad y justicia del cambio. No es la consagración de la esclerosis del Derecho, es la exigencia de estabilidad y seguridad que justifican la existencia del Derecho como forma de regulación social.

Por todo ello, no podemos menos que reconocer que la jurisprudencia vinculante ha adquirido carta de ciudadanía. Aharon Barak, en

su obra *Un Juez reflexiona sobre su labor*, define de manera precisa esta realidad cuando dice:

En realidad, la desviación del precedente del tribunal es un asunto grave y se debe tomar con responsabilidad. El precedente no es inmutable, pero oponerse a la jurisprudencia establecida no es un objetivo en sí mismo. La separación del precedente debe ser la excepción, no la regla. Y cuando un juez se aparta del precedente, debe ser explícito al respecto, asumiendo responsabilidad personal por el cambio. El Poder Judicial debe ser transparente (...) la “carga de la prueba” debe yacer en quien sea que desee apartarse del precedente. Por tanto, cuando se equilibran las balanzas, debemos apegarnos al precedente.

4. Preocupaciones operativas

Los sistemas de justicia constitucional son de los más variados. El control difuso y el concentrado explican las diferentes vertientes. Podría decirse que cada país ha desarrollado su propio sistema. Perú, por ejemplo, junto con Portugal, Colombia y Venezuela han adoptado un sistema concentrado-difuso. Esta variedad de sistemas tiene, evidentemente, influencia en el valor de la cosa juzgada constitucional y en sus alcances. El efecto *inter partes* del control difuso versus el efecto *erga omnes* del sistema concentrado del proceso de inconstitucionalidad constituyen manifiestas diferencias.

Los sistemas de justicia constitucional concentrada, a su vez, no guardan uniformidad sobre la conformación y ubicación de su organización especializada. Podríamos precisar cuatro estructuras diferentes:

- 1) Tribunales o Cortes Constitucionales ubicados fuera del aparato jurisdiccional ordinario: es el caso de Chile, Ecuador, España, Guatemala, Perú, República Dominicana y Portugal.
- 2) Tribunales o Cortes autónomas ubicados dentro de la propia estructura del Poder Judicial: el caso de Bolivia y Colombia.

3) Salas especializadas en materia constitucional, que pertenecen a las propias Cortes o Tribunales Supremos: existen en El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela.

4) Cortes o Tribunales Supremos ordinarios que realizan funciones de tribunal constitucional, aunque no de manera exclusiva: así funcionan en la Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay.

Esta disparidad en la organización no impide que identifiquemos la existencia, en cada caso, de una auténtica jurisdicción constitucional. En efecto, esta descansa en los siguientes presupuestos:

a) La existencia de una Constitución morfológicamente rígida, lo cual impide que sea sometida a constantes y fáciles modificaciones, cual si fuera una ley común. Ello conjuga con la importancia del órgano constitucional que la interpreta y la pone al día vía la jurisprudencia.

b) La existencia de un órgano de control de la constitucionalidad dotado de competencia para ejercer control sobre la adecuación de la legislación de rango inferior respecto de la Constitución.

c) La existencia de procesos que permitan materializar el control de constitucionalidad.

d) Jueces especializados.

Es evidente que en cada uno de los países citados se dan los presupuestos anotados, y por ende, podríamos decir que tienen jurisdicción constitucional. Ahora bien, sea que formen parte de la estructura del Poder Judicial o que sean órganos constitucionales autónomos, como sucede en el caso peruano, a todos ellos los afectan una serie de cuestionamientos sobre la legitimidad de su actuación. Dichos cuestionamientos los podríamos resumir de la siguiente manera:

a) La falta de base democrática que justifique la intervención de control sobre la labor del Parlamento, bajo el entendido de

que este Poder del Estado nace de las urnas, mientras que los magistrados integrantes de los órganos de control constitucional no ostentan la misma credencial. Sin perjuicio de alegar que lo democrático no nace ineludiblemente de las urnas, la doctrina suele mencionar que en dichos órganos se da una base democrática indirecta, en la medida que, en el caso peruano, sus miembros son elegidos por el Congreso mediante votación altamente calificada, lo cual les otorga la credencial reclamada. Sin perjuicio de ello, coincidimos con quienes expresan que su papel contralor “podría ser democráticamente antinatural, pero es sociológicamente imprescindible”.

b) El peligro de politización de su labor, en la medida que las decisiones del TC pueden afectar la marcha del estado. Es verdad que este es un peligro real, pero más grave sería un Parlamento sin control. Entre ambos peligros hay que poner el énfasis en los excesos del Poder Legislativo. La historia nos brinda ejemplos suficientes de la necesidad de controlar al soberano.

c) El exceso de competencias. En efecto, no es fácil diagramar un control sobre el Tribunal Constitucional, por lo que solo cabe fijar muy bien sus competencias. Es claro que, en ningún caso, este puede convertirse en poder constituyente ni tampoco considerarse poder constituyente constituido o comisionado del mismo.

d) El exceso de activismo judicial que convierta al tribunal en lo que se conoce como un “legislador motorizado”. El autocontrol resulta insuficiente en este aspecto. A mi modo de ver, ello solo se logra con la calidad de los miembros elegidos para tan alta función. No basta que sean juristas. Necesitan tener visión de estadistas, que les permita otear el horizonte, el efecto a futuro, cuidando de honrar nuestro compromiso social con las generaciones futuras.

e) Las decisiones divididas que se adoptan en los órganos colegiados impiden adoptarlas con absoluta seguridad. En el caso

peruano, con siete miembros, se dan casos en que la mayoría es de apenas un voto de diferencia, lo cual es indicativo de lo polarizada que ha sido la decisión. La existencia de los votos singulares es cuestionada en algunos países, aunque hay que reconocer que la gran mayoría reconoce su valor y eficacia, como es el caso peruano. Sea como fuere, esta polarización le resta validez social, pero ello no debe significar que la justicia constitucional deja de cumplir con su papel de guía en la interpretación de los principios y valores constitucionales.

Podríamos reconocer que hay peligros que afectan la tarea jurídica de la justicia constitucional, siendo la usurpación de la tarea de legislador, vía sentencias manipulativas, el camino más probable; también, en medida altamente contingente, la denominada autonomía procesal de la que dice gozar. Resulta congruente con este temor la alerta del presidente americano F. D. Roosevelt, quien decía que “debemos adoptar medidas para salvar a la Constitución del tribunal y al tribunal de sí mismo”.

Sin perjuicio de ello, estos temores no pueden llevarnos a suponer que la justicia constitucional no cumple un papel importante en la defensa de los derechos fundamentales, especialmente en lo que atañe a la igualdad y a la dignidad de las personas. Al respecto, Gargarella aporta a este entendimiento cuando sostiene:

... puede decirse que el control judicial puede ser compatible con el ideal de democracia solo si, y en la medida en que, se ejerza de cierto modo. ¿De qué modo? De uno que, a la vez de ser respetuoso del predominio de la autoridad democrática, sirva al debate colectivo, y contribuya a la inclusión y a la igualdad que son necesarias para otorgar sentido a la deliberación colectiva.

Los peligros anotados tampoco nos pueden llevar a la equivocada idea de que la jurisprudencia constitucional se deslucе a la luz de estas circunstancias. Por el contrario, creemos que esos altibajos dependen más de la calidad de los Magistrados que de la propia justicia constitucional. A los Magistrados se les reclama que “deben saber discernir el

espíritu de su tiempo”, tarea que si bien no es nada fácil, es posible de lograrse. El prestigio de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha logrado que sus decisiones sean vinculantes a lo largo de la historia, aún cuando no haya ley que le reconozca esa competencia. Hay que entender, además, que la organización de la jurisdicción constitucional es nueva en muchos países; por ejemplo, la de más reciente creación es el Tribunal Constitucional de República Dominicana, que no tiene ni dos años, por lo que es de esperar que se vayan decantando los mejores sistemas y conformaciones de sus órganos, sean dentro o fuera del Poder Judicial. Lo demostrado por las Cortes Constitucionales de Colombia, Argentina, Brasil o Perú a nivel latinoamericano dice a las claras que ese emprendimiento no tiene retorno.

Por ende, debemos propender a su mejora, siendo uno de dichos instrumentos el efecto normativo de las sentencias constitucionales.

5. Argumentos que justifican su adopción

Las contradicciones jurisprudenciales no favorecen al prestigio de los tribunales, pero sobre todo, afectan el principio de igualdad, a la vez que generan incertidumbre en los justiciables.

Al igual que nuestro artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional reseñado al inicio de este trabajo, el artículo 31 de la ley de creación del Tribunal Constitucional de República Dominicana establece que “Las decisiones del Tribunal Constitucional son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado”.

Ello reafirma una tendencia que no carece de fundamentación. El efecto vinculante de la jurisprudencia puede ser sustentado o explicado a través de una serie de consideraciones de distinta naturaleza. Veamos:

Gozáini⁵ sostiene:

Allí donde existe un tribunal constitucional especializado, el riesgo de dualidad interpretativa existe. Y la solución procesal que se dé para evitarlo, por razones lógicas, debe partir de la supremacía funcional del órgano de justicia constitucional. Dicho de otra forma, si se ha creado un órgano especializado de justicia constitucional es precisamente porque se supone que a él le corresponderá fijar la última palabra en materia de interpretación constitucional.

En efecto, no tiene ningún sentido dejar al garete esta inevitable dualidad interpretativa, ya que órganos de distinto nivel tienen competencia en materia constitucional. Este desnivel ha sido discutido y la doctrina autorizada reconoce que los Tribunales Constitucionales deben ostentar el estatus de máximo intérprete de la Constitución, lo que supone, necesariamente, que los órganos inferiores deban asumir como propias las interpretaciones del TC.

La unificación de la jurisprudencia es un caro anhelo, tanto ciudadano como de la Justicia, tanto ordinaria como constitucional. A tal efecto tenemos normas legales que así lo exigen, como es el caso de los Plenos Casatorios en los procesos civiles, los plenos jurisdiccionales en materia penal y laboral, entre otros. ¿Para qué se realiza tanto esfuerzo si los acuerdos no terminarán siendo vinculantes? La labor interpretativa de los jueces puede generar varias “normas” de un solo dispositivo, atendiendo a una serie de factores. Eso es crear derecho, y hay que llamar a las cosas por su nombre. Por ende, la jurisprudencia que contiene ese “derecho nuevo” debe tener una virtualidad jurídica sobre los órganos inferiores, sin que se le pueda negar esa eficacia bajo el argumento de que los jueces no son legisladores y, por tanto, no pueden generar normas de alcance general. Comanducci⁶ expresa una brillante justificación de la legitimidad del efecto vinculante:

⁵ Gozáini, Osvaldo; *Proceso y Constitución*; Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 56

⁶ Comanducci, Paolo; *Democracia, derechos e interpretación jurídica*, ARA Lima, 2010, p. 149 y ss.

Desde un punto de vista teórico, diría que es de sentido común constatar que la discrecionalidad judicial es, en alguna medida, inevitable, y que eso depende, a la vez, de factores objetivos y subjetivos. Factores que están fuera del alcance del juez y factores que, en cambio, podrían ser modificados por los mismos jueces. Los factores objetivos son aquellos —bien conocidos— de tipo semántico, es decir, que dependen de la *open texture*, de la textura abierta del lenguaje natural, que no permite al legislador formular normas tan precisas que puedan siempre ser interpretadas de una única forma. Los factores subjetivos son igualmente conocidos: están constituidos por la interacción de ideologías e intereses en la decisión (...) ¿Es compatible esta constatación, según la cual los jueces producen normas jurídicas —bastante compartida a nivel teórico—, con el valor de la separación de poderes, al que todos parecen tener mucho aprecio? Yo diría que sí, si nos damos cuenta de que aquel concepto de la separación de poderes según el cual el juez se limita a aplicar mientras que el legislador es el único productor de normas, es fruto de las ideologías jurídicas del inicio del siglo XIX, y poco tiene que ver con la ideología de la separación de los poderes de Montesquieu, que —esta sí— se encuentra en la base de la idea liberal del Estado “limitado”. La separación de poderes de Montesquieu solo significa que los poderes no deben estar todos en las manos de un único sujeto. Deben estar divididos. No significa, sin embargo, que un poder deba ser ejercido exclusiva y necesariamente por un solo órgano, y otro poder por otro órgano. La constatación que puede hacerse en el nivel teórico es que el poder normativo —es decir, el poder de producir normas que vinculan a la colectividad—, que es el poder más importante y “peligroso” en los países modernos, está dividido o fraccionado. No lo ejerce solo el legislador, sino que lo ejercen también otros órganos: el tribunal constitucional (si existe), los jueces, en alguna medida, y, en parte también, el Gobierno y la Administración Pública (...) Se trata entonces de encontrar formas para asegurar la coherencia en el tiempo de las decisiones interpretativas de los jueces, porque solo así ellas serán de alguna forma previsibles y previsible también resultará, en alguna medida, la decisión final del caso.

La coherencia reclamada es base suficiente para entender el efecto normativo.

En otro orden de ideas, cabe discutir cuál sería la télesis de la exigencia de motivación en las resoluciones judiciales que la Constitución exige como garantía del debido proceso, si luego de ello, la decisión pasa a ser un pieza de biblioteca. Ferreres y Xiol⁷ con la mayor rigurosidad lógica sostienen:

Si las decisiones de los Tribunales han de cumplir con el requisito de ser motivadas, de no ser arbitrarias y de tratar igualmente a los ciudadanos, entonces, el que en un caso se tome cierta decisión tiene que determinar que la misma decisión haya de tomarse para un caso igual a él en los rasgos relevantes (...) en dos casos iguales hacen pronunciamientos distintos órganos judiciales de diferentes jerarquías, parece lógico que se tenga una deferencia por el órgano superior; de lo contrario, no solo se ponen también en peligro valores como la igualdad y la interdicción de la arbitrariedad, sino seguramente un valor quizás más profundo y que sustenta a ambos, el valor de la racionalidad misma del proceso de toma de decisiones.

La supuesta independencia del Juez no es argumento idóneo para contrarrestar esta verdad de Perogrullo. Más adelante volveré sobre este aspecto.

Un sistema de precedentes obliga a los jueces a pensar en el impacto del caso presente respecto de los casos futuros sustancialmente iguales. Al resolver se obliga a hacer una abstracción de las partes litigantes, acentuando con ello el sentido de imparcialidad. Esta sola posibilidad amerita darle valor al efecto *erga omnes*, pues al actuar de esa manera lo hace según los fines del artículo 1 del Código Civil Suizo, que le reconoce al Juez el papel de legislador cuando dice que en defecto de ley o costumbre el juez decidirá según la regla que él mismo establecería como legislador.

⁷ Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol, *El carácter vinculante de la Jurisprudencia*, 2ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, p. 123.

La seguridad jurídica no debe ser vista solo como sujeción al dispositivo legal. Debe comprender también al precedente, más aún cuando se trata de decisiones de órganos colegiados de rango superior, cuyos integrantes deben tener, por regla universal, más experiencia, circunstancia que tiene mucha importancia. En todo caso, no se trata de que el juez se aparte del precedente sin más, ignorando su existencia. El precedente genera, cuando menos, la carga de una argumentación específica y más elaborada, esto es, una argumentación específica que explique los motivos por los que el Juez considera necesario apartarse del precedente.

Sin perjuicio de ello, desde que sendas disposiciones normativas establecen que la jurisprudencia es vinculante, estamos ante un mandato imperativo de carácter legal. Si se sostiene que los jueces deben obedecer solo a la ley, pues el artículo VII del Título Preliminar debe ser obedecido. César Landa⁸ señala al respecto que existen tres grados de vinculación en relación con la eficacia de las sentencias del tribunal: como “tener que acatar” (para las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes); como “deber de cumplir” (para los precedentes vinculantes) y como “poder/deber de seguir” (para la doctrina jurisprudencial). El grado de fuerza creadora constituye una opción del legislador, quien podría decidir por un efecto meramente persuasivo, a título de recomendación, por ejemplo, o, como lo establece el artículo VII del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Constitucional, un efecto normativo pleno, sin limitaciones”. Por ende, estamos ante una norma que debe ser cumplida sin más. El mismo efecto se hace extensivo a la jurisprudencia derivada de los Plenos Casatorios que regula el artículo 400 del Código Procesal Civil, aunque dicho Código lo denomina doctrina jurisprudencial, dispersión conceptual que amerita ser unificada para evitar dudas sobre su naturaleza y alcances.

¿Se viola la independencia judicial imponiendo efecto normativo a la jurisprudencia? Creemos que no. Baste observar que el juez sigue

⁸ Landa Arroyo, César, *Los precedentes constitucionales*, Grijley, Lima, 2010, p. 79.

siendo director del proceso, y lo es con mayor énfasis en el análisis y valoración de la prueba, eje central de su decisión. A partir de ello, el juez puede considerar que existen elementos que diferencian el caso del precedente que se le exige aplicar y, por tanto, considerar que está ante un caso distinguible. Ferreres y Xiol agregan un elemento de juicio realmente incontestable:

¿Hasta qué punto es coherente la conexión que se traza habitualmente en nuestra cultura entre el principio de independencia judicial, por un lado, y la negación de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, por el otro? Tengamos en cuenta que, en la práctica, nadie cuestiona la legitimidad de que las sentencias judiciales sean recurridas ante los tribunales supremos, y que estos hagan prevalecer sus opiniones frente a las de los jueces que las han dictado. Tampoco se duda de la legitimidad de que, en algunos supuestos, los tribunales supremos retrotraigan las actuaciones para que los jueces de instancia dicten nueva sentencia, ajustada al criterio que se les impone desde arriba. No se estima que haya aquí lesión alguna de la independencia judicial. Si ello es así, ¿no resulta sorprendente que se rechace la fuerza vinculante de la jurisprudencia, en nombre de la independencia judicial? ¿Por qué se considera que no hay lesión de la independencia cuando el tribunal superior obliga al inferior a dictar nueva sentencia en un caso concreto, y se estima que sí la hay cuando esa obligación reviste carácter más general? A fin de cuentas, en ambos supuestos, el juez se ve obligado a dejar de lado su opinión jurídica, ajustándose a la ordenada por el tribunal superior.

Evidentemente, no hay justificación a este enfoque dispar. La independencia judicial no debe significar libertad para apartarse de pronunciamientos que puedan contener argumentos de autoridad, o razonables interpretaciones, o que sencillamente han resuelto de manera justa el caso similar al que el juez tiene entre manos. Hay una cuota de respeto en todo ello que los jueces inferiores no pueden desconocer con el argumento de su independencia.

6. Necesidad de mejorar la regulación legal

La defensa del precedente no debe suponer que la asignación del valor normativo a las sentencias del TC debe mantenerse tal cual se encuentra regulado. Estimamos que hay serios errores en la norma vigente, que ameritan una crítica en el ánimo de propender a su mejora. Ya en anterior trabajo⁹ he analizado este aspecto y reitero aquí algunas de esas ideas.

El efecto normativo se circunscribe a lo que comúnmente se conoce como la *ratio decidendi*, toda vez que el *obiter dicta* tiene una función esencialmente persuasiva. Dado que no es fácil diferenciar una de otra, la ley nacional establece que el propio Tribunal Constitucional deberá precisar en la sentencia el extremo normativo de su decisión. Creo que la ley debiera ser más precisa, pues en la praxis se ha cumplido el encargo de maneras diversas. Alguna vez el Tribunal ha precisado el precedente en la parte resolutive de la sentencia, pero en la mayoría de casos lo ha hecho haciendo referencia a determinado número de considerandos de la resolución. Por ello estimamos que:

- a) Debe exigirse una puntual delimitación del precedente, sin importar necesariamente que se precise solo la *ratio decidendi* o que sea una mezcla de esta con el *obiter dicta*, pues no siempre es fácil ni es aconsejable separarlos.
- b) Que sea definida con extrema precisión, pues estamos ante una “norma”.
- c) Que necesariamente forme parte del fallo y no de los considerandos, pues una remisión tan abierta es contraproducente y escapa a un control de calidad y pertinencia. Se ha dado el caso en que algunos de esos considerandos contenían citas doctrinarias, siendo impensable que esa cita tenga el carácter de vinculante.

⁹ Ramírez Jiménez, Nelson, “La revisión de las sentencias Constitucionales”, *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 11, N° 21, julio-diciembre 2010, pp. 57 y ss.

d) Debe exigirse que el precedente esté vinculado necesaria e inexcusablemente al tema de fondo que se resuelve. Hemos tenido la experiencia de un caso de hábeas corpus que termina generando precedentes sobre el arbitraje, tema este de naturaleza mercantil que no tiene relación con la libertad, como es fácil de suponer.

Nuestro Tribunal Constitucional está integrado por siete magistrados, quienes sesionan en dos Salas de tres miembros cada una para distribuirse la carga procesal con más eficiencia. Solo sesionan en Sala Plena cuando la ley, atendiendo a la naturaleza de la materia (por ejemplo, procesos de inconstitucionalidad) así lo exige. A partir de ese sistema, los Magistrados integrantes de cada Sala se han considerado legitimados para crear precedentes por la sola decisión del colegiado y en algunos casos por simple mayoría de votos, cuando lo correcto es que solo las sesiones plenarias tengan esa competencia excepcional. Es por ello que debieran establecerse las siguientes precisiones:

- a) Que los precedentes vinculantes solo pueden ser creados por decisión adoptada en sesión de Sala Plena;
- b) Que tanto para crear un precedente como para modificarlo, debe haber una mayoría calificada que así lo decida, la que estimo debiera ser de cinco miembros, tal como así lo exige el artículo 5 de su Ley Orgánica para el caso de la acción de inconstitucionalidad, que a la letra dice:

Artículo 5. Quórum

El quórum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. El Tribunal, en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco votos conformes.

De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad.

La analogía es evidente y, por tanto, debe exigirse similar número de votos para generar un precedente o modificarlo.

Un problema aparte y muy delicado lo constituye la emisión de votos en discordia y votos singulares al momento de definir una controversia. Si bien es inevitable que ello ocurra, especialmente cuando la causa tiene connotaciones políticas, debiera establecerse como regla que un precedente no puede ser creado respecto de temas en que dichas discordias se presentan de manera continua, pues será inevitable la debilidad y vulnerabilidad del efecto normativo. Serenar las posturas debiera ser una condición previa.

Debiera precisarse que los efectos del precedente vinculante no pueden ser retroactivos, pues la Constitución no lo permite respecto de las leyes. A su vez, cuando un precedente es dejado sin efecto o variado en sus alcances, debiera precisarse que el nuevo precedente no puede aplicarse a los procesos que se hayan iniciado a partir del precedente que se deja sin efecto o se varía. La seguridad jurídica así lo aconseja.

7. Conclusión

No es dable seguir insistiendo en que la jurisprudencia no debe tener efecto normativo, bajo el ingenuo argumento de que los jueces solo deben aplicar la ley. Ese razonamiento desconoce aspectos básicos del sistema de recursos, pero, por sobre todo, desconoce la existencia y alcances de normas del proceso vigentes desde hace casi veinte años.

Por ejemplo, el artículo 384 del C. P. C. señala, por un lado, que el objeto de la casación es la uniformidad de la jurisprudencia nacional y más adelante, en el artículo 386, precisa que una causal para ir en casación lo constituye el apartamiento inmotivado del precedente judicial.

¿Cómo puede alegarse a estas alturas de la historia jurídica del país que los jueces no deben tener vinculación respecto de los precedentes? ¿Cómo puede aspirarse a la uniformidad de la jurisprudencia si el precedente no genera la obligación de ser seguido?

Finalmente, cabe hacer una reflexión respecto del valor de los precedentes en el sistema del *Common Law*. No podría sostenerse seriamente que los jueces de ese sistema carecen de independencia en la medida que no puede dejar de aplicar los precedentes de la Suprema Corte. ¿El *Stare Decisis* los convierte en jueces menos independientes que los del sistema continental del *Civil Law*?

Claro que no. Si ambos sistemas se han acercado de tal manera que ya no cabe hacer distingos absolutos entre ellos, es natural que comencemos a aceptar que el efecto vinculante de la jurisprudencia es fruto natural en ese proceso evolutivo.

CAPÍTULO VI

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN PARAGUAY

Por Pablo Darío Villalba Bernié¹

1. Preludio

Los desafíos contemporáneos son diversos y cada vez más osados. En esta estela se enmarca la justicia constitucional como estandarte de la conquista en la protección de los individuos, que al conjuro de la protección de los derechos fundamentales viabiliza la necesidad de vincular el elenco de garantías previstas en el marco internacional con el orden interno de los Estados y, a su vez, con los otros orientadores, como el caso del orden internacional, pues debe comprenderse que ambos regímenes se encuentran unidos por un mismo cordón umbilical y no por derivaciones diferentes.

El norte de la ciencia jurídica es la protección de la persona humana; partiendo de esta premisa básica, el objetivo del ámbito constitucional y del supranacional es el mismo, pero ocurre que desde lo transnacional los marcos son más abarcativos y no presos de limitantes propias de los contornos estatales, donde el positivismo imperante apremia, haciendo que el proceso no pueda apartarse de la literalidad de la

¹ Abogado, Prof. de Derecho Procesal Civil y vice Decano de la Universidad Católica Ntra. Sra. de la Asunción, Sede Regional Itapúa, Encarnación, Paraguay; Prof. de la Escuela Judicial del Paraguay; Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Paraguayo de Derecho Procesal y del Instituto Itapuense de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

norma, condenando a que el iuspositivismo reine. En cambio, desde extramuros, específicamente desde los derechos humanos, la concepción propicia la viabilización de un proceso basado en principios, elevando la protección hacia la persona humana en su máxima expresión.

Trasluce, entonces, que la Constitución se convierte en un instituto dinamizador del fortalecimiento de los derechos fundamentales, que a su vez consolidan a los derechos humanos positivizándolos en el marco constitucional, transformando a la Constitución en una norma exigible judicialmente de cumplimiento obligatorio.

En definitiva, la Constitución es un mandato normativo de optimización del sistema que debe ser cumplido, de allí que deba garantizarse una reacción en caso de incumplimiento. Cimentada como esencial en un Estado de Derecho, garantizando principios, mandatos y expresos aplicables al orden jurídico, contando además con un mecanismo idóneo para la real defensa de los derechos.

La idea perfila que la Constitución no quede reducida a una mera especulación normativa, sino que sea flexible y de eficacia práctica, incorporando nominalmente los derechos fundamentales que conlleven la asimilación de los derechos humanos.

Ante lo cual el rol Constitucional fluye trascendente dando plenitud al radio de protección de los derechos fundamentales y de las garantías específicas, en especial, en cuanto al tratamiento que se dan a estos en el orden interno previendo su incorporación como derecho vigente.

Delimitado en este contorno, parecería ser que la noción de “control de constitucionalidad” se encuentra reservada para el Poder Judicial en exclusiva, cuando la defensa de la supremacía de la Constitución deviene en una función que corresponde a todos los poderes del Estado, solo basta mirar el pasado reciente de Paraguay para percatarnos de esta realidad insoslayable. Aun podría agudizarse la concepción, estableciendo que es una obligación de todos los ciudadanos en general.

Así las cosas, en una visión superadora, el bloque de constitucionalidad vigente en un país tiene gravitación tanto en la incorporación nominal de los derechos fundamentales como en la consolidación de las modernas instituciones democráticas, y, especialmente, en la formación de una conciencia constitucional, asistiendo para que pueda lograrse un cumplimiento judicial efectivo. Pasa a ser un matiz innovador de la concepción autosuficiente y hermética del contenido normativo, para ampliarse hacia conceptos más integradores, como el Bloque de Constitucionalidad.

La narrativa previa focaliza la idea humanista e integradora de la Constitución, que cabe concebirla como una utopía realizable². Esta debe partir desde el constitucionalismo, pues esta cultura de la legalidad constitucional argumenta favorablemente en el sentido de inducir su aplicabilidad dentro del quehacer jurisdiccional de los Estados. Difícil sería concebir la protección de los derechos sin el amparo constitucional, que se materializa a través de los derechos fundamentales.

Estas líneas argumentales, justifican el desarrollo de la investigación conminando a realizar una descriptiva del control de constitucionalidad en Paraguay lo más abarcativa posible, teniendo en cuenta el escaso desarrollo que ha tenido, a los efectos de dar una cierta ubicuidad a la problemática. Así, comenzar a la luz del control constitucional y la supremacía de la Constitución; luego, pasar a la denominada constitucionalización y su influencia; abordar el bloque de constitucionalidad con sus bemoles particularizantes, que amplían los límites de la literalidad normativa; situar el orden de prelación constitucional en el ámbito paraguayo; identificar las características de la justicia constitucional; aproximarse a ideas que refuercen la complementariedad del sistema de protección constitucional en un ensamble con el orden interno; para, finalmente, establecer las repercusiones del control de

² Landa, César, *Derechos fundamentales y justicia constitucional*, Porrúa, México, 2011, p. 210.

convencionalidad; y adentrarse en el Derecho procesal constitucional, donde los paisajes no son iguales en los distintos países.

2. Control de constitucionalidad

2.1. *Nociones fundamentales*

Como punto de partida, dejamos en claro que la idea de control de constitucionalidad ha sido una visión unívoca y de aceptación común, oscilando sobre distintos posicionamientos que generaron, cuanto menos, el sostenimiento de dos escuelas clásicas: la americana (de control difuso) y la europea (de control concentrado); y por estos lares (Latinoamérica), podríamos agregar una tercera opción mixta, de control ambivalente, concentrado y difuso a la vez.

El control de constitucionalidad se convierte así en la espina dorsal del mundo jurídico enarbolada por la Constitución. Todo el ejido legal gira en torno a esta idealización que no tiene una expresa consagración legislativa y actúa como un orden implícito³.

Responde a la idea de que la Constitución contiene determinados mecanismos por medio de los cuales sostiene el funcionamiento del Estado, regulados por el constituyente, impidiendo el apartamiento de estas directivas de orden superior; en consecuencia, que ese poder sea utilizado en contra de los intereses de la comunidad. Conlleva un aspecto político y un ámbito jurisdiccional, el primero ordenando las funciones de los órganos del Estado, del ejercicio del poder público, que debe cumplirse por los gobernantes y los gobernados; en el segundo, orientando los mecanismos efectivos de protección, estableciendo quiénes garantizarán su cumplimiento, legitimación para

³ Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, T. I, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 29.

actuar y procedimientos efectivos. Es aquí donde emerge con claridad el Derecho procesal constitucional.

Referenciando al control de constitucionalidad, aflora con fuerza la idea de la Supremacía Constitucional, que comporta la obediencia debida a la Constitución como el orden superior del sistema de fuentes de un orden jurídico determinado. Dicho de otra manera, el sometimiento de todos los órganos del Estado y de los ciudadanos en particular a la Constitución, a la ley, siendo esta función ejercida mediante el Control de Constitucionalidad, que indica el marco general en el cual se desenvolverá el contexto jurídico y político.

2.2. Supremacía de la Constitución

La noción de supremacía constitucional es uno de los puntos angulares sobre los que reposa el ordenamiento jurídico, implicando reconocer a la Constitución como Norma Fundamental del Estado, ubicada en la cima de la pirámide jurídica, todo el ejido legal estructurado alrededor del imperio de la Constitución, nada por sobre ella, todo dentro de ella. Trasluce erigir a la Constitución en fuente y fundamento del orden legal, cuya misión fundamental consiste en regular la vida humana en sociedad.

Dicha supremacía se manifiesta desde tres aspectos: el sociológico, el político y el jurídico. Desde la visión sociológica, la Constitución establece los valores esenciales y fundamentales que serán aplicados a una comunidad, con seguridad representará los valores primordiales de carácter social; desde la visión política, contiene los elementos básicos para que el ámbito político pueda existir organizándolos, como también regulando el ejercicio de los poderes públicos; desde el punto de vista jurídico, la Constitución constituye el soporte sobre el que descansan las demás leyes y el resto del ordenamiento jurídico, emergiendo como el arbotante de la unidad del sistema.

Si bien en la actualidad no resulta incorrecto sostener que esta primacía constitucional ya no es tan absoluta, por la incidencia del orden internacional que centellea tal cual nuevas constituciones, no es menos cierto que la vigencia de la normativa supranacional debe ser admitida derivada del trazo constitucional y de su expreso mandato, por lo que no deja de ser una emanación del ejercicio de la soberanía contenida en ella.

En Paraguay, la supremacía constitucional se encuentra garantizada en grado absoluto, al regular el artículo 137 de la CN: “La Ley suprema de la República es la Constitución”; en su parte final reza: “Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a los establecidos en esta Constitución”. Impone que todo el orden jurídico debe reposar de acuerdo con ella y no debe transgredirla⁴; de hacerlo, estaría ante una inconstitucionalidad, un acto asistémico o fuera del sistema, que debe ser nulificado.

2.3. *Amplitud*

Interesa contextualizar el enfoque que el control de constitucionalidad no se encuentra circunscripto al Poder Judicial en exclusiva, sino que la defensa de la Constitución se halla confiada también a los otros poderes del Estado, como el Ejecutivo⁵ y el Legislativo⁶; asimismo, a todos y cada uno de los ciudadanos.

Conjetura que todos los órganos del Estado se perspektivan comprometidos a acatar las directivas constitucionales, y no solo ello, sino en cumplirlas rigurosamente en todos sus actos públicos.

No corresponde confundir al principio de legalidad con el de supremacía constitucional, pues aquel implica el sometimiento de la autoridad

⁴ González, Juan Marcelino, *Control de constitucionalidad*, Avezar, Asunción, p. 95,.

⁵ Art. 231 de la Constitución Nacional del Paraguay.

⁶ Art. 188, 201 y 202 de la Constitución Nacional del Paraguay.

pública al orden jurídico legal, el poder sometido a la voluntad popular que la gobierna y crea las leyes, sin que existan poderes discrecionales, por lo menos en teoría⁷. En contraste, la supremacía constitucional, presupone que en dicho ordenamiento jurídico existe un orden de prelación de las normas, dándose un escalonamiento jurídico que tiene en la cima a la Constitución. Figura que si bien ambos conceptos son distintivos, actúan complementados e integrados mutuamente.

3. Constitucionalización

Abordaremos el temario de la Constitucionalización, por la magnitud que trasluce, al servir de elemento corrector de todo el contexto jurídico. La llamada “constitucionalización”, registra su origen entre los siglos XVII y XVIII (especialmente con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Francia revolucionaria de 1789), adquiriendo importancia recién en el siglo XX en occidente, luego de un largo letargo, con posterioridad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; aunque, puntualmente, el fenómeno tiene su marco inicial en Alemania, luego de la promulgación de la Ley Fundamental de 1949.

El fenómeno ha traído varias consecuencias básicas: la primera, una renovación epistemológica en la visualización y concepción del sistema jurídico, que evoluciona del sistema legalista hacia uno constitucionalista; la segunda, el constitucionalismo o neoconstitucionalismo; y la tercera, el tránsito hacia un constitucionalismo universal. De ellas surgieron incidencias en el orden jurídico interno de los distintos países, al punto que en la actualidad es casi imposible comprender el futuro del proceso desvinculado de la constitucionalización.

⁷ Se ha demostrado que resulta imposible la eliminación de los poderes discrecionales, pero es fundamental que su utilización sea excepcional.

La constitucionalización consiste en la marcha y resultado de la transformación del Derecho causado por la Constitución⁸, conllevando la idea de impregnación de todo el espectro jurídico por las normas constitucionales⁹. La Constitución pasa a tener una visión unificadora, posicionándose como remedio a los efectos destructivos del orden jurídico, mediante una previsión de mayor rango, un derecho más alto¹⁰, de fuerza obligatoria incluso para el legislador, que debe condicionar su actuación a ella. La premisa genera la noción de que más allá de la literalidad normativa están los valores y los principios inmanentes consagrados en la Constitución, que no merecen soslayarse.

Desde el surgimiento con fuerza de la protección de los derechos humanos, especialmente de la necesidad de la defensa de los derechos fundamentales, la justicia constitucional cobra vigor dándole un nuevo sentido a su incidencia jurídica. Se marcan hitos claros y orientaciones obligatorias que ya no pueden ser abandonadas por quienes profundizan el proceso, descubriendo estar sumergidos en la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Generó las condicionales óptimas para que la metamorfosis del Derecho se produzca, aunque debemos reconocer que todavía no ha pegado con fuerza la idea en Paraguay. En esta senda, es que atañe describir las consecuencias básicas de la constitucionalización, tendiendo a marcar rumbos en dos sentidos, uno dirigida al Derecho interno, en lo que se denomina el Neoconstitucionalismo, y el otro, hacia el ámbito supralegal, el tránsito hacia un constitucionalismo universal.

⁸ García Figueroa, Alfonso, "La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo", en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2005, p. 163.

⁹ Guastini, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano", en *Neoconstitucionalismo*, ob. cit., p. 49.

¹⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 6ª ed., Trotta, Madrid, 2005, p. 39.

3.1. Sistema constitucionalista

La constitucionalización ha instalado con fuerza la idea de superación del sistema legalista por el sistema constitucionalista, en un avance sin precedentes.

El sistema legalista, siguiendo a Zagrebelsky, pretendía regular todo a través de la ley, empleando como método la subsunción del caso con la norma, se le obligaba a aplicar el famoso silogismo jurídico, con una *cuasi* anulación de su capacidad interpretativa, lo que indicaba una gran trascendencia del legislador, porque el juez se encontraba encorsetado en el marco de legalidad.

Según Guastini¹¹, quien por constitucionalización entiende al proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al término del cual el sistema en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales, un orden legal constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, persuasiva e intrusiva, capaz de condicionar tanto a la legislación como a la jurisprudencia y al estilo doctrinal, e inclusive la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales. La ley condicionada a un sustrato más alto, el marco constitucional. Evidenciando que incide en todos los niveles de la creación, implementación y aplicación de las leyes, convirtiéndola en orientadora y condicionadora de fuste para la concreción del cosmos legislativo.

Con el avance del sistema constitucionalista, la Constitución continúa con sus valores programáticos de regulación del contexto jurídico al que engloba, con la salvedad de que ya no solo plasma normas con carácter de reglas, sino que también consagra los derechos propios del ser humano, convirtiéndolos en principios intangibles. Obliga al cambio de conducta del juez, que de pasivo tiene que asumir un rol activo con fundamento en la nueva concepción, compeliéndolo a realizar una

¹¹ Guastini, Riccardo, ob. cit., p. 49.

labor hermenéutica acerca de ella, y a la vez controlar la aplicación efectiva de esos derechos superiores.

Resulta de aquello de constitucionalizar al ordenamiento jurídico, que se logra aseQUIblemente cuando se implementa un sistema constitucionalizado, con la aplicación de la nueva teorización que englobe esta visión transformadora.

3.2. *Neoconstitucionalismo*

La constitucionalización del ordenamiento jurídico no se ha limitado a transformar el Derecho, sino que predica también el cambio del estilo de pensamientos de juristas y teóricos del Derecho, representando una de las manifestaciones más significativas del marco filosófico político, pasando a ser una revolución en la dialéctica y conflictiva relación entre el Estado y la sociedad, que tiene su auge en dos virtudes esenciales: a) la afirmación y protección de la dignidad de la persona humana, como paradigma que marca la construcción y desarrollo del sistema jurídico; y b) establecer la división y equilibrio de poder y sus funciones, evitando los abusos que atenten justamente contra la dignidad humana.

Pasa a ser considerada como una teoría, un neologismo especial, algo así como un constitucionalismo nuevo¹². Tiene su origen a partir de los dos hitos históricos más trascendentes del Derecho constitucional: a) La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en el siglo XVIII (1789); y b) La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

El proceso de neoconstitucionalismo pasó a ser un conjunto de teorías que proporciona una cobertura iustéorica conceptual o normativa

¹² Cubides Cárdenas, Jaime Alfonso, "Aproximaciones teóricas desde los derechos humanos hacia la constitucionalización del Derecho, el neoconstitucionalismo y el Derecho procesal constitucional", en Velandia Canosa, Eduardo (Director científico), *Derecho procesal constitucional*, T. III, Vol. I, VC y ACDP, Bogotá, 2012, pp. 193-220.

a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas¹³, incidiendo en aspectos materiales, estructurales, funcionales y políticos¹⁴.

Estampa una idea totalizante del marco normativo constitucional por sobre las leyes de inferior rango, las que necesariamente deberán contener los principios, directrices y derechos propulsados por la norma superior, estando imperativamente prohibido salirse del ámbito constitucional.

Escapan de lo sugestivo para incorporarse al campo de lo imperativo, vedándose la contingencia de legislar sin tener presente las condicionales impuestas por la constitucionalización, es decir, el ordenamiento debe estar impregnado por las normas de rango constitucional.

De todo lo cual podemos significar que este proceso de constitucionalismo, aunque imperceptible, se está adentrando en las raíces republicanas de la novel democracia paraguaya contrastando con las ideas del positivismo jurídico al que cuestiona, aunque no abiertamente.

Trastoca la visión de cómo analizar el entramado constitucional, variando la axiología valorativa, sosteniendo que ya no vale desentrañar el contenido literal de la Constitución, sino que tiene como cometido esclarecer los valores y obligaciones morales para obedecerla. Plantea una reformulación teórica, ideológica y metodológica.

Desde la teoría, trata de explicitar los cambios normativos que han tenido lugar en los ordenamientos jurídicos, bosquejando la visión de una ciencia jurídica normativa, pero con un fuerte contenido axiológico,

¹³ García Figueroa, Alfonso, ob. cit., p.164

¹⁴ Villalba Bernié, Pablo, *Proceso Civil, actualidad y futuro*, Bijupa, Asunción, 2008, p. 490. "Desde el *ámbito político* presenta consecuencias en relación a la fuerza de los poderes del Estado. Cuya más clara derivación es el desplazamiento del protagonismo del legislativo hacia el judicial, adquiriendo mayúscula importancia. Se produce lo que Alexi definió como la 'omnipresencia de los tribunales' en el Estado Constitucional. Una suerte de transferencia de poder hacía el judicial, que por algunos ha sido considerado como una grave lesión del principio democrático".

que los valora; al visualizarse como ideología, trata de explicar que en estos tiempos se presenta una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes de rango constitucional; finalmente como metodología, sostiene la tesis de una conexión necesaria y justificativa entre el Derecho y la moral¹⁵.

Se avista como un camino sin retorno para crear una nueva corriente de pensamiento constitucional, que nace del fenómeno de la constitucionalización, siendo un esfuerzo doctrinario por readecuar a lo constitucional desde otra perspectiva.

3.3. El tránsito a un constitucionalismo universal unificado

El proceso de consolidación de la constitucionalización ha significado una avance firme hacia una perspectiva de universalización, que, aunque no concretado aún, deriva en una de las aspiraciones de los juristas y estudiosos del Derecho. Movimiento que paulatinamente va concretándose en la Unión Europea, y desde allí servirá de modelo para el resto del mundo.

Si bien, como decía Ferrajoli, semejante perspectiva de universalización tiene hoy el sabor de la utopía jurídica¹⁶, no es menos cierto que así como muchos logros del Derecho comenzaron con una aparente utopía concretada luego en hechos palpables, también el tránsito hacia el constitucionalismo universal podría ser concretado.

Solo pensar que países enfrentados durante la historia, como el caso de los europeos, hoy disfrutan de una unidad ya consolidada, permite avizorar que la utopía propuesta por algunos pensadores podría concretarse en la práctica. Y con ello abrir nuevas dimensiones a la *litis*, cambiando los límites del conflicto.

¹⁵ Cubides Cárdenas, Jaime Alfonso, "Aproximaciones...", ob. cit., pp. 193-220.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, 3ª ed., Trotta, Madrid, 2002, p. 119.

Un marco global de carácter universal, sustentado por un constitucionalismo supralegal o supranacional que garantice la vigencia mínima de los derechos del hombre es el norte al cual apuestan los pensadores jurídicos modernos.

Zagrebelsky va un poco más allá, apuntalando la tesis sobre aquello que fue denominado como “soberanía del Estado”, en una reflexión llevada a cabo por décadas; ya no es un concepto unívoco y estable como antaño, siendo una novedad la pérdida de posición central, considerando que en épocas del pluralismo es posible sustituir la función ordenadora, la noción soberanía del Estado transmuta por la “soberanía de la Constitución”, que trasladada al plano de las relaciones entre Estados testimonie la introducción de la expresión “constitución internacional”¹⁷, inspirando a algunos a hablar, antes que de soberanía de la Constitución, de “Constitución sin soberano”. Este juego de palabras, apunta a darnos la idea de que estamos adentrándonos en la era del constitucionalismo universal, abarcando a todos los Estados en general y no solo a un Estado en particular, proyectando la idea de la superación de la división en los Estados nacionales, celosos de su soberanía, por otra concepción más amplia y abarcativa.

3.4. El fenómeno de la “constitucionalización” propiciado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: su incidencia en Paraguay

Derivado de la tendencia hacia la unificación de criterios en el ámbito internacional, se presenta un progreso positivo en el avance de los derechos humanos, que sin ser técnicamente un proceso de constitucionalización, fluctúa de manera parecida, al extremo de que, en el caso de los Estados signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos, resulta parte del Derecho positivo y por tanto de aplicabilidad obligatoria.

¹⁷ Zagrebelsky, Gustavo, ob. cit., pp. 13-14.

Desencadenó en Paraguay, luego de la promulgación de la Constitución Nacional de 1992, un movimiento paulatino hacia la incorporación de los derechos humanos al orden interno, propiciando debates y polémicas sobre sus verdaderos alcances, pero aún sin generar una verdadera toma de conciencia de sus arrolladores efectos.

El Sistema Interamericano irrumpe en la esfera jurídica, moviendo y desestructurando antiguos cimientos institucionales, que ya no resisten los embates de esa fuerza avasallante del Derecho internacional de los derechos humanos.

Así la exigencia del control de convencionalidad, que aún no ha pegado mucho, por cierto, debe ser aplicado y tenido en cuenta, aunque con solo mirar lo ocurrido con el reciente juicio político al expresidente Lugo Méndez, baste para percatarnos del cúmulo de inconventionalidades cometidas. Sin embargo, este hecho ha viabilizado el debate sobre el relacionamiento de lo supranacional y el orden interno. Ya no puede desconocerse el carácter supranacional, que incluso plantea la perspectiva de un control de convencionalidad incisivo y determinante, mostrando las más de las veces que el orden internacional debe prevalecer y que las disposiciones inconventionales de la normativa local deben ser anuladas y expulsadas del orden jurídico.

Se cuestiona así la verdadera supremacía constitucional, que ha dejado de ser tan suprema, pues en uso de la soberanía del Estado incorporada al texto constitucional se ha decidido voluntariamente ceder hacia la supremacía de la Convención. Conlleva que al *Corpus iuris* Interamericano de Derechos Humanos se le ha concedido la condición de parámetro de convencionalidad¹⁸, y, al ser parte del orden jurídico vigente, con amplias posibilidades de ejercicio.

Podría entenderse, incluso, que a la constitucionalización de los derechos humanos le fue concedido un rango supraconstitucional,

¹⁸ Jinesta Lobo, Ernesto, "Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales", en Velandia Canosa, Eduardo (Director científico), *Derecho procesal constitucional*, T. III, Vol. III, VC y ACDP, Bogotá, 2012, pp. 209-226.

aunque la mayoría pretenda que no corresponda apartarse del artículo 137 de la CN que otorga primacía a la Constitución, pero ocurre que esa brecha abierta por la Carta Magna, como también ha pasado en otros países¹⁹, cuanto menos la hace integrante del Bloque de Constitucionalidad, obligando a un reajuste normativo interno por el gran predicamento del Sistema Interamericano y por las señales de obligatoriedad en la aplicación de los fallos que ha impartido la CIDH, obligando imperativamente a reacondicionar el orden jurídico de los Estados al repertorio supranacional, en emanación de su carácter vinculante y progresista.

En resumen, el fenómeno de la constitucionalización de los Derechos humanos, surge en pleno auge, pero como si no quisiera ser comprendido en plenitud, sin la intensidad de otros ordenamientos, por lo que se trata de una materia pendiente de concreción definitiva.

Quizás aquí se encuentre uno de los factores más agudos que explican las conductas políticas atípicas y antijurídicas ejecutadas en Paraguay, que, so pretexto de estar dentro del parámetro constitucional, son avaladas por los órganos jurisdiccionales, e incluso, se plantea la pretensión de un entendimiento por parte de los demás países que ya han evolucionado en la protección, cuando los otros países ya asumieron desde hace tiempo que la supraconstitucionalidad de los derechos humanos resulta evidente, respetando sus postulados aun cuando con ello se dejen de aplicar las normas constitucionales.

4. Bloque de Constitucionalidad

Si bien la Constitución Nacional no lo consagra normativamente en forma literal, el Bloque de Constitucionalidad pasa a ser una herramienta

¹⁹ Como parte del Bloque: Paraguay, Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, República Dominicana y México; y como de rango supraconstitucional: Ecuador y Bolivia.

útil para la interpretación y aplicación del Derecho procesal constitucional. Conlleva la formalización del control de constitucionalidad, pero sobrepasando a la Constitución, al admitir al orden internacional como parte del Derecho positivo vigente (art. 137, CN).

La doctrina especializada más depurada, refiere que el Bloque de Constitucionalidad se considera un conjunto normativo que contiene normas, principios, postulados legales y garantías propias con rango constitucional, pero que materialmente están fuera del texto constitucional²⁰.

Corresponde entonces describir al denominado Bloque de Constitucionalidad paraguayo, para comprender su posicionamiento y la incidencia de otros factores desde fuera de la Constitución; en especial, la ascendencia de los tratados de derechos humanos.

4.1. Origen

El Bloque de Constitucionalidad tiene su origen en el Derecho francés cuando en el seno del Consejo Constitucional de la Quinta República a través de sentencias del año 1970 y 1971²¹ dicho órgano reconoció que tenía valor constitucional el Preámbulo de la Constitución de 1958²².

Fue una derivación del denominado *bloc de legalite* (bloque de legalidad) descripto por Haurou en el Derecho administrativo, cuando significaba al conjunto de leyes, principios y reglas a que estaba sometida

²⁰ Caldera Infante, Jesús Enrique, "El Bloque de Constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales: una aproximación al estudio de sus aportes desde el Derecho procesal constitucional", en Velandia Canosa, Eduardo (Director científico), *Derecho procesal constitucional*, T. III, Vol. I, VC y ACDP, Bogotá, 2012, pp. 223-255.

²¹ D-39, del 19 de junio de 1970, y D-44, del 16 de julio de 1971.

²² Favoreau, Louis, *El Bloque de Constitucionalidad*", Civitas, Madrid, 1991, pp. 19 y 20.

la administración, que justamente no tenían jerarquía legal²³, y que por lo general eran creaciones jurisprudenciales.

Conforme a los fallos que consagraron al Bloque de Constitucionalidad, el Preámbulo de la Constitución francesa refería a la Constitución derogada de 1946, remitiéndose a los principios fundamentales de aquella, e incluso, a los de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la primigenia Constitución de 1789, declarando que estas normas y principios adquirirían valor constitucional. De allí en más, tuvo un desarrollo avasallador, al extremo de ser el puntal para la modificación e invalidación de leyes que no se ajustaban a este bloque.

Funge aclarar, no obstante, que el desenvolvimiento del temario tuvo origen doctrinal y no jurisprudencial, pero que fue consolidado por la labor de la jurisprudencia. Y también, que los tratados internacionales estaban fuera del bloque, no lo integraban. Así la idea de Bloque de Constitucionalidad francés propiciaba la idea de unidad y solidez, como un conjunto que no puede ser dividido o escindido, pero que no salía de las fronteras territoriales francesas, circunscribiéndose a lo realizado por el Consejo Constitucional al ejercer el control de constitucionalidad. Tuvo una visión limitada, que luego se amplió con los Tratados Europeos del siglo pasado.

4.2. Ideas genéricas sobre el Bloque de Constitucionalidad

No se trata de una doctrina pacífica, por los vaivenes que ha sufrido y sobre todo por la renuencia de los Tribunales de admitirla, pero aun así se va imponiendo la idea del Bloque de Constitucionalidad.

²³ Pardo Posada, Nohora y Hernández Díaz, Carlos, “Las decisiones de los órganos internacionales, el Bloque de Constitucionalidad y su incidencia en el Derecho interno”, en Velandía Canosa, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, T. II, Vol. II, VC y ACDP, Bogotá, 2011, p. 598; también, en Caldera Infante, Jesús Enrique, ob. cit., pp. 223-255.

Se entiende por tal al conjunto normativo contenido en disposiciones, principios o valores con características naturalmente constitucionales, pero que están ubicadas fuera del texto de la Constitución. Refiere al conjunto de normas que sin estar consagrados expresamente en la literalidad constitucional, hacen parte de ella, sea por decisión de un juez o por la disposición de la Carta Magna²⁴.

Comporta una doctrina utilizada para la interpretación constitucional, pero no basada exclusivamente en el texto constitucional, sino en otros elementos jurídicos que en un momento dado no están contemplados de forma literal en el texto constitucional, para, mediante ello, evitar la emisión de decisorias sin fundamento jurídico o que sean carentes de racionalidad, permitiendo al intérprete constitucional realizar una teoría abarcativa y holística en busca de la realización de justicia.

El Bloque de Constitucionalidad (siguiendo a la Corte colombiana) está compuesto por aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, al ser integrados normativamente a la Constitución por diversas vías y por mandatos de la propia Constitución. Se constituyen en verdaderos principios y reglas de valor constitucional, y se situan en el nivel constitucional.

La principal consecuencia que acarrea esta doctrina deviene de mover los contornos de la literalidad normativa de la Constitución, para traspasarlos, asintiendo que solo el marco constitucional es insuficiente para permitir que otras normativas de igual rango sean aplicadas, como es el caso del Pacto de San José de Costa Rica. Indudablemente, comporta la ruptura de viejos paradigmas, que pierden vigencia, llevando a la obligatoriedad del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad por igual, en idénticas condiciones.

²⁴ Caldera Infante, Jesús Enrique, ob. cit., pp. 223-255.

4.3. Aspectos que aglutina

El Bloque de Constitucionalidad, aglutina dos aspectos, el *stricto sensu* y el *lato sensu*, ambos dan una ponderación distintiva a la noción.

a) *Stricto sensu*: Este aspecto del Bloque de Constitucionalidad se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional que emanan directamente del texto constitucional y de los tratados internacionales que consagran derechos humanos. Son instrumentos que podrían no emanar de la literalidad constitucional, pero que se equiparan a ella y sirven de base para el control constitucional al ser integrados por diversas vías al marco constitucional. Comprenden las mismas normas constitucionales, las otras leyes y tratados situados en el mismo nivel constitucional, aunque en puridad nada se equipare a ella, por lo menos en el entorno paraguayo; aun así no puede restarse mérito a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Son parte del Bloque de Constitucionalidad *stricto sensu* el Preámbulo de la Constitución, el texto constitucional, los tratados de derechos humanos (CADH) ratificados por Paraguay, la doctrina y jurisprudencia elaborada por tribunales internacionales, con criterios relevantes.

b) *Lato sensu*: En un sentido más amplio, el Bloque de Constitucionalidad estaría integrado no solo por las normas constitucionales propiamente dichas y por las normativas que la equiparan, sino también por todas aquellas normas de diversa jerarquía que sirven de parámetro para realizar el control de constitucionalidad. Así, pertenecen a este rango los demás tratados internacionales que no sean de derechos humanos, las normas de Derecho interno que sirven para efectuar el control de constitucionalidad, con rango superior a las leyes ordinarias, y en especial aquellas disposiciones que tienen relación con el Bloque de Constitucionalidad gracias a una remisión efectuada por alguna norma constitucional.

Integran el Bloque de Constitucionalidad en sentido lato, las leyes de organización judicial, las leyes reglamentarias de disposiciones constitucionales que contengan principios y valores de rango superior, también los otros tratados internacionales que no sean de derechos humanos y, en general, las leyes de diversa jerarquía, siempre y cuando sirvan como parámetro para cumplimentar el control de constitucionalidad.

4.4. El Bloque de Constitucionalidad en Paraguay

Previamente manifestamos el escaso desarrollo que ha tenido la idea en el ámbito jurídico paraguayo, donde, si bien podría identificarse sin vueltas al Bloque de Constitucionalidad, incluso emanado del propio texto constitucional, los estamentos jurisdiccionales y políticos no fueron proclives a realizar interpretación alguna que sumerja la supremacía constitucional a un segundo grado, aun cuando se trate de complementos a la Constitución.

Los últimos acontecimientos políticos (juicio político) muestran cómo se ha hecho tabla rasa a los derechos humanos en una posición compartida tanto por el Poder Legislativo como por el Judicial, los que al unísono de la tesis de la Supremacía Constitucional han violentado el debido proceso y los derechos humanos en la sustanciación del juicio político, que culminó en la destitución del presidente Fernando Lugo en un suceso que ha generado la condena internacional en forma unánime y generalizada.

De allí que la idea de Bloque de Constitucionalidad tropiece en un proceso de asimilación con el pretexto de que nada puede debilitar la supremacía de la Constitución, al violentar el principio de rigidez de esta, incluso aduciendo el peligro de la pérdida de sistematicidad del orden jurídico. Parte de una noción, una especie de mito errado, que cuando se refiere al Derecho constitucional se aprecia limitado por las fronteras marcadas por el mismo texto constitucional sin poder salirse de su literalidad. Sitúa al resto de la normativa legal, sea interna o internacional,

en un segundo plano, especialmente si con ello se imprime trámite a una discusión y decisión política acomodada a los intereses de turno.

De nada sirve estructurar un sistema de Bloque de Constitucionalidad para ejercer el control de constitucionalidad si no se garantiza la independencia de los jueces. Mientras estos oscilen sujetos a los vaivenes políticos, las teorizaciones quedarán en el campo de las ideas sin concreción pragmática.

5. Orden de prelación constitucional paraguayo

Conforme se desamarra de las disposiciones constitucionales que rigen el orden de prelación de las leyes, se ha mencionado que el artículo 137 de la CN establece la supremacía de la Constitución por sobre toda otra norma jurídica existente, aludiendo que dentro de nuestro sistema piramidal kelseniano nada es superior a ella. Luego, en la gradación de supremacía enunciada se posicionan los Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales, más abajo las Leyes, y posteriormente las otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía. Todas en su conjunto conforman el Derecho positivo paraguayo.

Subsiguientemente, el artículo 141 prescribe sobre la validez de los Tratados Internacionales que hayan sido válidamente celebrados, aprobados por el Congreso y que resulten ratificados, canjeados o depositados. Induce a una primera y categórica conclusión: los Tratados Internacionales tienen un rango inferior jerárquico a la Constitución Nacional, constituyendo un ordenamiento jurídico de segundo rango.

Esta primera percepción de la prelación constitucional previene asumir como doctrina la supremacía constitucional por sobre los tratados internacionales, situación distinta a la que ocurre en otros países donde la doctrina constitucionalista acepta la equiparación del valor de los tratados internacionales a la Constitución, otorgándoles el mismo

rango en algunos casos²⁵, por lo que en este contexto es donde se producen las variables en el control de la supremacía constitucional.

El sistema jurídico en boga otorga a la Constitución Nacional rango superior a todas las normas jurídicas vigentes, concluyéndose de manera asertiva que los tratados internacionales están sometidos al encuadre de la Norma Fundamental.

La importancia de establecer con claridad el orden de prelación de las leyes es que el Derecho constitucional paraguayo realiza una diferenciación de supremacía en un segundo orden, específicamente entre los tratados (como si fuese una categorización de segundo piso), concediendo preeminencia a los convenios internacionales que protegen los derechos humanos por sobre los demás. Así lo dispone el artículo 142 de la CN, al puntualizar que no pueden ser dejados sin efecto sino por enmienda constitucional los Tratados internacionales relativos a los derechos humanos.

No se realiza una diferenciación en el sentido de otorgar mayor validez a los Tratados de derechos humanos, sino que dimana de la supervaloración indicada al momento de tener que dejarlos sin efecto, equiparando a la norma constitucional en un tratamiento similar a la enmienda constitucional previsto en el artículo 290 de la CN. Equipara de esta forma a los Tratados de derechos humanos con la mismísima Constitución. A ello debemos agregarle la vinculación que tienen los fallos jurisprudenciales de la CIDH, dando preeminencia a los derechos humanos sobre el resto de la normativa del orden interno de los Estados, para no dudar en concluir que los Tratados de derechos humanos se ubican en un segundo peldaño, por encima de los demás Tratados internacionales.

Se evidencia de esta forma que todos aquellos Tratados referidos a derechos humanos tienen un valor superior a los demás tratados y

²⁵ Situación que se presenta en la Argentina, Colombia, México, Ecuador, Bolivia, entre otros.

convenios internacionales que suscriba el país, estipulando el constitucionalismo paraguayo una *cuasi* asimilación en importancia a la Constitución Nacional, pero sin llegar a idéntico nivel, al punto de prever que su reforma o renuncia solo podrá ser hecha por el procedimiento de enmienda constitucional.

Solamente respecto de los Tratados de derechos humanos la Constitución otorga esa validez superior al resto de los tratados. Podríamos decir que del mismo cuerpo constitucional surge una supervaloración de los derechos humanos, por lo que, sin temor a equívocos, sostenemos que el orden de prelación interna estaría dándose a modo de pirámide kelseniana de la siguiente manera: 1) Constitución Nacional, 2) Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, 3) otros tratados internacionales (p. ej.: Tratado de Mercosur, etc.), 4) demás leyes y otros.

5.1. *Jurisdicción supranacional*

Concluyente deviene que los tratados que no versen sobre derechos humanos deben someterse a los convenios internacionales suscriptos por el Paraguay que protejan y respeten las garantías mínimas inherentes a la condición humana, las que inclusive son anteriores al poder de los Estados, pues así lo prescribe expresamente la Constitución Nacional.

De modo que si existiese un conflicto entre la aplicabilidad de las disposiciones de un tratado común y un tratado de derechos humanos, es este último el privilegiado, por tanto el aplicable por la característica de supranacionalidad adquirida por los derechos humanos, consagrada en el artículo 145 de la Constitución Nacional, al rezar: “La República del Paraguay en condiciones de igualdad con otros estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo en lo político, económico, social y cultural”.

La Carta Magna no solo consiente privilegiar a los tratados de derechos humanos dándole una mayor importancia que a los otros tratados

internacionales, sino también perspectiva la posibilidad de admitir un orden jurídico supranacional de superioridad jerárquica, aun a la Corte Suprema de Justicia.

En similar acepción, el artículo 143 de la CN manifiesta: “La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios: (...) 5) la protección internacional de los derechos humanos (...)”. De conformidad al orden constitucional (en caso de ser aceptado por mayoría absoluta del Congreso, art. 145, CN) se proyecta la posibilidad de la vigencia de una normativa jurídica superior, incluso de mayor jerarquía que la propia Constitución, cuando se trate de tratados que garanticen los derechos humanos, configuración presentada en nuestro orden legal con la jurisdicción concedida a la CIDH.

5.2. Normativas trasnacionales que integran la esfera de protección

Entre las normas reguladoras de los Derechos Humanos, conforme al orden de prelación otorgado por la Carta Magna y solo por debajo de esta, asoman situados los tratados internacionales de protección de derechos humanos suscritos, canjeados y ratificados por nuestro país, cuales son:

- a) Declaración Universal de los Derechos Humanos;
- b) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- c) Declaración de los Derechos del Niño;
- d) Otros convenios aprobados.

A más de los citados en el punto d), existen otros tratados que por ser ratificados en las condiciones necesarias para su vigencia han alcanzado jerarquía similar a la constitucional, admitiendo la competencia de un orden jurídico especial y de extraterritorialidad. Nos referimos a la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que ha dado fuerza jurisdiccional a los organismos

creados por el Pacto, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 34) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 52), institución esta última a la cual se le ha conferido rango de Orden Jurídico Supranacional (art. 145, CN).

El Pacto de San José de Costa Rica fue ratificado por el Paraguay, así como la mayoría de los protocolos adicionales vinculados a la CADH. Resulta relevante destacar que el 3 de noviembre de 1993 se aceptó la competencia contenciosa de la CIDH.

6. Sistemas de control de constitucionalidad

Procedente de la noción de jurisdicción o de justicia constitucional, que implica el estudio del órgano encargado de aplicar la tutela constitucional, la defensa de la supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales, o más específicamente, cómo se aplicarán y regularán las pautas mínimas de los procedimientos constitucionales y concretamente quién los aplicará, emerge la necesidad de establecer cuáles son los sistemas modélicos de control de constitucionalidad.

Sin adentrarnos en las profundidades del temario²⁶, las primeras polémicas se concentrarán en torno al órgano encargado de la protección de la Constitución, dándose respuestas disímiles, tanto en Europa, donde se originó la idea parlamentaria, como, en contrapunto, América, donde prolifera la idea de la protección jurisdiccional.

Así las cosas, surgieron dos modelos claramente diferenciados, el “modelo político” y el “modelo jurisdiccional”.

²⁶ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al Derecho procesal constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 77 y ss.

6.1. *Modelo político*

El modelo político se centra en que el control de constitucionalidad debe ser ejecutado por aquellos que tienen representatividad popular, en emanación de los poderes de la democracia representativa. En tal sentido, surge lógico que el encargado de realizar el control sea el Parlamento, pues los jueces en puridad no tienen representatividad alguna ni son delegados por el pueblo.

Este modelo se propagó luego de la Revolución Francesa, que huía del absolutismo monárquico, desconfiando de tiranos y jueces que habían sustentado aquel régimen. Atribuye todos los poderes de control al Parlamento, concibiendo aquello de que el “juez era la boca de ley”, limitándose a aplicarla sin interpretarla, el principio de legalidad en su máxima expresión, otorgando a los jueces una función casi mecánica y de mera rutina de lo instruido mediante leyes por el Parlamento.

La ficción reinante era que la ley hablaba por boca de los jueces, que a su vez estaban sometidos por completo al poder del Parlamento, que les prohibía realizar una interpretación que no fuese la exegética.

Este control parlamentario con el tiempo fue mostrando sus deficiencias lógicas, por lo que en puridad el modelo político pasó a convertirse en una forma de evitar el control de constitucionalidad. Fue preciso, entonces, reajustar la cuestión que se produce en 1958 con la Constitución Francesa de aquel año, donde se perfecciona el modelo.

Supone un sistema de control de constitucionalidad realizado por órganos políticos y no por jueces con potestad jurisdiccional, que se afincó en la concepción europea, más puntualmente concretada en Francia.

6.2. *Modelo jurisdiccional*

Si bien el movimiento revolucionario francés repercutió hondamente para que las epopeyas libertarias emerjan en América, dicha

influencia política no se vio irradiada en la esfera constitucional ni en la forma de control de constitucionalidad, puesto que los países americanos adoptaron una posición distinta respecto de la confiabilidad de los jueces, que pasaron a tener una relevancia fundamental en la custodia de los nuevos órdenes constitucionales.

Fue en los Estados Unidos, donde se impuso un modelo jurisdiccional típico al haber sido parte de la revolución los jueces, y siguiendo la tradición inglesa del *common law*, donde había proliferado la idea de que el juez era el intermediario entre el Rey y los súbditos, permitiéndole a este ser el intérprete de la ley, y, sobre todo, aplicando los principios superiores que regían los derechos naturales del hombre.

El modelo jurisdiccional, en contraposición al político (aplicado por el Parlamento), concede a los jueces el ejercicio del control de constitucionalidad, pasando a ser intérpretes de los postulados superiores contenidos en la Constitución, es decir, emanados de su actividad jurisdiccional pueden y deben ejercer la interpretación de la Norma Fundamental.

Figuró un modelo que se afincó en algunos países Europeos (Austria y España), pero esencialmente se adentró en los países del continente americano.

Al compás del modelo jurisdiccional de control de constitucionalidad, deben apreciarse determinadas subdivisiones a ser adscriptas:

6.2.1. *Por la forma de ejercer el control*

El control de constitucionalidad en el modelo jurisdiccional puede ser analizado por la forma de ejercer el control y por los organismos encargados de hacerlo; así, se clasifican en un modelo de “control concentrado” o en un “control difuso”, dependiendo de la organización específica que cada país le otorgue.

a) *Modelo de control concentrado*: El control concentrado de constitucionalidad, tiene su génesis en la instalación del modelo constitucional austríaco de 1920, que difundió la consagración legislativa del control constitucional concentrado o centralizado, proveniente de la aceptación de la supremacía de la Norma Fundamental ejercida por un órgano especial de rango constitucional con potestad para conocer y decidir los conflictos constitucionales. Ya sea que verse de un tribunal constitucional propiamente dicho, o de una competencia específica otorgada a un organismo de la jurisdicción común.

Es un sistema divulgado en Europa Continental, que expande el criterio de asignar a órganos especiales la tarea de controlar la tutela de los derechos fundamentales.

El sistema concentrado se caracteriza por la existencia de un tribunal con poder jurisdiccional de controlar la constitucionalidad de las leyes, con la característica de que dicha potestad dimana concentrada o centralizada en un órgano concreto para conocer especial y exclusivamente los conflictos constitucionales, situado fuera del aparato jurisdiccional clásico.

El sistema concentrado puede ser identificado por las siguientes características específicas:

- ♦ Se da en el marco de un proceso autónomo de constitucionalidad;
- ♦ Existe un solo órgano encargado de ejercerlo;
- ♦ La decisión tiene efectos generales.

Se le adjudica un papel independiente del proceso judicial, una especie de proceso autónomo, ante un órgano encargado de llevarlo adelante. Este modelo enjuicia a la norma en sí misma, analiza la constitucionalidad donde la materia del pleito es la ley, por tanto, el corolario buscado es una sanción general, con carácter derogatoria de la ley, que tiene como consecuencia un efecto *erga omnes*, pues, de calificarse

como inconstitucional la norma, deja de tener vigencia en el ámbito jurídico.

Si bien en los últimos tiempos el control concentrado ha dejado de pertenecer a un criterio absoluto, adoptando variables que han hecho que el modelo se fuera convirtiendo poco a poco en un esquema mixto, mezcla de un control netamente concentrado y del difuso. Ocurrió de esta manera en diversos países que optaron por tribunales concentrados como España, Italia, Bélgica; otros optaron por tribunales semi-concentrados, como el caso de Alemania y Austria; y otros, por tribunales desconcentrados que concretan la fiscalización constitucional en la Corte Suprema, como en los Estados Unidos y la Argentina.

b) *Modelo de control difuso*: El control difuso o norteamericano tiene como antecedente la jurisprudencia explicitada en la justicia inglesa en el caso “Thomas Bonhan”, de 1610, que fuera aplicada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la famosa sentencia del juez Marshall en el paradigmático caso “Marbury vs. Madison”, de 1803, haciéndola conocida.

En aquel caso se afirmaba que si una ley resultaba contraria a la Constitución, o hubiera conflictividad entre la norma legal y la constitucionalidad que obligue a desestimar una u otra, era deber del tribunal de justicia determinar el derecho aplicable, rigiendo siempre el principio de la supremacía de la Norma Fundamental.

No requería de la creación de un tribunal constitucional específico, sino que faculta a todos los jueces y tribunales el poder jurisdiccional de resolver el conflicto de constitucionalidad, y, en consecuencia, aplicar al caso concreto la norma constitucional que mejor se adecue a la casuística en estudio. Este poder otorgado a cada uno de los jueces, cualquiera sea su jerarquía o fuero, los licencia revisar la adecuación normativa a la Carta Fundamental.

El razonamiento pragmático es simple, todos los magistrados en ejercicio del poder jurisdiccional que proviene de la Soberanía del

Estado están obligados a interpretar la ley adecuándola a los preceptos de la Constitución Nacional.

Este sistema difuso o no especializado no enjuicia a la norma sino en la medida que resulta aplicada a una situación concreta, conllevando como característica no privar de validez a la norma jurídica, sino decretar su inaplicabilidad al caso concreto, sin tener efecto *erga omnes*.

El diseño difuso se caracteriza por las siguientes condicionales:

- Se otorga a pedido de parte interesada, la legitimación es trascendente;
- Debe darse un perjuicio;
- Se plantea en la forma regulada para cada casuística;
- Se tratará sobre una cuestión justiciable, en al cual se juzga la norma objetada en el caso concreto;
- Refiere al caso concreto, por lo que no se dan las circunstancias de resolución sobre cuestiones abstractas, de modo que requiere de un conflicto jurídico sobre el que tiene efecto la sentencia.
- Constituye el sistema que impera con diferentes matices en casi toda América.

6.2.2. *Por los órganos encargados de aplicarlos*

El emplazamiento del control de constitucionalidad se constituyó en un tema altamente conflictivo, especialmente en Latinoamérica, donde se impuso la tesis del control difuso propio del *coman law* americano. Generó una gran confusión, porque el Derecho Constitucional estuvo altamente influenciado por la escuela americanista, aunque sin abandonar la tendencia a la instalación de tribunales constitucionales, pero sin llegar a ser un sistema puro, como el continental europeo. A consecuencia de ello, surgieron en los distintos países órganos con

distintos sesgos y modalidades. Esta especie de falta de claridad conceptual devino en variados sistemas:

a) *Órganos fuera del Poder Judicial*: En el carácter de tribunales constitucionales no adscriptos a ninguno de los poderes constituidos, que custodian la naturaleza jurisdiccional, como es el caso de Chile (1980), Guatemala (1985), Perú (1993), Ecuador (1998).

b) *Órganos creados dentro del Poder Judicial*: Son organismos independientes de los Tribunales Superiores, pero dentro del Poder Judicial; es el caso de Colombia (1991) y Bolivia (1994).

c) *Salas Constitucionales dentro de las Cortes Supremas*: Operan en el área constitucional como Salas específicas, pero dentro de la misma Corte Suprema, discutiéndose si son una instancia única o derivada. Se presenta en El Salvador (1983) Nicaragua (1987-1995), Costa Rica (1989), Paraguay (1992), Venezuela (1999).

d) *Con funciones constitucionales de las Cortes Supremas*: A su vez se subdividen en dos: 1) la que concede a la Corte Suprema la resolución de inconstitucionalidad en la órbita exclusiva de Superior Tribunal de Justicia, declarando en abstracto la vigencia o no de la norma jurídica, tal es el caso de México; y 2) los que transigen que las cuestiones constitucionales se debatan en instancias ordinarias locales, o federales, dejando la interpretación final y definitiva a la Corte Suprema, como el caso del Brasil y la Argentina.

6.3. Sistema implementado en Paraguay

a) El tipo de control de constitucionalidad adoptado en Paraguay, es el modelo jurisdiccional, siguiendo la estela trazada en la mayoría de los países latinoamericanos, por lo que, en una primera apreciación, no existen dudas en cuanto al modelo aplicado de carácter jurisdiccional.

El modelo jurisdiccional deriva del artículo 247 de la CN, al prescribir: “El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución, la interpreta, la cumple y la hace cumplir. La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados (...)”.

De modo a no quedar duda que el modelo jurisdiccional impera, ante la claridad conceptual de la norma que deja en manos del Poder judicial la custodia del cumplimiento de las normas fundamentales contenidas en la Constitución.

b) Ahora bien, así como no existen dudas para adscribirse al modelo jurisdiccional, las cosas no son tan claras en cuanto a si responde al modelo concentrado o al difuso, aun podemos decir, asiente la implementación de ambos en un control “mixto” o “eclectico”.

Adopta el control concentrado o centralizado, al regular en el artículo 132 cuanto sigue: “La Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la Ley”. Comporta que es la Corte Suprema la encargada de velar por la constitucionalidad de las disposiciones legales que integran el orden positivo paraguayo, avalado por otras normativas constitucionales, como el artículo 259, inciso 5, prescribiendo en cuanto a los deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: “conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad”; para complementariamente establecer el artículo 260 que son atribuciones de la Sala Constitucional: 1) “conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la Constitución en cada caso concreto, y en fallo que solo tendrá efecto con relación a ese caso”; y, en el inciso siguiente señalar: 2) “decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a la Constitución”.

Podrá solicitarse la declaración de inconstitucionalidad, por acción ante la misma Sala Constitucional de la Corte Suprema y por vía de excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte para la resolución.

Dimanan como sesgos concretos del modelo jurisdiccional concentrado paraguayo: 1) Es ejercido por un órgano específico, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; 2) Sus decisiones tienen consecuencias solo para el caso concreto, sin efecto *erga omnes*; 3) Se peticiona la declaración por vía de acción o excepción a pedido de parte interesada, aunque también puede declararse de oficio, actuando la Corte *in officio iudicis*, conforme al artículo 563 del Código Procesal Civil.

En resumen, se adscribe al sistema concentrado, pero no lo hace con todas las características originarias del sistema austríaco o europeo, que prevé el efecto *erga omnes*, por lo que representa un modelo concentrado atípico.

c) No obstante lo manifestado hasta aquí, la Constitución Paraguaya abre una brecha contundente en el sentido de permitir y orientar el control difuso o descentralizado.

En virtud del control difuso, extiende la obligatoriedad del ejercicio del control de constitucionalidad a todos los jueces de todas las instancias y fueros, quienes pueden inaplicar una disposición legal o reglamentaria cuando esta choque o violente disposiciones constitucionales. Esto es, el juez nacional está obligado a inaplicar el Derecho interno, entiéndase cualquier normativa legal de rasgo inferior a la Carta Magna, mediante la realización de un examen de confrontación normativa entre este orden interno inferior y la Constitución Nacional. Lo que, dicho de otra manera, significa otorgar a todos y cada uno de los jueces la potestad de revisar y controlar la adecuación normativa a la Constitución Nacional, que no es más que obligar a la obediencia del principio de supremacía constitucional aplicado a cada casuística particular.

El control difuso que nace al amparo del caso “Marbury vs. Madison” (1803) le permite al juez concretar en cada proceso la fiscalización

de la supremacía de la Norma Fundamental²⁷, en una manifestación de confianza en los jueces, doctrina privativa de América.

La visión indica un sistema “difuso” o “no especializado”, porque el control resulta ejercido por cualquier juez o tribunal, sea cual sea su jerarquía o fuero. Del cual dimana que el poder jurisdiccional proveniente de la Soberanía del Estado debe ser aplicado e interpretado a la luz de la Norma Fundamental por todos los jueces de la República.

La potestad del control difuso de constitucionalidad, surge consagrada en varias disposiciones que actúan correlacionadas unas con otras; así tenemos que el artículo 247 de la CN, ya referido, prescribe que el Poder Judicial es el custodio de la Constitución y que la interpretación y cumplimiento de ella está a cargo de los Tribunales y juzgados, a más del control específico ya citado de la Corte Suprema. En el artículo 256, establece: “Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley”.

Para estipular en los artículos 133 y 259, inciso 4, referido al hábeas corpus, que será entendido indistintamente por cualquier juez de primera instancia o por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la reglamentación que fue realizada por Ley 1500/1999; en el artículo 134, del amparo, pudiendo solicitarse protección a cualquier magistrado competente; y en el artículo 135, del hábeas data, la perspectiva de peticionar ante juez competente. En todos estos casos se trata de garantías constitucionales, donde la protección de los derechos fundamentales está concedida a jueces ordinarios y no a tribunales especiales.

Un caso especial se presenta con la acción de inconstitucionalidad, regulada el artículo 132, previniendo que es la Corte Suprema de Justicia quien tiene potestad de resolver estas cuestiones en concordancia con los artículos 259 y 260 de la CN, avalando de esta forma que la utilización de la vía de acción solo podrá ser planteada ante la máxima

²⁷ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción...*, ob. cit., p. 114.

autoridad jurisdiccional. En cambio, varía la situación cuando reseña a la inconstitucionalidad por vía de excepción, que conforme a los artículos 538 y siguientes del Código Procesal Civil conjetura la sustanciación ante jueces ordinarios, para luego remitirse a la Corte Suprema para el dictado de la decisoria. Ello obliga a que los jueces inferiores en forma permanente realicen el control de constitucionalidad en cada casuística.

El control difuso en Paraguay adopta las siguientes notas características: 1) implica la obligatoriedad de realizar un control permanente de constitucionalidad por parte de los jueces; 2) la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad por vía de excepción en cualquier instancia; 3) de plantearse tanto en acción, como por vía de excepción, sea resuelta por la Corte Suprema de Justicia; y 4) que la resolución pronunciada solo produce efectos *inter partes*, en relación con el caso concreto.

d) Recapitulando, de la amplitud normativa surgida de la Constitución Nacional en pos del control de constitucionalidad, no puede concluirse que el sistema se adscriba exclusivamente al control concentrado, ni al difuso, porque de la diversidad aflora que ambos modelos son admitidos como formas de custodia constitucional. Esta mezcla de características de ambos modelos, que es propia de la mayoría de los países latinoamericanos, lleva a concluir que en puridad pertenece a un sistema intermedio, mixto o ecléctico con variados bemoles y sesgos, tomados de uno u otro.

7. Matices puntuales del control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad paraguayo presenta unos matices especiales, que merecen un tratamiento más exhaustivo, mostrándose como peculiaridades propias del sistema vigente los que serán descriptos en los párrafos posteriores.

7.1. Posibilidad de aplicarse el efecto *erga omnes*

A consecuencia de fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia, la máxima instancia judicial, ha interpretado que en algunos casos podría darse el pretendido efecto *erga omnes* de la sentencia constitucional, cuando la cuestión sea resuelta por el pleno de ella.

Si bien el tema se presta a polémica, más aún cuando los propios constituyentes, al consagrar la Carta Magna, luego de álgidas ponencias, impusieron la tesis del caso concreto, vedando la posibilidad del efecto *erga omnes*. No deviene menos cierto que la formulación literal de los articulados constitucionales asiente adecuar la normativa en el sentido de otorgar efectos generales cuando sea resuelto por el pleno de la Corte.

a) *Control bioconcentrado*: La opinión en sentido positivo al control bioconcentrado, por el Pleno de la corte o solo por la Sala Constitucional, emerge al interpretar el artículo 132 de la CN, que establece que es la Corte Suprema de Justicia la que tiene facultad de declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y alcance contenidas en la Constitución y la Ley. Luego, en el artículo 259, inciso 5, de la CN, regula que es la Corte Suprema la que conoce y resuelve sobre la inconstitucionalidad. Basado en ambos articulados legales y en la reglamentación de la Corte Suprema de Justicia realizada por la Ley 609/1995, que permite la reunión del pleno de la Corte, cuando uno de los miembros de la Sala así lo solicitase²⁸, surge la aplicación del control bioconcentrado²⁹, consintiendo, por un lado,

²⁸ Ley 605/1996, art. 16: "Cualquier Sala deberá integrarse con la totalidad de los ministros de la Corte Suprema de Justicia para resolver la cuestión de su competencia cuando lo solicite cualquiera de los ministros de la Corte Suprema de Justicia".

²⁹ Sagüés, Néstor, *Justicia constitucional y control de la Ley en América Latina*, Universidad Católica de Rosario. Refiere al caso paraguayo: "Un caso particular presenta la Constitución del Paraguay, que, según el art. 260, declara a la Sala Constitucional de la Corte para conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos —con efecto solamente para el caso concreto—. En esto el sistema parece ser concentrado exclusivamente en la Sala Constitucional. Sin embargo,

el control tradicional por la Sala Constitucional de la Corte Suprema, reglado en el artículo 260 de la CN; y, por el otro, la posibilidad que sea el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el encargado de custodiar la Carta Magna, declarando en su caso la inconstitucionalidad de cualquier normativa o resolución judicial.

b) *Efecto erga omnes*: Distinto sería el caso de otorgar a las sentencias emitidas por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia un efecto *erga omnes*, situación que surge a partir de la Sentencia 183, del 1° de julio de 1994, donde la Corte Suprema de Justicia en pleno hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad planteada por las Fuerzas Armadas declarando la inaplicabilidad de la Ley 244/1993, declarándola inválida. A consecuencia de este fallo, la ley de referencia dejó de tener validez por resolución de la Corte. No se decía abiertamente que tenía efecto *erga omnes*, pero en realidad esta fue la consecuencia real, puesto que prácticamente se derogó dicha norma legal mediante el fallo.

No fue el único caso, sino que en forma continua la Corte Suprema de Justicia dio rienda suelta a esta tesis en tres fallos posteriores: 1) Acuerdo y Sentencia 415, del 2 de diciembre de 1998, en los autos: “Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto 117 del 18 de agosto de 1998”, dictada por el Poder Ejecutivo, promovida por el Congreso Nacional; 2) Acuerdo y Sentencia 222, del 5 de mayo de 2000, en los autos: “Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 19 de la Ley 609/1995”, Resolución 421, del 5 de noviembre de 1999 dictada por la Cámara de Senadores y en contra del Decreto 6131 del 9 de noviembre de 1999 dictada por al Poder Ejecutivo, presentada por los miembros de la CSJ; y 3) Acuerdo y Sentencia 979, del 18 de noviembre de 2002, en los autos: “Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 5 de la

la Ley 609/1995 ha permitido que un asunto de constitucionalidad radicada en la Sala Constitucional sea elevado al pleno de la Corte Suprema a pedido de cualquier juez de la Corte, en tal caso, se habla de Sala ampliada, y ello implica, nos parece, un desplazamiento de órganos de dudosa constitucionalidad. En definitiva, pues, hay dos cuerpos que controlan la constitucionalidad de la leyes: la Corte en Pleno —Sala Ampliada— y la Sala Constitucional”.

Ley 1444/1999, Ley de Transición”, promovida por el Fiscal General del Estado en su carácter de representante de la sociedad a fin de evitar impunidad en causas penales.

Luego de esta última resolución ya no fueron realizadas otras interpretaciones en tal sentido, por lo que desde aquella fecha, no se ha recurrido más a esta novedosa vía con efectos *erga omnes*.

c) *Nuestra opinión*: No cabe duda de que la Constitución Paraguaya, por la forma en que se encuentra redactada, admite el control bioconcentrado, siendo órganos competentes para hacerlo el Pleno de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional.

Ahora bien, en cuanto al efecto *erga omnes*, nos parece forzada la interpretación, en especial cuando del contexto literal de la Constitución no se encuentra legislada tan siquiera la posibilidad de que así se haga. Eso no significa que en forma personal no estemos de acuerdo con el efecto *erga omnes*, al contrario, lo propiciamos para casos específicos y previamente reglamentados, pero ocurre que de la literalidad semántica y hermenéutica de la Constitución no surge esta facultad en favor de la Corte, sea que resuelva el Pleno o solo la Sala Constitucional.

De modo que, de admitirse esta tesis (ya consentida en fallos de la CSJ, como lo hemos referenciado), se estaría violentando el principio de legalidad, que no permite salirse de la Ley realizando interpretaciones de dudosa procedencia, más aún cuando se trata de una disposición constitucional. Nótese que la idea se ve comprometida con una reglamentación de la propia Constitución, dándole efectos que no surgen de su cuerpo textual.

Con todo, estamos convencidos de que lo mejor sería otorgar efectos *erga omnes* a las resoluciones de inconstitucionalidad, pero limitadas a normas, leyes o decretos en general de afectación a toda la sociedad, actuando para ello el Pleno de la Corte.

7.2. Declaración oficiosa de inconstitucionalidad

Sin entrar en la descriptiva de la teorías que están a favor o en contra de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad, surge legislado en el artículo 563 del Código Procesal Civil la posibilidad de un control oficioso de ella, cuando reza: “Cuando correspondiere, la Corte Suprema de Justicia declarará, de oficio, la inconstitucionalidad de resoluciones, en los procesos que le fueren sometidos en virtud de la Ley, cualquiera sea su naturaleza”.

De modo que, aunque no contenida en una disposición constitucional, sí se descubre reglada la posibilidad de un control oficioso de inconstitucionalidad en el Código Procesal Civil, superando la concepción que solo podría ser aplicada a instancia de parte, siendo una disposición acertada, pues el fundamento constitucional no puede estar librado a la simple voluntad de las partes; en especial, cuando se hallan comprometidos intereses de la comunidad. No sería lógico avalar la aplicación de una norma inconstitucional, a sabiendas, pues el propio Estado de Derecho se resentiría con esta circunstancia.

7.3. Facultad consultiva

Finalmente, y también derivado del Código Procesal Civil, artículo 18, inciso 1, al regular las facultades ordenatorias del juez, le facultan, en caso de tener dudas con relación a la interpretación y aplicación de una norma de rango constitucional por resultar a su juicio contraria a la Carta Magna, la posibilidad de remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, para que, por vía consultiva, interprete la norma cuestionada.

La facultad consultiva no asoma reglamentada en la Constitución, sin embargo, por extensión hermenéutica del artículo 259 de la CN fue admitida la vía consultiva en varias oportunidades.

Quizás, la más connotada fue la petición formulada por el Tribunal Electoral, en los autos: “Tribunal Superior de Justicia Electoral s/ Elecciones Generales para el Poder Ejecutivo”, al consultar a la Corte Suprema a fin de determinar si debía convocar a elecciones para presidente y vicepresidente o únicamente para vicepresidente. Esto ocurrió luego de la muerte del entonces Vicepresidente, Luís María Argaña, que luego acarrearía la renuncia del Presidente Raúl Cubas Grau, provocando que el Presidente del Congreso Nacional, por aquel entonces Luis González Macchi, asumiera provisoriamente la Presidencia.

La situación fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia, en Acuerdo y Sentencia 191 del 27 de abril de 1999, interpretando el artículo 234 de la Carta Magna, resolviendo en definitiva que solo debía llamarse a elecciones de vicepresidente, confirmándose en el cargo al Presidente del Congreso hasta el final del ejercicio. La facultad consultiva operó en toda su magnitud, pues el Tribunal Electoral siguió de punta pértigo la resolución consultiva emanada de la Corte Suprema.

Comentario al margen, reflejó un fallo ampliamente criticado por la prensa y los juristas en general, por la carencia de fundamentación jurídica y la violación de los principios republicanos de la democracia representativa, que recomendaban la elección de nuevo presidente y vicepresidente. Pero desde el punto de vista del ejercicio de la vía consultiva, el ejemplo resulta plenamente válido.

8. La incidencia del orden internacional

8.1. *Complementariedad del orden constitucional y del sistema internacional de protección*

Interesa retratar la diferenciación entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho de las Naciones o sistema constitucional, evidenciando que al primero, me refiero a la protección de los derechos humanos desde el ámbito supranacional, lo constituyen un

cúmulo de normativas que reconocen al “ser humano” como portador de derechos inherentes a su condición de tal, más allá de su raza, sexo, nacionalidad o religión³⁰. Ellos emergen a consecuencia de pertenecer a la condición humana y por solo esta razón son objeto de protección. En cambio, el Derecho de los Estados o de las Naciones refiere al ámbito interno que se preocupa de cumplir el rol sociológico de pacificar y civilizar las relaciones sociales de los integrantes de una comunidad específica, por medio de la fuerza si fuera necesario.

Los derechos humanos encarnan valores o bienes globalmente similares a los que, a nivel interno, protegen los derechos fundamentales; es decir, los derechos humanos se movilizan en el orden internacional, y los derechos fundamentales tienen su ámbito en el Derecho interno.

Las normativas internacionales de derechos humanos, constituyen el Derecho que tiene como fin específico ponerle límites a los poderes de los Estados, condicionándolos a que ejecuten sus poderes de coercitividad interna, pero dentro de un contorno bien delineado que respete a la persona humana, pasando a ser el centro de la tutela.

La diferencia sustancial entre ambos conceptos radicaría en que los derechos humanos designan aquellos derechos o valores insertos en tratados internacionales, en cambio, los derechos fundamentales tienen incidencia en el orden interno. La distinción estribaría en el ordenamiento que los reconoce y protege, internacional en cuanto a los derechos humanos, e interno en el caso de los derechos fundamentales.

La cuestión debatida consiste en apreciar si, a pesar de estas discordancias del nivel operativo, existen o no diferencias o comunicación. Estamos en favor de la tesis que enarbola más puntos de encuentros que diferencias, pues, a pesar de estar posicionados en niveles distintos, no se vislumbran compartimentos estancos, sino ideas que militan sobre fuentes similares, por un lado, la tendencial identidad de los

³⁰ Vega, Juan Carlos, “Los derechos humanos: idea política, metodología de análisis crítico, legalidad supranacional”, en *Derechos humanos: legalidad y jurisdicción supranacional*, Mediterránea, Córdoba, 2006, p. 46.

valores protegidos; y por el otro, la creciente internacionalización de la protección de los derechos.

Tanto derechos humanos como derechos fundamentales son mecanismos de protección del régimen jurídico, que variarán según el rango jerárquico de la norma que los regula, sin embargo, debe tenerse en cuenta que siempre vincularán los derechos tendientes a salvaguardar unos mismos valores que se consideran básicos. Incluso, se puede decir, que en distintos niveles protegen idénticos derechos.

Emerge una clara coincidencia de finalidad entre los dos sistemas, debiendo añadirse que las influencias recíprocas los han caracterizado mutuamente acentuando sus convergencias, recalcando su gran interés, haciendo que los esquemas sean bastantes más complementarios de lo que a primera vista pudieran parecer³¹. Prueba de ello es que el ámbito constitucional reconoce la existencia del orden internacional y la identificación de los derechos que protege; y en un sentido inverso, se reconoce la contribución de ordenamientos transnacionales a la aplicación de derecho interno, aunque con los valores reconocidos en los instrumentos internacionales.

A pesar de los esfuerzos, aún estamos ante una situación de insuficiencia, en cuanto al reconocimiento de las figuras propugnadas desde lo supranacional en la praxis procesal interna de cada Estado.

A su vez, el punto de confluencia más notorio se produce cuando el orden procesal reconoce la vigencia positiva de los tratados internacionales de derechos humanos, haciendo que ambos conceptos actúen complementados y se confundan unos con otros hasta convertirse en una unidad, en especial si se encuentran normativizados en el orden interno, sin haber diferencias entre ambos. Es lo que debería ocurrir en nuestro orden legal, consagrándose como normas positivas expresas

³¹ Rideau, Joel, "Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos humanos", en Matia Portillo, Francisco Javier (dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 64.

incorporadas a los Códigos, porque, en muchos casos, por desconocimiento de los derechos humanos, estos no son protegidos.

Al estar normativizados, los derechos fundamentales contienen a los derechos humanos, y viceversa, los derechos humanos engloban a los derechos fundamentales. Irradia una influencia en el orden procesal, desde lo constitucional y también desde la esfera internacional.

No resulta del todo acertado, entonces, la vieja distinción que califica al Derecho internacional en contraposición con el Derecho interno, puesto que, generalmente, en la mayoría de los Estados los tratados internacionales que protegen los derechos humanos encuentran cabida en el ámbito interno al tratarse de instrumentos que han pasado a ser parte del orden de los Estados, al versar sobre tratados en vigor por libre voluntad de las Naciones.

Sin embargo, encontrar un Estado que de alguna manera no violente los derechos humanos será una tarea difícil, para no catalogarla de imposible, por cuanto la actuación de los Estados se encuentra en una constante contraposición con los derechos humanos, que, como derechos fundamentales, tienen la obligación de garantizar. De allí que cuando se significa a un país respetuoso de los derechos humanos, en realidad se refiere no aquel que cumple a cabalidad todos los postulados de tutela, sino a aquel donde estos no se violan de manera consuetudinaria, masiva y sistemática. Debe descartarse el comportamiento intachable de los Estados y de sus gobernantes cuando se adscriben en pos de la protección, por ello es que el Estado debe brindar los remedios del orden interno capaces de oponer resistencia, evitando las vulneraciones singulares de los derechos humanos.

La idea de llamar la atención sobre estos aspectos resalta en la noción de equiparar a ambas concepciones en importancia jurídica, pues en estos tiempos no puede prescindirse de ninguna de las dos, actuando complementadas sin superioridad de la una sobre la otra. En especial cuando se notan concepciones que al denominar como derechos humanos al orden internacional, parecieran caracterizarlo con un

mayor rango que a los derechos fundamentales o a la legalidad contenida en el orden interno de las naciones.

A modo conclusivo, diremos que esta distinción entre orden internacional y orden interno, cada vez surge más desprendida de las reales funciones que con seguridad se dan entre ambas, equiparándose su relevancia jurídica, aunque teniendo a los derechos humanos como farol que ilumina al Derecho de las Naciones.

8.2. *La fuerza normativa de los derechos fundamentales*

¿De qué sirve hablar de derechos fundamentales si la consagración proteccionista no se concreta en normas que garanticen la vigencia de los derechos fundamentales? Estos conllevan la tutela de los derechos humanos, tienen como fin la protección de los derechos inherentes a la persona humana, comportan el celo de precautelar intereses del ciudadano común. Podrá decirse, incluso, que todo el objetivo del sistema jurídico es la protección del ser humano, sin embargo, en épocas idas esto no resultó así, como si se hubiera olvidado que el sistema de litigación y de consagración de derechos gira en torno al individuo, y no en rededor del Estado y sus instituciones.

Rompiendo este molde errado que olvidaba a la persona, emergen los derechos fundamentales en el marco constitucional y los derechos humanos en el contorno internacional, propiciando una nueva visión de tutela basada en el individuo común.

A consecuencia de ello, fue necesario normativizar los derechos fundamentales y darle positivización a los derechos humanos, pasando de lo quimérico a lo concreto, asegurando el ámbito de protección.

Siguiendo a Landa³², compartimos aquello de que la historia de América Latina ha sido pródiga en dación de textos constitucionales y

³² Landa, César, ob. cit., p. 2.

en la incorporación nominal de derechos fundamentales, sosteniendo las modernas instituciones democráticas, pero deficiente en la creación de una conciencia constitucional en la ciudadanía, ni en el ejercicio del poder, e incluso en concientizar una lealtad constitucional por parte de todas los componentes del sistema.

Mediante su normativización, pasa a constituir el eje dinamizante de la sociedad, del Estado y del diseño democrático.

En el enfoque constitucional otorgado a los derechos fundamentales, permitirá discurrir en la calificación del sistema, respecto de los derechos humanos. Así, tendremos bloques de constitucionalidad que, partiendo de la misma Constitución, den un realce a los derechos humanos, asintiendo que jueguen un rol fundamental, al punto de otorgarle mayor rango que a la norma constitucional, que genera la idea de aplicarse la disposición proteccionista de la persona por sobre todas las cosas, aceptando un mandato de fuera (internacional), avalado previamente por la Constitución.

También se presentarán sistemas, no tan amplios ni celosos en la protección, que si bien le otorgan rango constitucional a la tutela, esta se halla encasillada dentro del rigor constitucional; aunque de oponerse ambas normativas, debería optarse por la benéfica para el ser humano.

Finalmente, tenemos un tercer grupo, de interpretación restrictiva, en el que destaca el Paraguay, donde el orden proteccionista se encuadra dentro del marco constitucional, sin que pueda salirse de este diseño que hace de efecto embudo, impidiendo que la protección se salga de sus rieles orientadores, que lleva a justificar que nada irrumpe por fuera de la Constitución, so pretexto de pérdida de soberanía, en una expresión inequívoca de iuspositivismo y de acogimiento de la escuela kelseniana, todo en la Constitución, nada fuera de ella.

Las tres posibilidades precedentes, normativizan los derechos, fundamentales pero con distintos efectos jurídicos, en unos casos dando amplitud de tutela y en otros no.

Un Estado Social de Derecho debe tener como estandarte a la persona humana; por tanto, el límite de protección debería ser el más amplio posible, especialmente si se trata de defender la dignidad de la persona, su libertad, su igualdad y el bien común, el mismísimo sistema democrático encuentra aval en ello. Claro que esto no significa abandonar las fronteras del constitucionalismo, sino simplemente readecuar su funcionalidad con el objeto de dar mayores grados de tutela, que sin dudarlo pasará por la normativización efectiva de los derechos fundamentales, para posteriormente buscar concientizar a la ciudadanía sobre estos derechos; de hecho, es un pilar democrático realzar a la persona en su máxima expresión.

Ahora bien, esto no conlleva perder soberanía, sino ganar en los efectos de la tutela, que estará expresada en legislar conforme a las propias necesidades de cada sociedad, en un afianzamiento de su particular idiosincrasia y cultura.

8.3. Obligación de los Estados de adecuarse a la Convención

Lo que parecería ser algo sencillo adquiere complicaciones profundas al estar obligados los Estados signatarios del Pacto de San José de Costa Rica a adecuar las disposiciones de su orden interno a la Convención Americana de Derechos Humanos. Ello acarrea la necesidad de innumerables apreciaciones.

a) En primer lugar, aclarar que si bien no hay un mandato concreto para que los Estados le den un rango constitucional a los derechos humanos, de las directivas e interpretaciones doctrinarias de la CIDH surge notoriamente que los Estados tienen la obligación de respetar los derechos humanos por sobre los demás derechos.

Así fue declarado, por la CIDH en el caso “La ultima tentación de Cristo vs. Chile”, de 2001; también en el caso “Niños de la calle vs. Guatemala”, de 2001; caso “Hilaire Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago”, de 2002; caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, de

2006; caso “Goiburú vs. Paraguay”, de 2006; caso “Radilla Pacheco vs. México”, de 2009; caso “Campo algodónero vs. México”, de 2009. En todos ellos, se obliga a los Estados, a consecuencia de vicios en el orden jurídico interno, a la eliminación de normas contrarias a la Convención.

b) En segundo lugar, por la situación de hecho presentada, resulta indudable que con solo ser parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados están obligados a un “desarrollo progresivo” de los derechos (art. 26), perfeccionando permanentemente la protección, siempre a más, nunca en menos. De lo que se deduce que el bloque de constitucionalidad tarde o temprano tendrá que ajustarse a estos cánones imperativos que actúan como mandatos de optimización, sin que ninguna norma legal interna puede soslayar sus efectos.

Esta circunstancia fue comprendida a cabalidad por México, país pionero en la consagración, que recientemente en 2011 reformó su Constitución³³, dando a los derechos humanos una protección superior incluso a la misma Constitución Mexicana, con ello revertir la doctrina clásica de la pirámide kelseniana, para adoptar un tipo de pirámide maya con una superficie plana en la cima donde se asientan la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos en un mismo rango, o incluso, si se prefiere, seguir con la pirámide kelseniana pero teniendo en la cima a los Tratados de derechos humanos y por debajo la Constitución, en un giro más copernicano. Luego del

³³ En el año 2011, se reformó parcialmente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo en el art. 1: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas de los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia *favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*. Todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos, en los términos que establezca la Ley (...)”.

caso “Radilla Pacheco”³⁴ (emblemático caso mexicano, por el cual la CIDH condenó al país del norte), todos los jueces de aquella República deben realizar el control de convencionalidad en cada una de las casuísticas que juzguen, circunstancia avalada por la Corte de aquel país en fallos ejemplificatorios.

Similar situación ocurrió en la Argentina³⁵ y otro tanto en Colombia³⁶.

c) En tercer lugar, aun cuando no se diga expresamente, los tratados que protegen derechos humanos tienen un rango superior a cualquier otro tratado internacional.

En Paraguay, esta situación nunca fue comprendida a cabalidad, valga un ejemplo para clarificar la situación respecto a la interpretación

³⁴ Derivado del caso “Radilla Pacheco” en el cual la CIDH condena al Estado mexicano, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Mexicana, el 14 de julio de 2011, derivado del expediente “varios” 912/2010, por acuerdo pleno de todos sus miembros resolvió: “SEXTO: Obligaciones concretas que debe realizar el Poder Judicial. Derivado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco, resultan las siguientes obligaciones para el Poder Judicial como parte del Estado mexicano (...): a) los jueces deberán llevar a cabo un Control de Convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad (...)”. Que conllevó luego a que en otro fallo ejemplificador la CSJ de México dijera: “De este modo, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*.” (comentario realizado por Contreras Lamadrid, Hugo, “Reconocimiento y alcances de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derecho de autor”, en Martínez Lazcano, Alfonso (dir.), *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 2012, p.127.

³⁵ En la Argentina, con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, en el art.75 se establece que los Tratados de Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional, por lo que en este país la Convención Americana de Derechos Humanos pasó a tener rango constitucional.

³⁶ En Colombia, la Constitución Nacional estableció una posición monista dentro de la materia de los derechos Humanos y por ende el Estado colombiano ha declarado un valor jerárquico supraconstitucional a los Derechos Humanos. Ello fue avalado por innumerables fallos del Tribunal Constitucional.

de otros tratados internacionales, que incluso fue realizada por la Corte Suprema de Justicia, avalada en resoluciones judiciales, dando prelación a tratados internacionales específicos (Tratado de Yacyretá) por sobre los Convenios de Derechos Humanos, privando de un fácil acceso a la justicia y de una tutela jurídica afectiva a los afectados de la represa³⁷.

d) Por último, a diferencia de lo ocurrido en otras latitudes, se nota una orfandad de ideas, llevando a sostener posiciones ancladas en el positivismo jurídico y literalidad de la norma, cuando la interpretación debe hacerse a la luz de los principios rectores de los derechos humanos.

Así, el desafío flagrante deviene en apostar por un constitucionalismo que materialice efectivamente la protección de los derechos humanos, evitando las posturas retardatarias que invitan volver atrás, cuando desde el Pacto nos dicen a gritos que ya no puede retrocederse en las garantías de protección; de hacerlo se violaría la norma internacional y por ende también la Constitución. No debe destilarse la noción de avalar un fraude interpretativo so pretexto de no avanzar en la protección, pues debe imponerse el “principio de prohibición de su regresividad”³⁸, obligando al Estado a mejorar la situación de los derechos fundamentales, asumiendo la prohibición de disminuir el ambiente de protección de los derechos vigentes, o incluso, de derogar los ya existentes.

8.4. *Control de convencionalidad, su obligatoriedad*

8.4.1. *Marco de análisis*

El control de convencionalidad, constituye una noción que se ha puesto de moda en el Derecho internacional, a partir de la novedosa

³⁷ Estos deben hasta hoy día litigar a cientos de kilómetros de su lugar de afectación, en una abierta violación del debido proceso. No se buscó proteger a la persona afectada, sino a la Entidad Binacional que había accionado el daño, so pretexto de que el tratado internacional puntualmente así regulaba, en un sin sentido total.

³⁸ Landa, César, ob. cit., p. 51.

doctrina esbozada por la CIDH en 2006 proferida en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, que si bien no fue el primer caso en el cual se lo cita³⁹, en él se realiza una descriptiva funcional del concepto.

En líneas generales, el control de convencionalidad dimana del “principio de convencionalidad” que está referido a la obligación que tienen los Estados de adoptar en el Derecho interno todas las disposiciones necesarias para asegurar a sus ciudadanos el ejercicio pleno de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana de Derechos humanos.

En forma específica, el control de convencionalidad (derivado del principio citado) refiere a la obligación judicial que tienen los órganos jurisdiccionales internos de aplicar el Pacto de derechos humanos, conllevando incluso la de inaplicar las normas que la contravengan. Técnicamente, refieren a un mandato realizado a los jueces nacionales, obligándolos a controlar en cada uno de sus fueros y materias la vigencia de la Convención.

Actúa en consonancia con el sistema de control de Constitucionalidad jurisdiccional difuso, donde todos los jueces de cualquier materia e instancia están obligados a efectuar el control de convencionalidad de las normas internacionales que son parte del orden interno (como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otros documentos que integran el sistema de protección), debiendo aplicar las normativas de derechos humanos en prelación a las leyes positivas que no contengan la protección o incluso que se contrapongan a aquellas.

En la impronta, versa plasmar una pasarela o “tender un puente” de unión entre ambos órdenes, beneficiando en definitiva al ser humano, en cumplimiento del principio *pro homine*. Al Poder Judicial le compete realizar el control de convencionalidad de la manera más efectiva posible.

³⁹ Véase, Caso “Myrna Mack vs. Guatemala”, 2001, donde se utiliza por vez primera el término “control de convencionalidad”; luego en caso “Tibi vs. Ecuador”, 2004; caso “López Álvarez vs. Honduras”, febrero de 2006; “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”, septiembre de 2006.

8.4.2. *Problemas que presenta*

Esta novedosa doctrina de la Corte Interamericana no deja de presentar problemas al aplicarse a los casos concretos, surgiendo los siguientes cuestionamientos:

a) ¿Puede aplicarse el Pacto cuando se contraponga a la Constitución Nacional? Así tenemos que en Paraguay, al tener en la cima a la CN y por debajo los tratados internacionales, se presentaría un inconveniente insoluble, claro que será esporádica dicha situación, pero sin embargo resulta exhibida⁴⁰.

b) ¿Es factible en la práctica su aplicación? Desde el ángulo normativo no se presentaría problema alguno; en cambio, desde la praxis surgen la mayoría de los inconvenientes. Por un lado, el desconocimiento del orden internacional, y por el otro, la renuencia de los jueces a aplicar normas consideradas foráneas. El problema central radica en la praxis casi nula presentada en tribunales de aceptar y aplicar los preceptos del orden internacional a la casuística manifestada en los distintos juicios. A lo que agregamos el desconocimiento por parte de jueces y abogados de las normativas supraleales, parte integrante del Derecho Positivo vigente, al haberse adherido a las convenciones y acuerdos sobre derechos humanos, con las incidencias que desde lo transnacional se imponen a los ordenamientos jurídicos de los países miembros.

c) ¿Cuáles serían los alcances de la inconvencionalidad? Allí radica otro anacronismo, debiendo promoverse una reforma legislativa que

⁴⁰ Tal como ha ocurrido recientemente con el juicio político, regulado en la Constitución Nacional Paraguaya, que no preveía una reglamentación específica respetando el debido proceso, que fue implementado por la Cámara de Senadores en la parte procedimental, otorgando un derecho de defensa inconsistente y escaso de diecisiete horas al Presidente de la República, para luego proceder a destituirlo. No cabe duda de que fueron violados los derechos humanos con el procedimiento instaurado. La solución fue legal pero alejada del debido proceso. En este caso, fue evidente que primó la Constitución Nacional avalando mezquinos intereses políticos, por encima de los Convenios de Derechos Humanos suscriptos por el país.

aclarar la situación; también si la resolución tendría efecto *erga omnes* o solo parcial aplicable a casos concretos.

d) ¿Cómo se ejercería el control en la aplicación de la convencionalidad? Qué mecanismos utilizarían los Estados para promover una gestión de seguimiento en la admisibilidad del control de convencionalidad.

En general, son cuestionamientos que surgen cuando referimos a este novel instituto internacional, que se plantea como un mandato ideal de la CIDH, pero de extrema dificultad para su cumplimiento en la práctica.

8.4.3. *Obligatoriedad de cumplir con el control de convencionalidad*

Desde el momento en que los Estados confirmaron la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, se obligan a respetar dicha Convención, lo que ha permitido el surgimiento de la doctrina del “control de convencionalidad”.

El control de convencionalidad se posiciona así, marcando un supuesto de primacía del Pacto sobre las constituciones y demás preceptos jurídicos del Derecho interno, instando imperativamente a que los jueces de los Estados viabilicen el respeto a los derechos humanos, aplicando aun de oficio la Convención.

Debe entenderse que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza el respeto al Derecho internacional y específicamente a los derechos humanos, de ahí que la función del control de convencionalidad debe operar de manera efectiva, pasando de la mera declamación a la tutela efectiva.

El profesor Eduardo Ferrer Mag-Gregor, en oportunidad de ser integrante *ad hoc* de la CIDH (hoy es miembro efectivo del Tribunal), reflexionaba en los siguientes términos:

Este tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de las Convenciones no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana.

Las previsiones referenciadas en los párrafos anteriores denotan la obligatoriedad por parte de los Estados de cumplir con el control de convencionalidad en todo tipo de proceso, sea del orden penal, civil, laboral, administrativo, constitucional, parlamentario o de cualquier índole, siempre que requiera investigación mediante la viabilización de un modelo procesal. Así, el orden legal debe respetar a las normativas contenidas en la Convención Americana; de no hacerlo, la estaría violando. Incluso más, en casos de controversia en la aplicación de la Constitución Nacional y el orden internacional, deben aplicarse los preceptos de la Convención, por haberse comprometido los Estados a ello.

Derivado del caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”, la CIDH determinó que los jueces o magistrados locales deben aplicar el control de convencionalidad incluso de oficio, así textualmente rezaba (párr. 128): “(...) los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la convención americana (...)”. De modo que la obligatoriedad en el control de convencionalidad no solo

se extiende a petición de parte, sino que están obligados los jueces por su aplicación *in officio iudicis*.

8.4.4. Recepción del control de convencionalidad en Paraguay

En situaciones como la que está inmerso el Paraguay, donde el marco constitucional está por encima de toda otra normativa interna o externa, el Estado debe tomar los recaudos para que los derechos de las personas sean tutelados especialmente cuando la norma internacional no atente contra la norma nacional bregando para que las garantías siempre sean mayores y no menores.

El mandato concreto de la CIDH respecto al control de convencionalidad aún se encuentra en sus inicios, en una conceptualización doctrinaria primaria y de suma superficialidad; de hecho, el incumplimiento sistemático de todas las resoluciones de la CIDH (ocho condenas en total, ninguna cumplida por el Estado paraguayo) dan la pauta de que tan siquiera se realiza una mirada hacia el campo internacional. Quizás como producto de la mediterraneidad y de una visión hacia adentro, generada por un marco social basado en la cultura autoritaria que por tantos años ha reinado, impide abrir las fronteras para la recepción de nuevos conceptos, propiciando marcos de mayor protección.

La Corte Suprema de Justicia aún no ha propiciado la aceptación de nuevos enfoques, que desde el contorno internacional desde hace tiempo deberían haberse implementado. La dinámica proteccionista con que se mueve el orden internacional no es tal en mi país, donde parecería que se han cerrado las compuertas de los nuevos vientos, reinando la inercia y el quietismo... Trabajamos denodadamente para abrirlas.

8.4.5. Un caso de patente inconvencionalidad

Posiblemente, el caso más emblemático que demuestra la falta de comprensión del control de convencionalidad está dado por el reciente

juicio político que involucrara al expresidente Fernando Lugo Méndez, donde fueron violados principios básicos pregonados por el orden interamericano, so pretexto de la supremacía constitucional.

En el marco del juicio político, el control de convencionalidad se hubiese garantizado de haber permitido un amplio contradictorio y una tramitación procesal cuanto menos similar a los anteriores juicios políticos sustanciados en Paraguay; al haber restringido las posibilidades de defensa, condicionaron la calificación como inconvencional por asentarse en un trámite con menores garantías a los precedentes juicios similares llevados a cabo.

La situación reflejada en el juicio político no debería constituir una simple narrativa histórica y que pase al futuro como un simple hecho anecdótico, como otro bochorno más de los que estamos acostumbrados, sino que debe servir para generar y obligar a una profunda reflexión porque no se trata de un simple dato secuencial que muestra el pasado, sino de un momento bisagra para evitar que actos de esta envergadura vuelvan a realizarse, evadiendo poner en peligro la misma institucionalidad democrática.

Todo el sistema jurídico debe estar orientando en salvaguardar los derechos de la persona como tal; es la razón de ser y fin último del Derecho; este no tendría razón de existencialidad sin la persona humana. Ni el Ejecutivo, ni el Parlamento, ni el Poder Judicial pueden dejar de lado estos axiomas primordiales que cual faro iluminan a la ciencia jurídica.

Los avatares políticos deben ser medidos con racionalidad, y ejecutados por los políticos de turno con ecuanimidad y una visión global de la coyuntura medular que prioriza su accionar, cual es la defensa y protección del estado democrático.

En el corto tiempo de democracia vivido en Paraguay, las deformaciones políticas, ejecutadas y llevadas adelante al son del “juicio político”, denotan que no se ha internalizado ni el Estado Social de Derecho, ni el sistema democrático en nuestra forma de vida, y eso es preocupante.

No se trata de una persona singular ni de una línea ideológica puntual, ni de un color partidario concreto; versa sobre la comprensión del modelo propiciado de sociedad, que aún no fue advertido ni encarnado por los políticos de turno y, lo que es más grave aún, por los organismos judiciales que deberían mostrarse celosos custodios de la constitucionalidad y de la convencionalidad.

Las secuelas de largos gobiernos totalitarios derivaron en enormes deficiencias educativas y quietismo cultural; todavía se irradian profundizando la mediocridad de los estamentos de poder en sus diversos niveles, evitando el aflorar de una mente crítica que tienda a derivar en razonamientos holísticos donde las garantías y protecciones del Estado social de derecho sean más trascendentes que los mezquinos intereses políticos de aquellos que tengan el timón del Gobierno.

Arribamos a las siguientes conclusiones:

a) En todo juicio político debe respetarse el debido proceso, el plazo razonable, el plazo indispensable para ejercer las defensas y el más amplio derecho de defensa.

b) El juicio político a Lugo Méndez no ha respetado las condiciones básicas de una tramitación situada en cánones de racionalidad, emergiendo a cada paso notorias anormalidades tanto de procedimiento como de interpretación, que difícilmente lo hagan justificable sobre la base de los principios y valores jurídicos.

c) En un juicio político deben conjugarse el ejercicio del poder público, equilibrando “la necesidad política” de su manifestación, y la garantía del debido proceso, brindando al acusado un contrapeso que le permita demostrar su posicionamiento con el soporte de un tribunal independiente e imparcial. El hecho político no debe restar trascendencia al hecho jurídico y a la circunstancia procedimental; no es simplemente dar apariencia de legalidad, sino permitir eficientemente el ejercicio seguro y convincente de los derechos.

d) El respeto a los derechos humanos no se pierde por las circunstancias de ejercer un cargo público que sea pasible del juicio político, puesto que detrás del cargo siempre hay una persona humana que tiene que ser protegida, sea quien sea, se llame como se llame, y responda a la ideología o partido que fuera.

e) El Senado, con la reglamentación del procedimiento del juicio político en el caso Lugo Méndez, ha violentado la obligatoriedad estatal del “desarrollo progresivo” de los derechos humanos, al establecer un trámite con menores garantías que las otorgadas en los otros juicios políticos consumados en Paraguay.

f) Las sentencias constitucionales dictadas en el caso de referencia no ejercieron debidamente el control de constitucionalidad ni el control de convencionalidad, fundamentalmente al ser parte del orden jurídico interno la Convención Americana de Derechos Humanos y no haberla aplicado efectivamente.

g) La carencia de una reglamentación específica para el juicio político, no constituye el otorgamiento al Congreso, y específicamente al Senado, de libertades absolutas para diagramar tramitaciones que no respeten las garantías mínimas. Podría decirse, inclusive, que en el caso Lugo Méndez el procedimiento fue legal, apuntalado en el procedimiento parlamentario y en omisiones constitucionales; lo que no podrá decirse es no haya sido violatorio de la Convención ni de Principios Constitucionales básicos que garanticen un amplio derecho de defensa, aunque esto parezca un contrasentido. El procedimiento instaurado, ha violentado el *due process of law*, o lo que es lo mismo, las reglas del buen procedimiento.

h) Las Cortes Supremas nacionales siempre tendrán el último control jurisdiccional sobre estos procesos políticos, no para revisar la justicia del veredicto, sino para controlar que el trámite haya respetado el debido proceso y el derecho de defensa del imputado.

9. Derecho procesal constitucional

Como punto de confluencia entre lo constitucional y lo procesal, dando dinamismo práctico al bloque de constitucionalidad, emerge el denominado Derecho procesal constitucional, que intenta explicar la relación existente entre el proceso y la Constitución, dando una justificación de cómo se aplican las garantías judiciales de la Carta Magna en las vinculaciones entre las partes.

En el contorno del control de constitucionalidad, no podemos dejar de referenciar a la rama autónoma del Derecho procesal constitucional y la forma en que deviene organizado en el orden normativo legal, aglutinados en consagrar determinados institutos jurídicos.

Debemos reconocer, sin embargo, que a pesar de la aparente simplicidad de la cuestión, es un ámbito de estudio de lo más complejo, sobre todo en la derivación de si este Derecho procesal constitucional es una rama del Derecho procesal (García Belaúnde, Hernández Valle, Pegoraro) o del Derecho constitucional (Almagro Nosete, López Guerra, Favoreau, González Pérez), o si, por el contrario, se convierte en una ciencia autónoma (Gozaíni, Gelsi Bidart), temario que excede los límites de esta investigación, pero que por la incidencia en lo procesal adquiere significación práctica.

El principio de la supremacía constitucional conlleva una idea común para los sistemas de control de constitucionalidad, partiendo de que la Constitución es una norma fundamental que contiene principios fundamentales y valores que se transmiten orientando el resto del ordenamiento jurídico⁴¹.

En una retrospectiva hacia el interior del marco constitucional, con el objeto de ligarlo a lo procesal, llegamos a la consagración de la tutela constitucional, que en nuestro ordenamiento positivo está representado

⁴¹ Gozaíni, Osvaldo, *Introducción...*, ob. cit., p. 107.

por las vías específicas para efectivizar el control con sus mecanismos procesales para una protección eficiente.

Es pertinente aclarar que no se dan procesos constitucionales propiamente dichos, sino funciones⁴² desplegadas de acuerdo a la jurisdicción ejercida, dando herramientas para provocar la actuación constitucional; allí surge el amparo constitucional, hábeas corpus, hábeas data, las acciones de inconstitucionalidad, presentadas en el orden procesal. Son estas vías los mecanismos que aseguran la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales, que a la postre dan salvaguarda a los derechos humanos, derechos esenciales del hombre.

A consecuencia de la consolidación de la constitucionalización, en especial del constitucionalismo social, se abren nuevas dimensiones a la *litis*, la que fuera ortodoxamente bilateral y singular en la legitimación activa y pasiva, fenomenología que cambia por otra que nos propone la defensa de los intereses colectivos y de grupos, pasándose a tolerar una legitimación amplia, tanto activa como pasiva, aunque en rigor no pasen de una consagración constitucional, al no estar convenientemente reglamentados, por tanto, de difícil viabilización.

Las vías procesales constitucionales, en el orden jurídico positivo tienen una notoria vinculación con el juzgamiento privado, al punto de ser el Código Procesal Civil el que los reglamenta, denotándose hacia el interior del ordenamiento legal que la protección constitucional tiene un estrecho lazo con el proceso civil.

10. Conclusión

Las discusiones sobre el control de constitucionalidad y sus distintos contornos son una problemática filosófica jurídica que surge desde el nacimiento de la constitucionalidad y son objeto de discusión desde

⁴² Gozáini, Osvaldo, ob. cit., p. 46

antaño. Siendo indudable que tiene un emerger con fuerza desde la aparición del “constitucionalismo”, pero por sobre todo desde el emerger de la incidencia del Derecho interamericano en el orden interno, con el instituto del control de convencionalidad prometiendo remover los cimientos de anquilosados procedimientos y regímenes jurídicos encerrados en las fronteras territoriales.

No podemos negar en la actualidad paraguaya la indudable vigencia del principio de supremacía constitucional, pero queda una tarea pendiente: la de insertar en el contorno jurídico las nuevas tendencias propiciadas por el orden internacional, sin que se violenta la ponderable y positiva supremacía de la Constitución.

A la luz de los nuevos principios impulsados por los derechos humanos, queda el camino de construir un orden jurídico que reubique a la persona humana como eje de la protección, dejando de lado vetustas concepciones que hacían primar a la Ley por sobre la persona humana.

El control de constitucionalidad, conjuntamente con su sucedáneo, el control de convencionalidad, invita a converger en lozanos horizontes donde germinen las ideas de un control realizado por todos los poderes del Estado y no solo por algunos, consolidando logros en materia de tutela de los derechos fundamentales. Para ello, es necesario un gran esfuerzo y una apuesta decidida a cambiar; no valen los gritos esporádicos, sino una toma de conciencia real que permita ajustar lo equivocado.

Sin ninguna duda, de un tiempo a esta parte, el control de constitucionalidad no puede dejar de realizar una mirada hacia el Derecho transnacional, que en forma sistemática le viene imponiendo normas orientadoras que inciden en el ámbito interno.

En definitiva, se trastocan los valores tradicionales, permitiendo la intromisión de valores externos, venidos extramuros, enmarcados en la razonabilidad y en el respeto de los derechos fundamentales e inalienables del hombre, que no son otros que los derechos humanos,

apuntalando al diseño constitucional con todas las garantías de obtener el objetivo de justicia.

El ámbito supranacional, insta a movilizarse en la turba reformadora de antiquísimos modelos constitucionales inservibles para la dinámica realidad social moderna, a la que le cuesta remover sus cimientos, pero, en rigor de honestidad, el estado de quietismo es solo responsabilidad nuestra y de nadie más.

Nos sumamos a aquellos juristas que creen fervorosamente que el cambio llegará, con una visión constructiva y positiva de nuestra sociedad. Todavía queda un largo trecho y un sinuoso camino para burlar a las máquinas de impedir, pero tarde o temprano respiraremos el aire fresco y oxigenado con un venturoso constitucionalismo apuntalado por el control de convencionalidad moderno, proyectando los flamantes paradigmas que la ciencia procesal constitucional contemporánea precisa.

CAPÍTULO VII

EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO AL RECURSO Y EL DERECHO A LA EJECUCIÓN INMEDIATA

EL CASO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

Por Joan Picó i Junoy¹

1. Planteamiento del conflicto

En las distintas constituciones y textos internacionales de protección de derechos humanos es frecuente encontrarnos con garantías fundamentales del debido proceso². En este estudio vamos a plantear los problemas —y soluciones— que se suscitan cuando dos de estas garantías entran en conflicto. Y, en concreto, analizaremos la colisión entre el derecho al recurso y el derecho a la ejecución de las sentencias civiles de primera instancia: el primero garantiza que toda sentencia pueda ser revisada por un tribunal superior, por lo que, mientras no se produzca este segundo grado de enjuiciamiento, no debería procederse a la ejecución de la sentencia de primera instancia; y el segundo ampara que toda resolución judicial, en caso de incumplirse, pueda ejecutarse, por lo que, al objeto de asegurar la máxima eficacia de este derecho, dicha ejecución no debería retrasarse por el hecho de interponerse un recurso contra la sentencia de primera instancia.

¹ Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Rovira i Virgili (España).

² Al respecto, me remito a mi trabajo *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., J. Mª Bosch, Barcelona, 2012 (la 1ª ed. es de 1997).

Aquí tenemos ya el conflicto servido: ¿qué garantía procesal debería prevalecer? Antes de resolver este interrogante, vamos a examinar el contenido de ambas garantías.

2. El derecho al recurso

La Constitución española (CE), en su artículo 24, no reconoce el derecho al recurso (a la segunda instancia) en el ámbito del proceso civil. Sin embargo, respecto del proceso penal, el Tribunal Constitucional español entiende que se encuentra tácitamente amparado en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, por cuanto, como exige el artículo 10.1 de la CE, los derechos fundamentales recogidos en la Carta Magna deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; y al respecto, con referencia al proceso penal, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 establece: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”; y el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 22 de noviembre de 1969 prevé: “8. Garantías Judiciales (...). 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho (...) h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

Por ello, el Tribunal Constitucional español insiste en la idea de que el derecho a la tutela judicial del artículo 24.1 de la CE solo garantiza el derecho a acceder a los tribunales y obtener de ellos una resolución fundada en Derecho a las pretensiones formuladas ante los mismos. Pero el derecho al recurso y, en general, al sistema de impugnación, salvo en lo relativo a las sentencias penales condenatorias, no tiene vinculación constitucional. Por tanto, el legislador es libre para determinar

su configuración, los supuestos en que procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización³.

Sin embargo, también dentro de este mismo derecho, ha establecido que si bien el legislador es libre de articular recursos o no contra una sentencia, de preverse un determinado recurso en las leyes de enjuiciamiento, el derecho a su utilización, ahora sí, pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial efectiva⁴. Y, por esta razón, el recurso legalmente establecido no puede frustrarse mediante resoluciones judiciales que lo inadmiten sin ningún tipo de motivación o incurriendo en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad, en cuyo caso, al convertir la legalidad tan solo en una mera apariencia, sí se compromete el artículo 24.1 de la CE⁵.

³ De forma reiterada insisten en esta idea las sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 132/2011, de 18 de julio (f. j. 3); 35/2011, de 28 de marzo (f. j. 3); 19/2009, de 26 de enero (f. j. 3); 248/2005, de 10 de octubre (f. j. 2); 167/2003, de 29 de septiembre (f. j. 2); 125/1997, de 1 de julio (f. j. 3); 169/1996, de 29 de octubre (f. j. 2); 26/1996, de 13 de febrero (f. j. 3); 172/1995, de 21 de noviembre (f. j. 2); 157/1995, de 6 de noviembre (f. j. 4); 193/1994, de 23 de junio (f. j. 2); 128/1993, de 16 de diciembre (f. j. 4); 115/1992, de 14 de septiembre (f. j. 2); 169/1991, de 19 de julio (f. j. 2); 92/1990, de 23 de mayo (f. j. 2); 157/1989, de 5 de octubre (f. j. 2); 175/1988, de 3 de octubre (f. j. 1); 130/1987, de 17 de julio (f. j. 2); 145/1986, de 24 de noviembre (f. j. 3); 139/1985, de 18 de octubre (f. j. 3); 69/1984, de 11 de junio (f. j. 3); o la 19/1983, de 14 de marzo (f. j. 2).

⁴ En este sentido, véase las SSTC 35/2011, de 28 de marzo (f. j. 3); 120/2009, de 21 de mayo (f. j. 2); 19/2009, de 26 de enero (f. j. 3); 270/2005, de 24 de octubre (f. j. 3); 248/2005, de 10 de octubre (f. j. 2); 115/2002, de 20 de mayo (f. j. 7); 125/1997, de 1 de julio (f. j. 3); 93/1997, de 8 de mayo (f. j. 3); 88/1997, de 5 de mayo (f. j. 2); 9/1997, de 14 de enero (f. j. 2); 170/1996, de 29 de octubre (f. j. 2); 169/1996, de 29 de octubre (f. j. 2); 128/1996, de 9 de julio (f. j. 3); 82/1996, de 20 de mayo (f. j. 3); 186/1995, de 14 de diciembre (f. j. 2); 100/1995, de 20 de junio (f. j. 2); 37/1995, de 7 de febrero (f. j. 5); o la 28/1994, de 27 de enero (f. j. 2).

⁵ Al respecto, me remito a las SSTC 132/2011, de 18 de julio (f. j. 3); 35/2011, de 28 de marzo (f. j. 3); 27/2009, de 26 de enero (f. j. 3); 20/2009, de 26 de enero (f. j. 4); 181/2007, de 10 de septiembre (f. j. 2); 51/2007, de 12 de marzo (ff. jj. 3 y 4); 15/2006, de 16 de enero (f. j. 3); 309/2005, de 12 de diciembre (f. j. 2); 248/2005, de 10 de octubre (f. j. 2); 164/2004, de 4 de octubre (f. j. 2); 150/2004, de 20 de septiembre (f. j. 3); 46/2004, de 23 de marzo (f. j. 4); 213/2003, de 1 de diciembre (f. j. 4); 157/2003, de 15 de septiembre (f. j. 6); 55/2003, de 24 de marzo (f. j. 6); 221/2001,

Y a nivel de textos internacionales de derechos humanos sucede exactamente lo mismo, esto es, tampoco se garantiza el derecho al recurso en el proceso civil (no así en el proceso penal, como hemos visto). Por ello, no es de extrañar que, al igual que sucede con el TC español, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconozca que no existe una garantía fundamental al recurso en el ámbito del proceso civil, si bien, de configurarse legalmente el recurso, el acceso a este sí que se encaja dentro del derecho al proceso equitativo del artículo 6.1 del Convenio de Roma (Convenio Europeo de Derechos Humanos). Así, por ejemplo, ya en la sentencia del TEDH de 19 de diciembre de 1997 (caso “Brualla Gómez de la Torre c/España”) estableció:

El Tribunal recuerda que el derecho a los Tribunales, del que el derecho de acceso constituye un aspecto particular, no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, en especial, en lo que se refiere a las condiciones de admisibilidad de un recurso, pues, por su propia naturaleza, requiere una regulación por parte del Estado, el cual goza, a este respecto, de libertad de configuración (apartado 33) (...). El Tribunal reafirma que el artículo 6 del Convenio no obliga a los Estados firmantes a crear Tribunales de apelación o de casación (...). Sin embargo, si existen dichos Tribunales, deben respetarse las garantías del artículo 6, especialmente, en lo que garantiza al litigante un derecho efectivo de acceso a los Tribunales para las decisiones relativas a sus derechos y obligaciones civiles (apartado 37).

En el marco de la CADH, su artículo 8.2.h también reconoce el derecho a la segunda instancia limitado al ámbito del proceso penal. Sin embargo, debe reconocerse que hay pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que, si bien se refieren a un proceso penal, hacen formulaciones genéricas que, extralopadas, podrían ser aplicadas a cualquier tipo de proceso jurisdiccional. Así,

de 31 de octubre (f. j. 6); 82/2001, de 26 de marzo (f. j. 2); 87/2000, de 27 de marzo (f. j. 3); 63/2000, de 13 de marzo (f. j. 2); 25/2000, de 31 de enero (f. j. 2); 147/1999, de 4 de agosto (f. j. 3); 101/1997, de 20 de mayo (f. j. 2); 93/1997, de 8 de mayo (f. j. 3); 170/1996, de 29 de octubre (f. j. 2); 55/1995, de 6 de marzo (f. j. 2); o la 37/1995, de 7 de febrero (f. j. 5).

por ejemplo, su sentencia de 23 de noviembre de 2012 (caso “Mohamed vs. Argentina”) afirma:

97. El Tribunal ha señalado que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica⁶ (...).

98. El derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona⁷.

99. La Corte ha sostenido que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz⁸. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada⁹. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido¹⁰. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho¹¹. En ese sentido, la

⁶ Cfr. Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 158.

⁷ Cfr. Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 158; y caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”. Fondo, reparaciones y costas, párr. 88.

⁸ Cfr. Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párrs. 161, 164, 165 y 167; y caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”. Fondo, reparaciones y costas, párrs. 88, 89 y 90.

⁹ Cfr. Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 158; y caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”. Fondo, reparaciones y costas, párr. 88.

¹⁰ Cfr. Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 161; y caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”. Fondo, reparaciones y costas, párr. 90.

¹¹ Cfr. Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 164; y caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”. Fondo, reparaciones y

Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente¹².

3. El derecho a la ejecución de las sentencias

Al igual que sucede con el derecho al recurso, el referente a la ejecución de las sentencias definitivas tampoco aparece expresamente reconocido en el artículo 24 de la CE. Sin embargo, el TC español ha declarado en reiteradas ocasiones que el derecho a la tutela judicial efectiva exige también que el fallo judicial se cumpla en sus propios términos, pues solo de esta manera el Derecho reconocido en el proceso se hace real y efectivo, garantizándose así el pleno respeto a la paz

costas, párr. 90.

¹² Como podemos comprobar, esta resolución se fundamenta especialmente en la sentencia del caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, de 2 de julio de 2004, que efectivamente establece:

“158. La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona. 159. La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que este tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia”.

y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente¹³. De lo contrario, las resoluciones judiciales se convertirían en meras declaraciones de intenciones¹⁴, relegándose la efectividad de la tutela judicial a la voluntad caprichosa de la parte condenada. Por ello, ante la falta de cumplimiento voluntario de un determinado fallo judicial, procede su imposición forzosa a la parte vencida¹⁵. Y esta ejecución procesal ha de llevarse a cabo en los propios términos de la resolución, de acuerdo con el fallo, que es el que contiene el mandato de la sentencia, sin posibilidad de modificarlo. En consecuencia, si un Tribunal se aparta sin causa justificada de lo provisto en la sentencia que debe ejecutarse, o introduce una cuestión nueva no contenida en dicho fallo, está vulnerando el artículo 24.1 de la CE y, por tanto, es nula la resolución en

¹³ Así nos lo recuerdan las SSTC 20/2010, de 27 de abril (f. j. 4); 322/2006, de 20 de noviembre (f. j. 2); 49/2004, de 30 de marzo (f. j. 2); 1/1997, de 13 de enero (f. j. 3); 59/1996, de 15 de abril (f. j. 2); 104/1994, de 11 de abril (f. j. 2); 39/1994, de 15 de febrero (f. j. 2); 251/1993, de 19 de julio (f. j. 3); 210/1993, de 28 de junio (f. j. 1); 206/1993, de 22 de junio (f. j. 2); 158/1993, de 6 de mayo (f. j. 3); 79/1993, de 1 de marzo (f. j. 1); 189/1990, de 26 de noviembre (f. j. 3); 12/1989, de 25 de enero (f. j. 2); 119/1988, de 20 de junio (f. j. 1); 92/1988, de 23 de mayo (f. j. 3); 58/1988, de 6 de abril (f. j. 2); 115/1986, de 6 de octubre (f. j. 3); 67/1984, de 7 de junio (f. j. 3); 61/1984, de 16 de mayo (f. j. 4); 77/1983, de 3 de octubre (f. j. 4); 26/1983, de 12 de abril (f. j. 2); o 32/1982, de 7 de junio (f. j. 2). Al respecto, me remito a Cachón Cadenas, M., *Apuntes de ejecución procesal civil*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2011, pp. 9-10; Picó i Junoy, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, ob. cit., p. 93-97; o Ruiz De La Fuente, C., "El derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes, en *La ejecución civil: problemas actuales*, Manuel Cachón Cadenas y Joan Picó i Junoy (coords.), Atelier, Barcelona, 2008, pp. 21-36.

¹⁴ Cfr. las SSTC 11/2008, de 21 de enero (f. j. 6); 37/2007, de 12 de febrero (f. j. 4); 139/2005, de 26 de mayo (f. j. 3); 96/2005, de 18 de abril (f. j. 5); 86/2005, de 18 de abril (f. j. 2); 223/2004, de 29 de noviembre (f. j. 6); 73/2000, de 14 de marzo (f. j. 10); 18/1997, de 10 de febrero (f. j. 3); 316/1994, de 28 de noviembre (f. j. 2); 314/1994, de 28 de noviembre (f. j. 2); 219/1994, de 18 de julio (f. j. 1); 104/1994, de 11 de abril (ff. jj. 2 y 3); 251/1993, de 19 de julio (f. j. 3); 210/1993, de 28 de junio (f. j. 1); 149/1989, de 22 de septiembre (f. j. 3); 167/1987, de 28 de octubre (f. j. 2); 33/1986, de 21 de febrero (f. j. 2); o la 106/1985, de 7 de octubre (f. j. 3).

¹⁵ STC 15/1986, de 31 de enero (f. j. 3).

que se opera la modificación¹⁶. En definitiva, como podemos comprobar, el contenido principal del derecho a la ejecución consiste en que esa prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros¹⁷. Como es obvio, este derecho a la ejecución se refiere a las sentencias firmes, por lo que no alcanza a la ejecución provisional de las sentencias recurridas, pues esta ejecución viene establecida, en su caso, por el legislador y se encuentra sometida a ciertos requisitos sobre su procedencia o improcedencia, que deben ser valorados por los órganos judiciales¹⁸. En todo caso, la jurisprudencia constitucional ha ayudado a evidenciar el erróneo planteamiento de configurar la firmeza de la sentencia como presupuesto de toda ejecución, ya que cuando el artículo 118 de la CE establece que “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales”, se limita a indicar que todas las sentencias firmes son ejecutables sin impedir ello que, además, lo puedan ser también las sentencias definitivas; o dicho de otro modo, el artículo 118 de la CE contiene solo una vertiente positiva, en función de la cual se obliga a cumplir las resoluciones judiciales firmes, pero no una vertiente negativa consistente en prohibir expresamente la ejecución de resoluciones judiciales que no sean firmes¹⁹.

De igual modo a lo que sucede en el ámbito interno —en el que, como hemos visto, expresamente no se prevé en la Constitución el

¹⁶ SSTC 184/2005, de 4 de julio (f. j. 3); 18/1997, de 10 de febrero (f. j. 3); 1/1997, de 13 de enero (f. j. 3); 219/1994, de 18 de julio (f. j. 2); 210/1993, de 28 de junio (f. j. 3); 194/1993, de 14 de junio (f. j. 3); 152/1990, de 4 de octubre (f. j. 3); 159/1987, de 26 de octubre (f. j. 2); 118/1986, de 20 de octubre (f. j. 4) 16/1982, de 28 de abril (f. j. 2).

¹⁷ STC 18/1997, de 10 de enero (f. j. 3); 251/1993, de 19 de julio (f. j. 3).

¹⁸ Cfr. las SSTC 312/2006, de 8 de noviembre (f. j. 4); 5/2003, de 20 de enero (f. j. 5); 266/2000, de 13 de noviembre (f. j. 4); 105/1997, de 2 de junio (f. j. 2); 87/1996, de 21 de mayo (f. j. 3); 80/1990, de 26 de abril (f. j. 2).

¹⁹ Así, vid. Ortells Ramos, M., “Para la reforma de la ejecución provisional en el proceso civil, en *Justicia*, II, 1991, p. 279; Caballol Angelats, Ll., *La ejecución provisional en el proceso civil*, J. M^a Bosch, Barcelona, 1993, pp. 66-67; o Yañez Velasco, R., “Lectura constitucional de la ejecución provisional civil”, en *Revista General del Derecho*, N^o 666, 2000, marzo, p. 1926.

derecho a la ejecución de las sentencias definitivas— en los textos internacionales de derechos humanos tampoco se garantiza dicho derecho, y esta ausencia de reconocimiento lo encontramos tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Y, curiosamente, al igual que sucede con el TC español, el TEDH reconoce que tácitamente el derecho a la ejecución de las sentencias firmes forma parte integrante del “derecho a un proceso equitativo” del artículo 6.1 del Convenio de Roma. Así, por ejemplo, con suma precisión, la sentencia del TEDH de 10 de abril de 2012 (caso “Pellya vs. Rusia”) destaca en su párrafo 19: “El Tribunal recuerda que una demora irrazonablemente larga en la ejecución de una resolución vinculante podrá constituir infracción de la Convención (véase “Burdov c/ Rusia”, N° 59498/2000, CEDH, 2002-III)”; por lo que sigue la doctrina clásica de esta tribunal, recogida, entre otras, por la STEDH de 19 de diciembre de 1997 (caso “Hornsby c/Grecia”), que insiste:

El Tribunal recuerda su constante jurisprudencia según la cual el artículo 6.1 garantiza a cada uno el derecho a que un Tribunal conozca toda impugnación relativa a sus derechos y obligaciones de carácter civil; consagra de este modo el “derecho a un Tribunal”, en el que el derecho de acceso, a saber, el derecho a apelar a un Tribunal en materia civil, constituye un aspecto esencial (Sentencia “Philis contra Grecia” [núm. 1] de 27 de agosto de 1991, serie A, núm. 209, p. 20, ap. 59). Sin embargo, este derecho será ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiera que una sentencia judicial definitiva y obligatoria quedara inoperante en detrimento de una parte. En efecto, no se entendería que el artículo 6.1 describiera en detalle las garantías del procedimiento —equidad, publicidad y celeridad— otorgadas a las partes y que no protegiera la ejecución de las decisiones judiciales; si este artículo se refiriera exclusivamente al acceso al juicio y el desarrollo de la instancia, esto correría el riesgo de crear situaciones incompatibles con el principio de la preeminencia del derecho que los Estados contratantes se han comprometido a respetar ratificando el Convenio (ver, *mutatis mutandi*, la Sentencia

“Golder contra Reino Unido”, de 7 de marzo de 1974, serie A, N° 18, pp. 16-18, ap. 34-36). La ejecución de una sentencia, de la jurisdicción que sea, debe, por tanto, ser considerada como parte integrante del “procedimiento” en el sentido del artículo 6; el Tribunal así lo ha establecido en asuntos referentes a la duración del procedimiento (ver, en último lugar, las Sentencias “Di Pede contra Italia” y “Zappia contra Italia”, de 26 de septiembre de 1996, Repertorio de Sentencias y Resoluciones 1996-IV, pp. 1383-1384, ap. 20-24, y pp. 1410-1411, ap. 16-20, respectivamente).²⁰

Y en la misma línea se ha manifestado la CIDH: así, por ejemplo, en su sentencia del caso “Mejía Idrovo vs. Ecuador”, de 5 de julio de 2011, de forma precisa indica:

Tutela judicial efectiva en la ejecución de fallos internos (art. 25.2.c) de la Convención Americana.

103. El artículo 25.2.c. de la Convención establece que los Estados se comprometen a “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”²¹.

104. Así, la Corte ha señalado que “[e]n los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. (...) La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes²², de manera que se protejan efectivamente

²⁰ De igual modo, véase las SSTEDH de 12 de mayo de 2010 (caso “Kalogranis y Kalograni c/Grecia”); 1 de diciembre de 2009 (caso “Khachatryan c/Armenia”); 22 de septiembre de 2005 (caso “Mavroudis c/Grecia”); 27 de mayo de 2004 (caso “Metaxas c/Grecia”); o la de 28 de julio de 1999 (caso “Inmobiliaria Saffi c/Italia”).

²¹ Asimismo, la Corte ha declarado violaciones al art. 25 con motivo de la falta de debida diligencia y la tolerancia por parte de los tribunales al momento de tramitar [recursos], así como la falta de tutela judicial efectiva, han permitido el uso abusivo (...) como práctica dilatoria en el proceso. Cfr. Caso “De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”, supra nota 78, párr. 120.

²² Cfr. Caso “Suárez Rosero vs. Ecuador”. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, N° 35, párr. 65; caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C,

los derechos declarados o reconocidos. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento²³. Por tanto, “la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado”²⁴.

105. La Corte considera que la ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, *inter alia*, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, y estado de derecho. La Corte concuerda con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar

Nº 216, párr. 166; y caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, supra nota 5, párr. 142.

²³ Cfr. Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”. Competencia, supra nota 76, párr. 73; caso “Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, supra nota 76, párr. 66; y caso “Abrill Alosilla y otros vs. Perú”, supra nota 19, párr. 75.

²⁴ Cfr. Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”. Competencia, supra nota 76, párr. 82; caso “Acevedo Jaramillo vs. Perú”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006, párr. 220; y caso “Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, supra nota 76, párr. 72.

que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral²⁵ y sin demora²⁶.

106. Asimismo, el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral²⁷. Adicionalmente, las disposiciones que rigen la independencia del orden jurisdiccional deben estar formuladas de manera idónea para asegurar la puntual ejecución de las sentencias sin que exista interferencia por los otros poderes del Estado²⁸ y garantizar el carácter vinculante y obligatorio de las

²⁵ Cfr. TEDH, caso “Matheus vs. Francia”, N° 62740/2001, Sentencia del 31 de marzo de 2005, párr. 58; y TEDH, caso “Sabin Popescu vs. Romania”, N° 48102/1999, Sentencia del 2 de marzo de 2004, párr. 68 y ss. Según los estándares elaborados por el Comité Consultivo de Jueces Europeos (CCJE), un Órgano Consultivo del Comité de Ministros del Consejo de Europa en las materias relativas a la independencia, la imparcialidad, y la competencia profesional de los jueces, “la ejecución de las decisiones de justicia debe ser equitativa, rápida, efectiva y proporcionada” (Cfr. *Opinion N° 13 (2010) on the role of judges in the enforcement of judicial decisions*, disponible en inglés, francés y polonés en el siguiente enlace: [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2010\)2&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2010)2&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864), último acceso 1 de julio de 2011).

²⁶ Cfr. TEDH, caso “Cocchiarella vs. Italia (GC)”, N° 64886/2001, Sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 89; y TEDH, caso “Gaglione vs. Italia”, N° 45867/2007, Sentencia del 21 de diciembre de 2010, párr. 34. A la luz de la jurisprudencia consolidada de la TEDH, el retraso en la ejecución de la decisión de justicia puede constituir una violación del derecho a ser juzgado dentro un plazo razonable protegido por el art. 6, párr. 1, de la CEDH, ya que dicha ejecución “debe ser considerada parte integrante del proceso a los fines del art. 6 (traducción de esta Corte)”. Cfr. TEDH, caso “Hornsby vs. Greece”, N° 18357/1991, Sentencia del 19 de marzo de 1997, párr. 40; y TEDH, casos “Di Pede vs. Italia” y “Zappia vs. Italia”, N° 15797/1989 y 24295/1994, Sentencia del 26 de septiembre de 1996, párrs. 16 y 20, respectivamente. “Un retraso en la ejecución de una decisión puede ser justificado en circunstancias particulares. Sin embargo, en ningún caso este retraso podrá comprometer la esencia del derecho protegido por el artículo 6” (traducción libre de la Secretaría de la Corte). Cfr. TEDH, caso “Jasiūnienė vs. Lithuania”, N° 41510/1998, Sentencia del 6 de marzo de 2003, párr. 27.

²⁷ Cfr. *Opinion N° 13 (2010) on the role of judges in the enforcement of judicial decisions*, cit., conclusiones, H), supra nota 84.

²⁸ Cfr. *Opinion N° 13 (2010) on the role of judges in the enforcement of judicial decisions*, cit., conclusiones, F), supra nota 84. Ver también “Matheus vs. Francia”, supra nota 84,

decisiones de última instancia²⁹. La Corte estima que en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de Derecho todas las autoridades públicas, dentro del marco de su competencia, deben atender las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución³⁰.

4. Confrontación de dos realidades

Los derechos al recurso y a la ejecución de las sentencias civiles son dos garantías procesales que, curiosamente, sin estar expresamente recogidas ni en la Constitución Española ni en los Textos Internacionales de Protección de Derechos Humanos, son amparados por los Altos Tribunales de Justicia al entenderse que conforman el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (en términos del TC español) o el derecho al proceso equitativo (en palabras del TEDH), respectivamente.

Pero en ocasiones pueden surgir zonas de conflicto entre ambos derechos, como sucede, por ejemplo, con la ejecución provisional de las sentencias civiles de primera instancia. Nos encontramos aquí ante dos realidades confrontadas, dado a que responden a distintos intereses a los que debemos dar debida protección: por un lado, la conveniencia de que la sentencia sea revisada por un tribunal superior (derecho al

párr. 58 y ss; y “Cabourdin vs. France”, N° 60796/2000, Sentencia del 11 abril 2006, párrs. 28-30.

²⁹ Es decir que su acatamiento sea forzoso y que en caso de que no sean obedecidas voluntariamente, puedan ser exigibles de manera coactiva.

³⁰ La Corte Europea ha establecido en el caso “Immobiliare Saffi vs. Italia”: “Si se puede admitir en principio que los Estados intervengan en un procedimiento de ejecución de una decisión de justicia, tal intervención no puede tener como consecuencia práctica que se impida, invalide o retrase de manera excesiva la ejecución en cuestión y menos aún que se cuestione el fondo de la decisión” (traducción libre de la Secretaría de la Corte). Cfr. TEDH, caso “Immobiliare Saffi vs. Italia”, N° 22774/1993, Sentencia del 28 de julio de 1999, párr. 74.

recurso), y por otro, asegurar que la tutela judicial sea efectiva lo antes posible —en términos de tiempo— (derecho a la ejecución).

Vamos seguidamente a ver como este conflicto no admite una única solución, sino que permite diversas respuestas normativas —todas ellas válidas— en función de la concreta situación social en la que pueda encontrarse la administración de justicia de cada estado.

5. Relatividad de la solución

El conflicto entre los derechos al recurso y a la ejecución de las sentencias admite dos soluciones radicales y otras muchas intermedias.

Como soluciones radicales encontramos:

a) La prevalencia del derecho al recurso, impidiendo la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia recurridas en apelación: este es el caso, por ejemplo, de la regulación prevista en la Argentina de acuerdo a lo previsto en su Código Procesal Civil y Comercial de la Nación³¹ (CPCCN); o en la originaria Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) española de 1881³².

³¹ Como destaca Gozáini, la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia no se recepciona en la Argentina pues "nuestra tradición procesal considera como una garantía para el debido proceso la doble instancia judicial; de manera que apenas una decisión se recurre, lo priva de jurisdicción al juez de la instancia apelada mientras espera que el superior se pronuncie" ("Características del juicio ejecutivo argentino: problemas actuales", en Manuel Cachón Cadenas y Joan Picó i Junoy (coords.), *La ejecución civil: problemas actuales*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 333).

³² En esta Ley se recogió el principio general de que la admisión del recurso de apelación comportaba el doble efecto suspensivo y devolutivo. Sin embargo, como destaca Cachón Cadenas ("Un estudio pionero sobre la ejecución procesal civil", en *Justicia*, 2011, N° 1, p. 510), encontramos originales reflexiones sobre los argumentos a favor de la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia en el estudio de Beceña González, F., "La ejecución procesal civil. Notas para una sistematización en la materia en el Derecho procesal civil español (1920)", recientemente publicado en

b) La prevalencia del derecho a la ejecución, impidiendo la posibilidad de recurso ordinario contra una sentencia: este es el caso, por ejemplo, de las sentencias dictadas en los juicios de cuantía inferior a 3000 euros en España, según establece el artículo 455.1 de la LEC.

Y como soluciones intermedias de ejecución provisional podemos mencionar las siguientes cuatro opciones:

a) La muy restringida, consistente en exigir fianza al ejecutante —para cubrir los eventuales daños y perjuicios que se puedan causar al ejecutado si con su recurso se revoca la sentencia provisionalmente ejecutada—, y solo si se justifica el *periculum in mora* que le puede ocasionar la apelación en tramitación. Es el caso del Código General del Procesal uruguayo (art. 260).

b) La restringida, que también exige fianza al ejecutante, pero sin necesidad de justificar el *periculum in mora*. Este es el caso de la LEC española en su versión reformada en 1984 (art. 385) que introdujo la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, pero con multitud de requisitos —de fondo y forma— que condujo a la inoperancia práctica de esta figura. De igual modo, hay ordenamientos que permiten dicha ejecución provisional si bien puede suspenderse si el recurrente presta contra caución “bastante para asegurar, en todo caso, lo que ha de ser objeto de la ejecución con más los intereses y costas que se pudieran irrogar” —como prevé el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en su art. 230—.

d) La amplia, en función de la cual la ejecución provisional opera *ope legis*, esto es, automáticamente, con la sola petición de parte y sin exigírsele fianza alguna, pero se permite al ejecutado oponerse y suspenderla cuando justifique la concurrencia de “graves

Justicia, 2011, N° 1, pp. 513-560 (véase en especial las pp. 536 a 548, en las que analiza tanto la legislación como la doctrina italiana y francesa).

motivos” para ello (es el caso del Código Procesal italiano: *cfr.* los arts. 282 y 283 del *Codice di Procedura Civile*) o bien preste caución (como prevé el Código Procesal Civil alemán: *cfr.* los arts. 708 a 711 de la *Zivilprozessordnung*).

e) Y la muy amplia, según la cual ni se exige fianza al ejecutante ni tampoco se le permite al ejecutado oponerse a la ejecución provisional (salvo supuestos muy excepcionales). Este es el modelo adoptado en la actual LEC española (art. 526).

Todas estas soluciones —las más radicales y las intermedias— son válidas —con sus ventajas e inconvenientes—, pues de acuerdo a las circunstancias concretas en las que se encuentre una determinada justicia civil, debería prevalecer una u otra.

Seguidamente voy a exponer los motivos que justificaron el cambio de solución adoptada en España a favor radicalmente del derecho a la ejecución frente al derecho al recurso. Antes de aprobar la LEC de 2000 se elaboró un *Libro Blanco de la Justicia Civil*, publicado por el Consejo General del Poder Judicial en 1997³³, en el que se recogió, mediante completos estudios estadísticos, el *statu quo* de la situación real de los tribunales civiles en España. De dicho *Libro* se dedujeron dos datos relevantes: el 73% de las sentencias de primera instancia eran totalmente estimatorias —y solo el 11% totalmente desestimatorias—, y cerca del 70% de los recursos de apelación eran desestimados. Ante esta situación, la pregunta que cabía hacerse —estadísticamente hablando— era: ¿quién no debe soportar la pendencia del proceso una vez se ha dictado sentencia? La respuesta era clara: el colectivo mayoritario de justiciables que veían cómo se les daba la razón tanto en primera como en segunda instancia, esto es, los actores. Por ello, la regulación debía necesariamente favorecer la posición del acreedor ejecutante, permitiendo el mayor alcance posible a la ejecución provisional. Y con el tiempo, estas cifras se han ido confirmando a favor de

³³ Puede consultarse un ejemplar del *Libro* en <http://procuradores-alicante.com/El%20libro%20blanco%20de%20la%20Justicia.html>.

la ejecución provisional: así, en la última Memoria Judicial aprobada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 23 de julio de 2012, se indica que el 64% de las apelaciones son confirmatorias de la sentencia de primera instancia³⁴. Como es obvio, el peligro más evidente que presenta este modelo tan permisivo de ejecución provisional es que el recurso sea estimado³⁵, la ejecución provisional se haya consumado plenamente, y el ejecutante que ha visto revocada su sentencia haya perdido todo el patrimonio logrado merced a dicha ejecución. En este caso, ¿cómo podrá restablecerse la situación existente antes de la ejecución —como establecen los arts. 534 y 534 de la LEC—? Es este un riesgo que cabe asumir y que debe minimizarse al máximo³⁶: la práctica judicial diaria nos da la solución en algunos casos, pues lo cierto es que la ejecución suele durar bastante más tiempo que la apelación, por lo que de esta forma, en cierta medida, se conjura el citado peligro. Ello fácilmente se entiende si tomamos en consideración los datos de la Memoria Judicial que acabo de mencionar: la duración media del recurso de apelación en España es de 5,9 meses³⁷, mientras que la de la ejecución es de 31,5 meses, esto es, cinco veces más³⁸. Sin

³⁴ Esta memoria puede consultarse en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Memorias/Memoria_Anual/Memoria_anual_2012.

³⁵ Que según la citada Memoria Judicial se produce en un 36% de los recursos (p. 564). No es una cifra baja, pero en todo caso es inferior al 64% de recursos de apelación desestimados..

³⁶ Una forma de hacerlo es permitiendo la tramitación de la ejecución sin efectuarse la entrega de lo obtenido al ejecutante hasta tanto no se resuelva la apelación. En este sentido, el nuevo Código General del Proceso colombiano, aprobado por la Ley 1564, de 12 julio de 2012, en su art. 323.1, al regular los “efectos en que se concede la apelación”, establece: “Se otorgará en el efecto suspensivo la apelación de las sentencias que versen sobre el estado civil de las personas, las que hayan sido recurridas por ambas partes, las que nieguen la totalidad de las pretensiones y las que sean simplemente declarativas. Las apelaciones de las demás sentencias se concederán en el efecto devolutivo, pero no podrá hacerse entrega de dineros u otros bienes, hasta tanto sea resuelta la apelación”.

³⁷ P. 563 de la Memoria Judicial.

³⁸ P. 563 de la Memoria Judicial.

embargo, para evitar un argumento sofista del tema, debo advertir que el dato estadístico de la duración de la ejecución se calcula haciendo la media de todas las ejecuciones, y ocurre que hay multitud de ejecuciones que, después de estar pendientes muchos años, siguen formalmente en curso por falta de patrimonio del ejecutado, por lo que, en estos casos, la ejecución provisional evidentemente no planteará problema alguno. Pero sí lo hará en aquellos otros en los que la ejecución dura poco tiempo debido a que se tramitan contra ejecutados con solvencia económica, en los que resulta muy fácil embargar bienes que ni siquiera necesitan de realización (como, por ejemplo, cuentas bancarias), por lo que, en estos casos, la ejecución provisional sigue planteando el peligro antes indicado.

En definitiva, la alta tasa de estimación de las demandas y la escasa prosperabilidad de los recursos de apelación, unido a la larga duración de la ejecución, aconsejó articular un sistema procesal favorable a la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia para que, de recurrirse, se pueda ganar tiempo a la ejecución.

Como podemos comprobar, en España ha habido un paulatino cambio en la configuración legal de la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia: de la solución más radical, consistente en impedir dicha ejecución —que encontramos en la LEC de 1881—, se pasó a un modelo restringido con la reforma procesal de 1984, para finalmente, en la LEC 1/2000, acogerse un modelo muy amplio de la figura. Este radical cambio normativo se fundamenta, básicamente, en los siguientes seis motivos:

- a) Favorecer al litigante que, en términos estadísticos, al final del proceso ve reconocida su pretensión tanto en primera como en segunda instancia, esto es, como acabamos de ver, al actor.
- b) Reforzar la virtualidad de los juicios efectuados en la primera instancia. En la medida en que la sentencia que en ella se dicte sea ejecutable provisionalmente, aumenta su valor, por lo que el enjuiciamiento de primera instancia adquiere un mayor protagonismo.

c) Evitar la formulación de recursos de apelación con el único ánimo dilatorio. Está claro que, si con la ejecución provisional se desactiva el clásico efecto suspensivo de la ejecución de una sentencia definitiva, todas las apelaciones que estratégicamente se formulan para retrasar su ejecución carecen ya de sentido.

d) Reducir la duración de la segunda instancia. Como consecuencia directa de la reducción del número de apelaciones, se deduce la disminución del tiempo en resolverse los recursos que se formulen contra las sentencias de primera instancia.

e) Mejorar la calidad de la justicia de segunda instancia. Puesto que disminuye el número de recursos de apelación, los magistrados encargados de resolverlos tendrán más tiempo para dedicarles, por lo que, en teoría, debería mejorar la calidad de sus sentencias.

f) Favorecer la transacción o conclusión anticipada del proceso. La posibilidad de ejecutar provisionalmente la sentencia coloca a las partes en una situación muy diferente a la que existía al iniciarse el proceso, lo que puede auspiciar la mitigación de la inicial intransigencia de las partes a favor de la transacción o pacto entre ellas³⁹.

³⁹ A todo ello se refiere se refiere la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000, cuando en su apartado XVI destaca:

La regulación de la ejecución provisional es, tal vez, una de las principales innovaciones de este Texto Legal. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil representa una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considera provisionalmente ejecutables, con razonables temperamentos y excepciones, las sentencias de condena dictadas en ese grado jurisdiccional.

(...) Mas el factor fundamental de la opción de esta Ley, sopesados los peligros y riesgos contrapuestos, es la efectividad de las sentencias de primera instancia, que, si bien se mira, no recaen con menos garantías sustanciales y procedimentales de ajustarse a Derecho que las que constituye el procedimiento administrativo, en cuyo seno se dictan los actos y resoluciones de las Administraciones Públicas, inmediatamente ejecutables salvo la suspensión cautelar que se pida a la Jurisdicción y por ella se otorgue.

6. Reflexión final

La regulación de una determinada institución procesal debiera atender a las concretas necesidades de la sociedad a la que va destinada. En este trabajo hemos podido constatar que el conflicto entre las garantías procesales al recurso y a la ejecución, que se produce con la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia, puede resolverse de muy diversas formas, siendo todas ellas válidas en función de las peculiares circunstancias de la justicia civil ante la que nos hallemos.

La presente Ley opta por confiar en los Juzgados de Primera Instancia, base, en todos los sentidos, de la Justicia civil. Con esta Ley, habrán de dictar sentencias en principio inmediatamente efectivas por la vía de la ejecución provisional; no sentencias en principio platónicas, en principio inefectivas, en las que casi siempre gravite, neutralizando lo resuelto, una apelación y una segunda instancia como acontecimientos que se dan por sentados.

Ni las estadísticas disponibles ni la realidad conocida por la experiencia de muchos profesionales —Jueces, Magistrados, abogados, profesores de Derecho, etc.— justifican una sistemática, radical y general desconfianza en la denominada 'Justicia de primera instancia'. Y, por otra parte, si no se hiciera más efectiva y se responsabilizara más a esta Justicia de primera instancia, apenas cabría algo distinto de una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuestiones de detalle, aunque fuesen muchas e importantes.

(...) Este nuevo régimen de la ejecución provisional deparará, a buen seguro, muchos más beneficios directos que perjuicios o casos injustos y serán muy positivos tanto los efectos colaterales de la innovación radical proyectada como la disminución de recursos con ánimo exclusivamente dilatorio.

Con esta innovación, la presente Ley aspira a un cambio de mentalidad en los pactos y en los pleitos. En los pactos, para acordarlos con ánimo de cumplirlos; en los pleitos, para afrontarlos con la perspectiva de asumir seriamente sus resultados en un horizonte mucho más próximo que el que es hoy habitual. Se manifiesta así, en suma, un propósito no meramente verbal de dar seriedad a la Justicia. No resulta admisible atribuir muchos errores a los órganos jurisdiccionales de primera instancia, argumento que, como ya se ha apuntado, está en contradicción con la realidad de las sentencias confirmatorias en segunda instancia. Por lo demás, una Ley como esta debe elaborarse sobre la base de un serio quehacer judicial, en todas las instancias y en los recursos extraordinarios y de ninguna manera puede sustentarse aceptando como punto de partida una supuesta o real falta de calidad en dicho quehacer, defecto que, en todo caso, ninguna ley podría remediar”.

En todo caso, entendemos que hay determinados elementos que considerar para optar por el derecho al recurso o el derecho a la ejecución:

a) Si estadísticamente se demuestra que la tasa de estimación de los recursos de apelación es baja, parece aconsejable formular una regulación amplia de la ejecución provisional, pues de esta forma estamos favoreciendo en mayor medida a quien, en principio, tiene más posibilidades de ver reconocido su derecho en segunda instancia; y, por el contrario, si la tasa es alta, lo lógico es prever un sistema restrictivo de la misma. Y ello debería ser así especialmente cuando en la práctica judicial la duración de los recursos de apelación es muy superior a lo previsto en la ley, pues además de impedir acceder con rapidez a la ejecución —provisional— de la sentencia a quien se le ha dado la razón (y tiene más probabilidades de que luego se le confirme en su derecho), se lo obliga a esperar más tiempo del legalmente previsto, por lo que el legislador, si es consciente de que su administración de justicia es incapaz de otorgar la tutela judicial en apelación dentro del plazo por él marcado, debería abrir las puertas a quien se ha visto beneficiado por la sentencia de primera instancia, sin penalizarlo a esperar a la larga conclusión de la apelación. Aquí, el derecho a la ejecución debería prevalecer por encima del derecho al recurso.

b) Y si estadísticamente se verifica que la ejecución definitiva de las sentencias firmes se posterga mucho tiempo, parece aconsejable formular una regulación amplia de la ejecución provisional para iniciar cuanto antes la práctica de las actividades ejecutivas; y, por el contrario, si la ejecución se cumple en un plazo razonable, lo lógico es prever un sistema restrictivo de ejecución provisional.

En cualquier caso, todos los modelos posibles de ejecución provisional de las sentencias civiles de primera instancia que he expuesto tienen sus ventajas e inconvenientes, y solo atendiendo a las circunstancias concretas en las que se encuentre una determinada justicia civil

debería prevalecer una u otra. Dicho en otros términos, el conflicto entre derecho al recurso y derecho a la ejecución es relativo, pues debe solucionarse en función de la concreta realidad judicial en la que pretenda establecerse la citada ejecución provisional.

CAPÍTULO VIII

DEL CONTROL CONSTITUCIONAL AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Por Osvaldo A. Gozáini

1. El problema del control de oficio

En Argentina el control de constitucionalidad siempre trabajó sobre un modelo inapropiado para esa idiosincrasia. Se dijo desde la más calificada doctrina que habíamos asumido el modelo americano, es decir, el proveniente del sistema de los Estados Unidos de América, donde la actuación judicial queda a expensas de resolver en un caso concreto el deber de fiscalizar el principio de la supremacía constitucional.

Digo que es inapropiado, por la sutil pero cierta diferencia que tenemos con el sistema procesal imperante en ese país. Nuestra historia constitucional adoptó el sistema de control de constitucionalidad difuso que propuso la jurisprudencia norteamericana a partir del caso “*Marbury vs. Madison*”, que trabaja sobre un modelo de confianza judicial donde la división de poderes juega como equilibrio entre fuerzas y el rol de los jueces asume esa función como un deber de control. Por eso nunca se resuelve con generalidad y la sentencia del caso, para el *common law*, tiene valor de precedente, y es un test para seguir cuando los hechos replican situaciones semejantes.

Pero en la Argentina, el peso específico del modelo no trascendió, al punto que los códigos procesales siguieron el esquema de la ley de enjuiciamiento civil española de características muy distintas al obrar de los jueces americanos, porque el peso de la ley deslució la función

de control de la supremacía que es característica del sistema americano. En Europa, el modelo tiene explicación, porque la relación entre poderes es funcional, en el sentido de que solo el pueblo tiene dicho "Poder", sin que haya poderes individuales, sino administradores. Por eso el Gobierno administra como también los jueces lo hacen. En la Argentina, en cambio, el Poder reconoce tres representaciones: Judicial, Legislativo y Gobierno, siendo el Judicial el que verifica la constitucionalidad de las decisiones y comportamientos de los demás.

2. Garantías y defensas

El dualismo funcional visto en actividad tiene un impacto notable en la aplicación de leyes y derechos, dando espacio a polémicas abiertas como la que explana el garantismo y el activismo judicial (ver, por ejemplo, la tesis garantista sobre el debido proceso que presenta Adolfo Alvarado Velloso¹, que se distancia de la nuestra, enrolada en la segunda posición². Es decir, mientras un sector considera que el proceso judicial es el espacio para la lucha entre intereses controvertidos, sometidos a un método dialéctico de debate donde el control de constitucionalidad requiere y exige petición expresa de las partes, o de solo una de ellas; el otro atiende la función jurisdiccional y el deber jurisdiccional de resolver los conflictos intersubjetivos, procurando hacer justicia con la ley y la Constitución, sin necesidad de que sean los litigantes quienes determinen el control constitucional.

Esta asimetría no es académica y se puede observar en los procesos constitucionales, en especial en el amparo, que sufre la interpretación judicial que se le aplica conforme la tesis que cada juez cuente en su

¹ Alvarado Velloso, Adolfo, "El garantismo procesal", *La Ley*, diario del 15/12/20, p. 1. Del mismo autor: "Proceso y debido proceso", *La Ley*, 12/05/2010, p. 1

² Gozáini, Osvaldo A., *Derecho procesal constitucional - Debido Proceso*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2004.

haber dogmático. Por eso, mientras algunos siguen aplicando plazos, caducidades, subsidiariedad, etcétera, otros definen con más libertades, pensando que se trata no de un proceso judicial sino de un derecho a que se protejan los derechos constitucionales.

Ahora bien, si el control de constitucionalidad se arroja al espacio de las pretensiones, será vital y trascendente el estudio de los procesos constitucionales y de las facultades que tienen los jueces que actúan en ellos; mientras que si le damos libertad a los jueces para que lo hagan de oficio, la preocupación tendrá que inclinarse hacia la investigación de los límites y poderes jurisdiccionales. Uno se ocupa de las garantías procesales en el proceso bilateral; el otro enfoca la dimensión de la actividad normativa que puede desnaturalizar la tutela de los derechos fundamentales. Pareciera que el interés por desentrañar consiste en saber cuánto puede hacer el juez del control difuso cuando tiene que poner en marcha su deber de afianzar la Constitución y hacer justicia en el caso concreto; frente a la potestad actuada que concentra la función en una única actividad: aplicar la ley y resolver si ella es o no constitucional.

El segmentar la tarea del juez constitucional de acuerdo con los poderes que cada sistema le asigna probablemente sea equivocado, porque, en definitiva, ambos tienen la misión de equilibrar las tensiones entre los fines constitucionales y la justicia del caso.

De alguna manera, esta división de posibilidades es la que originó la extensa polémica jurisprudencial sobre el control de oficio de la constitucionalidad, donde en un trabajo nuestro (con Adelina Loianno) de hace muchos años, proponíamos que se eludiera el requisito impuesto de la petición de parte, con el principio *iura novit curia* y la aplicación estricta del artículo 31, constitucional³.

Así se llegó al resonado caso “Mill de Pereyra, Rita A. y otros c/ Provincia de Corrientes” (CS, 2001/09/27, Fallos, 324:3219), donde

³ Gozaíni, Osvaldo A. y Loianno, Adelina, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Iniciativa, medios y alcances*, La Ley, 1985-E, 808.

por primera vez en un voto mayoritario del más Alto Tribunal se resuelve aceptar la facultad que tienen los jueces para declarar de oficio la inconstitucionalidad de los actos estatales, cuando estos, por su contenido, vulneran el orden de prelación establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional. Si bien esta regla se enuncia *obiter dictum*, fue el puntapié inicial de una jurisprudencia actualmente consolidada.

Sin embargo, no se puede soslayar el impacto académico que tuvo y pondera este mecanismo, al punto que se convirtió en uno de los contenidos básicos que permitieron la emancipación del Derecho procesal constitucional como disciplina autónoma.

Por eso, no son problemas propiamente dichos los que trae el control sin iniciativa de parte, sino el alcance de cuanto supone actuar con esas posibilidades. Algunos entienden que asienta en el principio obligatorio de aplicar la interpretación más acorde con la supremacía de la Constitución; sin embargo, esta afirmación quedaría afectada (en realidad es un complemento necesario) por la influencia de los Pactos y Convenciones Internacionales sobre derechos humanos, que traen el deber de concretar el control de convencionalidad⁴.

Al respecto, explica Albanese:

... el control de convencionalidad constituye la función esencial de los órganos internacionales competentes que, según expresan, no se erigen en funcionarios, legisladores o jueces nacionales, sino que interpretan los actos internos al amparo de la Convención. Se menciona desde el campo internacional la constitucionalización del Derecho internacional en el sentido de construir un orden jurídico

⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el objeto y fin de las convenciones de derechos humanos son la protección de los derechos: "Al aprobar estos tratados (...) los Estados se someten a un orden legal dentro del cual asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (Corte IDH, OC-1/1982 del 24 de septiembre de 1982, "Otros Tratados", objeto de la función consultiva de la Corte, art. 64 de la CADH, párr. 24.

constitucional de respeto a los derechos. Posición que se viene manifestando desde hace aproximadamente dos décadas (...)⁵.

3. Bases legales del control de oficio

Al dictar la ley 23.054 y aprobar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se produjo la incorporación al Derecho interno de Argentina de todas las disposiciones del Pacto. Inclusive, el artículo 2 de dicha norma reconoció la competencia de la Comisión Interamericana por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana sobre todos los casos relativos a la Convención con la única condición de reciprocidad.

De la Convención, especialmente, surge el deber impuesto a los Estados que adhieren al Sistema y se convierten en “Partes” de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos (art. 1); así como de adoptar disposiciones de Derecho interno que lo aseguren, sean éstas medidas legislativas o de cualquier otro carácter, entre las que obviamente se encuentran las sentencias.

Inclusive, del artículo 25 surge el derecho de protección judicial, dando cuenta de que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido (que puede ser cualquiera que resulte idóneo a los fines de salvaguardar el principio de supremacía), que garantice la decisión sobre los derechos de toda persona que lo interponga. Disposición que en la Argentina es aplicable directamente por la jerarquización dispuesta en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, y sin perjuicio de ello, de cuanto surge y resulta del artículo 28 del Pacto (Cláusula federal) en orden a que, siendo la nuestra una nación constituida como

⁵ Albanese, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del Derecho internacional”, en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 13 y ss.

estado federal, el Estado tiene el deber de aplicar la Convención en todo el territorio.

De igual modo, el problema no es encontrar la fuente legal del poder de aplicación de oficio, en la medida que la adopción de criterios e interpretaciones viene señalada por la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 29 (normas de interpretación), del que surge que nadie puede suprimir o limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos tanto en el Derecho internacional como en el interno.

También son las personas quienes tienen deberes correlativos, con la familia, la comunidad y la humanidad. De allí que el artículo 32 declare que los derechos de cada persona estarán limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática (CADH).

Para nosotros el conflicto se suscita con el poder de actuación del juez y este se tiene que señalar respecto a dos situaciones posibles. Una que atiende el funcionamiento del poder dentro del modelo de procedimiento; y otra relacionada con la sentencia en sí y la posibilidad de incluir entre sus fundamentos aspectos que las partes no introdujeron como pretensiones o defensas.

Veamos las posibilidades:

a) Caso donde se plantea directamente la inconstitucionalidad normativa o fáctica: Es la menos compleja, porque más allá de la diversidad de nuestro país respecto del modo y forma de regular la acción directa de inconstitucionalidad, cuando ella se presenta como pretensión, no hay conflicto alguno con el poder de resolución.

b) Caso donde la inconstitucionalidad es derivada: Son aquellas que provienen de la manifestación como inconstitucional planteada como defensa, excepción o incidente dentro de un proceso de conocimiento (v. gr.: planteo de inconstitucionalidad de

una ley sobre la que se funda la demanda). También actúa como recurso (v. gr.: recurso de inconstitucionalidad deducido contra la sentencia dictada en un proceso donde se haya controvertido la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución Nacional o local y siempre que la decisión recaiga sobre ese tema [art. 299, Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires]; o el propio recurso extraordinario federal del artículo 14 de la ley 48, o el que con ese nombre se plantea ante la Cámara Nacional de Casación Penal).

En todos los casos, el control del principio de supremacía constitucional es idéntico, pero pueden cambiar las reglas del debate conforme sea el modelo de procedimiento. Por ejemplo, cuando se deduce un juicio de amparo contra el acto lesivo que se reputa anticonstitucional (pudiendo el juez en el caso declarar la inconstitucionalidad de la norma), el objeto del proceso es el acto o la omisión contrario a un derecho sostenido por la Norma Fundamental o un Tratado a ella incorporado con jerarquía tuitiva para la protección y defensa de los derechos humanos. La pretensión persigue que se atienda de inmediato el problema de derecho, postergando las cuestiones de legitimación, ante lo manifiestamente arbitrario o ilegítimo del proceder público o del particular cuestionado. La prueba puede ser innecesaria, precisamente por lo ostensible del hecho que se denuncia, y la eficacia de la sentencia, hasta encuentra la posibilidad de ser extensiva a terceros, o inclusive más allá, si se le confieren efectos *erga omnes*.

En cambio, si el conflicto de constitucionalidad se articula en un proceso ordinario, las formas del procedimiento no pueden cambiar, aunque la atención sobre el foco de ilegitimidad sea propicia para que el juez trabaje con funciones distintas a las de la bilateralidad pura, que significa imponer cargas, deberes y obligaciones a quien lo promueve, de modo tal que si el perjuicio constitucional no se demuestra de manera clara e inequívoca, la declaración peticionada no será procedente.

4. La acción declarativa

Entre ambas situaciones aparece un tercer modelo de procedimiento que escapa de las figuras típicas que tienen los arquetipos anteriores, que se resuelven con sentencias de condena. En efecto, el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, con el título “acción meramente declarativa”, dice:

Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y este no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente (...).

La figura apunta a esclarecer “estados de incertidumbre”, que por vía de principio, son proclives a generar inseguridad jurídica e imprevisión sobre efectos no pensados al tiempo de contratar. La acción que se presenta como “meramente declarativa” pareciera así acotar el reducto de actuación a tres objetivos precisos: a) verificar si la relación jurídica existente se aplica a la convención entre partes; b) establecer el alcance de dicha relación jurídica; y c) determinar las modalidades para ejecutar o cumplir la convención entre partes.

En este esquema, son presupuestos de admisión que exista un claro perjuicio o lesión al actor, y que este no tenga otro medio legal para remediarlo.

Reunidos todos los procedimientos, la intervención del juez adquiere matices que traen polémicas doctrinarias. Algunos sostienen que no importa que el conflicto sea “constitucional” porque el proceso no tiene reglas diferentes. El que alega debe probar; el que resiste debe hacerlo respecto de sus defensas; y el juez debe fallar conforme lo probado y alegado por las partes, sin poder decidir más allá de lo pedido. Con ese encuadre, el control sobre la regularidad del procedimiento poco tiene que ver con su decisión; de allí que el verdadero problema no sea la técnica, sino la sentencia.

Esta es la auténtica cuestión que polemiza el llamado “control de oficio” y la posibilidad de resolver con bases y fundamentos que las partes no alegaron ni probaron.

5. Las sentencias no legislan

La respuesta al quid anterior se enlaza con el tercer interrogante. No hace mucho tiempo afirmamos que las sentencias no podían legislar, advirtiendo que las fisuras en el principio de congruencia y el efecto de las decisiones (*erga omnes*) dejaban ver la influencia que tienen las decisiones judiciales cuando se ocupan de analizar y decidir contingencias que, siendo motivo del caso en particular, trascienden a las partes para instalar con la sentencia una suerte de modelo a seguir. En el caso de derechos individuales homogéneos, pareciera que el problema no es tan grave, pues la identidad fáctica permitiría extender la eficacia del pronunciamiento a todos quienes se encuentren en igual condición y derechos; pero el punto no es tan sencillo o simétrico cuando la decisión judicial pretende solucionar el vacío legal (omisión legislativa), reglamentar una norma programática, señalar la inconstitucionalidad de una ley disponiendo más que la inaplicación al caso, o generar un marco legal de seguimiento estricto por todos, entre otras posibilidades.

El tema de estudio fue advertir que el problema no estaba en la sentencia en sí misma, sino en la posibilidad constitucional de hacerlo, pues en nuestra Carta Fundamental, los jueces deben fallar en los casos concretos.

Pero entre Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos hay una diferencia importante que se releva con la técnica de elaboración de ambos ordenamientos. Las motivaciones y los tiempos son distintos, aunque puedan vincularse en esencia y naturaleza. Las Constituciones fueron pensadas para un tiempo invariable, regirían los destinos de la sociedad bajo premisas inmutables que se quisieron resguardar con el principio de la supremacía. Sin embargo,

con la aparición concreta del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, surgieron nuevos encuadres de superioridad, donde los tratados y convenciones de origen transnacional superaron a la Ley Constitucional, obligando a los Estados a dictar normas internas acordes con las necesidades del hombre en un destino universal.

Esto no se puede poner en escena como una crisis del control de constitucionalidad, y menos aún cuando los Derechos Humanos acceden a las leyes supremas; lo que cambia es la fisonomía del encuadre, donde la diferencia establecida por Kelsen para distinguir entre normas fundamentales y normas secundarias, ha servido para imponer un criterio jerárquico en la selección de prioridades y dicciones que deben emitir cada una de las disposiciones de un orden jurídico determinado. Así como las normas individuales están en la plataforma de aquella pirámide imaginaria, la norma constitucional se encuentra en el vértice superior, coronando el sistema, solo que ahora no es una punta de un solo filo, sino varias agujas reunidas en lo que suele llamarse “bloque de constitucionalidad”.

Por supuesto, la Constitución de los Estados Unidos de 1787 incluyó la cláusula *the supreme law of the land*, circunstancia que elevó a la Norma Fundamental por encima de las disposiciones legislativas, condicionando el deber de aplicación en las soluciones dadas a las partes a través de sentencias. Solo que, en esta hora, la tesis de la supremacía tiene que enfrentar un problema interpretativo.

Nadie puede negar que sean también las Constituciones cartabones ideológicos, dispuestas en un tiempo histórico que las define, con proyecciones hacia una sociedad pensada, y aun cuando pueda comprendérsela en un todo armónico y uniforme, es probable que tengan diferencias semánticas que interroguen el sentido de una disposición, etcétera

Todo ello ha causado cierto revuelo en el mecanismo de interpretar la Ley Superior de un Estado, porque si bien es cierto que participa de las ideas conductivas de todo sistema de inteligencia sobre cláusulas,

también lo es que la técnica, la práctica y el mismo método difieren y exigen una prudencia mayor.

La romántica esperanza de Loewenstein de que los textos constitucionales fuesen legibles y comprensibles para todos ha quedado justamente como tal: solo una esperanza. Por estas razones, la superioridad de las normas fundamentales requiere de jueces que las protejan y les den lectura apropiada, de allí que el control de oficio no sea un ejercicio contramayoritario ni una actuación arbitraria (en el sentido de encontrar arbitrariedad en la sentencia); menos aún, una actividad sorpresiva e inesperada.

En nuestro país, es ejercicio pleno de la función constitucional.

6. El control de convencionalidad

La Corte argentina, en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” (*Fallos*, 315:1492), reconoció la subordinación al Derecho transnacional de los derechos humanos, pero fue en el caso “Arancibia Clavel” (*Fallos*, 327:3312) primero, después en “Simón” (*Fallos*, 328:2056) y “Mazzeo” (*Fallos*, 330:3248) donde señala que el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Se considera implícito, desde entonces, el deber de controlar la convencionalidad, que significa adecuar la decisión judicial a tres niveles: a) el normativo, que surge de Tratados y Convenciones jerarquizados por el artículo 75.22, constitucional; b) el interpretativo, que pondera el peso específico de las recomendaciones de la Comisión Interamericana y las sentencias de la Corte Interamericana, así como las decisiones adoptadas en opiniones consultivas; y c) el de ejecución y cumplimiento en el Derecho interno.

La tarea consiste en verificar que las normas internas no sean contrarias al Pacto, y en su caso, se dé preferencia y aplicación a estas, no solo en su declaración, sino además, en su alcance y ejecución. La Corte Interamericana suele referir a un “efecto útil” y a un “diálogo jurisprudencial” que, por supuesto, todos los jueces argentinos, sin diferencias, deberían seguir.

Claro está que referimos a un deber funcional que no necesita de petición de parte. Sin embargo, para conseguir dicho efecto útil va a ser necesario que se mejore la comunicación del activismo que la Corte Interamericana muestra en los últimos años, que ha incrementado notablemente la producción de sentencias respecto a promedios anteriores.

También será necesario que se establezca alguna orientación sobre aspectos que bien ha puesto de relieve Alberto Bianchi⁶ respecto a determinar si el control de convencionalidad supone vincular (obligar) al juez con la interpretación acordada por el tribunal externo.

Sobre esta pregunta, Bianchi dice:

... debe ser respondida teniendo en cuenta (a) lo que dicen estos fallos, (b) las facultades que la CADH le otorga a la CIDH y (c) los alcances de la reforma constitucional de 1994 en el sistema judicial argentino. En relación con lo primero, no puedo dejar de señalar aquí que las sentencias mencionadas, lejos de establecer una obligación, formulan una recomendación. Lo que imponen, a mi juicio, no es la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la CIDH, sino, en todo caso, la obligación de “tenerla en cuenta”, de considerarla, de hacer mérito de ella, lo que no implica necesariamente el deber de acatarla. En relación con lo segundo, preciso es admitir que, bajo la CADH, la CIDH no puede imponer otra obligación que la de “tener en cuenta” su jurisprudencia. En efecto, no existe norma alguna en la CADH que le otorgue a la CIDH poder para imponer a los Estados integrantes del SIDH la obligación de “acatar” su jurisprudencia bajo pena

⁶ Bianchi, Alberto B., *Una reflexión sobre el llamado “control de convencionalidad”*, La Ley, 2010-E, 426.

de incurrir en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad solamente surge frente al incumplimiento de los fallos recaídos en los casos en los cuales los Estados son parte.

CAPÍTULO IX

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD FEDERAL LUEGO DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DE 1994 Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Por Daniel A. Sabsay

1. Introducción

El régimen de los tratados internacionales surge del texto de las constituciones democráticas. A través de él se define la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional o interno de cada país. En la Argentina la cuestión ha tenido una importante evolución desde una primera etapa que estuvo caracterizada por un sistema “dualista”, propio del siglo XIX, en cuyo transcurso la Constitución fue sancionada; luego, para fines del siglo pasado, la jurisprudencia marcó un nuevo rumbo; y por último, esta tendencia se vio confirmada e incorporada al texto constitucional con la reforma de 1994. Comenzaremos con el desarrollo de las señaladas etapas que han jalonado la definición de la cuestión. A continuación, ahondaremos en el análisis del sistema establecido por el constituyente reformador y su interpretación a través de la jurisprudencia más destacada.

Luego, como consecuencia de lo anterior, abordaremos la temática del control de convencionalidad, mecanismo que aparece ante la necesidad de armonizar el sistema de fuentes del Derecho, de origen

nacional e internacional. Ello a partir de la jurisprudencia nacional e internacional, junto a la doctrina de los autores que ha acompañado este importante cambio de rumbo. Esto nos permitirá observar los estándares que ha utilizado la Corte Suprema argentina (en adelante Corte o CS) a partir de la señalada reforma constitucional. Por último, expresaremos nuestras conclusiones.

2. El régimen de los tratados en el Derecho constitucional argentino

De acuerdo con lo expresado en el punto anterior, observaremos “a vuelo de pájaro” lo que contemplaba la Constitución argentina en un inicio como paso previo al análisis de las importantes modificaciones que en esta materia tuvieron lugar con la reforma constitucional de 1994. Su aplicación en los casos concretos permitió el nacimiento del control de convencionalidad en la Argentina.

2.1. Antecedentes

La Constitución histórica de 1853/60 contenía dos disposiciones que regulaban esta temática, los artículos 27 y 31. Este último determina la subordinación de leyes y tratados a la Constitución. Por su parte, el artículo 27 condiciona el régimen de estos últimos a los principios de Derecho público contenidos en ella. En consecuencia, se configura un clásico sistema dualista caracterizado por la situación de igualdad de jerarquía entre leyes y tratados internacionales. Es por ello que la jurisprudencia establecía el principio conforme al cual “ley posterior deroga ley anterior”. En tanto la ley y el tratado se encontraban en el mismo nivel de jerarquía, el tratado también debía quedar asimilado a una ley común en cuanto a las consecuencias prácticas de este principio.

La Corte en una primera etapa aplicó a rajatabla los principios sostenidos por la doctrina mayoritaria de conformidad con lo expresado

anteriormente. Como *leading cases* de la introducción del principio de igualdad entre leyes y tratados, podemos citar los casos “S. A. Martín y Cía. Ltda. vs. Nación Argentina”¹ y “S. A. Petrolera Esso”². En ellos, la Corte sostuvo que la Constitución Nacional no atribuye prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos —leyes y tratados— son igualmente calificados como Ley Suprema de la Nación, y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno, “rigiendo respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores”³.

En 1992 la jurisprudencia del Máximo Tribunal da un giro importante al decidir la primacía de los tratados por sobre las leyes de Derecho interno. Nos referimos al hoy célebre fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich”⁴. Entre otras consideraciones, en él se determina:

... la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse

... la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados —aprobada por ley 19.865— confiere primacía al Derecho internacional convencional sobre el Derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad

¹ CS, Fallos: 257:99.

² CS, Fallos: 271:7.

³ CS, Fallos: 257:99; considerando 6 y 8, y Fallos: 271:7; considerando 11.

⁴ Fallos: 315:1492; L. L. 1992-C-543; ED, 148-338.

a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del Derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del Derecho internacional por el propio Derecho interno. Esta Convención ha alterado la situación que el ordenamiento jurídico argentino contempla en los precedentes (...), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el artículo 27 de la Convención de Viena (...)⁵.

Como síntesis, expresa:

... la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo 27⁶.

A partir de este pronunciamiento comienza a operar en la Argentina el control de convencionalidad, al menos queda clara la primacía de la letra de los tratados por sobre el Derecho interno. En razón de ello, las normas internas deben ser constitucionales y convencionales. Esto es, no pueden contradecir ni a la Constitución ni a las Convenciones ratificadas por el Estado argentino.

Con posterioridad a la mencionada sentencia, en el fallo “Fibrica Constructora”, el Alto Tribunal precisa el alcance del nuevo criterio jurisprudencial, al establecer la obligación de los órganos del Estado argentino de aplicar el artículo 27 de la Convención de Viena, una vez asegurados los principios de Derecho público constitucionales⁷, principio que reitera, al resolver en el caso “Hagelin”⁸. Por último, producida

⁵ Ver considerandos 16 y 18.

⁶ Ver considerando 19.

⁷ CS, Fallos: 316:1669; ED, 154-161.

⁸ CS, Fallos: 316:3176; ED, 158-130.

la reforma, se consolida la doctrina con el fallo “Cafés La Virginia S. A.”⁹, este último en aplicación de tratados de integración en los que se funda el Mercosur.

2.2. La reforma de 1994

Las modificaciones introducidas a la Constitución por la reforma de 1994 consagran la señalada evolución ocurrida en la jurisprudencia. Estas enmiendas se pueden agrupar en dos grandes ámbitos: el orden de prelación de las normas y los espacios de integración regional. Dado el alcance del presente trabajo, nos limitaremos a desarrollar el primer tema.

a) Orden de prelación de las normas

Las nuevas cláusulas contenidas en dos incisos del artículo 75 de la CN, sobre las atribuciones del Congreso, introducen modificaciones a las disposiciones correlativas (arts. 27 y 31, CN) de la Constitución histórica. En efecto, el inciso 22 establece, en su primer párrafo, el principio general en la materia cuando expresa que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. De resultados de estos nuevos contenidos, la cuestión relativa a la relación jerárquica existente entre leyes y tratados ha quedado zanjada. A tal efecto, la solución surge de considerar que este nuevo precepto contemplado en la primera parte del mencionado inciso completa la redacción del artículo 31, de modo que hoy, dentro del orden de prelación del bloque de constitucionalidad federal, los tratados deben ser intercalados entre la constitución y las leyes.

b) Rango especial reservado para ciertos tratados atinentes a derechos humanos

El constituyente ha seguido una corriente que se impone en el Derecho constitucional comparado tendiente a la internacionalización de

⁹ CS, Fallos: 317:1282.

los derechos humanos. En tal sentido, el ya citado inciso 22 del artículo 75 de la CN menciona expresamente dos declaraciones y nueve convenciones internacionales referentes a derechos humanos. Pues bien, todas estas normas tienen jerarquía constitucional, lo que de ninguna manera importa la incorporación de dichos tratados a la Constitución, sino y solamente que tienen una igualdad de rango con ella. Esta característica del tratado puede ser modificada a través del procedimiento que la misma disposición contempla, según el cual puede denunciarse un tratado con jerarquía constitucional o bien incorporarse un tratado de derechos humanos a este nivel. Es decir que, a diferencia de los restantes tratados, estos solo pueden ser denunciados a través de un procedimiento particular. Al respecto, ese mismo inciso dispone que: “solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”. Es decir que se trata de un acto jurídico complejo que, a diferencia de lo que sucede con los restantes tratados, el Presidente no podría denunciarlos por sí solo, sino que necesita para ello del aval previo del Congreso con la mayoría calificada que la cláusula transcrita exige.

Pero no estamos frente a una lista cerrada, ya que es posible lograr que otros tratados de derechos humanos adquieran jerarquía constitucional. A esos efectos, el constituyente estableció que una vez que el tratado ha sido aprobado por el Congreso, deberá ser sometido a una nueva votación en la cual será necesario el “voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. Es así como otros dos instrumentos internacionales han adquirido jerarquía constitucional luego de la reforma; en 1997, el tratado sobre desaparición forzada de personas; y, en 2004, el tratado sobre crímenes aberrantes y de lesa humanidad que se sumaron a la lista del inciso 22 del artículo 75.

c) Interpretación conjunta de las nuevas disposiciones de la parte orgánica y de las de la “vieja” parte dogmática

A esta altura de nuestro desarrollo, cabe hacer una interpretación integradora que nos permita encontrar soluciones lo más coherentes posible, sobre un marco jurídico que, por la técnica jurídica elegida, presenta dificultades a la hora de su aplicación. La cuestión gira en torno de la vigencia del orden internacional en el orden jurídico interno. Es decir, con qué rango han quedado incorporados los tratados internacionales. Consideramos que el nuevo orden de prelación de las normas en el Derecho interno argentino ha quedado constituido de conformidad con los niveles de jerarquía que se establecen en el gradiente que a continuación transcribimos:

1. En el vértice superior de la pirámide jurídica encontramos a la Constitución nacional y los tratados sobre derechos humanos enumerados en el inciso 22 del artículo 75 y los que en lo sucesivo se incorporen de conformidad con el procedimiento especial que a esos efectos prevé la mencionada cláusula. Respecto a esta categoría, es necesario establecer si se trata de la Constitución misma o si, por el contrario, tienen su misma jerarquía, pero, sin integrar su articulado. De todos modos, cabe destacar que ellos forman parte del Derecho interno “en sus condiciones de vigencia”. Manili nos recuerda que poco después de la reforma en el caso “Girolodi, Horacio”, la Corte afirmó que “las condiciones de vigencia” significa ‘tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación’¹⁰. Esta interpretación nos permite invocar ante nuestros tribunales y hacer ingresar a nuestro sistema la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que, (...), el único tribunal internacional en la materia con competencia respecto de nuestro país, es ese”¹¹. Asimismo, se deben tener en cuenta las

¹⁰ CS, Fallos 318:514.

¹¹ Manili, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad - La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho constitucional argentino*, La Ley, Buenos

reservas¹² que el país haya planteado al momento de su ratificación, como también la evolución de la citada normativa en el ámbito internacional. De esta manera, la CSJN profundiza el control de convencionalidad al reconocer no solo la prevalencia de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica sobre el Derecho interno, sino también la de la interpretación dada por la Corte, que es su autoridad jurisdiccional, en los casos en los que ella se pronuncia y a través de sus diferentes modalidades.

Además de ello, el constituyente manifiesta que estas convenciones “en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ella reconocidos”. En este punto compartimos la posición de Bidart Campos, quien a efectos de encontrar un hilo conductor que permita compatibilizar estas disposiciones con las de los artículos 31 y 27 de la CN, se vale del significado del término “complementario”, que importa algo que se suma a lo preexistente y que de ninguna manera constituye algo accesorio que debería subordinarse a los contenidos de la Constitución histórica en la materia. Por ende, toda interpretación deberá perseguir como objetivo dar adecuada e integrada recepción a los contenidos procedentes de los poderes constituyentes originario y derivado. En el mismo sentido se ha afirmado que “la complementariedad de dichos instrumentos tampoco implica su accesoriedad, sino que refleja su carácter de instrumentos que vienen a llenar vacíos e implicitudes de nuestro sistema”¹³.

Aires, 2003, p. 185.

¹² Se trata de manifestaciones unilaterales expresadas por un país al momento de adherir a un tratado internacional, en las cuales les quita o modifica efectos jurídicos dentro de su territorio a determinado o determinados contenidos del instrumento.

¹³ Manili, Pablo L., ob. cit., p. 199.

Sagüés, al referirse a esta fórmula, sostiene que “la receta argentina adoptada en el artículo 75, inciso 22 (...) cuenta con una redacción que haría palidecer de envidia al propio Maquiavelo”. Luego agrega que “este sibilino texto ha dado origen a muchas teorías sobre su interpretación (una exégesis literal llevaría a afirmar que si hay oposición entre el Pacto y la primera parte de la Constitución, triunfa esta, pero si el conflicto es con la segunda parte, gana el Pacto)”. Por último, con un criterio que compartimos, señala que “de todos modos, la tesis del control de convencionalidad quiere que siempre prevalezca el Pacto, tanto respecto de la primera como de la segunda parte de la Constitución, y que esta sea interpretada ‘conforme’ y no contra el Pacto. Ello importa la domesticación de la Constitución por el Pacto”¹⁴.

2. Los tratados y concordatos en general del inciso 22, parte 1, del artículo 75, como así también los convenios de integración y las normas que en su consecuencia se dicten, con el alcance que la jurisprudencia establezca para esta última.

3. La legislación nacional.

Hasta acá hemos ubicado el orden en que se encuentran las normas federales. En tal sentido, la reforma aclara la situación imperante en la relación tratado internacional-ley. Ahora, queda claro que lo dispuesto en el artículo 75 ordena la interpretación del artículo 31 al decidir un nivel superior de prelación de los tratados por sobre las leyes, estableciendo al mismo tiempo que cierto tipo de tratados se encuentran en el mismo rango de jerarquía junto a la Ley Fundamental.

4. Las constituciones provinciales, los convenios internacionales celebrados por las provincias y las leyes provinciales. Por estricta aplicación de la segunda parte del artículo 31 de la CN. En lo que hace a los convenios internacionales, el artículo 124 de la CN que

¹⁴ Sagüés, Néstor, “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el Sistema Interamericano”, *La Ley*, Buenos Aires 11 de agosto de 2010.

los contempla no deja dudas a la hora de establecer su orden de prelación en la pirámide jurídica, ya que expresa como límite de esta potestad de las provincias que “no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación”.

3. El control de convencionalidad

Rey Cantor explica magistralmente el fenómeno que caracteriza como “de la supremacía de la Constitución política a la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹⁵. En efecto, como el autor nos precisa más adelante, la primera etapa del constitucionalismo presenta un esquema en el que

... la Constitución es la normatividad de superior jerarquía a la que está subordinado el orden jurídico infraconstitucional de un Estado, siendo el Tribunal o Corte Constitucional —para nosotros la Corte Suprema— el máximo intérprete de la Constitución. Cuando el Control de constitucionalidad de las leyes se activa ante la jurisdicción constitucional, con el objeto de restablecer la supremacía de la Constitución, en el evento de que la ley viole la Constitución, se efectúa un examen de confrontación normativo de la ley frente a la Constitución.

Este análisis puede pulverizar la presunción de constitucionalidad de que goza toda ley sancionada y promulgada de conformidad con lo previsto en la Constitución. En tal caso y en principio, excepcionalmente, será declarada inconstitucional la norma bajo examen del tribunal constitucional encargado de ello.

¹⁵ Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, México, 2008, p. XLVI.

Ahora bien, este primer paso en la adecuación de las normas inferiores a lo que establecen las superiores sufre una transformación, según Rey Cantor:

... a partir del momento en que el Estado Parte en un tratado o convención internacional que reconoce derechos humanos —por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos— adquiere obligaciones internacionales objetivas *erga omnes* de “respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio” y de “adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos” (arts. 1.1 y 2), esto es, de legislar de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹⁶

El autor considera que en este punto el principio de supremacía de la Constitución comienza a erosionarse. Esto ocurre como consecuencia de la aparición en el edificio jurídico que regula los derechos humanos dentro de los Estados, de tratados internacionales que estos se obligan a cumplir y a hacer cumplir a través de la elaboración de las medidas —sean estas de corte legislativo, ejecutivo o judicial, pues todos los órganos del gobierno están obligados de igual manera a contribuir en que se respete ese orden supranacional—, que aseguran el cumplimiento de las convenciones internacionales, como así también, a remover todos los obstáculos que se opongan a ello.

El orden de prelación que ha establecido la reforma de la Constitución argentina que hemos visto anteriormente constituye el andamiaje apropiado para que se concreten los controles de constitucionalidad y de convencionalidad. Este último es ejercitado tanto en el ámbito nacional como en el internacional. La jurisdicción nacional, al interpretar las normas locales, debe velar poniendo todo su empeño para que ellas se adecuen a lo que contemplan los tratados. Así se evitará lo máximo posible que se susciten juicios ante la jurisdicción internacional. No obstante ello, cuando queden cuestiones pendientes de “anticonvencionalidad”, este control deberá ser ejercitado por un órgano

¹⁶ Rey Cantor, E., ob. cit., p. XLVII.

supranacional. Para los países que han adherido a la Convención Americana de Derechos Humanos, la cuestión está en manos de los dos órganos que esta crea: la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, de acuerdo con el procedimiento y el reparto de competencias que ella prevé. Rey Cantor, citando a Kelsen y a Capeletti en sus análisis, considera que estamos frente a un “modelo de auténtica superlegalidad constitucional”, con cita a Gozáini, que denominamos “supremacía convencional”.

Sobre el alcance del control, Albanese señala:

... la recopilación de interpretaciones convencionales llevada a cabo tanto por diferentes Comités como por la Corte Interamericana a través de Observaciones Generales u Opiniones Consultivas, respectivamente, configura una guía válida para que los jueces nacionales puedan dilucidar el alcance del control de convencionalidad establecido en algunas sentencias de la Corte¹⁷.

Esta suerte de control preventivo de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales tiene además como objetivo principal el de evitar la responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, deben interpretar las normas en los casos en los que les toca pronunciarse de tal modo que se adecuen de manera concordante a la convergencia entre las normas de fuentes diversas. Ello no se limita al texto de los tratados, sino también a la interpretación que han hecho a nivel interamericano la Comisión y la Corte previstas como autoridades de aplicación en el Pacto de San José de Costa Rica. Así, los informes, las opiniones consultivas, las recomendaciones y las sentencias de estos órganos adquieren para el caso argentino jerarquía constitucional, como la misma Corte lo ha manifestado en el citado caso “Giroldi”. En esta sentencia la Corte manifestó que dado que la Constitución Nacional le confiere jerarquía constitucional a la CADH, en las condiciones de su vigencia, esto significa que se debe considerar en especial “su efectiva aplicación

¹⁷ Albanese Susana, *Opiniones Consultivas y Observaciones Generales - Control de Convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 26.

jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”¹⁸.

En relación con esta cuestión, Bazán expresa:

... se impone como premisa irrecusable a los magistrados constitucionales en la dimensión interna acometer sus labores de interpretación de las fuentes subconstitucionales de conformidad con la Constitución y el Derecho internacional de los derechos humanos, lo que involucra la exigencia de tomar en cuenta los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericanas. Tal mandato de interpretación conforme a aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona* o *favor libertatis*), en la línea de sentido del artículo 29 de la CADH¹⁹.

Coincidimos con el enfoque que hace nuestro autor, pues creemos que debe regir la idea de complementación para lograr un sistema de defensa de los derechos humanos más eficaz. De ninguna manera la cuestión debe ser vivida desde una perspectiva de rivalidad o de pérdida de la soberanía nacional. Por el contrario, se trata de un sistema que proviene de la libre delegación de facultades efectuada por los Estados parte a favor de la construcción de mecanismos que aseguren la más plena vigencia de los derechos de sus nacionales. Consideramos que se trata de un fenómeno que tiene que ver con la superación de los límites nacionales para la mejor resolución de determinadas materias. Así como en el campo de los intercambios, sean estos comerciales, de bienes, de personas, de información, el gran acontecimiento denominado globalización ha permitido la superación de las barreras nacionales en aras de un logro más cabal de esos objetivos. En lo que hace a la defensa de los derechos humanos, se va produciendo una situación que

¹⁸ CSJN, Fallos: 318:514 (1995).

¹⁹ Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18, 2° semestre, 2011, p. 5.

se le asemeja y que inclusive tiende a la contención de las consecuencias lesivas para el ejercicio de los derechos fundamentales que ocasiona la globalización, desde pautas establecidas a través de normas jurídicas.

4. La observancia de los estándares establecidos por los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos por parte de la Corte Suprema argentina

En convergencia con el control de constitucionalidad de normas, actos u omisiones, los jueces deben efectuar el control de convencionalidad a la luz de las modalidades de protección consagradas en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye, para nuestra Corte, una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁰. De esta manera, nuestro Máximo Tribunal ha dejado de ser Supremo en relación con la aplicación de la normativa sobre derechos humanos contenida en dicha Convención. Como hemos visto en el primer acápite, esa evolución da comienzo con el caso “Ekmekdjian”, en 1992, para luego confirmarse en otras decisiones de la Corte y en particular con la reforma constitucional.

Es así como a lo largo del tiempo y en numerosas sentencias, si bien con contradicciones, se fue afirmando la postura favorable de la Corte a aceptar el control de convencionalidad. Por ejemplo, en el voto de los Dres. Augusto César Belluscio y Juan Carlos Maqueda, en el precedente “Espósito, Miguel Angel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter David”²¹ se desprende que la obligatoriedad de los fallos de la CIDH no admite dudas en la medida que el Estado Nacional ha reconocido de manera

²⁰ CS, Fallos: 328:2056.

²¹ CS, Fallos: 327:5668.

explícita la competencia de ese tribunal internacional al aprobar la Convención (ley 23.054).

En 2006, en un caso en el que se juzga la comisión de delitos de lesa humanidad²², la Corte hace propia una afirmación contundente de la CIDH al expresar lo siguiente:

Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que “es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH, Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parág. 124).

En 2008, en el caso “RHE García Méndez, Emilio y Musa, María Laura s/ causa N° 7537”²³, la Corte Suprema expresamente reconoce la voz “control de convencionalidad” al establecer que la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y la protección especial a que este es acreedor, con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la ley 26.061, requiere que los tribunales atiendan al interés superior de aquel, llevando a cabo una supervisión adecuada, lo cual comprende el ejercicio del control de convencionalidad entre las normas jurídicas

²² “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad” -Riveros-. 13/07/2007. Fallos: 330:3248.

²³ CS, Fallos 331:2691.

internas aplicables *in concreto* y los tratados internacionales enunciados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, siendo función elemental y notoria de los jueces hacer cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo que sufra el menor, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio (del voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi). Para así decidir, la Corte toma como base la interpretación del Comité de los Derechos del Niño, órgano previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional. Y sostiene:

... en relación a los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima, el Comité de los Derechos del Niño ha reconocido recientemente que si bien no pueden ser formalmente acusados ni considerárselos responsables en un procedimiento penal, “si es necesario, procederá adoptar medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños” (Observación General N° 10/2007, “Derechos del Niño en la Justicia de menores”, 25/4/2007, párr. 31).

Sagüés señala la importancia del caso “Mazzeo”, arriba mencionado, en lo que hace a la aceptación por parte de la Corte argentina del papel que le cabe a la CIDH. Al respecto sostiene que “aceptó la doctrina del control de convencionalidad expuesta por la Corte Interamericana en ‘Almonacid Orellano’”. Lo hizo lisa y llanamente, aun transcribiendo entre comillas las frases pertinentes de la Corte Interamericana²⁴. Sin embargo, la evolución no ha sido lineal y ha tenido muchos avances y retrocesos. “A través de sus sentencias, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina ha transitado un camino de marchas y contramarchas en lo que se refiere al valor otorgado a las decisiones emitidas en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”²⁵. De este modo, Di Corleto resalta el buen comienzo que significó “Ekmekdjian”,

²⁴ Sagüés, Néstor P., “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, *La Ley*, Buenos Aires, Año LXXIV, N° 152, 11/8/2010.

²⁵ Di Corleto, Julieta, “El Reconocimiento de las decisiones de la Corte Interamericana en las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Argentina”, en *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, CEJIL, 2007.

por medio del empleo de una fórmula “monista” que permitió la incorporación de una norma internacional al Derecho interno de manera automática. Además, como haría con frecuencia en el futuro la Corte, se apoya en la Opinión Consultiva 7/87 de la CIDH para considerar la aplicación del derecho de réplica (art. 1, CADH) no obstante la ausencia de una ley argentina que reconociera expresamente este instituto.

Pero, a continuación, a manera de balance señala que ese criterio no ha sido el que ha aplicado siempre:

... en su jurisprudencia la Corte Suprema ha fluctuado entre negar la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión y afirmar el carácter vinculante de las sentencias de la CIDH cuando se refieren a casos argentinos, entre reconocer a las decisiones de los órganos de aplicación de la Convención Americana como una posible guía de interpretación de este tratado y aseverar que estas interpretaciones son de aplicación impostergable o ineludible.

Toma como ejemplo de esto último al caso “Simón”, sentencia en la que la Corte tomó los parámetros fijados por la CIDH en “Barrios Altos” para declarar inconstitucionales las denominadas leyes de Obediencia debida y de Punto final que habían operado como una amnistía a favor de los responsables de haber cometido delitos de lesa humanidad durante el proceso militar de 1976/1983. Observa que es difícil realizar una reseña de lo realizado por la Corte, ya que sus miembros se han expresado a través de criterios propios, sin que se haya manifestado una posición unívoca que permita establecer una posición firme en apoyo de una decisión determinada.

Las excarcelaciones han motivado decisiones zigzagueantes de la Corte, las que revelan que, pese a la evolución señalada, el rumbo no es seguro aún. Al respecto, cabe recorrer varias de sus sentencias para observar que ha ocurrido así²⁶; inclusive —como recuerda Di Corleto—

²⁶ “Arana, Juan Carlos s/excarcelación”, *Fallos*: 318:1877 (1995); “Bramajo, Hernán J. s/incidente de excarcelación”, *Fallos*: 319:1840 (1996), en este caso la Corte empleó

en “Abella, Carlos y otros”²⁷, consideró que las decisiones de la Comisión no eran vinculantes y que la jurisprudencia internacional no podía afectar la cosa juzgada a nivel interno.

Cabe subrayar que esta situación de incertidumbre respecto del valor que la Corte le dará en cada caso a las decisiones de los órganos interamericanos ha disminuido en gran medida con la renovación de la mayoría de sus miembros a partir de 2003. Desde ese año son numerosas las sentencias y en muy diversas materias que al igual que en “Espósito” —uno de los fallos con que hemos iniciado este acápite—, el Máximo Tribunal ha manifestado, sin lugar a dudas, su posición favorable a la aplicación de las disposiciones de la CADH y de la interpretación que de ella han hecho los órganos de aplicación.

Cabe ahora ocuparse del efecto directo o expansivo del control de convencionalidad en la recepción de la jurisprudencia interamericana que ha efectuado la CS:

La sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso concreto es de obligatorio cumplimiento para los Estados que han sido partes en el proceso, es decir, con efecto directo hacia el Estado condenado. Asimismo, expresamos que, en virtud del control de convencionalidad que deben llevar a cabo los jueces internos, esa jurisprudencia —establecida en el caso particular— se expande, bajo el perfil de cosa interpretada, a todos los Estados plegados al Pacto de San José que hayan reconocido la competencia de la Corte regional²⁸.

En relación con el efecto directo, Monterisi nos recuerda lo siguiente:

decisiones de la Comisión que habían sido dictadas antes de la ley argentina aplicable al caso para perjudicar los derechos del acusado.

²⁷ CSJN, Fallos: 321:3555 (1998), considerando 10.

²⁸ Monterisi, Ricardo D., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el impacto de sus sentencias”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el impacto de sus sentencias*, La Ley, Vol. 2012-B, Buenos Aires, p. 1.

... la primera condena que recibiera el Estado argentino por parte de la Corte Interamericana, recayó en el caso “Cantos”²⁹, por vulnerar el derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponiendo las correspondientes reparaciones a cargo del Estado Nacional. Firme la sentencia internacional, el Señor Procurador del Tesoro de la Nación se presentó ante la Corte Suprema a fin de que el Tribunal instrumentara el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana. El Tribunal Supremo resolvió, por mayoría, no acatar lo dispuesto por la Corte regional con basamento en normativa interna, desestimando, en consecuencia, la presentación efectuada por el Procurador. Posteriormente, con nueva integración, rotó el eje de sustentación de su jurisprudencia anterior avanzando en el reconocimiento del carácter vinculante de las sentencias de la Corte de San José, cuando la Nación argentina ha sido parte en el litigio interamericano. Así lo hizo en “Espósito” (2004) y luego en “Derecho”³⁰ (2011).

Por el contrario la CS, tal como se ha visto con anterioridad, ha tenido una actitud mucho más receptiva en relación con el efecto expansivo de las decisiones de los órganos interamericanos, tal como hemos visto en la reseña que hemos efectuado desde el caso “Ekmekdjian”.

5. Conclusiones

La Argentina ha recorrido un dilatado camino hacia la adopción de un régimen constitucional de los tratados internacionales que dejó atrás el “dualismo” que contemplaba su Constitución histórica. Los avances provinieron en primer término de la jurisprudencia y luego de la reforma constitucional de 1994, que confirmó y profundizó esta tendencia.

²⁹ Corte IDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, sentencia de 28 de noviembre de 2002.

³⁰ CS, D. 1682. XL. Recurso de hecho, “Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal”, causa N° 24.079, del 29 de noviembre de 2011.

En materia de Derechos Humanos, el constituyente de reforma elaboró un sistema “monista” al conferirle jerarquía constitucional a un conjunto de instrumentos internacionales sobre esta materia e inclusive dejando la posibilidad de que otros adquirieran el mismo rango por decisión del Congreso (art. 75, inc. 22, CA).

Así las cosas, la Corte Suprema argentina ha aceptado el control de convencionalidad tanto a cargo de los jueces nacionales como el resultante de la interpretación que los órganos interamericanos de aplicación de la CADH le han dado a sus disposiciones. Inclusive esta posición se ha extendido a las observaciones e informes de los Comités de Naciones Unidas que actualizan los contenidos de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que también poseen jerarquía constitucional. Así, la base argumental de numerosas sentencias está sustentada en lo que establecen esos documentos.

Sin embargo, la marcha de la Corte ha sufrido contradicciones, como ha quedado expuesto en el presente. Es preciso que la Corte argentina efectúe el mayor esfuerzo para que se mantengan en el tiempo sus precedentes. Asimismo, los órganos interamericanos deben facilitar el más rápido y fácil acceso a sus decisiones y, de ese modo, permitir que se las conozca mejor.

CAPÍTULO X

BASES DE LA INTERPRETACIÓN INTERCULTURAL EN UN ESTADO PLURAL COMO EL BOLIVIANO

Por Boris Wilson Arias López¹

La pregunta alude inmediatamente a la relación entre lo construido históricamente y lo “natural”. ¿Será la desigualdad una condición propia de la diversidad y de la libertad? ¿O exactamente lo inverso?²

1. Introducción

La globalización, contrariamente a lo que se pensaba, provocó en el mundo la reafirmación de identidades culturales y nacionales —piénsese en el conflicto armado en Yugoslavia o Ruanda—, siendo muy difícil en este marco entendernos y por tanto tolerarnos; en este sentido, ante sociedades culturalmente más complejas, cabe preguntarse: “¿Debe una sociedad democrática tolerar grupos pertenecientes a ciertas culturas que la amenazan?”³.

¹ Abogado, Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar (2008), docente universitario pregrado y postgrado. Postulante al Doctorado en Derecho Constitucional y Penal de la Universidad Mayor de San Andrés. Letrado del Tribunal Constitucional Plurinacional. E-mail: borisito55@hotmail.com.

² Vega, Juan Enrique, *Diversidad, igualdad y exclusión. Multiculturalismo y democracia: promesas y problemas*.

³ Carnevali Rodríguez, Raúl, *El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno*. Disponible en www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf. Visitado el 7 de

Desde el punto de vista del discurso jurídico, “lo legal o lo ilegal son las únicas dos formas relevantes de existir ante el derecho y, por esa razón, la distinción entre las dos es una distinción universal”⁴, de forma tal que el derecho no reconocido por el Estado no existe, ignorándose milenarias formas de derecho (monismo jurídico).

En este contexto, la Constitución boliviana en su artículo 1 describe a Bolivia como un “Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario”, por lo que el Derecho ya no puede pensarse únicamente desde la ley o la jurisprudencia, sino desde la costumbre, que a su vez implica que si bien en Bolivia el constitucionalismo es fruto de la historia del constitucionalismo universal, también es el corolario de la historia de los pueblos indígenas como el aymara, el quechua, entre otros (pluralismo jurídico).

Ello no es sorprendente si se considera que el Derecho y la moral son el resultado de convenciones sociales⁵, y por ello, justamente, valores como la justicia y conceptos como la belleza son culturales, al igual que la legitimidad de una norma jurídica o de una autoridad, ya que sin duda el sometimiento al Derecho está condicionado culturalmente.

Ahora bien, en un Estado culturalmente diverso como el boliviano, ¿el Estado y su órgano de control de constitucionalidad deben constituirse como culturalmente neutros? En su caso, y de ser negativa la respuesta, como parece ser que decidió el legislador constituyente, ¿cómo construir en instituciones históricamente monoculturales, instituciones

diciembre de 2012.

⁴ Boaventura de Sousa, Santos, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Disponible en http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Descolonizar%20el%20saber_final%20-%20C%C3%B3pia.pdf. Visitado el 2 de diciembre de 2012.

⁵ A decir de Sergio Rodrigo Castro en *Algunos elementos de doctrina para una Constitución plural*: “¿Cómo una norma consuetudinaria puede determinar mi conducta? (...) tienen como elemento central la convencionalidad (...) entonces: si yo convencionalmente acuerdo respetar una norma y que esta determine mi conducta, por ende le estoy otorgando voluntariamente el carácter normativo a dicha norma”. Disponible en www.ibcperu.org/doc/isis/9001.pdf. Visitado el 7 de diciembre de 2012.

respetuosas de la diversidad?; lo que inevitablemente nos lleva a la pregunta de ¿cómo asegurar que una institución como el Tribunal Constitucional Plurinacional efectúe una interpretación del Derecho respetuosa con las minorías? Respuesta última que pretende explorarse en el presente trabajo.

2. Excurso al debate doctrinal entre liberales y comunitaristas

Como en todo debate doctrinal, la diferencia entre liberales (Rawls, Habermas, entre otros) y comunitaristas (Charles Taylor, Robert Bellah, Michael Walzer, etc.), radica en la concepción de la realidad y el orden que existe y debería existir en el mundo, es decir que se parte de generalizaciones de la naturaleza del ser humano para llegar a determinadas conclusiones que en definitiva, de aceptarse, terminan por imponerse a las de la posición contraria.

Básicamente, los liberales afirman que la persona es anterior a la sociedad, y los comunitaristas no conciben a la persona sin sociedad (sin contexto social), entendimiento último que no es nuevo; así, en el contrato social de Rousseau, puede encontrarse que él sostuvo: “cuando el príncipe le haya dicho: ‘es indispensable para el Estado que mueras’, [el ciudadano] debe morir, puesto que solo con esa condición ha vivido hasta entonces, y ya que su vida no es tan solo una merced de la naturaleza, sino un don condicional del Estado”; de forma que la persona para sobrevivir requiere a la comunidad y por ello mismo debe ofrecer incluso su vida, por ejemplo, en una guerra.

Mientras que para los liberales que profesan culto a la individualidad “el yo es anterior a sus fines” (Rawls), es decir que el ser humano es señor de su destino independientemente del contexto social en el que se forma; para Taylor la libertad se determina culturalmente (uno no piensa y desea sino lo que culturalmente ha aprendido), de forma que las personas escogen sus fines no en función de sus intereses, sino que

los “descubren” en función de prácticas y valoraciones del grupo al que pertenecen (Sandel y MacIntyre); así, sostiene Charles Taylor que: “La libertad no es (...) solo la ausencia de obstáculos externos *tout court*, sino la ausencia de obstáculos externos que impidan la acción significativa, la acción que sea importante humanamente hablando”⁶.

Para los liberales existe una moralidad de carácter universal, común entre los seres humanos, deducida de intereses comunes de los individuos (lo bueno es universal), mientras que para los comunitaristas toda moral es relativa (lo bueno se determina culturalmente); además, se sostiene que la conducta de un individuo no está regida únicamente por ventajas racionales, sino por la tradición, costumbres y otras manifestaciones culturales —piénsese en actitudes de diferentes grupos étnicos que pueden rechazar modelos de desarrollo generalmente aceptados que para el mundo occidental resultan no racionales—.

En efecto, para los liberales existen “mínimos éticos o morales universales” (v. gr., la libertad), mínimos que deben reconocerse y estructurar la organización del Estado y, por tanto, formar parte de lo público, debiendo el resto de las moralidades quedar reservadas y protegidas en el ámbito de la vida privada de los ciudadanos, de manera similar a lo que sucede con la religión; es decir, se concibe un Estado “culturalmente neutro” en razón a que si el Estado adoptara públicamente preferencias, menoscabaría la autonomía de sus ciudadanos (Rawls).

Taylor, en cambio, rechazó la posibilidad de la existencia de un Estado culturalmente neutro por resultar ello imposible (sostiene que incluso los liberales sostienen una cultura individualista), de forma que toda organización estatal encubre una moral impuesta y rechaza toda relegación al ámbito privado de la identidad de un individuo, pues el reconocimiento de una identidad es un fin relevante a la organización estatal, por lo que constituye un fin en sí mismo.

⁶ Cristi, Renato y Tranjan, Ricardo, *Charles Taylor y la democracia republicana*. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-090X2010000300002&script=sci_arttext. Visitado el 5 de diciembre de 2012.

Entre los más importantes conciliadores del liberalismo y del comunitarismo están los multiculturalistas, como Will Kymlicka, quien reivindica los derechos de las minorías étnicas para preservar su identidad cultural y evitar la homogenización de la sociedad, pues su sola existencia aumenta la libertad de elección del ciudadano. Sostiene que para ello es necesario el reconocimiento de derechos específicos que importen la adopción de políticas de protección de minorías étnicas que en este marco no se constituyan en concesiones o privilegios, sino que sean consecuencia del reconocimiento a su diferencia⁷, como es el reconocimiento de su idioma, tradiciones, costumbres, etcétera, lo que no se aplica a los inmigrantes, quienes a su criterio voluntariamente decidieron romper con su grupo étnico —v. gr., deben aprehender el idioma nacional—, cuyos derechos estarían resguardados por los derechos individuales, como el derecho a la libertad, la identidad, al nombre, entre otros.

Para Kymlicka el liberalismo es apto para la recepción del multiculturalismo, pues los derechos específicos de las minorías étnicas nacionales se reconocen en el marco de la libertad, es decir, un grupo indígena en el marco de su libertad puede no considerar que el valor libertad sea el más valioso, pero lo hace justamente en el marco de su libertad; sin embargo, no puede imponer dicho criterio a sus miembros o a otros grupos étnicos, pues en ese caso debe prevalecer la libertad.

Ahora bien, las problemáticas de convivencia cultural en las cuales se originó el debate entre liberales, comunitaristas y multiculturalistas se produjo en Estados con un alto grado de inmigración (Europa o los Estados Unidos), cuyas poblaciones indígenas son bastante reducidas, mientras que en los Estados latinoamericanos los pueblos indígenas alcanzan importantes porcentajes de la población y son anteriores a los Estados, aspecto que debe tomarse en cuenta para la interpretación del presente trabajo.

⁷ Charles Taylor ya había desarrollado la denominada “política del reconocimiento”.

3. Políticas culturales en el Estado plural boliviano

En la colonia, el año de 1537 se promulga la *bula Sublimis deus* del papa Paulo III, que reconoce a los indios un alma; pese a ello, permite la implementación del “repartimiento” (de tierras indígenas) y la “encomienda” (de las almas indígenas a los españoles), figuras que determinaron la estructura económica y social de dicho período histórico y permitieron establecer un régimen de servidumbre indígena, aunque claro está que existieron desapercibidas formas de resistencia a la colonización. Así, prácticas culturales, costumbres y tradiciones se encubrieron entre otras en prácticas religiosas.

Posteriormente, los próceres de la independencia fueron cautivados por lo foráneo (en especial, lo ocurrido en los Estados Unidos y Francia); así, Simón Rodríguez, mentor de Simón Bolívar, predijo: “La sabiduría de Europa y la prosperidad de los Estados Unidos son, en América [Latina], dos enemigos de la libertad de pensar”. Pese a ello, fue el propio Libertador Bolívar quien propuso como único estado posible de construir al Estado “moderno” que no podía ser otro que el liberal.

Sin embargo, cabe preguntarse: “Cuando nace Bolivia, era claro lo que era ser español o europeo, pero ¿qué significaba ser boliviano?”⁸. La bolivianidad —lo que pensaban los próceres y gobernantes que debíamos ser— demoró en construirse, y debió imponerse a los sectores indígenas vistos como un obstáculo para alcanzar dicha finalidad.

Así empezaron las políticas de asimilación entendidas como procesos de homogeneización, es decir que todos debíamos pensar, vestir y actuar de manera similar, presentándose al indio como un ser incompleto e infeliz similar a un niño que cuidar.

⁸ Bautista, Rafael, *Bolivia: Del Estado colonial al Estado Plurinacional*. Disponible en: http://www.educabolivia.bo/educabolivia_v3/images/archivos/publicaciones/documento/c526944a8b6f3818363bef223db90e05.pdf. Visitado el 5 de diciembre de 2012.

Durante la revolución de 1952 se cambió el estatus de indio por el de campesino, que hace referencia a una posición social-económica, dejando de lado lo étnico, se otorgó derecho a voto al indígena y se reestructuró su organización en sindicatos campesinos, estableciéndose junto a las políticas de asimilación otras de integración que pretendían eliminar algunos procesos discriminatorios contra el indígena; pese a dicho intento, muchas comunidades indígenas continuaron de todas formas siendo totalmente ajenas a la realidad nacional.

La Constitución del año 2009 reconoce la “preexistencia” de los pueblos indígenas al Estado boliviano⁹, y a partir de ese postulado, sus derechos territoriales, sus normas propias, su estructura y organización; en ese sentido, el planteamiento de un Estado plurinacional se contrapone al proyecto de un Estado-Nación e implica el reconocimiento y transversalidad de la existencia de varias naciones cuya lógica consecuencia es el reconocimiento de una pluralidad en el ámbito “político, económico, jurídico, cultural y lingüístico” (art. 1, CPE).

De lo expuesto puede concluirse que:

- En un país como el boliviano, con una población mayoritariamente indígena, los elementos que hacen a la moralidad de los grupos étnicos traducida en su normativa propia no podían relegarse al ámbito de lo privado. Ahora con la Constitución del año 2009 se reconoce y gestiona en el ámbito de lo público¹⁰ y se rechaza un Estado culturalmente neutro; de esta forma lo comunitario en Bolivia se constituye en un ámbito público, pero no estatal.

⁹ Cfr. Bolivia, *Constitución Política del Estado*, 2009.

¹⁰ La Constitución del año 2009, en su art. 8.I, reconoce entre otros principios ético-morales los de “*ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble)”, además, en su art. 179. II establece igualdad jerárquica entre la jurisdicción ordinaria y la indígena originaria campesina y en su art. 289 y ss. reconoce las autonomías indígenas, entre otros.

- ♦ Sartori criticó a Kymlicka manifestando que el multiculturalismo es “un creador de diversidades que, precisamente, fabrica la diversidad, porque se dedica a hacer visibles las diferencias y a intensificarlas, y de ese modo llega incluso a multiplicarlas”¹¹; por ello incluso sugirió tratarlo como a los cigarrillos, es decir, con una advertencia sobre su uso por el peligro de producir balcanizaciones, aspecto que debería tenerse en cuenta si se considera que en Bolivia el enamoramiento a la temática indígena provocó la creación de teorías imaginadas (v. gr., la *wiphala*), es decir, falsas expectativas pueden crear disyuntivas de lealtades (nación boliviana y nacionalidad específica).

- ♦ De las ideas de Rawls puede extraerse la necesidad de preservar ciertas materias comunes al interés de la comunidad humana que trascienden lo nacional; sin embargo, como bien lo observan los comunitaristas, dichas materias no necesariamente son las liberales, de manera que “si consideramos que el liberalismo es una cultura, entonces lo colocamos en el mismo lugar en cuanto a valía y dignidad entre las otras culturas”¹².

- ♦ La existencia de prácticas culturales perniciosas¹³ debe generar una “política de la identidad” que permita identificar áreas en las que debemos mantener las diferencias culturales y otras en las que no es posible, lo que provoca la coexistencia al mismo tiempo de políticas multiculturales que permiten a los pueblos y naciones vivir de forma paralela, políticas interculturales que

¹¹ Domenech, Eduardo E., *El multiculturalismo en Argentina: ausencias, ambigüedades y acusaciones*. Disponible en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/subida/Argentina/cea-unc/20121212120345/Domenech1.pdf>. Visitado el 10 de enero de 2013.

¹² Serrano Sánchez, Jesús Antonio, *Límites del multiculturalismo de Kymlicka para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas*. Disponible en redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=141112784002. Visitado el 7 de diciembre de 2012.

¹³ Un ejemplo era la fiesta de San Juan en la que se quemaba ropa y bienes viejos para una renovación material y espiritual, manifestación de la cultura que se enfrentó y afectó los derechos de la madre tierra.

buscan consensos mínimos, políticas integracionistas en las cuales las culturas compiten entre ellas.

4. La interpretación en un Estado plural como el boliviano

La identidad —el derecho a ser diferente— reconocida por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos es relacional, es decir se define por los que no comparten la misma identidad, que es lo que justamente busca resguardar la conformación de un Estado plural, aspecto que sin duda debería llevar en todo momento a que los jueces mediten sobre su propia moral. Así, en este contexto, Esther Sánchez reflexionó:

La anciana Witoto que sale a caminar a la selva, cuando ya no puede producir y el grupo no la puede alimentar. Ello implica su muerte, pues los individuos dependen del grupo. Los niños con discapacidades que nunca llegarán a valerse por sí mismos y no son bien alimentados para que mueran pronto. Uy, qué horror, dirán muchos. Pero ¿a cuántas personas hemos visto salir de los hospitales morirse en sus casas porque el médico les expresa la imposibilidad de realizarse diálisis? ¿El que doscientos sesenta y ocho niños por mil nacimientos mueran por razones todas controlables entre los nasa de Colombia, no es catalogado como violatorio de los derechos humanos?¹⁴

En efecto, la diversidad cultural es uno de los elementos que más cuestiona la universalidad de los derechos humanos; así, para los comunitaristas, la Declaración Universal de Derechos Humanos parte de una concepción del ser humano descontextualizada de la comunidad, mientras que para los más críticos, los derechos humanos por su generalidad y abstracción implican una imposición de la cultura de unos Estados dominantes sobre los otros.

¹⁴ Sánchez Botero, Esther, “Convergencias y divergencias entre normas de derecho indígena y derechos humanos”, en *Memorias del Congreso Estado de Derecho y Derechos Humanos*, Colegio de Abogados de Chuquisaca, 2012, p. 287.

Además de comunitaristas, feministas, minorías sexuales, minorías raciales, migrantes, entre otros, negaron a su vez que la identidad de todas las personas necesariamente deba encajar en un molde universal homogéneo, provocando primero el reconocimiento de derechos específicos, considerándose sus peculiaridades¹⁵ y, además, hoy día plantean la reinterpretación del núcleo esencial de los derechos humanos, otrora innegociables, y que ahora deben ser fruto de un diálogo intercultural.

Hoy día es claro que no resulta suficiente el reconocimiento y cumplimiento de los derechos humanos, sino que, además, deben resultar legítimos a las minorías étnicas, ello porque:

... supongamos que un individuo, por temor a las sanciones, se abstiene de llevar adelante una forma de vida tipificada como disvaliosa, pero nunca llega a suscribir las creencias en que se basa tal juicio de valor negativo. En este caso, no podremos concluir que su vida ha mejorado, o que es superior a la que hubiera tenido de no aplicarse la política en cuestión. La conclusión de que ha habido una mejora en el bienestar crítico del agente solo podría sostenerse en caso de que este realmente llegara a suscribir las creencias en las que se basa esa acción del Estado¹⁶.

Entonces, si bien la universalidad de los derechos humanos implica contenidos mínimos a la dignidad humana, que, independientemente del origen cultural, todo ser humano aceptaría, de forma que si bien la “universalización de los derechos humanos es producto del intercambio cultural”¹⁷, dicho consenso no es definitivo —no está dado, se va dando—, ello en virtud a la propia progresividad que caracteriza a los

¹⁵ Así, por ejemplo, respecto a la mujer la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, respecto a los niños la *Declaración de los derechos del niño*, entre otras.

¹⁶ Garreta Leclercq, Mariano. *Neutralidad estatal, libre adhesión y bienestar crítico*. Disponible en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-96362005000200004. Visitado en 5 de enero de 2013.

¹⁷ Flores Rentería, Joel, *Justicia y derechos humanos*. Citado en *Aproximaciones teóricas desde los derechos humanos hacia la constitucionalización del derecho. El neoconstitucionalismo y el Derecho procesal constitucional*, de Jaime Alfonso Cubides Cárdenas. p. 198.

derechos humanos, así “la universalidad, para ser auténtica (y también para ser efectiva), ha de ser el resultado de un diálogo, de una comunicación, de un intercambio. La universalidad no debe constituir un punto de partida, sino un punto de llegada, un ideal regulativo, un objetivo que ha de ser alcanzado ‘en’ y ‘desde’ la diversidad cultural”¹⁸.

En este sentido, la interpretación “conforme a los tratados de derechos humanos”¹⁹ debe efectuarse considerando el contexto cultural; así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de Fondo, reparaciones y costas, dentro del caso “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay” de 17 de junio de 2005, efectuó una interpretación amplia del derecho a la propiedad reconocido por el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entendiendo que no solo abarcaba a la propiedad individual, sino a la propiedad indígena colectiva, sosteniendo que:

En otras oportunidades, tanto este Tribunal como la Corte Europea de Derechos Humanos han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Ello es posible, pues, si bien

... es evidente que una cultura no puede ser enjuiciada utilizando como unidad de medida otra cultura (...) Sin embargo, el error del relativismo consiste en presentar las culturas como “universos cerrados de experiencia que no remiten a nada más que a sí mismos”, cuando en realidad las diferentes culturas serían manifestaciones múltiples de

¹⁸ Talavera Fernández, Pedro, *Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos*. Disponible en scielo.unam.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a2.pdf. Visitado el 7 de diciembre de 2012.

¹⁹ Tanto el art. 13.IV como el art. 256 de la Constitución boliviana establecen la necesidad de una interpretación de los derechos “conforme” los tratados de derechos humanos.

nuestra común humanidad. Puede decirse que la humanidad proporciona un criterio de referencia común, transcultural con base en el cual se pueden evaluar los fenómenos culturales concretos (...)”²⁰.

Es decir, toda cultura es histórica, compleja y dinámica, lo que provoca que contenga principios y fuerzas contradictorias lo que a su vez provoca, por una parte, que estos puedan ser criticables, pues afirmar “*a priori* el valor de todas las culturas no puede conducir a una especie de relativismo cultural que paralice e imposibilite la crítica moral hacia ellas. Sería gravemente erróneo concebir las culturas como monumentos petrificados e inmodificables. Las grandes y verdaderas culturas son un mundo vivo y, aunque lentamente, en continua evolución y desarrollo”²¹, pero a la vez que puedan influir positivamente en otras culturas de forma que tanto la cultura occidental como “los representantes de las comunidades indígenas deben estar dispuestos a abandonar reglas o principios de comportamiento si, dadas las circunstancias actuales, ellos contribuyen a aumentar su vulnerabilidad”²².

Por otra parte, reconocer un derecho a ser diferente en el contexto boliviano implica un aspecto fundamental en el nuevo enfoque constitucional, es decir:

Este constitucionalismo se distingue del constitucionalismo moderno en varias características. Primero, en la equivalencia entre lo simultáneo y contemporáneo. Una de las grandes características de la modernidad fue separar simultaneidad de contemporaneidad. ¿Por qué? Porque puso una flecha de progreso; los que van delante están en el progreso, son avanzados, mientras todos los otros son atrasados. Es por eso que los países menos desarrollados no pueden ser nunca en nada más desarrollados que los desarrollados, porque la lógica de la flecha del tiempo impide esa posibilidad. Sin embargo, la idea de simultaneidad sin contemporaneidad expresa situaciones cotidianas.

²⁰ Talavera Fernández, Pedro, ob. cit.

²¹ Ibídem.

²² Garzón Valdés, *El problema ético de las minorías étnicas*. Disponible en biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1658/8.pdf Visitado el 10 de diciembre de 2012.

Cuando un campesino se encuentra con un ejecutivo del Banco Mundial, el encuentro es simultáneo, pero no ocurre entre contemporáneos. El campesino es un residual, es un atrasado; el ejecutivo del Banco o el ingeniero de la agroindustria es el progreso, es el avanzado. Tenemos simultaneidad, pero no contemporaneidad. El constitucionalismo intercultural y plurinacional está haciendo, de diferentes maneras, una equivalencia entre lo que es simultáneo y lo que es contemporáneo; cada uno a su manera, pero contemporáneos al fin²³.

Es decir, solo podría concebirse el “diálogo intercultural” (art. 9.2, CPE) si todas las culturas, incluida la occidental, se encuentren en igualdad material y no solo formal.

Ahora bien, la Constitución boliviana reconoce, por una parte, lo diverso como un factor de riqueza; así, el artículo 1 de la CPE reconoce la pluralidad del país en lo “político, económico, jurídico y lingüístico”, pero a la vez gestiona esa diversidad en la Unidad; así, el mismo artículo sostiene al Estado como “Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario”, de ahí en su artículo 2 refiere a que “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado”.

El carácter “unitario” del Estado boliviano en este sentido no refiere a la falta de contradicciones, pues son naturales a lo “pluri”, sino a la complementariedad²⁴ de lo diverso —la unidad debe producirse, pero no es sinónimo de homogenizar—, de forma que sin duda “Lo importante en el constitucionalismo intercultural es que si hay diferencias, el

²³ Boaventura de Sousa, Santos, *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*. Disponible en biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf. Visitado el 5 de diciembre de 2012.

²⁴ Como ejemplo de la complementariedad, se hace referencia al matrimonio compuesto de un hombre y una mujer; cada uno de ellos se requiere para formar un matrimonio, pero ello no implica que en algún momento sus roles de varón y mujer se confundirán: el hombre seguirá siendo hombre y la mujer cumplirá los roles de mujer (*chacha-warmi*).

objetivo no es un consenso por la uniformidad, sino un consenso por sobre el reconocimiento de las diferencias”²⁵.

Por ello el Estado como garante de convivencia pacífica se encuentra legitimado a imponer límites a la identidad cultural —v. gr., al establecer que las mujeres deben tener acceso a la tierra²⁶ o cuando sostiene que las mujeres tendrán acceso a cargos²⁷, etc.—; pese a ello, por la propia configuración plural del Estado boliviano, dichas limitaciones deben ser las estrictamente necesarias para preservar los valores esenciales que hacen posible el “diálogo intercultural”.

En este marco es lógico pensar que el Derecho plural está compuesto por principios más que por reglas (Dworkin), el órgano de control de constitucionalidad²⁸ y el propio control de constitucionalidad responden a nuevas diferentes concepciones no clásicas; en este contexto no resultan plenamente aplicables los métodos de interpretación clásicos identificados por Savigny, es decir, el “gramatical”, porque no se interpretan solamente normas escritas, sino costumbres, tradiciones; el “lógico”, pues las concepciones del mundo no responden a una racionalidad occidental y por ello el método de interpretación habitual; tampoco el “histórico”, pues coexisten diferentes contemporaneidades; ni el “sistemático”, pues el sistema jurídico encierra más contradicciones que coincidencias, por ello en este tipo de casos no resulta admisible el método de la subsunción.

De lo expuesto, para la construcción de un nuevo método de interpretación intercultural en Bolivia, al menos debe partirse de que:

²⁵ Boaventura de Sousa, Santos, *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*. Disponible en biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf. Visitado el 5 de diciembre de 2012.

²⁶ Cfr. Bolivia, *Constitución Política del Estado*, art. 395.I.

²⁷ Cfr. Bolivia, *Constitución Política del Estado*, art. 26.I.

²⁸ El art. 197.I de la CPE establece que el Tribunal Constitucional Plurinacional se conformará “con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino”.

- ♦ El derecho descansa en una moral; así, en el caso “*Bowers vs. Hardwick*” (1986), el señor Michael Hardwick demandó la ley que tipificaba las relaciones homosexuales consentidas y privadas, rechazándose su demanda por la Corte Suprema de los Estados Unidos por no existir un derecho fundamental a dichas relaciones; y respecto al argumento en sentido de que se imponía con esa norma una moral mayoritaria en desmedro de la minoría se sostuvo que “el Derecho descansa siempre en la moral, y si la cláusula del proceso debido condujese a declarar inconstitucionales las leyes basadas en juicios morales esenciales, los tribunales tendrían verdaderamente mucho quehacer”²⁹; en este sentido, el solo reconocimiento de derechos en la Constitución *per se* implica una elección valorativa de una determinada sociedad.
- ♦ Conforme se observó *ut supra* la moral no es estática, sino que se encuentra en constante evolución —piénsese en el esclavismo antiguamente tolerado o la discriminación contra la mujer culturalmente aceptada, que hoy día son moralmente rechazados—.
- ♦ La Constitución boliviana otorga igual protección a los derechos³⁰, lo que impide establecer un orden jerárquico valorativo *a priori* de ellos, de forma que, por ejemplo, no todo grupo social, sea cultural, religioso, etcétera, considera que la libertad o la vida sean los referentes supremos que organicen la sociedad; por ejemplo, los testigos de Jehová que rechazan las transfusiones de sangre de forma que una imposición afectaría su dignidad, pues se le otorgaría el trato de un objeto y no una persona; otro punto de partida en la interpretación intercultural afectaría el pluralismo y paradójicamente a la libertad y la vida digna.

²⁹ Entendimiento cambiado en el caso “*Lawrence vs. Texas*” del año 2003, en la que se sostuvo “La sentencia *Bowers* no fue correcta en su momento y no es correcta en la actualidad. No puede seguir siendo nuestro precedente en esta materia”.

³⁰ El art. 109.I de la CPE establece que “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”.

- ✦ Los derechos también son valores y deben interpretarse de manera intercultural (rescatando lo común) o multicultural (separando lo diverso) no como si tuviesen contenidos eternos —derecho natural— o abstractos —universalismo—, de forma que su núcleo esencial sea el resultado de un proceso de diálogo intercultural con salvaguardas a favor de minorías —piénsese en la consulta previa— sin que ningún valor pueda quedar fuera de dicho diálogo porque la voluntad general no está dada, sino que se va dando. En este sentido, a decir de Costas Douzinas, “puede no existir un derecho independiente y absoluto porque el mismo violaría la libertad de todos menos la de su titular”³¹.
- ✦ El proceso de interpretación debe ser accesible a todos —audiencias temáticas, *amicus curiae*, etc.— y todos pueden interpretar los valores constitucionales —sociedad abierta de intérpretes constitucionales de Peter Häberle—, de forma que minorías culturales tengan acceso y participación real en estándares de idioma, costumbres, etcétera, a los procesos de toma de decisiones que los afecten, lo que implica entonces que el Tribunal Constitucional Plurinacional no debería tomar una decisión que afecte a los pueblos indígenas sin consulta previa.
- ✦ El resultado de la interpretación de la Constitución debe buscar como resultado la coexistencia de los derechos constitucionales al mismo tiempo en la mayor medida posible (Dworkin), así los derechos colectivos impiden que un grupo social, étnico, u otro oprima a otro colectivo social, pero los derechos individuales impiden que un grupo oprima a sus componentes individuales (por ello puede renunciar a su grupo, por ejemplo, saliendo de una comunidad), de forma que coexistan los derechos individuales con los de naturaleza colectiva, entre otros.

³¹ Costas Douzinas, *El fin(al) de los derechos humanos*. Disponible en revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/.../20827. Visitado el 10 de enero de 2013.

- ✦ La convivencia a la cual los jueces deben coadyuvar a conformar no es sinónimo de coexistencia, puesto que la convivencia a diferencia de la coexistencia está construida, por ello no puede ser fruto de la imposición, así por ejemplo Ferrajoli nos recuerda:

La prohibición de portar el velo (por ejemplo, en Francia, en determinados lugares) equivale a la imposición de una cultura, al igual que la obligación de llevarlo, que es contraria a la libertad y al derecho de cada persona para vestirse como quiera. Lo que, en efecto, justifica la prohibición o el castigo (obviamente con base en pruebas) no es ya el portar el velo, sino la eventual violencia o amenaza que hay detrás de esa práctica. Derecho a llevar el velo, y prohibición y castigo por su eventual imposición coactiva, son dos caras de la misma medalla, ambas en garantía de la libertad individual, más que religiosa, de la persona: el primero en tutela de la persona que lleva el velo por su propia y espontánea libertad, la segunda en tutela de la persona obligada a llevarlo en contra de su voluntad. Por el contrario, la prohibición del velo, paradójicamente por parte de un país como Francia que se proclama laico, equivale a la juridificación de una concepción, de una ética y de una cultura laica, y a su imposición por medio del derecho³².

5. Conclusiones

- ✦ Los comunitaristas hicieron notar que si bien la personas son libres, sus actos son juzgados por el contexto social en el que se encuentran (MacIntyre); por su parte, los liberales denotaron la necesidad de mínimos morales que hagan al “diálogo intercultural”, aspectos que deberán ser tomados en cuenta por el órgano de control de constitucionalidad.

³² Ferrajoli, Luigi, *Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo*. Disponible en www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/122/inf/inf25.htm. Visitado el 10 de diciembre de 2013.

• Como en todo discurso, la posición de comunitaristas y liberales pretende ser generalizadora, en este sentido, “como señala agudamente C. Thiebaut, debemos hablar de ‘la verdad del comunitarismo’ y ‘la verdad del liberalismo’. La primera radica, sobre todo, en su denuncia de los excesos del universalismo formal, neutral, vacío y abstracto. De otra parte, en la crítica comunitarista se da una cierta ceguera ante la dinámica de las sociedades de mercado”³³; ahora bien, el reto para los tribunales es encontrar un equilibrio entre universalismo y relativismo, entre multiculturalismo y liberalismo porque el anarquismo se caracteriza por un extremo individualismo, y el comunitarismo sin libertad sin duda es totalitarismo.

• El pluralismo jurídico (art. 1, CPE) no solo abarca la creación, sino la aplicación del derecho (interpretación); en este entendido, hoy día el derecho ya no es algo mecánico, sino que se enriqueció primero con lo político y ahora con lo sociológico, ello mismo explica porqué la interpretación de la Constitución es mucho más abierta que antes.

• La Constitución boliviana del año 2009 es la más extensa y generosa en nuestra historia y ello ha hecho que la brecha entre el discurso y la realidad sea incluso más amplia, de tal forma que, a decir de Bartolomé Clavero: “Y ello podría igualmente decirse para otras Constituciones que se declaran hoy multiculturales por Latinoamérica. Si hiciéramos el repaso, hallaríamos el reconocimiento, pero no la consecuencia”³⁴; en este contexto, la interpretación intercultural resulta más fácil de decir que de

³³ Aguilera Portales, Rafael Enrique, *El debate iusfilosófico contemporáneo entre comunitaristas y liberales en torno a la ciudadanía*. Disponible en: dspace.uah.es/dspace/handle/10017/6105. Visitado el 5 de diciembre de 2012.

³⁴ Clavero, Bartolomé, *Multiculturalismo, derechos humanos y Constitución*. Disponible en www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdfs5/clavero%20bartolome.pdf. Visitado el 5 de diciembre de 2012.

hacer, ello porque además es más fácil decir al otro que nos comprenda que comprender.

- Finalmente, debe recordarse que el derecho también es un problema de poder y todo discurso jurídico encubre una intencionalidad; desde ese punto de vista, lo constitucional y lo legal se explica en quién ha definido y fijado los parámetros de lo correcto e incorrecto, de lo bueno y lo malo, de lo bello y lo feo, de lo central y lo marginal, de lo importante y lo secundario. En este sentido, la interpretación y aplicación de la Constitución del año 2009 debería evitar luchar contra la violencia histórica con violencia simbólica³⁵; pese a ello, yo también me pregunto si: “¿existe algún espacio para la esperanza de los excluidos que no se construya sobre nuevas exclusiones?”³⁶.

6. Referencias

Aguilera Portales, Rafael Enrique, *El debate iusfilosófico contemporáneo entre comunitaristas y liberales en torno a la ciudadanía*. Disponible en: dspace.uah.es/dspace/handle/10017/6105.

Bautista, Rafael, *Bolivia: Del Estado colonial al Estado Plurinacional*. Disponible en: http://www.educabolivia.bo/educabolivia_v3/images/archivos/publicaciones/documento/c526944a8b-6f3818363bef223db90e05.pdf.

Bolivia, *Constitución Política del Estado*, 2009.

³⁵ Cabe reflexionar, por ejemplo, sobre la necesidad de conocer un idioma indígena para acceder a cargos públicos (art. 234.7, CPE) o la *Wiphala* como símbolo nacional (art. 6.II, CPE).

³⁶ Vega, Juan Enrique, *Diversidad, igualdad y exclusión multiculturalismo y democracia: promesas y problemas*.

Carnevali Rodríguez, Raúl, *El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno*. Disponible en www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf.

Clavero, Bartolomé, *Multiculturalismo, derechos humanos y Constitución*. Disponible en www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdfs5/clavero%20bartolome.pdf.

Costas Douzinas, *El fin(al) de los derechos humanos*. Disponible en revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/.../20827.

Cristi, Renato y Tranjan, Ricardo, *Charles Taylor y la democracia republicana*. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-090X2010000300002&script=sci_arttext.

De Sousa Santos, Boaventura, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Disponible en http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Descolonizar%20el%20saber_final%20-%20C%C3%B3pia.pdf.

De Sousa Santos, Boaventura, *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*. Disponible en biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf.

Domenech, Eduardo, *El multiculturalismo en Argentina: ausencias, ambigüedades y acusaciones*. Disponible en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/subida/Argentina/cea-unc/20121212120345/Domenech1.pdf>.

Ferrajoli, Luigi, *Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo*. Disponible en www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/122/inf/inf25.htm.

Flores Rentería, Joel, *Justicia y derechos humanos*. Citado en Cubides Cárdenas, Jaime Alfonso, *Aproximaciones teóricas desde los derechos humanos hacia la constitucionalización del derecho. El neoconstitucionalismo y el derecho procesal constitucional*.

Garreta Leclercq, Mariano, *Neutralidad estatal, libre adhesión y bienestar crítico*. Disponible en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-96362005000200004.

Garzón Valdés, *El problema ético de las minorías étnicas*. Disponible en biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1658/8.pdf.

Sánchez Botero, Esther, "Convergencias y divergencias entre normas de derecho indígena y derechos humanos", en *Memorias del Congreso Estado de Derecho y Derechos Humanos*, Colegio de Abogados de Chuquisaca, 2012.

Castro, Rodrigo Sergio, *Algunos elementos de doctrina para una Constitución plural*. Disponible en www.ibcperu.org/doc/isis/9001.pdf.

Serrano Sánchez, Jesús Antonio, *Límites del multiculturalismo de Kymlicka para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas*. Disponible en redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=141112784002.

Talavera Fernández, Pedro, *Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos*. Disponible en scielo.unam.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a2.pdf.

Vega, Juan Enrique, *Diversidad, igualdad y exclusión multiculturalismo y democracia: promesas y problemas*.

