

**DE LA JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL AL DERECHO
PROCESAL CONSTITUCIONAL**



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

4ª edición, revisada, corregida y aumentada

**EDICIÓN AL CUIDADO Y PRÓLOGO
DE
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO**

**INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)**

- 1ª edición: Lima, febrero de 2000.
- 2ª edición revisada, corregida y aumentada: Lima, octubre de 2000.
- 3ª edición, revisada, corregida y aumentada: México, 2003 (en prensa).
- 4ª edición: Lima, julio de 2003.

© 2003, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional
(Sección Peruana)

© 2003, Domingo García Belaunde

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012002-4293

ISBN: 9972-9594-3-0

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Jr. Lampa 1154, Lima 1, Perú
Telfs: 426 1631 / 427 3147
Telefax: 427 6038
E-mail: grijley@terra.com.pe

Sede en Trujillo:
Jirón Pizarro 540, Trujillo (Costado de la Corte
Superior de Justicia)
Telefax: 471640
Celular: 843 4434
E-mail: grijleytrujillo@peru.com

BIBLIOTECA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

12

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

Rector: MANUEL BURGA DÍAZ

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Decano: ULISES MONTROYA ALBERTI

**INSTITUTO IBEROAMERICANO DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

Miembros fundadores

- Manuel BARQUÍN
- Germán J. BIDART CAMPOS
- Jorge CARPIZO
- Héctor FIX-ZAMUDIO
- Pedro José FRÍAS
- Domingo GARCÍA BELAUNDE
- Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA
- Manuel GARCÍA-PELAYO (†)
- Mario JUSTO LÓPEZ (†)
- Alberto MENESES-DIREITO
- Luiz PINTO FERREIRA
- Humberto QUIROGA LAVIÉ
- Luis Carlos SÁCHICA
- Rolando TAMAYO Y SALMORÁN
- Diego VALADÉS
- Jorge R. VANOSI
- Enrique VÉSCOVI

SECCIÓN PERUANA

Presidente

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Secretario

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

© IIDC 2003

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

aquí he escrito. Pero también me ha convencido de la necesidad de hacer unos replanteos y afinamientos que merecen un tratamiento aparte, y que espero poder realizar más adelante.

Lima, febrero 2003.
Domingo García Belaunde

NOTA A LA CUARTA EDICIÓN

El presente folleto apareció por vez primera en febrero de 2000, conteniendo básicamente el primer ensayo que da nombre al conjunto, y se agotó rápidamente. Una segunda edición la siguió con igual destino. Su acogida fue mayor de la que me la imaginaba y ha tenido una lectoría amplia y generosa. Incluso algunos de los textos que la integran, han tenido divulgación en el extranjero, superando mis expectativas.

Pero es a pedido de mis colegas mexicanos agrupados en la Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, y del director de su colección Fundap, Dr. Rodolfo Vega Hernández, que he revisado totalmente la obra, mejorándola y ampliándola sustancialmente, y que he destinado para ser publicada en México, en su tercera edición, para lo cual ha escrito un prólogo mi dilecto amigo José F. Palomino Manchego.

Pero naturalmente esa tercera edición, destinada a otro público, no llegará a nosotros, no solo por el factor distancia, sino porque es sabido que la mayoría de las publicaciones mexicanas, en vista del gran público lector que cuenta ese país, se destinan generalmente para el consumo interno.

En vista de esto, la Editorial Grijley, que me ha apoyado en proyectos editoriales de los últimos tiempos, ha insistido en hacer una edición peruana de esa obra, a la que he agregado un texto más, y que he sometido a una nueva revisión, si bien en la práctica se mantiene lo sustancial de la edición preparada para México.

Debo señalar finalmente que la revisión de los textos en esta oportunidad, me ha servido para confirmar en lo sustancial, mi adhesión a lo que

PRÓLOGO A LA EDICIÓN MEXICANA (*)

José F. Palomino Manchego (**)

I. LA PRESENCIA DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE EN MÉXICO

Resulta acaso innecesario, y sin propósito de carácter biográfico, hacer algunas glosas al público culto de la hermana República de México (la “noble Nación Mexicana”, como decía el iusfilósofo Luis Recaséns Siches) con ocasión de una nueva edición corregida y copiosamente aumentada del estudio de Domingo García Belaunde (Lima, 13-VII-1944) cuyo título es *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. No obstante ello, la generosidad de los lectores mexicanos, como en otras ocasiones, nos permite decir que García Belaunde desde hace aproximadamente 27 años está vinculado con la comunidad universitaria de México, en especial con los colegas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y, por cierto, con otras instituciones académicas, como podrán comprobar a continuación los atentos leyentes.

(*) El presente Prólogo es una refundición sustancial, con algunos datos y noticias nuevas, de las notas introductorias que escribí a la 1ª. y 2ª. edición del presente libro de Domingo García Belaunde publicado el año 2000 en Lima, en la colección de la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional.

(**) Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos y de Lima, y de la Academia de la Magistratura. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Investigador visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Sin embargo, es menester recordar que el constitucionalista peruano dio cuenta por vez primera de su labor bibliográfica en México con su ensayo “Desarrollo constitucional peruano” en la Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia (nº 5, enero-abril de 1976) que publica el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, centro universitario que lo ha reconocido como “Profesor Distinguido”. De ahí en adelante, el valor cardinal de su enseñanza y personalidad inconfundible se deja latir en México.

Al expresarnos de este modo diremos que García Belaunde ha estado presente en todos los Congresos Iberoamericanos de Derecho Constitucional que se han desarrollado en México, sellando así su rica experiencia en la organización y conducción de eventos académicos. El VII Congreso, llevado a cabo durante los días 12 al 15 de febrero de 2002 en los ambientes del Instituto de Investigaciones Jurídicas así lo reafirma al integrar parte del Comité Organizador de tan galano certamen en compañía de Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Carlos Restrepo Piedrahita, Pedro de Vega, Jorge R. Vanossi, José Afonso da Silva y Diego Valadés⁽¹⁾.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO EN LOS ENCUENTROS ACADÉMICOS: SU IMPORTANCIA

Así las cosas, al cabo de diez años regresé a México, entre los días 1º y 8 de febrero de 2000, con el propósito de participar conjuntamente con Domingo García Belaunde en el Seminario Internacional “Constitucionalismo Ibero-

(1) Las ponencias que se presentaron a dicha velada internacional, aún cuando no todas, por parte de la delegación peruana, que fue una de las más numerosas, se han publicado en Domingo García Belaunde (Coordinador): *Constitucionalismo y Derechos Humanos*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana)-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002, 226 págs. Contiene los trabajos de Ernesto Blume Fortini, Edgar Carpio Marcos, Francisco Eguiguren Praeli, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Gerardo Eto Cruz, Domingo García Belaunde, Francisco Miró Quesada Rada, José F. Palomino Manchego, Aníbal Quiroga León y Miguel Vilcapoma Ignacio. A la fecha el Instituto ha publicado el CD-ROM conteniendo las ponencias, agupadas en ocho mesas de trabajo, de los participantes extranjeros recibidas hasta el día 10 de febrero de 2002. Mientras tanto, *vid.* Raúl Márquez Romero (Coordinador): *Conclusiones y relatorías del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, D.F., 2002, 175 págs. En reciente correspondencia epistolar Diego Valadés me ha comunicado que todas las ponencias presentadas se publicarán en la *Memoria* que consta de ocho volúmenes. ¡Qué tal éxito académico!

americano del Siglo XXI”⁽²⁾ –desarrollado en un verdadero clima cultural– que habían organizado la Comisión de Estudios Legislativos de la LVII Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, que por esos días recuperaba su autonomía y normalidad para beneficio de la cultura latinoamericana. Fue motivo de gozo volver a extender la mano a los amigos y colegas comunes –gentes universitarias– que renuevan cada día su quehacer científico, tales como el eminente amparista Héctor Fix-Zamudio, el actual Director del Instituto, Diego Valadés, el ex-Rector de la UNAM, Jorge Carpizo, y el profesor José Ramón Cossío Díaz. Además, como suele darse en los encuentros académicos, conocer a jóvenes juristas que empiezan a ejercitar la docencia e investigación jurídicas, como son los casos de Miguel Carbonell Sánchez, cuyo libro, tempranamente agotado la 1ª. edición, *Constitución, reforma constitucional, y fuentes del Derecho en México* (2ª. edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, D.F., 1999) demuestra su alta calidad intelectual; y a Eduardo Ferrer Mac-Gregor quien acaba de coordinar un voluminoso colectivo sobre el Derecho Procesal Constitucional⁽³⁾, encontrándose ahora en las prensas la 3ª. edición, muy aumentada, en tres tomos.

⁽²⁾ Las ponencias se han publicado en el libro colectivo coordinado por Diego Valadés y Miguel Carbonell: *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura-Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2000, 290 págs. La primera parte del libro lleva como título “La Constitución mexicana 83 años después”, y contiene los siguientes ensayos: Miguel Carbonell: “Constitución y minorías”; Jorge Carpizo: “Constitución e información”; José Ramón Cossío Díaz.: “La representación constitucional de México”; Héctor Fix-Zamudio: “Evolución del control constitucional en México”; y Diego Valadés: “La Constitución y el poder”. La segunda parte del libro se intitula “Constituciones y procesos constituyentes en Iberoamérica”, y cuenta con la colaboración de Allan R. Brewer-Carías: “Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999”; Domingo García Belaunde: “Sobre la problemática constitucional en el Perú de hoy (Reflexiones al inicio de 2000)”; Jorge Mario García Laguardia: “Transición democrática y nuevo orden constitucional. La Constitución guatemalteca de 1985”; José Antonio Montilla Martos: “Proceso constituyente y desarrollo constitucional en España”; Néstor Osuna Patiño, Humberto Sierra Porto y Alexei Julio Estrada: “La Constitución colombiana de 1991” y José F. Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz: “Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993”.

⁽³⁾ La ficha es la siguiente: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.-Editorial Porrúa, México, D.F., 2001. Antecede Prólogo de Héctor Fix-Zamudio. Ahora acaba de publicar un folleto cuyo título es el siguiente: *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Colección Fundap, S.C., México, D.F., 2002. Antecede Prólogo de Héctor Fix-Zamudio.

Precisando más: traigo a remembranza este encuentro académico porque fue precisamente en México donde pude convencer, reconozco que cuesta mucho hacerlo, a García Belaunde para dar al público, bajo mi cuidado y responsabilidad, su reciente ensayo *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, agregando diversos apéndices, destacando su artículo “Los gigantes de Weimar. (A propósito de una visita a Peter Häberle)”. Ha influido sobremanera en la presente publicación el hecho de haber conocido y compartido la velada internacional con el joven profesor de la Universidad de Granada, José Antonio Montilla Martos, quien por esas casualidades de la vida estaba intentando entrar en conversación con García Belaunde, a fin de lograr su participación en el Congreso “Derecho Constitucional y cultura” que tendría lugar en el Paraninfo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada durante los días 2 y 3 de marzo de 2000, en honor al Prof. Dr. h. c. Peter Häberle, bajo la dirección del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad granadina, Francisco Balaguer Callejón⁽⁴⁾.

En tal sentido, en Lima había leído las primeras cuartillas del ensayo *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, que García Belaunde le dedica a Peter Häberle con ocasión de su 65 aniversario. Aquí, en México planteéme la idea, y le manifesté: “Domingo, qué mejor oportunidad para publicar como librito tu ensayo, ahora que marchas a Granada a compartir intereses académicos en homenaje al discípulo de Konrad Hesse”. Fue así que pude persuadirlo para que los lectores, indudablemente, dentro de la colección de la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, tengan a la mano este nuevo opúsculo, el cual hemos rubricado y ampliado para esta edición definitiva, tal como lo desea su autor, con diez apéndices, el último es un texto de autoría del joven constitucionalista español Joaquín Brage Camazano.

⁽⁴⁾ A dicho Congreso, de cuyas actividades da cuenta García Belaunde en el apéndice § 2, asisten en calidad de expositores, los siguientes profesores españoles: Pedro de Vega García, Angel López López, Juan Cano Bueso, Javier Corcuera Atienza, Gregorio Cámara Villar, Nicolás López Calera, Rafael Barranco Vela, Francisco Balaguer Callejón, Pedro Cruz Villalón, Javier Jiménez Campo, José Antonio Portero Molina, Modesto Saavedra, Miguel Pasquau Liaño y José Antonio Montilla Martos. De Portugal va el profesor de la Universidad de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho, de México participa Miguel Carbonell Sánchez, y del Perú van Domingo García Belaunde y el autor de estos folios. El Comité organizador está presidido por Carmen Calvo Poyato, actual Consejera de Cultura de la Junta de Andalucía.

III. EL DISEÑO TEÓRICO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Tras esta breve introducción, respetando el buen orden expositivo, es preciso aludir –aunque muy someramente– que los primeros esfuerzos para hacer los deslindes teóricos, y la construcción de las paredes maestras, de y sobre la Jurisdicción Constitucional se encuentran en el pensamiento de los juristas de la década de los años veinte del siglo XX. En especial, Léon Duguit, Edouard Lambert y, sobre todo, el Jefe de la *Wiener Schule*, Hans Kelsen, debiendo traer a colación la celebre polémica que sostuvo con el teórico alemán Carl Schmitt. Años después se apagó el debate, rebrotando una vez más el interés por el tema al finalizar la Segunda Gran Guerra, debido al valioso aporte de los procesalistas italianos Piero Calamandrei y Mauro Cappelletti⁽⁵⁾; de los españoles Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Jesús González Pérez y Francisco Fernández Segado, y por cierto, de los juristas latinoamericanos Germán J. Bidart Campos, Héctor Fix-Zamudio, Néstor Pedro Sagüés, Allan R. Brewer-Carías, y otros más. Y, ahora *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional* se suma a los esfuerzos teóricos ya existentes, de gran valor, pero todavía escasos y contados, y además nada definitivos.

Mas en general, la paciencia y generosidad del público lector pone de relieve el interés que ofrece el tópico de la Jurisdicción Constitucional⁽⁶⁾ entre noso-

⁽⁵⁾ La doctrina italiana en la década de los años sesenta se preocupó sobremanera en estudiar el tema desde sus diversas avenidas. Es de recordar aquí los aportes que siguen, Mario Battaglini: *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1957; Salvatore Villari: *Il processo costituzionale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1957; y Serio Galeotti: *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1963.

Es importante reparar de nuevo sobre el tema, y mencionar también el ensayo de Franco Pierandrei “Corte Costituzionale”, aparecido en la *Enciclopedia del Diritto*, T. X, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1962, págs. 874-1036. Como es sabido, Pierandrei empleó con exactitud en dicho ensayo la expresión “Magisterio Constitucional”, para significar que los máximos tribunales marcan las pautas esenciales para la comprensión de todo el Ordenamiento, a partir de la consideración de la Carta Magna como el punto culminante y de cierre del Orden Jurídico. Así lo recuerda Raúl Canosa Usera en *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 211 y sgts. Antecede Prólogo de Pablo Lucas Verdú.

⁽⁶⁾ Acaba de publicarse en fecha reciente el libro de Norbert Lösing: *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, traducción del alemán de Marcela Anzola Gil, Fundación Konrad Adenauer-Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2002. Del propio contenido de la obra se desprende que el tema abordado, con mucho rigor por el autor y con riquísima información,

tros, y su cuestionamiento teórico, a través de una nueva disciplina, a saber, el Derecho Procesal Constitucional, que nuestro autor insiste mucho. Buena prueba de ello es el hecho de que los planes de estudios de las Facultades de Derecho de las universidades (San Marcos como botón de muestra) empiezan a incluir en su estructura curricular, asignaturas como la que propone mi viejísimo amigo y gran jurista Domingo García Belaunde, apoyado en la masa de conocimientos que posee, y en el amplio bagaje bibliográfico que maneja con fluidez y solvencia en el quehacer académico. Ahí, su presencia ocupa un lugar especial que se ha ganado a pulso.

IV. LOS PRIMEROS PASOS DE GARCÍA BELAUNDE EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y SU POSTERIOR DESARROLLO

En dicho orden de cosas hay que señalar que, el tema del Derecho Procesal Constitucional no es nuevo para García Belaunde. Recordemos que en su clásico libro *El Habeas Corpus en el Perú*, compuesto en épocas tempranas de su vida, terminado en 1975 y publicado tardíamente en noviembre de 1979, con su maestría habitual, ya delineaba conceptos del tema. En efecto, decía en aquella ocasión lo siguiente:

“Esta disciplina, aún en embrión, debe exteriorizarse en una ley orgánica que exprese los alcances y medidas de la Jurisdicción Constitucional, así como todo lo concerniente a la defensa y protección de la Carta Política. Aquí deberían establecerse no sólo los principios generales del procedimiento, sino las acciones que podrían incoarse en tal sentido. Sendas leyes deberían precisar cuidadosamente la acción de Habeas Corpus, la acción de Amparo y la acción de Inconstitucionalidad. También deberían incluirse en dicho dispositivo la responsabilidad de los funcionarios públicos, el funcionamiento de los Ministros y sus Titulares [...], el reglamento de organización y funciones del Congreso (o de quien haga sus veces) etc.”

está centrado en la “Jurisdicción Constitucional”. Y el término “jurisdiccionalidad”, que no tiene que ver nada en el asunto, trae a confusión al lector. De la misma opinión son Domingo García Belaunde, César Landa Arroyo, Edgar Carpio Marcos, José Julio Fernández Rodríguez, Carlos Ruiz Miguel y Joaquín Brage Camazano, con quienes he consultado y comentado este curioso detalle. Brage Camazano entiende que el error quizás provenga de que la terminación “barkeit” equivale por regla general a nuestra terminación “idad”, pero en este caso no es así, pues provoca el “despiste” del eventual lector. A mayor abundamiento, me remito a la bibliografía que hasta la fecha se ha publicado, donde el vocablo “jurisdiccionalidad” no es de uso común, y como tal, falto de tradición.

Naturalmente, si todos estos asuntos de índole constitucional integran una nueva rama procesal que tiene un objeto propio (supremacía de la Constitución) de naturaleza especial, requiere y postula también un tratamiento distinto. Evidentemente, no puede pensarse que una indemnización por daños y perjuicios o el reclamo de una obligación alimentaria tienen la misma envergadura que el respeto a un derecho constitucional o el comportamiento político de un Ministro de Estado”⁽⁷⁾.

Guardando íntima relación con la cita anterior, es muy de mi agrado recordar que en horas de la mañana del día viernes 4 de febrero, exponían en el Seminario arriba señalado Fix-Zamudio, García Belaunde y el autor de estas líneas. En el intervalo, luego de que Fix-Zamudio había disertado de manera brillante sobre la “Evolución del control constitucional en México”, nos acercamos con García Belaunde para felicitarlo, y entre otros aspectos materia de la conversación el profesor peruano le manifestó con gratitud que el Derecho Procesal Constitucional lo había estudiado y profundizado por influjo suyo⁽⁸⁾. En seguida, Fix-Zamudio le respondió con serenidad y con la sencillez que lo caracteriza: “Domingo, no tanto, lo cierto es que por tus propios méritos has avanzado muy lejos”. Creo que el maestro mexicano no exageró por cuanto García Belaunde sigue ampliando sus ideas y replanteando el contenido del

⁽⁷⁾ Vid. Domingo García Belaunde: *El Habeas Corpus en el Perú*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1979, págs. 134-135. Antecede Prólogo de Darío Herrera Paulsen. El texto tiene el siguiente sub-título: “Hacia un Derecho Procesal Constitucional”. Es verdad, sin embargo, que García Belaunde en su libro *El Habeas Corpus interpretado* (P.U.C., Lima, 1971, pág. 21) ya subrayaba la idea de “crear un Derecho Procesal Constitucional como disciplina autónoma”.

⁽⁸⁾ Para lo cual, en efecto, García Belaunde en su libro citado en la nota 7, *El Habeas Corpus en el Perú* (pág. 229) tuvo a la vista como fuente de consulta los siguientes trabajos de Fix-Zamudio: “Síntesis del Derecho de Amparo” (1965), *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional* (1968), “Protección procesal de las garantías individuales en América Latina” (1968) e “Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos” (1974). De su parte, Fix-Zamudio no ha parado de reflexionar sobre la disciplina del Derecho Procesal Constitucional, que tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales –dirá él– en sentido actual, es decir los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. Cfr. “Introducción al Derecho Procesal Constitucional”, en Memoria de El Colegio Nacional, México, D.F., 1997, págs. 31 y sgts. Ahora, publicado en la Revista Peruana de Derecho Constitucional, órgano del Tribunal Constitucional, N° 1, Lima, 1999, págs. 15-69.

Derecho Procesal Constitucional, con una meticulosidad ejemplar, tal como podrá advertir y juzgar el lector que ha seguido con paciencia sus sólidos estudios dedicados al tema, para lo cual reenvío a los siguientes: “Sobre la Jurisdicción Constitucional” (1989), “Tres años de jurisprudencia constitucional peruana” (1989), “La Jurisdicción Constitucional en el Perú” (1977, 1988 y 1997), “La Jurisdicción Constitucional en Guatemala” (1997, en colaboración con el catedrático madrileño Francisco Fernández Segado), “El Derecho Procesal Constitucional” (1997) y “La Jurisdicción Constitucional y el modelo dual o paralelo” (1998), entre otros. Y como complemento, dos libros que son hilos temáticos afines: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (1997, colectivo coordinado con Fernández Segado) y *Derecho Procesal Constitucional* (1998; 2ª. edición, 2000).

Ahora bien, asunto de obligada mención es el que sigue. En el mes de febrero de 1990, García Belaunde dictó un cursillo de Postgrado, al cual asistí en calidad de oyente, en la Universidad Panamericana de México, cuyo título fue “El Derecho Procesal Constitucional”. Guardo en mi archivo particular las lecciones inéditas que algún día, con su aprobación, serán publicadas. Bueno es evocar que en aquella oportunidad, ante numerosos asistentes, entre jueces, fiscales y abogados dedicados al ejercicio de la profesión, abordó las categorías explicativas del Derecho Procesal Constitucional (“disciplina embrión”, según sus propias palabras) que está a mitad de camino de dos disciplinas: el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal, aun cuando –añadía aquél– lo cierto es que estamos frente a una disciplina procesal. Lo que sucede es que los constitucionalistas son los que más se encargan del tema, tanto en Europa como a este lado del Océano. Los casos de Piero Calamandrei y de Eduardo J. Couture, constituyen una excepción. Por lo demás, son los constitucionalistas los llamados a elaborar la disciplina *ex novo* Derecho Procesal Constitucional y, sin entrar a “la guerra de palabras”, al hablar de Justicia Constitucional o de Jurisdicción Constitucional, en expresión de García Belaunde, usados ambos como sinónimos, es evidente que estamos apuntando al Derecho Procesal Constitucional, *nomen iuris* muy joven aún y no tan generalizado.

V. TRES CUESTIONES RELEVANTES ACERCA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Pues bien, a la fecha ¿cuál es el significado y el alcance del ensayo *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*? Tomando como

punto de apoyo la historia constitucional, de manera general, se pueden plantear tres cuestiones: a) ¿Qué había antes?, b) ¿Qué hay ahora? y c) ¿Qué debemos esperar?

Un primer trazo, es el hecho de poner énfasis en el influjo de la judicatura inglesa que tuvo calidad de exportación cruzando el “charco”, concretamente en la tradición norteamericana de la *judicial review*⁽⁹⁾, y de la supremacía constitucional, siendo paradigmática la figura de John Marshall, sin desmerecer por cierto a la institución del presidencialismo, ya que entre ambas hay una conjugación armoniosa. Así, es irreprochable la frase de Woodrow Wilson: “Un gobierno constitucional es aquel cuyas facultades han sido adaptadas a los intereses del pueblo que gobierna y a la protección de la libertad individual”⁽¹⁰⁾. Se complementa lo expuesto con el vital aporte de la dogmática constitucional italiana, alemana y últimamente la francesa, difícil de obviar, ya que le han dado forma y solidez al tema del control constitucional.

El segundo trazo nos lleva a decir que, como consecuencia del nacimiento y *vis* expansiva, ahora en las ex-democracias del Este, de los Tribunales Constitucionales⁽¹¹⁾, cuya paternidad se atribuye a Hans Kelsen, el Derecho Procesal Constitucional se viene cimentando. De esta guisa se desprende que: “El Derecho Constitucional de nuestra época es una de las ramas que más transformaciones ha experimentado en el campo de la Ciencia Jurídica. Efectivamente, nuestra disciplina se ha enriquecido considerablemente en los últimos decenios con numerosas y heterogéneas instituciones que se han introducido en los más recientes ordenamientos fundamentales, con objeto de asegurar el respeto a los derechos humanos y el funcionamiento equilibrado y armónico de los poderes públicos dentro de un régimen pluralista de libertad y de justicia social”⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Cfr. Roberto L. Blanco Valdés: *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1994, en especial, págs. 114-177. Antecede prólogo de José Antonio Portero Molina. Hay traducción al italiano por la Editora Cedam, Padova, 1997.

⁽¹⁰⁾ Vid. Woodrow Wilson: *El Gobierno Constitucional en los Estados Unidos*, traducción de la 3ª edición inglesa por Federico González Garza, Editorial Cvltrva, México, 1922, pág. 8.

⁽¹¹⁾ Para un bosquejo introductorio, *vid.* José Julio Fernández Rodríguez: *La Justicia Constitucional europea ante el siglo XXI*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2002, *in totum*. Antecede Prólogo de Roberto L. Blanco Valdés.

⁽¹²⁾ Al respecto, *cfr.* Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona: *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, Editorial Porrúa-UNAM, México, D.F., 1999, pág. VII. Así

Y en fin de cuentas, como tercer trazo, ¿qué debemos esperar? La idea es que el Derecho Procesal Constitucional adquiriera su autonomía, y como tal, se constituya en una nueva disciplina del Derecho Público. Para ello tendrán que influir sobremanera en el terreno práctico de los ordenamientos jurídicos nacionales, la dación de un Código Procesal Constitucional –viejo proyecto anhelado de García Belaunde que ahora viene trabajando con un equipo de colaboradores–, y la implantación de cursos y/o asignaturas en los planes curriculares a nivel universitario, como también la organización de permanentes congresos y encuentros académicos sobre la materia, labor delicadísima que tendrán que asumir, a manera de reto, los profesores del área.

VI. DE LA MAGISTRATURA ORDINARIA A LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL

Ahora bien, entre otros, el segmento que más se debe de incidir en el Derecho Público es el relativo a la magistratura ordinaria y la magistratura constitucional, incluyendo también a las Salas Constitucionales. Entendemos, y resulta difícil negarlo, que constituye el *punctum dolens* a trabajar de manera permanente, sobre la base del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional. Analizándolo con estas disciplinas orientadoras, el juez ordinario tiene que manejar en perfecta sintonía los conceptos y las categorías que ofrece el Derecho Público, con especial sensibilidad aplicándolas en sus resoluciones judiciales. De tal manera que mediante esa actividad contribuya a fortalecer el ordenamiento jurídico, siempre a tenor de la Constitución. Se afirma sin reserva, que el equilibrio, el criterio interpretativo claro, y la objetividad que apunta el operador judicial consolida, a todas luces, el Estado de Derecho, y lo más importante, adquiere un consenso generalizado y credibilidad, tanto de los órganos constitucionales como de los justiciables y agentes sociales.

Una vez anotado y reflexionado lo anterior, se añade de manera inevitable el hecho de que los centros universitarios atraviesan a nivel general una crisis alarmante de crecimiento y de labor educativa, aspectos negativos que influ-

también lo entienden, entre otros, Enrico Spagna Musso: *Diritto Costituzionale*, terza edizione, Cedam, Padova, 1990, cuando sostiene que la problemática jurídico-constitucional es una problemática de actualidad (págs. 28 y sgts.) y Giuseppe de Vergottini: *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, págs. 2 y sgts.

yen en una futura formación. En esa mira, desde luego, están los magistrados cuando egresan de las universidades con una formación deficiente, respaldada mediante fotocopias o apuntes de clase, reconociéndose que hoy en día la cultura es un lujo. Con lo cual se colige que el mercado de los jueces (entiéndase magistrados en el sentido lato) y el mercado de los abogados (en su condición de operadores prácticos) tienen el mismo origen, Y es difícil demostrar —con las excepciones de alto rango que nunca faltan— que uno sea mejor que el otro. De ahí pues, tenemos que prestar mayor atención al Derecho Público, desdoblado básicamente en dos disciplinas como son el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo.

Pero me urge precisar, de buenas a primeras, que en esa perspectiva, a las Escuelas Judiciales⁽¹³⁾ —o como lo consagra la Constitución de 1993 en la pura dicción literal del artículo 151, a la Academia de la Magistratura— les corresponden tener como propósito la formación de aspirantes a la judicatura, capaces de desempeñar sus funciones en nuestra realidad nacional, con independencia, solvencia profesional y calidad moral, así como fortalecer los principios y valores que sustentan la independencia y autonomía del Poder Judicial y del Ministerio Público, respectivamente, dentro del Estado de Derecho. Todo ello a través de la enseñanza de cursos y/o asignaturas que cumplan a cabalidad tres objetivos bien definidos: *a)* Que los aspirantes reconozcan los procedimientos y prácticas existentes en el ejercicio de la función fiscal y jurisdiccional para identificar sus distorsiones, debilidades y fortalezas. *b)* Promover la iniciativa, el uso del criterio y la creatividad en el ejercicio de la función jurisdiccional y fiscal para optimizar los estándares de eficiencia y eficacia. Y, *c)* Promover un nivel de razonabilidad normativa y sociológica, adecuada para evaluar y resolver los conflictos de intereses y las incertidumbres jurídicas que surgen en la dinámica interacción entre actos y relaciones humanas⁽¹⁴⁾.

Y en lo que respecta a la magistratura constitucional, diremos que su problemática se conecta ante el momento constitucional que se vive, una es-

⁽¹³⁾ En esta esfera téngase presente las serias reflexiones de Néstor Pedro Sagüés en su espléndido libro *Las Escuelas Judiciales*, UNAM, México, D.F., 1998, en especial lo concerniente al reclutamiento de los magistrados, a la constitucionalización de las Escuelas Judiciales. Antecedente de Presentación tanto de José Luis Soberanes Fernández, como de Héctor Fix-Fierro.

⁽¹⁴⁾ Así lo dispone, al pie de la letra, el “Reglamento del Concurso Público de Méritos para la Admisión al Cuarto Curso del Programa de Formación de Aspirantes a la Academia de la Magistratura”, correspondiente al año 2000.

pecie de proceso de institucionalización del cambio político, constituyendo el rol del Tribunal Constitucional (en calidad de Alto Tribunal e intérprete supremo de la Constitución) y su ubicación, un tema de análisis y discusión, dejando de lado las ideologías partidistas. Sobre la base de estas premisas, es correcto que el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de arrojar conclusiones de mayor alcance, sienta el principio basilar de la construcción jurisprudencial *ad casum*, ya que los jueces o magistrados que lo integran son actores de primera línea y ejes fundamentales sobre los que gravita la interpretación constitucional, atributo y lujo que causaría envidia a cualquier órgano constitucional. Es menester no ovidar, por ejemplo, que los poderes del juez se reflejan inevitablemente en la siguiente gama de temas:

- a)* El proceso, cuyo objetivo principal y compartido por doquier es dirimir controversias de modo pacífico, pero que también se puede convertir en un instrumento para afirmar o reforzar valores y principios de más amplio alcance, que en ocasiones pueden superar los intereses concretos discutidos en el juicio. Y
- b)* El control de constitucionalidad de las leyes que se ejerce a través del control difuso y del control concentrado, y existente en la mayor parte de las democracias contemporáneas, ejerciéndose mediante estructuras jurisdiccionales.

Todo ello conduce a la creatividad, independencia y responsabilidad democrática de la judicatura, con singular desvelo, incluyendo además la judicialización de la política⁽¹⁵⁾. Pero es más, lo que interesa poner de relieve es que, el Tribunal Constitucional vela por la pureza de la Constitución, resolviendo espinosas cuestiones de Derecho Público. Así, con tenor bíblico, G. Treves ha escrito que la Constitución es como un mapa geográfico sobre el cual se trazan los elementos esenciales del territorio, y al Tribunal Constitucional corresponde fijar los detalles topográficos. Y, al proceder así, es que tiene *auctoritas*.

Ahora más que nunca es bueno reflexionar sobre los presupuestos teóricos de la Jurisdicción Constitucional, los cuales serán de utilidad para luego

⁽¹⁵⁾ *Vid.* Carlos Guarnieri y Patrizia Pederzoli: *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*, traducción del italiano de Miguel Angel Ruiz de Azua, Ediciones Taurus, S.A., Madrid, 1999, págs. 104-125. De igual forma, *vid.* AA.VV.: *El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*, Escuela Judicial, Madrid, 2001, *in totum*.

establecer el desarrollo que el Derecho Positivo, a través de una política legislativa sensata, debe hacer en esta materia poco trajinada y falto todavía de estudios sistemáticos. Con tales planteos teóricos, que convergen en un propósito académico, es correcto aceptar que los estudios sobre la materia deben ser bienvenidos y divulgados, y en tal sentido, no habiendo ciencia infusa⁽¹⁶⁾, resulta bueno estudiar y difundir la problemática. Y el libro de García Belaunde, copiosamente aumentado, persigue tales propósitos, dentro de un clima de convivencia democrática, ya que contribuye decididamente a que aprendamos a manejar e interpretar, en punto de perfección, los conceptos y las categorías del Derecho Procesal Constitucional. Se trata, sin duda, de consolidar el bloque de valores, principios, derechos y deberes constitucionales, en tanto que tal constituyen el entramado y parte dogmática de la Constitución y, por ende, su núcleo teórico⁽¹⁷⁾.

VILLAS ÚLTIMAS REFLEXIONES DE GARCÍA BELAUNDE SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Débase a ello pues que nuestro autor, como hombre de buena pluma y gran estilo, no deja de investigar y de ahondar sus tareas vocacionales, labor que cultiva con disciplina militar. Así lo demuestra su bien informado estudio, y próximo a publicarse como libro, ante mi amistosa insistencia, rotulado *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, con valiosos apéndices documentales. Por su riqueza y meditación singular importa consagrarle alguna atención, siquiera sea someramente, en especial a las conclusiones que arriba, y de las cuales somos tributarios. A su juicio, el itinerario del modelo concentrado en América Latina, podría esquematizarse de la siguiente manera:

⁽¹⁶⁾ A propósito, Domingo García Belaunde escribe así: "... en nuestro medio, y en general en vastos sectores de la América Latina, el Derecho Constitucional se da por sabido, generalmente por ósmosis o por ciencia infusa, lo que permite que cualquiera emita juicios u opiniones sobre la materia". *Cfr. Cómo estudiar Derecho Constitucional*, 3ª. edición revisada y corregida, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2000. Antecede notas introductorias y "Bibliografía de Domingo García Belaunde", a cargo de José F. Palomino Manchego.

⁽¹⁷⁾ Para una visión global, *vid.* José F. Palomino Manchego-José Carlos Remotti Carbonell (Coordinadores): *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana)-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002.

- a) Antecedentes en la experiencia colombiana y venezolana (siglo XIX).
- b) Perfiles bastantes definidos en el caso cubano, plasmado en 1940 (creación de la modalidad de la Sala Constitucional, que otros países han seguido).
- c) Primer caso de modelo europeo de Tribunal Constitucional, en Guatemala y en 1965. Y
- d) Primer caso de modelo europeo *stricto sensu*, en la Constitución peruana de 1979 (y que continúa la vigente Constitución de 1993)⁽¹⁸⁾.

De ahí que la obra en su conjunto, que ahora se publica, constituye en su médula, una base de partida, y un verdadero esfuerzo científico, con cargo a que el autor siga replanteando sus ideas sobre el Derecho Procesal Constitucional, que está todavía por hacer, y de los diferentes tramos que de él brotan. La malla de defensa de la Constitución ahí empieza a tejerse. Volviendo al punto de partida, diremos que García Belaunde ha labrado e interpretado con limpidez el Derecho Procesal Constitucional –fruto de muchos años de lecturas–, agregando en el presente libro valiosos datos y fuentes bibliográficas selectas, constituyéndose así en una herramienta de trabajo pedagógico que reviste una utilidad práctica difícil de ignorar, especialmente, ahora más que nunca, por los operadores jurídicos, ora el operador intérprete: el juez.

México, D.F., febrero de 2000.

Lima, 13 de julio de 2002.

⁽¹⁸⁾ Ya vio la luz dicho libro de García Belaunde: *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002. Estudio Preliminar y Epílogo de José F. Palomino Manchego. (Nota de abril de 2003)

sor Peter Häberle. Y ha merecido, además, ser reproducido en otras publicaciones científicas.

Después de tantos años de bregar a favor de la jurisdicción constitucional, creo que es tiempo de reafirmar lo que tímidamente algunos plantearon: llegar al Derecho Procesal Constitucional y configurarlo como disciplina autónoma. Y en cierto sentido, esto es algo así como una consigna académica, para dedicar nuestras fuerzas a este empeño, seguramente el más importante en las últimas décadas dentro del Derecho Público.

Al autorizar su publicación conjuntamente con otros textos afines, no hago más que confirmar el propósito que me anima, que no es otro que fortalecer la defensa procesal de la Constitución.

México, D.F., febrero de 2000.
Revisado, Lima, marzo de 2001.

Domingo García Belaunde

A MANERA DE EXPLICACIÓN

El tema de la jurisdicción constitucional, es uno de los que más me ha inquietado en los últimos años. Y esto se aprecia desde mis primeras publicaciones sobre la materia, en 1971, en mi participación en el Encuentro de Sochagota (noviembre de 1977) que fue el primero que trató la problemática en el mundo iberoamericano, hasta la actualidad. Y dentro de él, los instrumentos procesales defensores de los derechos humanos –en especial, el habeas corpus– orientaron mis primeros afanes. En esto fui enormemente ayudado por el ambiente académico latinoamericano de esos días, reflejado en encuentros y coloquios en varios de nuestros países, así como en la literatura de la época, de la que sobresalían los medulares ensayos del maestro Héctor Fix-Zamudio, de los que tanto aprendí.

Desde entonces han pasado muchos años, y han surgido –icuéndo no!– otras preocupaciones, o mejor dicho, otras urgencias, propias de países como los nuestros, jaqueados por la informalidad y la debilidad de sus instituciones. Pero el tema central, la jurisdicción constitucional, nunca me abandonó del todo, y a ella he vuelto siempre.

Fue así que en 1998 publiqué, gracias al entusiasmo de mi dilecto amigo Gerardo Eto Cruz, diversos ensayos míos sobre la problemática, bajo el título genérico de “Derecho Procesal Constitucional”, hoy agotado, y del que hay segunda edición, revisada y ampliada a cargo de la Editorial Temis de Bogotá.

El ensayo que ahora publico, gracias a la generosidad y al entusiasmo de mi antiguo y eficiente colaborador José F. Palomino Manchego, es mi discurso de incorporación a la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), como miembro de número, y está dedicado al egregio profe-

DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL ^(*)

1.- Planteo del tema. 2.- La vertiente europea. 3.- El debate sobre los tribunales constitucionales. 4.- La experiencia latinoamericana. 5.- Aparición del debate doctrinario. 6.- ¿Una nueva disciplina? 7.- ¿Derecho jurisdiccional constitucional? 8.- Una muestra de las variantes latinoamericanas. 9.- Los contenidos del derecho procesal constitucional. 10.- La enseñanza del derecho procesal constitucional. 11.- Un syllabus tentativo. 12.- Cabos sueltos. 13.- Oteando el horizonte.

(*) Una versión preliminar, se ha publicado como capítulo de mi libro *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis, Bogotá 2001. En esta oportunidad se le han introducido algunos ajustes y correcciones de estilo.

1. PLANTEO DEL TEMA

La jurisdicción constitucional, tal como la conocemos hoy en día, se remonta en realidad, a principios del siglo XVII, cuando el célebre juez Edward Coke, en el caso del Dr. Thomas Bonham (1610) afirmó que el derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, sentando así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, esta postura de Coke, fuertemente anclada en el pensamiento jusnaturalista, fue ampliamente conocida por los abogados de las colonias inglesas de ultramar, que la desarrollaron y utilizaron en toda su amplitud, a tal extremo que, si bien es discutible que Coke haya creado el control de constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las colonias un sólido sustento jurídico, que, según acertada opinión de B. Schwartz, contribuyó a crear las bases del Derecho Constitucional de los Estados Unidos (cf. Bernard Schwartz, *Os grandes direitos da humanidade*, Edit. Forense Universitaria, Rio de Janeiro 1979; Edward S. Corwin, *The "higher law" background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, 1955).

Pero el temprano atisbo del juez Coke, iba a quedar pronto en el olvido, como lo confirma la práctica judicial inglesa durante siglos, la que se esmeró en reafirmar las prerrogativas del Parlamento, actitud que ha persistido hasta hace muy poco tiempo, cuando la Gran Bretaña, incorporada a la Unión Europea a mediados de los años setenta de este siglo, tuvo que revisar su vieja teoría de la soberanía del Parlamento, hoy bastante matizada.

Así, mientras que Inglaterra, cuna del *common law*, se caracterizaría por desconocer la división de poderes, huir de la Constitución escrita y codificada e ignorar el control de la constitucionalidad, sus colonias de América, partiendo de las mismas raíces y alimentadas en gran parte por las mismas

lecturas (Locke, Rousseau, Blackstone, etc.) llegarían a planteos contrapuestos, los que han dado nacimiento a un modelo constitucional realmente paradigmático y distinto del inglés.

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

Por eso es que el planteo de Marshall, en su famosa sentencia de 1803 en el caso *Marbury vs. Madison*, no deja de sorprender, vistos los antecedentes, ya que tal tema fue dejado de lado por la constituyente, pero retomado hábilmente por Marshall, que de esa manera pretendió salir de un aprieto político en el que lo había colocado la nueva administración, a cargo del Presidente Thomas Jefferson.

A fin de comprender cabalmente la situación de Marshall, cuyo genio jurídico está fuera de toda discusión, hay que recordar que Marshall se encontraba arrinconado, que el caso lo demoró en resolver más de un año, y que al final, no le dio la razón ni al demandante ni al Gobierno, sino que se fue por la tangente, apelando al principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley de la judicatura de 1789. Ahora bien, sentado el principio de que los jueces podían controlar la constitucionalidad de las leyes, llama la atención que nada hubiese pasado entonces, y que no hayan existido reacciones aparentes contra tal fallo. Pero cabe imaginar que algo tuvo que repercutir en los círculos gubernamentales, y lo más probable es que el gobierno no expresase públicamente su desagrado, ya que el fallo lo beneficiaba, motivo por el cual, el principio quedó así sentado, y en forma definitiva. Pero que tal sentencia provocó un verdadero terremoto en las altas esferas del gobierno, es algo que no puede descartarse, como lo comprueba la correspondencia de Jefferson, publicada con posterioridad (cf. Albert J. Beveridge, *The life of John Marshall*, Cherokee Pub. Co., Atlanta 1990, vol. III, pp. 141 ss.) Y eso explica

porqué el Juez Marshall nunca más volvió a utilizar el control constitucional, así como jamás volvió a inaplicar una ley federal durante su larga carrera judicial, que duró hasta 1835. Esto es, desde 1803 en que se da el fallo *Marbury vs. Madison* hasta 1835, que es un lapso de 32 años, el Juez Marshall no volvió a invocar tal principio, sino que por el contrario, se dedicó a reafirmar el naciente derecho norteamericano y a ratificar las prerrogativas del Congreso (si bien lo hizo muy sutilmente). Aún más, el control judicial sólo es vuelto a utilizar en 1857, en el caso *Dred Scott vs. Sandford*, bajo otra Corte y con otro Presidente, el Juez Taney, y sólo empieza a tener cierta importancia a fines del siglo pasado. Y tan sólo durante la llamada revolución constitucional en la época de Roosevelt, ya en pleno siglo veinte, es que el principio se afirma, y en puridad de verdad, el caso *Marbury vs. Madison* se vuelve un auténtico *leading case* (es decir, caso líder, que orienta y sirve de fundamento a lo que viene después).

De lo expuesto se desprende que, basada en viejos preceptos de contenido jusnaturalista, alguna aislada experiencia inglesa que luego se desarrolló en las colonias americanas, enunciada nítidamente en 1803, con un discreto desarrollo durante el siglo XIX, la *judicial review* recién se afirma a mediados de los años veinte, y así continúa hasta nuestros días. Y es a partir de esta época que se hacen planteos de largo alcance sobre el control judicial, como puede verse en la extensa obra de Corwin (cf. Edward S. Corwin, *Court over Constitution*, Princeton University Press, N.J. 1938) hasta los trabajos más recientes y de aliento de Alexander M. Bickel, (*The least dangerous branch*, Yale University Press, N.H. 1986, la primera edición es de 1962); y John H. Ely (*Democracy and Distrust*, Harvard University Press, 1980).

Ahora bien, lo importante del modelo sajón, de base judicial y creado a través de décadas, es que no ha provocado un enfoque teórico independiente, como ha sucedido en otras partes y en especial en relación con el modelo europeo. Así, la *judicial review* es un tema que se analiza dentro de aquellos destinados al proceso o a lo constitucional, y por cierto, está presente en todas las demás áreas del Derecho, ya que la *judicial review* se hace a través de cualquier proceso, ante cualquier juez, en cualquier instancia y tratándose de cualquier materia. Es algo así como un principio constitucional, que se hace efectivo a través de los jueces, y cuando está en juego cualquier interés.

Aún más, la doctrina norteamericana no parece interesada en el tema, y lo trata abundantemente, pero sin mayores pretensiones y mayoritariamente

dentro del área constitucional y como un principio que orienta a las demás ramas del derecho y se invoca en cualquier tipo de proceso. Y esto puede explicarse perfectamente dentro del *common law*, que, como sabemos, es un sistema jurídico que ha tenido su propia evolución y tiene sus propias características, que lo han convertido en uno de los sistemas jurídicos actualmente existentes. Los comparatistas señalan que en Occidente existen, en realidad, dos familias jurídicas, el denominado *common law* y el sistema romanista, o romano-civilista, o romano-canónico-germano, pero que podemos llamarlo por comodidad, sistema romanista. Por tanto, el sistema del *common law*, rico en contenido y con caracterizaciones notables, es ajeno, en lo estructural, a los sistemas romanistas, lo cual puede explicar cómo, si bien se ha teorizado sobre la *judicial review*, no se ha hecho ningún esfuerzo por crear una disciplina o rama jurídica autónoma a partir de este hecho. Ni tampoco, se ha creado un proceso *ad hoc* para ventilar problemas constitucionales.

Las consideraciones precedentes, se han centrado en el aspecto de la *judicial review*, que es el control orgánico del poder, y *mutatis mutandi*, podrían extenderse a la defensa de los derechos humanos, cuyos instrumentos protectores, a través de los numerosos *writs* ingleses existentes, se remontan al siglo XIII y aún antes (es el caso del habeas corpus, en uso jurisprudencial desde esa época, aun cuando legislativamente se consagra recién en el siglo XVII).

2. LA VERTIENTE EUROPEA

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

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

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

- b) Por cuanto el sistema jurídico sajón, de acuerdo a sus orígenes, nació y se desarrolló como obra de los jueces, quienes construyeron, jurisprudencialmente, las bases del derecho inglés, y sobre éste, hicieron lo propio las colonias norteamericanas. En Europa, por el contrario, los jueces eran mal vistos, normalmente eran fieles y obsecuentes servidores del poder, y en muchos lugares, los cargos judiciales se compraban. Esto hizo posible la tesis, que tuvo largo predicamento, de que los jueces eran robots y meros aplicadores de la ley, lo que formuló magistralmente Montesquieu en su célebre libro *Del espíritu de las leyes* (XI,6).
- c) Porque con el tiempo, y siguiendo el ejemplo de Inglaterra, los países europeos iban a implantar y adoptar la forma parlamentaria de gobierno, en la cual el parlamento era todo o casi todo, a diferencia de la democracia norteamericana, que creó el régimen presidencial, si bien su afianzamiento sólo se hará efectivo en las primeras décadas del siglo XX (cf. Woodrow Wilson, *The Congressional Government*, Boston 1885, que señaló la debilidad del Presidente, si bien, años más tarde cambió de opinión y reconoció el liderazgo nacional del Presidente de la República, como se aprecia en sus lecciones de 1908, cf. *El gobierno constitucional de los Estados Unidos*, Edit. Cultura, México 1922, pp. 55-79).
- d) Finalmente, la *judicial review* se afirmó, entre otras razones, por el carácter federal que asumió el nuevo Estado, y de esta manera contribuyó a consolidar a los Estados, hacer más fuerte la Unión y sobre todo, hacer prevalecer la legislatura nacional sobre las estatales.

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

La doctrina constitucional europea, en especial la francesa y la alemana, se plantearon el tema al final de la Gran Guerra, coincidentemente con la caída del Imperio Austro-húngaro, y el nacimiento de nuevos países, uno de los cuales es Austria. Aquí, como se sabe, se planteó por vez primera la crea-

ción de un Tribunal Constitucional para efectos del control constitucional en sentido amplio, y así consta en el proyecto de Hans Kelsen de 1918, que fue posteriormente sancionado por la Asamblea Nacional Provisional de 1919, y finalmente en la Carta austríaca de octubre de 1920 (cf. Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, 1918-1939, CEC, Madrid 1987). Poco antes, lo había consagrado en su novísima Constitución de febrero de 1920, la recién creada Checoslovaquia, pero si bien anterior a nivel constitucional, la gestión, creación y consolidación posterior se dan en Austria, y así lo ha reconocido pacíficamente la doctrina, por lo que se le llama modelo austríaco (por el país que lo adoptó y desarrolló en forma seria, ininterrumpida y sistemática), europeo (por el continente que lo hizo suyo, desarrolló y propulsó) o kelseniano (en homenaje al teórico de la institución).

Por cierto, la creación de estos tribunales constitucionales (el austríaco y el checoslovaco en 1920 y luego el Tribunal de Garantías Constitucionales español de 1931), fue algo novedoso, pero no despertó seguimientos inmediatos. Aún más, no tuvieron buena fortuna. El austríaco funcionó regularmente hasta 1930, y con dificultad hasta 1933, en que fue intervenido y desactivado. El checoslovaco casi no funcionó, emitió una sola sentencia, quedó paralizado en 1931 y murió por inanición en 1938. Y el español, instalado en 1933, abortó en 1936 con motivo de la guerra civil. De estos tres tribunales, el único que resurgió tras finalizar la Segunda Guerra Mundial fue el austríaco, que retomó su Constitución de 1920 y sus instituciones democráticas, y desde entonces está en funciones. Y de ahí su importancia no sólo teórica, sino también histórica, que los demás no tienen. Por el contrario, el español republicano y el checoslovaco murieron definitivamente en sus respectivas versiones. La Constitución española de 1978, monárquica y parlamentaria, creó un nuevo Tribunal Constitucional que funciona ejemplarmente desde entonces. Checoslovaquia, invadida por las tropas stalinistas a fines de la guerra, se convirtió en democracia popular y adoptó, en 1968, un Tribunal Constitucional bastante discreto, que se movía dentro de la legalidad socialista, hasta que finalmente el país en cuanto tal, desapareció, dando nacimiento, en 1991 y tras el derrumbe de la antigua Unión Soviética, a la República Checa y a la República Eslovaca, ambas con un Tribunal Constitucional desde 1992 (AA.VV. *La justice constitutionnelle en Europe Centrale*, Marc Verdussen, dir., Bruxelles 1997, esp. pp. 157-228.)

Pero esta experiencia del periodo de entreguerras, aun cuando fallida, iba a ser definitiva para la aparición del debate doctrinario entre los mejores

teóricos del Derecho público de esa época (Kelsen, Schmitt, Duguit, Carré de Malberg, etc.) La que iba a renacer posteriormente, haciendo posible el surgimiento de los tribunales constitucionales después de 1945, con una fuerte onda expansiva dentro del continente europeo, primero, y luego en otros ámbitos geográficos.

3. EL DEBATE SOBRE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

El gran debate sobre los tribunales constitucionales se llevó a cabo, precisamente, en lo que podríamos llamar el ambiente de la República de Weimar, del que queda el ensayo clásico que Kelsen publicó en francés y en 1928 (cf. *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, en “Revue du Droit Public et de la Science Politique”, año XXXV, t. 45) y que fue contestado por Carl Schmitt, con el brillo que lo caracterizaba (cf. *Il custode della Costituzione*, Giuffrè, Milano 1981, el original de 1931; los textos completos de Kelsen en *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1981).

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

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

Todavía de vez en cuando resurgen las polémicas sobre la validez o no de los tribunales constitucionales, en donde las tesis de Schmitt se mantienen como un referente obligado. Pero valga la pena hacer la digresión siguiente:

- a) Por un lado, existe el problema del control constitucional de las leyes y en general, de los actos del Ejecutivo y del Legislativo, y en veces también del Judicial. Esto se mantiene. O sea, a despecho de la importancia del legislador y de la minusvalía del juez en el continente europeo, lo cierto es que el principio de que debe existir un control constitucional y que los actos del parlamento también deben ser controlados, es algo que ha avanzado en forma pacífica y sin retroceso alguno, y que se considera como un valor inconcuso de la tradición jurídica europeo-continental. Y esto comprende, hoy en día, a la Gran Bretaña, que ha tenido que aceptar los controles de la Unión Europea e incluso las numerosas sanciones, que ha recibido por violaciones de derechos humanos.
- b) El problema que sigue en discusión, es saber cuál es el órgano que debe tener a su cargo este control constitucional en sentido amplio, ya que si bien es cierto que los órganos legislativos conservan, aun hoy en día, determinadas atribuciones jurisdiccionales (de los cuales es ejemplo extremo la Gran Bretaña, cuyo máximo tribunal es parte integrante de la Cámara de los Lores), lo que se ha hecho es, en una mayoría de países, reforzar al órgano judicial para esos fines, pero en otros, se ha preferido crear un órgano o tribunal *ad hoc*, dentro del modelo europeo de tribunal constitucional (si bien sigue en discusión si dicho órgano *ad hoc* debe ser parte del Poder Judicial, como lo es en Alemania y en Colombia, o si debe ser independiente del Poder Judicial, como lo es en España y en el Perú).

Por cierto, hacer un paralelo entre el modelo europeo y el americano, es algo que quizá no tenga mayor sentido, no obstante que el primero que lo hizo fue Kelsen, cuando ya en su exilio en los Estados Unidos, se dedicó a analizar el sistema americano, que él recién conocía a fondo y de manera sistemática, y el modelo europeo, que él contribuyó a crear. Por cierto, el balance de Kelsen es claro y contundente, al señalar la superioridad del modelo europeo, por las razones que apunta *in extenso*, razones prolijas y nada convincentes, ya que lo que importa en un sistema, más que su coherencia lógica, es cómo funciona, y en realidad, el sistema americano, si bien con lagunas o vacíos desde un punto de vista teórico, tiene un vigor y una influencia en la vida norteamericana que no se ve en el sistema europeo. Y además, no empece sus deficiencias, es

operativo. Lo que vale, en mi criterio, no es qué sistema es mejor desde un punto de vista teórico, sino cuál es el sistema que mejor se adapta al entorno histórico de cada sistema jurídico y además, si éste realmente funciona. Así considerados, es indudable que ambos sistemas, enfocados dentro de sus respectivos ambientes, funcionan y son operativos, y no vemos porqué debemos preferir uno al otro. Lo que importa, repito, es si son eficaces y si ayudan a la supervivencia del ordenamiento jurídico dentro de un determinado país (cf. Hans Kelsen, *The judicial review of legislation, A comparative study of the Austrian and American constitution* en "Journal of Politics", 1942; traducción al castellano en "Direito", Santiago de Compostela, núm. 1, 1995).

4. LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA

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

Pero la emancipación de los pueblos hispanoamericanos se inicia, en realidad, en 1808, cuando la península ibérica es invadida por las tropas francesas, coincidentemente con la Constitución de Bayona, que si bien cuenta con algunos representantes de las colonias de Ultramar, no tuvo en realidad efecto alguno (a diferencia de las Cortes de Cádiz y su Constitución de 1812, de vasta influencia). Pues bien, de 1808 a 1820, casi todos los países adquieren su independencia, la aseguran o están en trance de finalizarla.

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

Pues bien, el ejemplo norteamericano se manifiesta en muchos aspectos, como el federalismo, que tentó a muchos países del área, y muchos de ellos, por lo menos los más significativos en población y territorio, todavía lo

mantienen (Brasil, Argentina, Venezuela y México); el presidencialismo, persistente hasta ahora, no empece algunos ensayos en contrario; el sistema republicano, no obstante algunas tentativas monárquicas o paramonárquicas de algunos líderes (Iturbide en México, y más tarde Maximiliano, si bien dentro de otro contexto, y en la América del Sur, Belgrano, San Martín y en cierto sentido Bolívar, si bien este último de una forma bastante sutil, como lo demuestra la institución de la Presidencia vitalicia que consagró en la Constitución que en 1826 preparó para Bolivia y el Perú; y por cierto, el Brasil y su Imperio que duró de 1822 a 1889).

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

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

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

En lo referente al modelo sajón de control constitucional, ha pasado lo mismo. La institución se ha incorporado y desarrollado con perfiles propios,

lo que hace pensar que en materia de control constitucional (empleamos este término en sentido general) ha habido un desarrollo que podríamos tímidamente calificar de original, y que tenga algunas características que lo hacen peculiar y diferente de sus orígenes, si bien, *grosso modo*, puede sostenerse que nos mantenemos en el modelo americano o europeo, según sea el caso, pero pudiendo distinguir al interior de cada uno de ellos, cierta peculiaridad en su desarrollo y adaptaciones.

Así se explican los avances del Amparo en México (nacido en 1841 y en continuo desarrollo hasta el presente), del control constitucional en Argentina y Brasil, y sobre todo, el desarrollo existente en Venezuela, que desde el siglo pasado creó una acción popular de inconstitucionalidad, con carácter *erga omnes*, primero en la Constitución de 1858 y luego en la de 1863, que adelantó características de lo que luego sería el modelo concentrado, porque conjuntamente con el alcance general de las sentencias, se encargaba a una sola dependencia u organismo, resolver los casos de inconstitucionalidad.

Por cierto, estos son desarrollos propios que no deben desmerecer lo que con mucha posterioridad se hizo en Europa (que también tiene su propia tradición), ni mucho menos minimizar, como en algún momento se ha pretendido, el carácter creador de Kelsen con su idea de los tribunales constitucionales (cf. la justa ponderación que de este hecho hace Joaquín Brage Camazano, *La acción de inconstitucionalidad*, 2da. edición, UNAM, México 2000).

Si algunos países, en especial México y Venezuela, o si se quiere Venezuela y Colombia, como con acierto señalan muchos autores (cf. Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1995), tuvieron importantes aciertos en el desarrollo y apuntalamiento del control constitucional y en la defensa de los derechos humanos, ello no fue una creación *ex novo*, sino una creación derivada o, si se quiere, un matiz y desarrollo interesante y peculiar, y eventualmente original, pero sólo entendible y explicable desde el trasfondo de un desarrollo propio desde la experiencia norteamericana, que todos los juristas y políticos latinoamericanos del siglo XIX conocían perfectamente bien, ya sea porque tenían acceso a sus fuentes, ya sea porque viajaron o vivieron y asimilaron la cultura norteamericana directamente, por haber vivido en los Estados Unidos y haber publicado allá sus obras, como es el caso, paradigmático, de Domingo Faustino Sarmiento.

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

Por estas consideraciones, Samuel P. Huntington, en un sugerente libro *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial* (Paidós, Buenos Aires 1998) llega a la conclusión de que, terminada la guerra fría, ha finalizado también el mundo bipolar, y hoy estamos asistiendo al mundo multipolar, en el cual hay varias civilizaciones en juego. Una de ellas, es la latinoamericana, y las demás son la occidental (en donde incluye a los Estados Unidos y Europa), la africana, la islámica, la sínica, la hindú, la ortodoxa, la budista y la japonesa. Si bien esta tesis puede ser discutida, y en su defecto, matizada, es indudable que tiene cierto carácter explicativo, y puede ser útil para entender muchas cosas. Por lo pronto, la peculiaridad y relativa originalidad del sistema constitucional latinoamericano, puede ser explicado desde este enfoque.

5. APARICIÓN DEL DEBATE DOCTRINARIO

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

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

Por eso, cuando se empieza a discutir el problema a nivel teórico, es que se habla de “jurisdicción constitucional” o de “justicia constitucional”, sobre todo en el famoso texto de Kelsen de 1928, en donde ambas palabras aparecen utilizadas indistintamente e indiferenciadas. La preocupación de

Kelsen, a ese momento, era justificar el porqué debía haber un control de constitucionalidad, y porqué ese control no lo podía hacer el Parlamento. Pero como tampoco lo podían hacer los jueces, entonces se trató de justificar la existencia de un órgano *ad hoc*, que fue el Tribunal Constitucional, del cual, en ese momento, Kelsen era juez. La idea se difundió mucho en Francia, gracias a Eisenmann, discípulo francés de Kelsen, que estudió con éste en Viena y que luego dedicó su tesis doctoral, publicada en París en 1928, a divulgar la creación kelseniana (cf. además, Ch. Eisenmann, *Dix ans d'histoire constitutionnelle autrichienne*, en “Revue du Droit Public et de la Science Politique”, janvier-mars 1928). Pero el problema para Kelsen, era simplemente teorizar sobre la necesidad de la existencia de un control constitucional, y que éste estuviese a cargo de un tribunal *ad hoc*, fuera del Poder Judicial y sin dependencia alguna con los demás poderes. En suma, así como existía una jurisdicción civil y una jurisdicción administrativa, era necesario que existiese una jurisdicción constitucional, o justicia constitucional, como se usaba en el contexto jurídico francés (y aún ahora).

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

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

El debate, iniciado en los años treinta, se ha mantenido, si bien se ha pasado ya a una segunda etapa, cual es, ver las condiciones del control, quiénes

lo hacen, los órganos encargados de ello, el análisis de las distintas figuras procesales, etc. Pero en la América Latina, ambas fases del debate se mantienen.

Así, por ejemplo, el problema ha tenido numerosos matices en la evolución política del Ecuador. Desde 1945, en que consagraron un Tribunal de Garantías Constitucionales en el nombre y casi sin atribuciones, hasta el actual Tribunal Constitucional, de total plenitud, que perfilado en las reformas constitucionales de 1996, se halla reafirmado en la vigente Constitución de 1998 (cf. Juan Larrea Holguín, *Derecho Constitucional*, Coop. de Estudios y Publicaciones, 2 tomos, Quito 2000).

Igual podemos decir de Bolivia, que introdujo el Tribunal Constitucional en la reforma de 1994 a su Carta vigente de 1967, pero que se ha instalado en junio de 1999, y se encuentra en sus inicios (José Antonio Rivera, *Reformas constitucionales*, Cochabamba 1999; AA. VV., *Jurisdicción constitucional*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Santa Cruz 2000).

O el caso del Perú, que al modelo americano que tenía desde 1936, le agregó, en 1979, el Tribunal Constitucional, modelo dual o paralelo que se mantiene en la Constitución vigente de 1993.

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

6. ¿UNA NUEVA DISCIPLINA?

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

Y usar un término u otro no tiene mayor importancia si lo consideramos como sinónimos. Pero, algunos han establecida matices entre uno y otro,

como es el caso de Héctor Fix-Zamudio, quien ha señalado diferencias axiológicas y también técnicas, entre ambos vocablos. Aquí nos interesa esto último, en la medida que Fix, siguiendo las huellas de Franz Jerusalem y otros juristas, entendía que existía justicia constitucional cuando los órganos judiciales comunes se dedicaban a resolver problemas constitucionales (cf. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965*, UNAM, México 1968), y jurisdicción constitucional, cuando existían órganos calificados y especiales para esos fines, o sea, tribunales constitucionales (así, por ejemplo, Jesús González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid 1980). Esta tesis, no obstante su importancia, ha ido perdiendo fuerza, y el mismo Fix la ha matizado posteriormente, toda vez que lo que interesa, en realidad, es quién decide en materia constitucional y con qué efectos, sin importar que sea una corte suprema (como es el caso de los Estados Unidos) o un tribunal constitucional.

Por otro lado, y moviéndose siempre dentro de la órbita francesa, el reciente manual coordinado por Louis Favoreu sostiene una tesis interesante, siguiendo a Eisenmann. Así, según se indica, la justicia constitucional debe ser considerada como un sistema o un plexo teórico y doctrinario en su conjunto, que trata sobre cómo se lleva a cabo el control constitucional y temas afines. Mientras que la jurisdicción constitucional sería un análisis detenido del órgano calificado para hacerlo. Y siempre dentro de lo expuesto, la justicia constitucional es el gran panorama, pero la jurisdicción constitucional está reservada al análisis de la composición, estructura y atribuciones del Consejo Constitucional, que dentro del sistema francés, es el encargado de decir el derecho en materia constitucional (cf. AA.VV. *Droit constitutionnel*, Louis Favoreu, coordonnateur, Dalloz, Paris 1999).

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

Lo concreto del caso, es que surgen órganos que tienen, o a los que se les asignan, facultades jurisdiccionales, y así conocen determinados procesos

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

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

Es por eso que hay muchos que desde los años cuarenta (en el mundo hispano, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo), han propuesto la creación de una nueva disciplina que se titule *Derecho procesal constitucional*, que sería el equivalente, en el ámbito constitucional, de lo que es el proceso civil para el Derecho civil, o el proceso penal, para el ámbito del Derecho penal. Por cierto, esta tesis no es pacífica, pues hay muchas variantes en torno a ellas, y que hemos analizado en otra oportunidad (cf. Domingo García Belaunde, *El Derecho Procesal Constitucional*, en “Anuario de la Academia Peruana de Derecho” Núm. 3, Lima 1997). Así, hay quienes, como Fix-Zamudio distinguen entre “derecho procesal constitucional” y “derecho constitucional procesal”, y otros que simplemente se afilian al derecho procesal constitucional a secas, tesis que preferimos.

Por otro lado, sigue abierto el debate en torno a la naturaleza de este derecho procesal constitucional. Mientras algunos autores sostienen que es una disciplina constitucional (por ejemplo, Peter Häberle), otros afirman que es mixta (es el caso de Néstor P. Sagüés), y otros que la disciplina es netamente procesal. En lo personal, me inclino por esta postura, ya que existiendo un

derecho procesal desarrollado científicamente desde fines del siglo pasado, es ese el lugar en donde debe ir todo lo relacionado con los procesos que nacen de la Constitución, y que por eso son constitucionales.

Sin embargo, existe una postura reciente, aun cuando minoritaria, sostenida por algunos juristas brasileños, como Marcus Orione Gonçalves Correia (cf. *Direito processual constitucional*, Edit. Saraiva, São Paulo 1998), que sostiene que el derecho procesal constitucional, siendo un tema netamente procesal, no es autónomo, sino que es parte del proceso civil, con lo cual el proceso civil tendría sus ramas, una de las cuales sería la constitucional, con carácter de subsidiaria, y en todo caso, ancilar.

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

Pero la discusión no termina ahí. Existen otros planteos en torno al derecho procesal constitucional, que veremos a continuación, y es el intento de remplazarlo por el de “derecho jurisdiccional”.

7. ¿DERECHO JURISDICCIONAL CONSTITUCIONAL?

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

Lo importante es que el más destacado defensor de esta postura, ha sufrido tal evolución, convenciéndose de ella, y postulando que dicho cambio

opere, no por un problema terminológico; sino por corresponder a una realidad (así, véanse sus trabajos *Introducción al derecho procesal*, Tecnos, Madrid 1976 e *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*, Edit. Enmarce, Lima 1999, así como *Derecho Jurisdiccional*, 8va. edición, Tirant lo blanch libros, Valencia 1998, tomo I, por J. Montero Aroca *et alter*).

Para fundamentar su tesis, Montero Aroca hace una larga como prolija exposición, que aquí sintetizamos lo mejor posible. Según afirma, el proceso ha tenido una larga etapa histórica, en cuyo desarrollo se han dado diversos momentos, de los que cabe destacar los siguientes, que son los más cercanos en el orden del tiempo:

- 1) Práctica forense, que cubre, más o menos, hasta el siglo XVIII; en ella surge la práctica al margen de las universidades, para enseñar lo que realmente se hace en los tribunales; en la cátedra se enseñaba derecho romano, eminentemente formativo; pero fuera, en los tribunales, sucede otra cosa, y eso hay que enseñarlo. Lo más notable en el mundo hispánico es la *Curia Philippica*, publicada por Hevia Bolaños, en Lima en 1603, si bien su autor era un español afincado muchos años en la capital del Virreinato peruano.
- 2) El segundo paso lo da el procedimiento; o sea, la existencia debidamente regulada, de formas o caminos que explican un sinnúmero de actuaciones de las partes ante el juez. Esto cubre prácticamente el siglo XIX.
- 3) Procesal; surge a fines del siglo XIX en Alemania y luego es ampliamente desarrollada en la misma Alemania y en Italia. Por encima de los numerosos procedimientos y su práctica, trata de crear una gran teoría que explique el proceso civil, y luego esto se extiende al penal. Es el nacimiento del procesalismo científico, a diferencia de las etapas anteriores, que son meramente prácticas y, sobre todo, empíricas.

Sin embargo, el procesalismo científico, que se extendió a otros ámbitos más allá del civil propiamente dicho, fue desarrollándose y ampliándose, desbordando al proceso, que era el eje de la disciplina, conjuntamente con la acción y la jurisdicción. Esto es muy claro en el clásico libro de Couture: cuando publica la primera edición de sus *Fundamentos de Derecho Procesal*

Civil en 1942, no menciona el concepto de jurisdicción; ni siquiera lo desarrolla. Tan sólo aparece con toda precisión en la edición de 1958 que, a la larga, resultó póstuma. Acorde con esto, el procesalismo, si bien con notables antecedentes y algunos avances importantes, se ha volcado hace algunas décadas al análisis y al detalle de la jurisdicción, o sea, la facultad estatal, sus órganos, y, en general, toda la problemática de la magistratura. De esta manera, hoy por hoy, dentro del derecho procesal, la teoría del proceso ocupa un lugar modesto o en todo caso segundón, muy por detrás de la jurisdicción, que realmente se ha vuelto el eje básico de la disciplina.

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

Ahora bien, ¿es válida esta argumentación?

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

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

un nuevo nombre que cubra todo y además encuentre fácil aceptación, es tarea nada fácil.

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

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

- a) La lógica fue fundada por Aristóteles y duró casi intacta hasta el siglo XIX. En esta época viene la gran revolución en la lógica, que luego sintetizan Russell y Whitehead en 1910 con su obra *Principia mathematica*. Hoy existe la lógica tradicional que cubre desde Aristóteles hasta el siglo XIX; después surge la lógica clásica desde Frege, y luego las lógicas no clásicas desde los años 30. En cualquier manual de lógica moderna, la parte aristotélica es un modesto capítulo inicial, pero nadie ha pensado en cambiar el nombre de la disciplina que fundó Aristóteles. Igual podría decirse de otras ciencias que fundó Aristóteles, como la Física y la Psicología: son hoy día algo totalmente distinto de lo que hizo su fundador, pero sin embargo, nadie ha propuesto cambiarles el nombre.
- b) La historia fue fundada por Herodoto, llamado el padre de la Historia. En sus *Historias*, tanto él como Tucídides, entienden la historia como ver lo presente o ver de testigos; para ellos, y para el mundo greco-romano, la historia es historia del presente o del pasado más cercano. Y con variantes, se mantuvo así durante siglos. Pero en el siglo XIX, la historia se asienta como ciencia del pasado (sobre todo con Ranke), y así llega a nuestros días. Aún más, los enfoques de la historia han cambiado sustancialmente. A la historia política que

caracterizó a los autores clásicos (concentrados en héroes, batallas, príncipes, reinados, tratados, etc.), ahora sucede una historia total que ha minimizado la historia narrativa de antaño, como lo demuestra la historia de la vida privada, la historia de los de abajo, la historia de las mentalidades, la historia del gusto, etc.) Es decir, la historia ha cambiado totalmente, en perspectivas, enfoques y contenidos, en relación con el siglo pasado y más aún, con lo que se entendía en la antigüedad. Pero nadie ha pensado en cambiarle de nombre. Incluso, la palabra *historia*, del griego *istorein*, significa lo visto, lo que se ve, o que se sabe por saber directo. Por tanto, vemos cómo ni siquiera el nombre tiene concordancia con el contenido actual (cf. Jorge Lozano, *El discurso histórico*, Alianza, Madrid 1984).

- c) Por último, en cuanto al derecho mismo, digamos algo. No sólo el derecho procesal ha cambiado y ampliado notablemente su contenido, sino todas las ramas del Derecho. El Código Civil napoleónico era uno, pero los actuales códigos civiles lo han desbordado totalmente. El derecho comercial hasta hace cien años se limitaba a ciertas sociedades, o a los actos de comercio y al comercio internacional; hoy el derecho mercantil es distinto y ha superado largamente a sus orígenes. Igual podría decirse del derecho constitucional. Si revisamos, por ejemplo, el *Cours de politique constitutionnelle* de Constant, publicado en 1861, sobre la base de trabajos anteriores redactados desde 1815, y lo comparamos con cualquier manual moderno y reciente en francés, como son los de George Burdeau, Maurice Duverger, André Hauriou o Pierre Pactet, vemos que el campo se ha ensanchado notablemente. Y el derecho constitucional actual es totalmente distinto al clásico, al que mantiene en lo esencial, pero que supera largamente. En este caso, como en otros, nadie ha pensado en cambiar el nombre, so pretexto de buscar uno que represente o refleje mejor su contenido (los franceses se han limitado para fines docentes, en agregar el concepto de “instituciones políticas” en sus cursos y en sus manuales, en su reforma de 1954, pero han vuelto nuevamente a usar el nombre clásico “Derecho Constitucional”, a secas).

Por tanto, a la vista de lo sucedido en otras disciplinas, tanto jurídicas como no jurídicas, no vemos por qué vamos a cambiar un nombre por otro,

que si bien podría hacer justicia al contenido de la disciplina, no cubre todo lo existente ni elimina su contenido procesal básico.

Pero hay algo más. Y es que en materia de nombres, las palabras juegan un papel importante, desde un punto de vista del uso, existiendo siempre el factor de inercia que dificulta los cambios que la comunidad hablante no ve como necesarios. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el lenguaje es en realidad un fruto de las convenciones. Ya Platón, en su célebre diálogo *Cratilo*, discutió ampliamente la tesis sobre el origen del lenguaje, si era natural, o sea, si respondía a los hechos, o si por el contrario, era un fruto de la convención (cf. Víctor LÍ Carrillo, *Platón, Hermógenes y el lenguaje*, Ediciones U. de San Marcos, Lima 1959). La tesis de Platón es que si bien puede haber alguna relación entre el lenguaje y la realidad, el lenguaje es, en lo fundamental, un fruto de la convención y de los usos sociales. Y esta tesis platónica se encuentra hoy en día prácticamente aceptada por los lingüistas contemporáneos, desde Saussure en adelante.

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

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

Por tanto, y sin aferrarnos dogmáticamente a lo expuesto, seguiremos usando –hasta nuevo aviso– el concepto de “derecho procesal constitucional”.

8. UNA MUESTRA DE LAS VARIANTES LATINOAMERICANAS

En los últimos años, el control constitucional en América Latina, tanto en su variante orgánica (control de la constitucionalidad de las normas) como

en su vertiente dogmática (defensa de los derechos humanos) y sin contar con otro tipo de competencias, ha sido muy variado, no sólo en su desarrollo normativo, sino en lo referente a los órganos que tienen a su cargo tales controles. Veamos someramente a algunos de ellos, que en cierto sentido, hemos adelantado:

- 1) El ejemplo cubano es el más interesante, sobre todo el del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales previsto en la Carta de 1940, que es ejemplar dentro de la historia cubana (cf. Juan J.E. Cassasus, *La Constitución a la luz de la doctrina magistral y de la jurisprudencia*, Cultural S.A., La Habana 1946). Este Tribunal, si bien era una Sala que era parte integrante del Tribunal Supremo, y por cierto, dentro del Poder Judicial, tuvo una configuración muy importante, pues no sólo conocía de los Habeas Corpus, sino de un recurso de inconstitucionalidad, que podía eliminar normas con carácter *erga omnes*, constituyendo de esta manera un caso ejemplar de control, que pudo evolucionar en forma muy considerable, de no haber sido tan corta su vigencia. El golpe de Estado de 1952, dado por Batista, reemplazó dicha Constitución por otra, la Ley Constitucional de 1952, que si bien formalmente idéntica a la anterior en este punto, tuvo una vigencia más bien nominal y sin fuerza alguna frente a la dictadura. La revolución de Fidel Castro en 1959 lo restauró con la Ley Fundamental sancionada ese año, pero sin que tuviese un rol fundamental en el proceso que se inauguraba. Y más tarde, enrumbado el país en un proyecto socialista, adoptó finalmente y en 1976, los controles típicos de estos modelos. Con todo, el ejemplo republicano de Cuba (en especial del período 1940-1952) fue sobresaliente para el Caribe y sirvió de estímulo a sus vecinos.
- 2) Guatemala es el segundo ejemplo importante, pues aun está vigente. Fue creada en 1965 una Corte de Constitucionalidad, en la Constitución de ese año, y luego se reiteró en la vigente Constitución de 1985, en forma más elaborada que la anterior (la de 1965 no era una corte permanente, sino que se reunía solamente para contemplar casos concretos, a diferencia de la vigente, que es permanente y que ha tenido además un desarrollo y actitud ejemplar en defensa de la constitucionalidad en ese país).

- 3) El Perú es un caso singular, pues al sistema americano que tenía desde la década del treinta, incorporó, en la Constitución de 1979, el Tribunal de Garantías Constitucionales, fiel reflejo de la experiencia europea, y en rigor, el primer trasplante de este tipo que se hace al continente americano. Además, dicha Carta dio origen a lo que he llamado el modelo dual o paralelo, pues en ese momento coexisten, en forma pacífica, los dos controles, el difuso y el concentrado (cf. Domingo García Belaunde, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, en “La Ley”, Buenos Aires, 16 de octubre de 1998). Ese esquema se ha mantenido y afinado en la vigente Constitución de 1993, que ha reiterado la institución con el nombre, quizá más adecuado, de Tribunal Constitucional.
- 4) Ecuador tiene una larga historia en materia de control constitucional, ya que, influido por la experiencia francesa, incorporó en 1945 un Tribunal de Garantías Constitucionales, que operaba sobre el papel, pues no tenía poder alguno, y era dependiente del Parlamento. Esto fue eliminado más tarde, pero la Constitución de 1978 reincorporó la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales, con un poder sobre todo simbólico, pero todo esto cambió en 1996, con las reformas de ese año, para finalmente consagrarse en la vigente Constitución de 1998, que ha introducido un Tribunal Constitucional con verdaderos poderes (cf. José C. García Falconí, *El juicio especial por la acción de amparo constitucional*, Quito 1999 y Juan Larrea Holguin, *Derecho Constitucional*, cit.)
- 5) Bolivia creó el Tribunal Constitucional en 1994, mediante expresa reforma que se hizo ese año a su Constitución de 1967, aun cuando el Tribunal sólo se ha instalado en junio de 1999, y se encuentra en sus inicios. En Bolivia, el Tribunal Constitucional fue incorporado en medio de grandes oposiciones, que recordaban a anteriores debates europeos sobre la inconveniencia de la institución, la que tuvo muchos detractores, hasta que finalmente fue concretada la institución, pero como parte integrante del Poder Judicial (cf. Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia en 1994*, en “Revista de Estudios Políticos”, núm. 101, julio-setiembre de 1998 y José Antonio Rivera S., *Jurisdicción Constitucional*, Edit. Kipus, Cochabamba 2001).

- 6) Colombia tiene antecedentes muy antiguos de control constitucional, con una primera etapa interesante que va hasta 1910, y luego se suceden varias estaciones en su desarrollo, pasando por la creación de una Sala Constitucional, hasta que es creada en 1991 la Corte Constitucional, que funciona desde 1992 (cf. Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad*, Bogotá 1999; Ernesto Blume Fortini, *El control de la constitucionalidad: con especial referencia a Colombia y al Perú*, Lima 1996). La Corte colombiana ha tenido una actividad que podríamos llamar febril, por el rigor, el empuje y el dinamismo que ha desarrollado, si bien en los últimos tiempos ha mostrado algunos excesos que ha suscitado serias críticas, por su enfrentamiento con las políticas del Ejecutivo y la modernización del Estado.
- 7) Chile creó el Tribunal Constitucional en 1970, pero fue desactivado en 1973, luego de una vida corta, pero tumultuosa. La Constitución de 1980 lo incorporó nuevamente, pero en Chile el control constitucional es muy tenue, y de carácter preventivo, que acusa una fuerte influencia francesa (cf. AA.VV. *La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma*, Gastón Gómez Bernaldes editor, Santiago 1999).

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

- i) El Salvador, que tiene una Sala Constitucional desde 1983,
- ii) Costa Rica, que creó una Sala Constitucional en su reforma constitucional de 1989, y que ha tenido una actividad intensa y creadora,
- iii) Paraguay, que en su Constitución de 1992 incorporó una Sala Constitucional, que anda todavía lentamente,
- iv) Nicaragua, que incorpora la Sala de lo Constitucional en la reforma de 1995, a la vigente Constitución de 1987, y
- v) Venezuela, que ha creado en su Constitución de 1999, una Sala Constitucional que al igual que las anteriores, es parte integrante de la Corte Suprema.

(Sobre estos casos, cf. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, coordinadores, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* Edic. Dykinson *et alter*, Madrid 1997; Rodolfo E. Piza E., *La justicia constitucional*

en Costa Rica, Lisboa 1995; Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales y salas constitucionales en América Latina* en “Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca”, UNAM, México 1995; Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, Caracas 2000; Rubén Hernández Valle y Pablo Pérez Tremps, coordinadores, *La justicia constitucional como elemento de consolidación democrática en Centroamérica*, Tirant lo blanch, Valencia 2000).

Caso singular lo representa México, en donde sucesivas reformas, y en especial la de 1994 (cf. Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, Edit. Porrúa, México 1995 y Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, Edit. Porrúa, México 2000) han hecho que la Corte Suprema mexicana sólo analice temas específicamente constitucionales, con lo cual tiene cierto parentesco con las Salas Constitucionales que vemos en otros países, o con los tribunales o cortes constitucionales. Lo que ha llevado a un sector mayoritario de la doctrina mexicana, a sostener que, en la actualidad, la Corte Suprema mexicana es una corte constitucional. Sin embargo, como lo ha demostrado Joaquín Brage, esto no se compadece con la realidad de los tribunales constitucionales, entre otras razones, porque dicha Corte ve muchas cosas relacionadas con el quehacer judicial de la Federación y es además el ente jerárquico más alto del Poder Judicial de ese país, por lo que equiparar dicha Corte Suprema a un Tribunal Constitucional, es, en realidad, un exceso. Pero si bien hay que rescatar el avance de la institucionalidad mexicana y el nuevo papel que ha adoptado la Corte Suprema, no debe imputársele ser un tribunal constitucional, sino en todo caso, una corte ordinaria con prevalente función constitucional.

9. LOS CONTENIDOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Durante el período que se inicia a mediados de 1920 y dura hasta la década del 80, los cultores de este tema, se refieren en forma recurrente a la jurisdicción o justicia constitucional, sin importar, por ahora, las diferencias o matices que algunos han introducido. Lo importante, sin embargo, es que existe esta referencia. Y en concordancia con ella, siguiendo las orientaciones de Cappelletti y Fix-Zamudio, se habla en un primer momento de control jurisdiccional de las leyes, o “jurisdicción constitucional orgánica” y de “jurisdicción constitucional de las libertades”, o de la “libertad”, como prefiere Fix-Zamudio. Y dentro de esa línea, se agrega la “jurisdicción constitucional

transnacional”, para referirse al ámbito, cada vez mayor, del derecho comunitario, del cual es modelo la Corte Europea de Derechos Humanos, y en fecha más reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pero esos contenidos son válidos y plenamente aceptables en la medida que hablemos de “jurisdicción” o “justicia constitucional” o equivalentes. Pero cuando se piensa que por encima de lo que es la jurisdicción, o sea, la mecánica operativa de declarar un derecho o definir una situación, existen órganos que tienen a su cargo esa tarea, y procesos que se tramitan ante ellos, entonces, por la fuerza de la cosas, se va a un “derecho procesal constitucional”, como ya lo he señalado. Y tal clasificación tripartita, iniciada por Cappelletti, válida en su momento, pierde hoy su valor científico, si bien, por comodidad, se sigue utilizando.

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

Ésta, como se sabe, se levanta sobre una trilogía estructural avizorada por los clásicos, pero concretada por Ramiro Podetti en 1944 (en la “Revista de Derecho Procesal”, que fundó Hugo Alsina, y ampliada en su *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de la Competencia*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1973). Y está compuesta por la *acción*, la *jurisdicción* y el *proceso*.

La acción tiene un carácter abstracto, por lo que en realidad lo que nos interesa son las otras dos. La jurisdicción, que en rigor es la jurisdicción constitucional *stricto sensu*, analiza los diversos modelos existentes (americano, europeo, político, mixto, y dual o paralelo). Y el proceso, es el que se detiene a ver los mecanismos que buscan defender la jerarquía normativa (en rigor, el control de la constitucionalidad) y la protección de los derechos humanos, sobre todo, el Habeas Corpus y el Amparo, muy difundidos en América Latina (debiendo distinguirse el amparo mexicano, que es amplio, omnicompreensivo y globalizante, del amparo platense, llamado así por comodidad, pues es la jurisprudencia argentina y su comunidad jurídica las que lo han perfilado, y que es distinto). Así, mientras que el amparo mexicano cubre todo y es un sistema que podría llamarse integral (cf. Ignacio Burgoa, *El juicio de Amparo*, Edit. Porrúa, México 1999), el amparo argentino, que han seguido casi todos los países del área (o que siendo anteriores, coinciden con

él), cubre una gran gama de derechos, excepto los vinculados a la libertad y seguridad personales (cf. Néstor P. Sagüés, *Acción de amparo*, Edit. Astrea, Buenos Aires 1995; Humberto Quiroga Lavié, *El amparo colectivo*, Rubinzal-Culzone Editores, Buenos Aires 1998). Por cierto, hay variantes, pues en el Brasil existe lo que se denomina *mandado de segurança* (cf. J.M. Othon Sidou, *Habeas Corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, Habeas data, Ação Popular*, Editora Forense, Río de Janeiro 1998) y en Colombia, la Acción de Tutela (cf. Oscar José Dueñas Ruiz, *Acción y procedimiento en la Tutela*, Edic. Lib. del Profesional, Bogotá 1998), que en el fondo protegen lo mismo que el amparo. Por cierto, existen otros tipos de instrumentos protectores, como es el caso del Habeas Data, nacido en el Brasil, por iniciativa de José Afonso Da Silva, y que ha tenido gran irradiación en el resto de América (cf. AA.VV. *Habeas data*, Edit. Revista dos Tribunais, São Paulo 1998, y el número especial de Derecho-PUC, núm. 51, Lima, diciembre de 1997, que contiene casi todas las ponencias presentadas en el Simposio Internacional sobre el Habeas Data organizado en la Universidad de Talca, por el Decano de su Facultad de Derecho, Humberto Nogueira Alcalá; igualmente Oscar Puccinelli, *El Habeas Data en Indoiberoamérica*, Edit. Temis, Bogotá 1999).

Por cierto, a diferencia de los procesos civiles y penales que guardan cierto parecido, en materia de procesos constitucionales hay bastantes diferencias, no en el fondo, pero sí en el espectro protector y en el manejo de las instituciones, lo cual es inevitable, pues ellas son fruto de determinadas características históricas y políticas. Pero cabe agregar, que la protección de los derechos fundamentales o derechos humanos, por lo menos los básicos, y la existencia de un proceso rápido, ágil y garantista, es algo que ha reconocido y hecho suyo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cf. Juan Carlos Wlasic, *Convención Americana sobre derechos humanos*, Edit. Juris, Rosario 1998). Con lo cual, estos dos aspectos básicos han entrado al derecho de los derechos humanos de la región, si bien es cierto que, en el mundo de la *praxis*, los vacíos y las violaciones se mantienen y muchas veces reina la impunidad (aquí, como es explicable, nos referimos al marco histórico, doctrinario y legislativo, y no nos detenemos en su real vigencia, que debe ser materia de un análisis distinto).

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

Y así, con avances y afinamientos constantes, al ir hacia un Derecho Procesal Constitucional, los contenidos deben cambiar y adecuarse a lo que es toda estructura procesal. Y esto debe conducir a dos aspectos complementarios. El primero, es a la unidad de la legislación procesal, lo cual significa que los procesos constitucionales ya no deben estar en un código procesal civil o procesal penal (como lo era en el Perú y en Bolivia, y lo es en Colombia, y en cierto sentido en la Argentina), y que tampoco deban estar en una ley especial (como lo es en México o en Costa Rica), sino que hay que avanzar hacia un verdadero Código Procesal Constitucional, que es, sin lugar a dudas, el paso siguiente, como lo fue anteriormente en las otras ramas del Derecho. En la actualidad, existe un único Código Procesal Constitucional, y es el que ha sido recientemente sancionado y promulgado en la provincia argentina de Tucumán, con la Ley 6944 de 3 de marzo de 1999. El otro problema es el de la enseñanza, pero eso lo veremos en el próximo apartado.

10. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

No así en la América Latina, en donde existen cursos especiales dedicados a la jurisdicción constitucional o al derecho procesal constitucional, sobre todo,

desde de la década del 80 (así, por ejemplo, en el Perú, Chile, Argentina, México, Bolivia, etc.) Y más aún, con congresos dedicados a ellos (como es el caso de los numerosos eventos realizados sobre ese tema en la Argentina).

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

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

- a) En Alemania, el clásico manual de Konrad Hesse, dedica el párrafo 19 al Tribunal Constitucional Federal (cf. K. Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Sergio Antonio Fabris editor, Porto Alegre 1998; se trata de una traducción autorizada de la vigésima edición, con prólogo especial del autor para la versión brasileña, a cargo de Luís Afonso Heck).
- b) En Italia vemos igual tratamiento en algunos manuales recientes. Así, por ejemplo, el de Enrico Spagna Musso, *Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padova 1990; *Manuale di Diritto Pubblico*, G. Amato y Barbera, coordinadores, 3 vols., Il Mulino ed., Bologna 1997; Giuseppe de Vergottini, *Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padova 2000 y Giancarlo Rolla, *Manuale di Diritto Pubblico*, Giappichelli, Torino 2000.

- c) En Francia se comprueba esto en el clásico manual de Jacques Cadart. Y en el más reciente de Philippe Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 10^a édition, LGDJ, Paris 1998, así como en el manual colectivo editado por Louis Favoreu, antes citado.
- d) En España puede verse lo mismo en los manuales de Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Edit. Dykinson, Madrid 1992, así como en los de Enrique Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, Edit. Tecnos, 2 vols., Madrid 1999, Antonio Torres del Moral, *Principios de derecho constitucional español*, Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid 1998 y Francisco Balaguer Callejón *et alter*, *Derecho Constitucional*, Edit. Tecnos, 2 vols., Madrid 1999.
- e) Portugal vive una experiencia singular desde 1976, y cuenta con un Tribunal Constitucional, de actualidad relevante como lo demuestra la literatura existente. (Entre otros, cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra editora, Coimbra 1998, esp. tomo II; y J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Edic. Almedina, Coimbra 1998).
- f) El caso de México es singular, toda vez que en las universidades de dicho país, existe un curso independiente de Amparo, que ha dado origen a gran cantidad de manuales sobre la materia, destacando entre ellos, el de Burgoa, ya citado, y el de Alfonso Noriega, *Lecciones de Amparo*, Edit. Porrúa, 2 tomos, México 1996. El Amparo, como ya se indicó, cubre todo lo que puede llamarse, convencionalmente, defensa de la Constitución.
- g) En Venezuela existe mucha literatura sobre la jurisdicción constitucional, desde el libro pionero de José Guillermo Andueza en 1954, la monografía de Orlando Tovar y el gran manual de Humberto La Roche, *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*, Maracaibo 1984. Sin embargo, la obra representativa de los últimos años lo constituye el tratado de Allan R. Brewer-Carías, titulado *Instituciones políticas y constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira, Caracas 1996-97, siete tomos, de los cuales, el tomo VI, está íntegramente dedicado a la “Justicia Constitucional” (el autor parece afiliarse al uso francés del término). Y del mismo autor, *La justicia constitucional en la Constitución venezolana de 1999*, Caracas 2000.
- h) En Colombia es importante el manual de Jacobo Pérez Escobar, *Derecho Constitucional Colombiano*, Edit. Temis, Bogotá 1997, y recientemente Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Constitucional General e instituciones políticas colombianas*, Edit. Legis, 8va. edición, Bogotá 1999, que analiza el tema con detalle.
- i) En el Perú le dedica un apartado especial, Enrique Bernalés en su libro *La Constitución de 1993*, Constitución y Sociedad – ICS, Lima 1999, con la colaboración de Alberto Otárola, y en igual sentido Marcial Rubio Correa, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Fondo Editorial de la Universidad Católica, Lima 1999, 6 tomos, en especial el tomo 6, y Víctor García Toma, *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, Fondo del Desarrollo Editorial, Universidad de Lima, Lima 1998, 2 tomos.
- j) En Chile es importante el manual de Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, *Derecho Constitucional*, Edit. Jurídica de Chile, 2 tomos, Santiago 1999, y Germán Urzúa Valenzuela, *Manual de derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1991. Ambos tratan el Tribunal Constitucional y su actualidad. El muy notable *Tratado de Derecho Constitucional* de Alejandro Silva Bascuñán (hasta ahora siete tomos en su segunda edición revisada) no ha llegado a exponer el tema que nos ocupa.
- k) En la Argentina hay varios manuales y todos ellos tratan sobre el Poder Judicial, así como de la situación del Recurso Extraordinario, del Amparo, del Habeas Corpus y del Habeas Data. Así, sin ánimo exhaustivo, Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 3 tomos, Buenos Aires 1996-97; Néstor P. Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, Edit. Astrea, 2 tomos, Buenos Aires 1997; Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, Edit. Depalma, Buenos Aires 1993, con apéndice de 1995; Adolfo Gabino Ziulu, *Derecho Constitucional*, Edic. Depalma, 2 tomos, Buenos Aires 1997, y sin contar por cierto con el clásico tratado de Segundo V. Linares Quintana, que es referente obligado en la disciplina (nueve tomos en la segunda edición).
- l) En Brasil la producción es copiosa. Como conjunto, lo más importante es la obra en siete volúmenes de Luiz Pinto Ferreira, que linda en lo exhaustivo, no obstante su título, *Comentários á la*

Constituição brasileira, Edit. Saraiva 1989-1995, y que luego el mismo autor ha resumido en su libro *Curso de Direito Constitucional*, Edit. Saraiva, 10ª edição, São Paulo 1999. Importantes son también los manuales de José Afonso Da Silva, Paulo Bonavides, Alexandre de Moraes, etc.

- m) En Bolivia, con la puesta en marcha del Tribunal Constitucional, se ha renovado el interés en la jurisdicción constitucional, como puede verse con la literatura reciente: Juan Ramos, *Curso de Derecho Constitucional*, La Paz 1997; Pablo Dermizaky Peredo, *Derecho Constitucional*, Sucre 2000; Jorge Asbún, *Derecho Constitucional general*, Santa Cruz de La Sierra 2001 y el de José Antonio Rivera, cit.
- n) Y finalmente, *last but not least*, en Estados Unidos esto se ve claro en todos los manuales, como lo demuestra el muy importante y de vasta influencia escrito por John E. Nowak y Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, West Pub. Co., 5ta. edición, Minn. 1995., cuyo primer capítulo está dedicado a la *judicial review*.

Y por cierto, no faltan los manuales dedicados estrictamente al tema, como son, en la América Latina, Rubén Hernández Valle (*Derecho procesal constitucional*, Edit. Juricentro, San José 1995) y Néstor P. Sagüés y María Mercedes Serra (*Derecho Procesal Constitucional de la Provincia de Santa Fe*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires 1998). Y también, algunos europeos, cf. Augusto Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, 3ra. ed., Giuffrè Editore, Milano 2001.

11. UN SYLLABUS TENTATIVO

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

Ahora bien, la acción es estudio obligado de la parte general y supuesto de todo lo que viene después, pero por su carácter genérico y abstracto, no es tocado en los derechos especiales, en este caso, el procesal constitucional. Si bien es cierto que lo presupone, pues sin acción no hay derecho procesal.

Pero este punto, reitero, es la parte general y previa; si se quiere, el supuesto mismo de nuestra disciplina.

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

- A) Jurisdicción constitucional.
- B) Procesos constitucionales. Y
- C) Magistratura constitucional.

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

Ahondando en el syllabus propuesto, tendríamos lo siguiente:

A) Jurisdicción constitucional

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

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

- i) El valor jurídico de la Constitución.
- ii) El control y sus alcances.
- iii) Sistemas de control.

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

iv) La sentencia constitucional. Y

v) La interpretación constitucional.

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

a) *Supremacía de la Constitución*, lo cual significa que ella es i) fuente de todo el ordenamiento jurídico, ii) referente obligado para todo tipo de interpretación, iii) la máxima jerarquía, contra la cual no puede atentar el resto del ordenamiento jurídico, siempre subordinado, y en situación descendente, de más a menos, en escalones. En relación con este punto, cabe advertir que en los tiempos actuales de globalización, el sentido de la Constitución tiende a ser relativizado, como ya lo fue en su momento el concepto de soberanía, en especial

con el crecimiento del derecho internacional público, con todas sus ramas, y sobre todo, del derecho comunitario. Más aún, cuando se tiende a un creciente monismo en materia de caracterización del derecho internacional, como superior a los derechos nacionales o internos, a los que a veces incluso desplazan. Pero, sin lugar a dudas, esta eventual supremacía del derecho internacional, sólo existe cuando el derecho interno de cada Estado, y más aún, su propia Constitución, así lo establece, con lo cual se trata de un desplazamiento querido y consentido por la propia Constitución (cf. Eduardo Jiménez de Aréchaga, *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno*, en “Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, San José, núm. 7, 1988).

- b) *La Constitución como fórmula política*, concepto que acuñó en su momento Gaetano Mosca y que en nuestros días ha difundido y reelaborado Pablo Lucas Verdú. Lo que significa que la carta política no es un documento frío y aséptico, sino un proyecto de vida política en común que debe ser eficaz, con sus propios valores, que deben ser tenidos en cuenta al momento de interpretar y de poner en práctica una decisión vinculante.
- c) *La Constitución como unidad*, lo cual significa que la interpretación no puede realizarse en forma aislada y fuera de contexto, ni tampoco de sus artículos sueltos, sino dentro de un todo normativo que tiene unidad de sentido cuando se le mira globalmente, y no por partes. Es decir, visión panorámica y no parcelaria, en el entendido que ella y sus numerosas partes, deben coincidir entre sí.
- d) *Presunción de constitucionalidad de las normas*, que asume la buena intención del legislador, en la medida que no se ha querido violar la Constitución, sino desarrollarla, y por tanto, debe tenerse presente esta presunción, pero sólo *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario. Por cierto, este requisito, así como los demás, valen y son operativos en sociedades realmente democráticas, y no en democracias de fachada.
- e) *Presunción a favor de los derechos humanos*, es decir, *pro homine*, ya que, como ha quedado claro, sobre todo a partir de la segunda posguerra, el constitucionalismo es una técnica de la libertad y de

la convivencia pacífica, que busca el orden social, y por tanto, los derechos humanos en su conjunto, constituyen el sustento de todo orden democrático, expresado en una Constitución.

Lo anterior son algunos aspectos que afectan a la interpretación constitucional en general. Sin embargo, un estudio más detallado debería hacer un deslinde entre lo que es la interpretación constitucional *stricto sensu* de la *interpretación procesal constitucional* en sentido específico. Y esta tarea de deslinde, siendo delicada, amerita un análisis en otra oportunidad.

B) Procesos constitucionales

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

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

C) Magistratura constitucional

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

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

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

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

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

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

- b) Magistratura ordinaria especializada, situación, única hasta ahora, de la Corte Suprema mexicana, que está dedicada prácticamente a temas constitucionales, pero sin descuidar sus demás labores judiciales, como órgano cúspide del Poder Judicial de la Federación.
- c) Tribunales constitucionales autónomos, que están al margen del Poder Judicial, como es el caso de España y del Perú.
- d) Tribunales constitucionales no autónomos, pues forman parte del Poder Judicial, si bien se mueven con autonomía económica, administrativa, disciplinaria y funcional. Es el caso de Alemania, y en América Latina, de Colombia.
- e) Salas constitucionales, que operan al interior de la Corte Suprema, y en consecuencia, dentro del Poder Judicial. Tienen plena autonomía jurisdiccional, pero en lo demás dependen del Poder Judicial. Es el caso, singular por cierto, de Costa Rica, y ahora de Venezuela.

12. CABOS SUELTOS

Hay muchos temas por desbrozar y que no podemos desarrollar ahora en toda su extensión. Pero sí podemos tocar, en forma sucinta, algunos de ellos.

- 1) El primero es lo que Cappelletti y Fix-Zamudio denominaron como “jurisdicción constitucional transnacional”, como un tercer sector de la jurisdicción constitucional. Y este era un aspecto que completaba los dos anteriores y era bueno establecerlo así, más aún teniendo en cuenta la constante y cada vez mayor relación entre los ordenamientos internos y los de carácter supranacional o transnacional. Sin embargo, en la medida que la jurisdicción constitucional era un empeño académico aislado, al margen de las disciplinas jurídicas y de manera incipiente, esto era correcto. Pero si la jurisdicción constitucional y sus temas, por el hecho de su crecimiento vertiginoso, adquieren una fisonomía adecuada y se enrola, con todas sus consecuencias teóricas y prácticas, en la teoría general del proceso, que es la parte básica y fundante del derecho procesal como ciencia, entonces, surge el derecho procesal constitucional, que, como se sabe, es una disciplina de derecho interno, o más en concreto, derecho público interno, aun cuando vinculada

con el entorno internacional. Pero aquella parte denominada “jurisdicción constitucional transnacional”, al tomar una forma adecuada, debe insertarse en la problemática internacional, y en consecuencia, enrolarse en el derecho internacional público, en donde se desarrolla y crece armónicamente y al que en rigor pertenece. Y dentro del derecho externo, se ubican no sólo el clásico derecho internacional público, con todos sus ramas y contenidos, sino además, el derecho internacional comunitario, el derecho internacional humanitario y el más reciente derecho internacional de los derechos humanos. De esta suerte, el grueso sector de la jurisdicción constitucional supranacional, desaparece y se aloja, con los rigores del caso, en dicho sector internacional del derecho, y básicamente, en el derecho internacional de los derechos humanos. (Cf. Rodolfo E. Piza R. y Gerardo Trejos, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, con prólogo de E. Jiménez de Aréchaga, Edit. Juricentro, San José 1989).

- 2) El segundo aspecto que hay que considerar, es la postulación que, con lucidez, hace Héctor Fix-Zamudio, sobre la existencia o la necesidad de una disciplina de frontera que se llamaría “derecho constitucional procesal”, que sería una disciplina constitucional, aun cuando vinculada al procesalismo científico, y que se encargaría del estudio de las instituciones o categorías procesales establecidas en la Constitución, y que tendría un ámbito científico con tres aspectos esenciales: a) jurisdicción, b) garantías judiciales, y c) garantías de las partes (cf. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al derecho procesal constitucional*, en “Revista Peruana de Derecho Constitucional”, núm. 1, 1999). Sin embargo, como he tenido oportunidad de recordar en otra oportunidad, en la actualidad, casi todo el ordenamiento jurídico ha sido constitucionalizado en las constituciones aprobadas o reformadas a partir de la década del 60, con mucho detalle, y en todo caso, en sus aspectos principistas o sustanciales. Así, aspectos básicos del derecho laboral, del derecho tributario, del derecho comercial, del derecho civil, del derecho penal, etc., han sido elevados a nivel constitucional, para dar mayor solidez a sus enunciados. Pero eso no debe autorizar, en mi opinión, que en cada uno de estos casos se cree una nueva disciplina científica, que no sólo no tendría mayor consistencia teórica, sino que duplicaría las disciplinas

jurídicas existentes, haciéndolas inmanejables y además, llevando a una repetición o cruce de temas en muchas de ellas, sin beneficio para nadie. Así, a la vista del planteo de Fix-Zamudio, podríamos hacer las siguientes precisiones y replanteos:

- i) La jurisdicción es parte sustancial del derecho constitucional, y en su desarrollo, lo analiza el derecho procesal en sus distintas ramas.
- ii) Las garantías judiciales se encuentran en la Constitución, y corresponde al derecho constitucional estudiarlas en sus aspectos genéricos, pero su desarrollo se da en el derecho procesal, y
- iii) En cuanto a las garantías de las partes, tenemos dos aspectos. El primero es el relacionado con los derechos fundamentales, que los desarrolla el derecho constitucional. Y en su aspecto específico, lo hace el derecho procesal común.

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

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

- a) El derecho procesal constitucional es una rama del derecho procesal general, siendo una disciplina aplicada, pero desde la perspectiva procesal. Por tanto, siendo su objeto de atención los aspectos procesales de la Constitución, el enfoque lo hace desde el derecho procesal general, del cual depende y del cual constituye un desarrollo.
- b) El derecho procesal constitucional, si bien tributario del derecho procesal, recibe su materia prima o material de trabajo, de la Constitución, y en consecuencia, debe tener un contacto con el Derecho Constitucional que es inevitable, lo cual no significa que debamos crear “disciplinas de enlace”. Y esto por una simple razón: el Derecho como ciencia es uno solo, y por razones operativas divide su material en ramas o disciplinas jurídicas, que actúan con una relativa independencia, porque las peculiaridades del material jurídico así lo exigen, pero sin que estructuralmente dejen de estar unidos.
- c) Todos los procesos se alimentan, desde el punto de vista del enfoque, de la teoría general del proceso. Pero la materia sobre la que se aplican es diversa, y ello da origen a la variedad de disciplinas existentes.

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

13. OTEANDO EL HORIZONTE

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

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

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

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

Por eso es que creo que todos estos esfuerzos, que se iniciaron hace más de cien años, pero cuyo mayor avance se ha dado realmente en las últimas tres décadas, en forma al parecer indetenible, llevará a la doctrina a defender

un “derecho procesal constitucional”, al cual se le dará autonomía científica, se le reconocerá su carácter autónomo, aun cuando instrumental con respecto al Derecho Constitucional, y ganará espacio en los currículos universitarios, con la misma prestancia que tienen los demás cursos clásicos.

Lima, noviembre de 1999.
Revisado en enero de 2001.

Diego Valadés, Peter Häberle y Domingo García Belaunde,
en el evento sobre «Culturas jurídicas», celebrado en la Universidad de Bayreuth,
con motivo de la jubilación del prof. Häberle. (Bayreuth, 12 de julio de 2002)

APÉNDICES

§ I

LOS GIGANTES DE WEIMAR (*)

(A propósito de una visita a Peter Häberle)

La Universidad Libre de Berlín (*Freie Universität*) se fundó poco después de terminada la Segunda Guerra Mundial. La vieja universidad alemana fundada por Humboldt quedó al otro lado del muro (espiritual primero, y luego físico, hasta su caída en 1989), motivo por el cual, la clase dirigente alemana optó por crear una universidad libre, a diferencia de la que quedaba en el lado comunista, que era todo lo contrario: dogmática. Pues bien, con motivo de cumplir sus cincuenta años, precisamente en 1998, celebró un convenio de cooperación con la Pontificia Universidad Católica del Perú, lo cual se celebró por así decirlo, con la realización de un seminario sobre “derechos humanos y garantías constitucionales”, que se llevó a cabo en dicha universidad, del 3 al 5 de junio del año en curso. Por la parte alemana asistieron teólogos, filósofos y juristas (entre otros Bruno Schlegelberger, Philip König, Albrecht Randelzhofer, Georg Lohmann, Ulrich K. Preuss, y el Vice-Rector, Werner Vöth). Por la parte peruana y en representación de nuestra Universidad, asistieron Marcial Rubio Correa, en su doble calidad de jurista y autoridad, Miguel Giusti, Pepi Patrón, César Landa Arroyo, y el autor de estas líneas. A última hora, no pudo asistir Enrique Bernales, previsto originalmente para acompañarnos. Ricardo Marticorena, peruano residente en Berlín y dedicado a la docencia, nos acompañó en las sesiones y se hizo cargo de las coordinaciones del evento.

(*) Publicado en *Ius et Veritas*, núm. 17, Lima, noviembre de 1998.

Para mí el encuentro con el mundo académico alemán, fue una gran experiencia. No sólo por lo que se vio y oyó, sino por la gente que conocimos. Y sobre todo, por la grata hospitalidad de la Universidad Libre, de sus profesores y alumnos.

Pero luego de este evento, César Landa, quien está haciendo diversas investigaciones en la Universidad de Bayreuth, me convenció de visitar esta pequeña ciudad, al sur de Alemania, y muy cerca de la frontera con Austria. Ahí partimos pues, en unión de su esposa Katya, primero en avión hasta Nüremberg, y luego por tren hasta la misma Bayreuth, a una hora de distancia. El objetivo era no solamente conocer la ciudad preferida de Wagner, en donde se celebran anualmente los famosos festivales wagnerianos, sino además, visitar al profesor Peter Häberle, que ahí reside y ahí enseña desde hace casi veinte años, y desde donde irradia una vasta como fructífera influencia.

En lo personal, recuerdo que conocí al profesor Peter Häberle en 1992, en un cursillo de verano que se llevó a cabo en la Universidad Santa María de la Rábida, bastante cerca de Sevilla. Artífice de tal reunión y anfitrión dilectísimo, fue nuestro común amigo Pedro Cruz Villalón, actual magistrado del Tribunal Constitucional. Ahí fue donde conocí a diversos juristas, pero el que más me llamó la atención fue Häberle. Luego de ese encuentro de pocos días, nos escribimos, y continuamos una relación epistolar, espaciada pero constante, y que sirvió para hacerlo conocer entre nosotros y publicar luego algunos de sus textos (de los que debo rescatar su importante colaboración al colectivo que, sobre la jurisdicción constitucional en Iberoamérica, hemos coordinado con Francisco Fernández Segado y se ha publicado en Madrid, el año pasado). Esto interesó a César Landa, quien conectado directamente con este prestigioso constitucionalista, se animó a ir a Bayreuth, precisamente para continuar sus investigaciones. Esto ha posibilitado así nuestro ingreso a la comunidad constitucional alemana, que era tan necesario, y de la cual Landa se ha convertido en un interlocutor válido.

Por tanto, la idea de ir a Bayreuth era de por sí provocativa. Me alojé en el Hotel Bayerischer Hof, al lado de la estación del tren, por razones operativas, el 6 de junio. Ese mismo día en la tarde, sobre las 5.00 p.m., fuimos a la casa de Häberle, quien nos recibió acompañado de uno de sus discípulos, Markus

Kotzur. La casa de Häberle es relativamente pequeña, y en cierto sentido parte de un condominio, con mucha luz, bastante verde y sobre todo con una palmera gigantesca que ocupaba casi todo el jardín. Nos recibió con exquisita cordialidad, y hablamos de varias cosas generales durante un par de horas. Luego, nos fuimos a dar una vuelta por la ciudad, para acabar en una encantadora comida a la que nos invitó en un lujoso restaurante de la localidad. Así terminó esa jornada.

Los temas tratados en nuestra conversación fueron varios. Por lo pronto, me llamó poderosamente la atención algunos retratos o grabados colocados en la sala; no sólo de juristas como Savigny, sino también de filósofos, como Kant o Marco Aurelio. Además, algunos músicos como Beethoven. Cree el profesor Häberle que la música es consustancial al espíritu, y rinde así cuenta de su cuidado humanismo. Se mostró partidario de lo que era el estudio y la investigación jurídica, seria y desinteresada, de su dedicación a este tipo de vida, que en países como Alemania es relativamente fácil, como difícil o casi imposible es en el Perú, en donde hay que tener otro tipo de recursos. Por cierto, ponderó mucho la presencia y la investigación que ahí hacía César Landa, y me ofreció su colaboración para otro jurista peruano que quisiera ir a Alemania para realizar investigaciones. Pero eso sí, agregó, lo importante es volver al país de origen. Häberle fue muy claro cuando me dijo, y en forma reiterativa, que los investigadores extranjeros debían volver a sus respectivos países, y allí contribuir al enriquecimiento de la ciencia constitucional; era como una especie de deber moral.

Me expresó su gran alegría de saber que sus textos se leían no sólo en España, sino también en América Latina; y agregó que la desgracia del alemán era que muy pocos lo leían o hablaban, a diferencia del castellano o del inglés, que tenía infinidad de lectores.

Ponderó mucho la Constitución peruana de 1979, a la que alabó en cuanto a estructura y en lo referido a los derechos humanos, que había citado en algunos de sus trabajos. Yo le dije que la prefería a la vigente de 1993, criterio que él compartió conmigo.

Nos habló, en fin, de su maestro Konrad Hesse, en la plenitud de sus años. Revisando ligeramente los manuales alemanes de Derecho Consti-

tucional, me dijo que había muchos, pero que no siempre eran de calidad, y muchas veces, eran desiguales; gran parte de ellos eran simples recopilaciones o sistematizaciones de otros textos, cuando no, repeticiones de los demás. El más notable era, a su criterio, el preparado por su maestro Konrad Hesse, que era el más importante publicado hasta la fecha después de finalizada la guerra y que ya tenía veinte ediciones. Por eso es que Häberle nos dijo que no había hecho un manual, pues estando en circulación y vigente el manual de su maestro, él consideraba que no tenía por qué hacer algo que, para su gusto académico, ya existía. Esta renuencia al manual, quizá explique por qué Häberle, con excepción de su tesis doctoral, de la que hay versión italiana y castellana, no tenga un solo libro orgánico, sino tan sólo multitud de ensayos, monografías y artículos dispersos, muchos de ellos compilados posteriormente en libro.

Finalmente, otro de los temas en que derivó la conversación, fue lo que él llamó “los gigantes de Weimar”, y que constituían un *quartetto*; así dicho en italiano; idioma al que es afecto, sobre todo acentuado por sus continuos viajes a Italia, en donde es recibido con deferencia y es objeto de homenajes y múltiples traducciones (más que las realizadas al castellano, según creo entender). En opinión de Häberle, nosotros en la actualidad somos prácticamente obreros del Derecho Constitucional, discretos enanos que para ver más lejos, para poder avanzar, nos tenemos que subir sobre los hombros de los gigantes de Weimar, que son Kelsen, Schmitt, Heller y Smend. Cuatro hombres, cuatro destinos, cuatro enfoques distintos sobre el Derecho Público. Debo decir que éste fue uno de los aspectos que más me interesó de su conversación, y lo que recuerdo con mucha nitidez. La frase, esto es, los gigantes y la necesidad de subirse sobre ellos para ver más lejos, la había leído hacía mucho tiempo en la biografía estándar que sobre Freud escribió su discípulo inglés Ernest Jones. Según parece, irritado por las críticas de sus discípulos disidentes, que aseguraban haber descubierto nuevas zonas en el mundo de la *psiquis* que el maestro no había visto, Freud habría admitido tales avances, pero acotando que tales nuevos enfoques, se lograron gracias a que se habían subido sobre sus hombros. Pero en el campo del derecho, y sobre todo del Derecho Público, y con la referencia a Weimar, era la primera vez que la escuchaba. Lo que me desconcertó un poco al principio, fue la referencia a Kelsen, ya que este autor, nacido en Praga, era para efectos prácticos un austríaco, y durante la llamada República de Weimar

(1919-1933), había vivido en Viena casi todo el tiempo. Pero Häberle considera que si bien físicamente Kelsen no vivió los vaivenes de la República de Weimar, se hizo presente con sus libros, ponencias y diversos actos a los cuales asistió, y porque además se enrolaba en la tradición alemana de Derecho Público (como el mismo Kelsen lo reconoce en el prólogo a su *Teoría general del Estado* publicada en 1925 y precisamente en Berlín). Por lo tanto, se trata, sin lugar a dudas, de un miembro de la comunidad académica germánica, inmerso en sus debates (como lo demuestran sus polémicas con Schmitt y Smend).

Relacionado todo esto con el mundo hispano en sentido amplio (España y América Latina) creo que no estamos en mal pie. En cuanto a Kelsen (1881-1973), lo conocimos desde muy pronto y a él se dedicaron ensayos, monografías y libros; aún más, su influencia se amplió cuando se fue a vivir a los Estados Unidos e hizo luego una ruidosa visita a la Universidad de Buenos Aires en 1949 y otra de gran impacto a la Universidad Nacional Autónoma de México, en 1960. De Kelsen tenemos traducido todo o casi todo. No sé, en realidad, si alguna vez visitó España, pero sí estuvo muy unido a los juristas españoles. Kelsen, sin lugar a dudas, es el jurista que más ha influenciado entre nosotros, sobre todo, desde la década del treinta, y se le considera un clásico sin vacilar.

La otra gran figura es Carl Schmitt (1888-1985), también muy ligado al mundo español, desde que pasó en España algunas temporadas, y su única hija, Anima, casó con un profesor español, Alfonso Otero, ahora jubilado en la vieja Universidad de Santiago de Compostela. Schmitt tiene un libro rutilante que es precisamente la *Teoría de la Constitución*, traducido en fecha muy temprana. Es quizá el único libro orgánico de Schmitt (si exceptuamos el *Nomos de la tierra*), pues el resto son monografías, ensayos largos o artículos, todos incisivos y brillantes. Su otro gran libro, de notoria influencia, es el dedicado a la jurisdicción constitucional, que se publicó en España con el título *La defensa de la Constitución*. Una rápida lectura de esta obra, traducida por Sánchez Sarto, nos lleva a la conclusión de que se trata de una mala traducción; descuidada y demasiado libre. Quien revise la traducción italiana, podrá ver, desde el título (*El guardián de la Constitución*), que Sánchez Sarto no fue cuidadoso en su versión. Pero a Schmitt es fácil conocerlo, pues ha escrito mucho y muchos han escrito sobre él. A

diferencia de Kelsen, ordenado, sistemático y que tiene propuestas muy definidas, Schmitt es sobre todo un espíritu disolvente, un gran incentivador, pero difícil de seguir. Más aún, en su período nazi, que es realmente lamentable —y también diferenciable— de su obra anterior (lo que Häberle, como buen demócrata, se encargó de resaltar). Si Schmitt luego de la derrota alemana, siguió siendo mentalmente nazi, es algo difícil de decir. En todo caso, no creo que se haya arrepentido de su pasado. En su ensayo *Ex captivitate salus*, escrito en el verano de 1945 y reeditado en 1958, anota esta frase lapidaria: indefenso, pero no derrotado.

Hermann Heller (1891-1933) es un caso singular. Muerto prematuramente en Madrid, a donde había huido de la persecución nazi, tiene algunos ensayos luminosos, y una extraordinaria *Teoría del Estado* inconclusa, traducida al castellano a principio de los años cuarenta, al parecer con bastante fidelidad. Otro de sus libros claves es *La soberanía*, que también circula en castellano.

Finalmente, Rudolf Smend (1882-1975), es el más problemático de todos. Fue objeto de un feroz ataque por parte de Kelsen, refutando su famosa “teoría de la integración”, y algunos de sus ensayos acaban de ser traducidos por José M. Beneyto, pero no todo lo que pudiera desearse. Está pues, en desventaja frente a los demás. Pero la suerte es que tenemos un libro muy completo de Pablo Lucas Verdú, dedicado íntegramente a Smend y a la lucha contra el positivismo en la República de Weimar. Su recepción en América Latina ha sido, lamentablemente, muy tardía, y su influencia, muy limitada.

Pero este *quartetto* para usar la frase de Häberle, son nuestros clásicos y a ellos hay que volver continuamente.

Hay muchas cosas más que se me quedan en el tintero. Por ejemplo, el fino humor de Häberle, al extremo de llamar “don Markus” a su simpático discípulo; o las anécdotas que nos contaba de sus viajes a Italia; en especial a la definición de los profesores muy concentrados en lo suyo, pero distraídos para el mundo exterior (*molto distrato*). O sus cada vez más estrechas relaciones con los profesores españoles de Derecho Constitucional. Mi visita a Häberle fue realmente una de esas experiencias gratificantes para quien se dedica al mundo de la cultura. Se trata de un profesor sabio y sencillo, con extrema simpatía, con un gran sentido del humor; afectuoso con sus invitados y un

gran promotor de cultura. Ubicado en una pequeña ciudad del sur de Alemania, alejado de las principales universidades históricas, irradia una luz que, sin embargo, atraviesa los pueblos e ilumina a la distancia.

Bayreuth, junio de 1998.

Lima, julio de 1998.

PD. Finalizado este artículo, cayó en mis manos el estupendo *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* (Nº 9, 1997) editado en Murcia bajo la dirección de Angel Garrorena. Ahí he podido leer la magnífica entrevista que le hace Francisco Balaguer a Häberle, y donde éste, reitera su tesis sobre los gigantes de Weimar.

§ II

CON PETER HÄBERLE EN GRANADA (*)

Hoy en día Peter Häberle es cualquier cosa, menos un desconocido. Y por eso, la Universidad de Granada, por iniciativa de su Facultad de Derecho, organizó un congreso dedicado al “Derecho Constitucional y la Cultura”, precisamente en homenaje al profesor Peter Häberle, con motivo de su sexagésimo quinto aniversario, celebrado tanto en el ámbito de la comunidad académica germana, como en el hispánico. Y esto merece una explicación.

Como todos sabemos, el mundo germano ha sido pródigo en la producción científica del Derecho, que se da, sobre todo, en lo que el mismo Häberle ha calificado, con mucho acierto, como los “gigantes de Weimar”. Ellos son: Kelsen, Schmitt, Heller y Smend, que no obstante el tiempo transcurrido, siguen siendo importantes y dignos de lectura. De ellos, han tenido una estrecha vinculación con el mundo hispánico, Hans Kelsen (pues visitó y dio conferencias en México y en Buenos Aires); Heller, quien murió en Madrid, huyendo de la persecución nazi; Schmitt, que terminó embebido en la tradición hispánica, pasando grandes temporadas en España, en donde casó su única hija Anima (y en consecuencia, tiene nietos españoles). Smend, por el contrario, fue un ilustre desconocido en nuestras letras (salvo el caso de los eruditos que nunca faltan), y sólo ahora empieza a ser traducido, leído y comentado.

Pero después de esta hornada que podríamos llamar clásica, han venido muchos autores, de desigual calibre. Eminente, en grado sumo, es la producción de Konrad Hesse, del que se conoce muy poco, pero cuyo manual, excelente por lo demás, acaba de ser traducido al portugués y en el Brasil. Y es de esperar que pronto lo sea al castellano.

(*) Publicado en el *Boletín Informativo*, Órgano de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, núm. 172, agosto, Buenos Aires, 2002.

Y después de Hesse, hay muchos más. Acaso más de lo que debiera, pues en Alemania, al igual que en los Estados Unidos, la producción académica es quizá inabarcable. Y en la práctica, inmanejable. Existen algunos autores que gozan de mucho predicamento, como es el caso de Zippelius, cuya *Teoría del Estado* ha sido traducida en México y tiene gran cantidad de ediciones. Pero el libro de Zippelius, siendo ordenado y un buen presentador de la problemática, no pasa de ser un excelente manual, que sistematiza y difunde ideas ajenas.

No es el caso de Häberle, a quien gusta, por así decir, el *sport* de las ideas. No es un glosador ni tampoco un vulgarizador, sino un pensador del Derecho y del Estado a la altura de nuestro tiempo. Y por lo mismo que es un creador, no ha querido ponerse los grilletes del tratado o del manual, sino que por el contrario, dispersa sus ideas libremente, a través del artículo, de la conferencia y del ensayo, muchos de ellos compilados luego en forma de libro.

Pero aparte de este factor intelectual, que lo hacen una de las cabezas más lúcidas en nuestra disciplina hoy en día, está el factor humano. Häberle no es un profesor alemán de los que vemos con tanta frecuencia, sino que por el contrario, tiene la verdadera humildad del sabio. Tampoco es una persona distante, sino cordial y afectuosa en el trato, como lo comprueban todos los que lo conocen. Es además un humanista en el sentido clásico, porque en lugar de mirarse a sí mismo y a su entorno, como hacen otros profesores alemanes, ha salido al mundo, al ancho mundo, para ver, conocer y entender otras realidades. Mientras otros juristas miran a nuestros pueblos desde arriba, Häberle los mira desde su misma altura, y no vacila en citar, leer y aprender los problemas de los países que se encuentran fuera del marco geográfico de Europa. Hasta hace poco, y quizá hasta ahora, los franceses eran paradójicamente universales, pero provincianos. Universales, porque jugaban con ideas generales, pero provincianos, porque sólo les interesaba lo que pasaba en París, y en algo más allá, pero siempre dentro de sus fronteras. Por el contrario, Häberle podría repetir como Terencio, que nada de lo humano le es ajeno.

Y todo esto se comprobó cuando en las actividades sociales del evento hecho en su honor, nos brindó un hermoso concierto de piano, en el cual nos deleitó tocando piezas de Bach, Schumann y Schubert. Lo acompañó con el violín, su discípulo y joven jurista, Lothar Michael, quien demostró así sus cualidades de virtuoso.

El Congreso, como queda dicho, se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, los días 2 y 3 de marzo del año en curso. El programa fue breve, pero intenso. El primer día hizo uso de la palabra Javier Torres Vela, Presidente del Parlamento de Andalucía, y luego siguió una conferencia magistral de Pedro de Vega García, sobre “Tiempo y continuidad en el Derecho Constitucional”.

En la tarde, Angel López López disertó sobre “El rostro histórico de la garantía institucional”, en donde rastreó el origen de este término en los años treinta, mucho antes que lo usase y replantease Schmitt. Más tarde, una mesa redonda presidida por Juan Cano Bueso, contó con la participación de Javier Corcuera Atienza, Gregorio Cámara Villar, Rafael Barranco Vela y Francisco Balaguer Callejón, este último, verdadero artífice y animador del Congreso.

El día 3 se inició con una disertación sobre “Bilingüismo y multilingüismo en Iberoamérica”, con especial referencia al caso del Perú, a cargo de Domingo García Belaunde. Y luego una exposición sobre “La concepción dialéctica de las relaciones sociedad civil-Estado” por Nicolás López Calera.

Más tarde, José Joaquim Gomes Canotilho disertó sobre diversos aspectos de la obra de Häberle, al que siguió una mesa redonda, presidida por José Antonio Portero, en la que intervinieron Modesto Saavedra, Miguel Pasquau Liaño, Miguel Carbonell y José Antonio Montilla Martos, eficiente Secretario del Congreso.

El tramo final del Congreso lo ocupó la conferencia que sobre “La Constitución dialogada” impartió Javier Jiménez Campo. Las palabras de clausura las tuvo a su cargo Pedro Cruz Villalón, presidente del Tribunal Constitucional español.

Como se puede apreciar, este segundo evento en homenaje a Häberle, al que se suman las anteriores visitas que ha hecho a la Universidad Complutense y a la misma Universidad de Granada, reunió a un grupo muy selecto de constitucionalistas españoles, y al cual asistieron algunos representantes de México (Miguel Carbonell), el Perú (el autor de estas líneas y José F. Palomino Manchego), así como de Portugal (Gomes Canotilho). De Alemania asistieron también dos discípulos y colaboradores de Häberle, Markus Kunzur, así como el ya mencionado Lothar Michael.

Fueron breves días de una actividad intensa y llena de calor humano. Para los profesores peruanos que ahí asistimos, no sólo fue un honor participar en este justo homenaje a un jurista de la talla internacional de Peter Häberle, sino además, volver a reencontrarse en un cálido ambiente con tantos amigos y colegas españoles.

En lo personal, fue para mi un detalle significativo que dedicando mi exposición al tema del bilingüismo en América Latina, y con especial referencia al Quechua, que es la segunda lengua peruana, me hayan alojado en un hotel que se llamaba “Cóndor”, tradicional ave andina que tiene un nombre quechua: “Kuntur”. Y además, ubicado en la hermosa Avenida Constitución.

Lima, junio de 2000.

§ III

DOS A CERO (*)

Una polvareda ha levantado el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional, pues a tenor de lo publicado en el diario oficial «El Peruano», se habrían producido dos sentencias, en el famoso caso de la ley interpretativa del artículo 112 de la Constitución, que busca afanosamente permitir una nueva elección al Presidente Fujimori, con el propósito de quedarse quince años en el poder.

Formalmente hablando, se trata de dos sentencias. Pero en realidad, de ellas, sólo una, la que declara la inaplicabilidad, es la que expresa un sentido o una opinión de parte del Tribunal Constitucional. Lo que sucede es que esta sentencia, o pronunciamiento, ha provocado iras por ambas partes. Unos que sostienen que de acuerdo a ella, el Tribunal ha dejado incólume la ley interpretativa, pero al inaplicarla al caso concreto, impide que Fujimori pueda presentarse a candidatear el año 2000. Otro sector sostiene que, la primera sentencia no es sentencia, sino sólo lo es la segunda, que dicho sea de paso, no dice nada y además es contradictoria.

Aparte de estas exquisitas digresiones jurídicas, han menudeado, por ambas partes, adjetivos y acusaciones de diverso pelaje, en las cuales no quiero detenerme.

En realidad, todo empezó mal desde el principio. Mal por cuanto nunca se debió crear el precedente, funesto, de exigir 6 votos de siete, para declarar

una ley inconstitucional. Ya aquí se partió de un exceso. Y sobre todo de un error. Uno de los «constitucionalistas» del régimen, declaró, «urbe et orbe», que el Tribunal Constitucional europeo (*sic*) tenía nada menos que recurrir a la unanimidad, para ejercer este tipo de control. Luego se rectificó, diciendo que era el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, con sede en Luxemburgo, hecho, como se sabe, para cautelar el orden comunitario. Pero revisando el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de 19 de junio de 1991, vemos que el artículo 27, inciso 5, establece que el Tribunal no decide por unanimidad, sino por mayoría simple. Esto es, lo contrario de lo que tan rotundamente se ha señalado.

Después vino la elección de los magistrados, tan trajinada, en la cual, lamentablemente, se perdieron algunos buenos elementos en los innumerables concursos que existieron. Y a esto se suma, el aparente amedrentamiento realizado sobre los magistrados, uno de los cuales denunció el hecho en público, y fue castigado, por así decirlo, con destrozos en su vehículo. Finalmente, una insólita carta notarial, remitida al Tribunal Constitucional por cuarenta congresistas del oficialismo, que no se condecía ni con la situación ni con la gravedad del tema.

En realidad, desde mi personal punto de vista, el Tribunal Constitucional no ha resuelto nada; esto es, no ha dicho ni sí ni no. Lo que existe es la valiosísima y muy honorable expresión de tres magistrados sobre la inaplicabilidad, pero nada más. Se trata de un documento de gran fuerza moral, pero sin valor jurídico. Y el otro documento, tampoco dice nada, y conlleva una inconsecuencia de parte de sus firmantes. Son, pues, dos pronunciamientos; no existe sentencia ni opinión emitida válidamente, con carácter vinculante. Sigue, pues, la ley en pie y contra ella puede iniciarse otra acción de inconstitucionalidad, dentro de los plazos previstos, y también otras acciones en otros niveles (Poder Judicial y Jurado Nacional de Elecciones). Y sin contar las instancias políticas propiamente dichas, que siguen abiertas, y que, al parecer, serán las definitivas.

La inaplicabilidad no funciona por razones obvias. La acción de inconstitucionalidad, propia de los tribunales concentrados, ha merecido desarrollo jurisprudencial y doctrinario en Europa, sobre todo a partir de los años cuarenta.

Ella es un control abstracto, sin actores, de alcance general, con efectos *pro futuro* y abrogatorios. Y así es nuestra Acción de Inconstitucionalidad,

(*) Publicado en «Expreso» (Lima, 21 de febrero de 1997).

tomada, precisamente de la tradición europea. Dentro de esa categoría, la inaplicabilidad no cabe; pertenece a otro modelo de control, que es totalmente distinto. Además, nadie se la pidió, y a nadie se aplica, pues en este proceso, no existen partes en conflicto. Es un absurdo pensar que una acción inaplica en el aire, sin parte involucrada, y más aún, pensada en un interesado que piensa candidatear en el futuro, pero que todavía no lo ha hecho y no se ha definido en su empeño. Y que ni siquiera ha sido parte en el proceso.

Por creer que las categorías son lo que son, y no lo que quisiéramos que sean, es que pienso que aquí el Tribunal Constitucional no ha hecho pronunciamiento alguno; más bien, ha emitido una opinión valerosa y respetable, pero nada más.

Pero la ley sigue vigente, tal cual. Y ella, decididamente es dañina y perjudicial para el país. Es un estropicio más, de los muchos que ha perpetrado nuestro Congreso. Y como quiera que este camino del Tribunal está, al parecer, cerrado, no cabe más que usar otras vías. Jurídicas y políticas...

Nota de 2001: Con la caída del régimen autoritario de Fujimori en noviembre de 2000, se ha modificado la Constitución prohibiendo la reelección inmediata.

§ IV

¿DIFUSO O CONFUSO? (*)

En los últimos tiempos la utilización del concepto de control difuso, ha adquirido carta de ciudadanía, sobre todo a partir de la famosa «sentencia» que el entonces Tribunal Constitucional de siete miembros, hizo sobre la ley de re-elección presidencial.

Pues bien, en vista de lo complicado del asunto, algunos sostuvieron que el control difuso era demasiado confuso, y así parece ser efectivamente. En este país en donde la gente habla de oídas, es muy fácil hacer enunciados generales y tomar decisiones de largo alcance, muchas veces sin darse cuenta de lo que realmente se hace.

Veamos pues, un poco más de cerca, esto del llamado control o sistema difuso, que a tantos ha preocupado. El término tiene ya sus años, y se empieza a usar desde los años 30, y es frecuente su uso en la doctrina hispánica desde los años sesenta (primero latinoamericana y últimamente española). Consiste esto en un calificativo que se da al sistema o control de la constitucionalidad que tiene su origen en los Estados Unidos y en donde se conoce técnicamente como revisión judicial (si así traducimos literalmente el tan usado concepto de *judicial review*). Si bien con antecedentes en la Inglaterra medieval y en las colonias norteamericanas, se plasma por vez primera en 1803, en un famoso caso que lidera y redacta el Juez Marshall y se asienta, sobre todo, luego de la guerra civil norteamericana (o sea a partir de 1865). Es

un sistema de control de la constitucionalidad, mediante el cual, sin derogar una norma, simplemente se inaplica para el caso concreto, sin crear precedentes -salvo cuando existe toda una continuidad y reconocimiento del más alto tribunal- y que es aplicado por cualquier juez, en cualquier caso, y bajo cualquier circunstancia. Este sistema de control existe todavía en los Estados Unidos y por su influencia ha pasado a otras partes del mundo, y entre otros países, al Perú, a donde llegó en 1936. Sin embargo, este sistema sólo se consagra al más alto nivel con la Constitución de 1979 y se repite en la vigente Carta de 1993, en su artículo 138.

Pero este sistema llamado difuso, tiene por objeto controlar la constitucionalidad de las leyes y de normas de inferior jerarquía; es un atributo inherente a los jueces, en la medida que ellos están investidos de la jurisdicción que el Estado les otorga casi en exclusiva. Y además, opera sólo en el caso concreto y no puede ser ni pretende tener un alcance general.

Esto viene a cuento a raíz de la Directiva núm. 01-97-FSPL-MP del 11 de abril de 1997, firmada por el Dr. Pedro Pablo Gutiérrez Ferreyra, Fiscal Supremo en lo Penal, y en donde curiosamente este magistrado ha creado una vía procesal nueva, de carácter general, obligatoria para todos los fiscales, basándose precisamente en el denominado control difuso, invocando el artículo 138 de la Constitución, que decididamente no es aplicable.

En primer lugar, por cuanto el control difuso no es para crear normas o procesos, sino para inaplicar normas.

En segundo lugar, la inaplicación, cuando se hace es por causa de inconstitucionalidad, y no por otro parecer.

Y, por último, porque el control difuso compete a los jueces, que tienen la función jurisdiccional dentro del Estado, y no a los fiscales, que por más honorables que sean, no tienen una misión jurisdiccional ni menos aún tienen facultades judiciales.

Lo tremendo de esta Directiva, no es sólo que haya pasado desapercibida, sino que se haya mantenido, no obstante su evidente despropósito. Y si el fin que tal Directiva persigue es loable -lo que no discutimos- es recomendable

(*) Publicado en «Síntesis» (Lima, 5 de marzo de 1999).

que por lo menos las cosas se hagan bien y no mal. Más aún, si quienes lo hacen representan al Ministerio Público.

Nota de 2001: Esta Directiva ha sido finalmente derogada, como puede verse en la Res. del Consejo Transitorio del Ministerio Público N° 086-2001-CT-MP («El Peruano», Lima, 16 de marzo de 2001).

§ V

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN A TRAVÉS DEL
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (*)

I

El día de hoy se cumple un ritual más en la **ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES** de Córdoba, pero es para mí una ocasión de máximo honor y de íntima complacencia.

Ingreso hoy a una Academia prestigiada por juristas de nota, y retorno a esta hermosa ciudad, tan ligada a mi Perú, para un acto solemne, que es también un encuentro con amigos muy queridos, y que lo son desde hace

(*) Con fecha 15 de junio de 1999, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), me comunicó, a través de su Presidente Luis Moisset de Espanés y su Secretario, Ricardo Haro, que la Academia, el 8 del mismo mes y año, me había designado como Miembro correspondiente, invitándome a señalar fecha para mi incorporación formal. Lamentablemente, diversas ocupaciones fueron demorando la preparación de mi discurso, así como la correspondiente incorporación. Meses después, envié mi texto titulado “De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional” con el cual me incorporaría a la Academia. La fecha fijada para el evento fue el 9 de mayo del año 2000, lo que motivó mi viaje a esa ciudad, previa escala en la ciudad de Buenos Aires. Pero el día anterior, alojado en el Hotel Rochester de esta ciudad, comprobé que mi trabajo, con una extensión superior a las 50 páginas, no era para ser leído, pues terminaría aburriendo al público asistente, y por tanto debía ser resumido. Fue así como esa noche, aprovechando la computadora del Hotel, preparé un texto reducido, calculando que su lectura no excediese de los 30 minutos. Los asistentes al evento, juristas de diversas áreas, encontraron estimulante el bosquejo leído por mí, por lo que me animo ahora a publicarlo. Por lo demás, los “Anales” de la Academia ya publicaron el texto más largo, al que me remito para mayores desarrollos y bibliografía específica (*vid. supra*).

muchos años. Por eso, no quisiera dejar pasar esta oportunidad sin rendir un homenaje a quien ya no nos acompaña y que fue un maestro para todos nosotros: César Enrique Romero. Y ya más cerca, Guillermo Becerra Ferrer, cuya memoria hoy evoco, Pedro José Frías, Ricardo Haro y Alberto Zarza Mensaque. Que conste que sólo menciono a los amigos que se dedican a lo mismo que yo, esto es, al Derecho Constitucional, disciplina tan trajinada en nuestros días, y por eso más necesaria que nunca.

Y no sólo la disciplina se encuentra trajinada. También lo está su objeto de estudio: la Constitución, que hoy más que nunca necesita una defensa. La defensa, que por cierto, debe ser la que nosotros, como juristas, podemos hacer. Existe, en primer lugar, una defensa física de la Constitución, que es bastante tradicional y que todavía, de vez en cuando, surge en algunos de nuestros pueblos. Son las veces en que, como dice el adagio francés, hay que romper la legalidad para entrar en el Derecho. La segunda es la defensa política de la Constitución, que es la que normalmente ocurre en las democracias estables o en todo caso, en las democracias avanzadas, de larga tradición. Y finalmente, *last but not least*, existe la defensa jurídica, que es la que todos podemos hacer en algún momento, y es la que propiamente, y diría, casi en exclusiva, nos corresponde. Y dentro de ella, la más moderna, la más trascendente, es sin lugar a dudas, la defensa procesal de la Constitución. Si la Constitución es un instrumento jurídico, de carácter sustantivo, necesita inevitablemente vías adecuadas para su defensa, que, jurídicamente, no son otras, que las de carácter procesal. Y a ello vamos a dedicar nuestra exposición del día de hoy.

II

El primer problema que tenemos al hablar de la defensa de la Constitución, es ponernos de acuerdo sobre lo que es la Constitución. Y ella es lo que es, tan sólo desde el siglo XVIII, y no antes. Por cierto, existen antecedentes, que muchos remontan a los griegos (recordemos el texto de Aristóteles dedicado a las constituciones de Atenas). Y luego, el concepto de “constitución” en el derecho romano, que nada tiene que ver con lo que luego significó este término. Y así podemos pasar por la Carta Magna, típico convenio feudal entre el rey y los nobles, en el cual se excluía a los siervos. Así como los fueros españoles, interesantes también.

El constitucionalismo, como ya se ha dicho, es sobre todo una revolución atlántica, que nace en el siglo XVIII, casi simultáneamente, en Europa y en

los Estados Unidos, con el gran antecedente de la experiencia inglesa, que dura varios siglos.

Y esta defensa de la Constitución surge primero en los Estados Unidos, porque este país crea el concepto jurídico de Constitución, a diferencia de Europa, que vive, durante el siglo XIX y primeros años del XX, el concepto político de Constitución.

En los Estados Unidos el concepto jurídico de Constitución, lleva al gran debate, que tiene lejanas raíces jusnaturalistas del pensamiento inglés, de que alguien debe cuidar que la Constitución tenga ese valor, es decir, que no sea desconocida por normas de categoría inferior. En los debates de la Convención de Filadelfia, tal como han sido conservados, se sabe que éste fue uno de los temas, aunque nada se aprobó al respecto.

Pero algo flotaba sobre el ambiente, y eso es lo que permitirá al Juez Marshall, arribar a las conclusiones a las que arribó, en el célebre caso de 1803, que justamente ha pasado a la historia. Asentado el principio, se desarrolla lentamente en el siglo XIX y sólo durante el siglo XX, adquirirá su adecuada madurez y su fuerza modélica.

Y el problema de la jurisdicción constitucional, como parte integrante de la defensa de la Constitución, aparecerá en los Estados Unidos como una necesidad, que estará a cargo de los jueces. De tal suerte, de golpe y sin mayores debates, apareció lo que nosotros llamamos, con óptica europea, jurisdicción constitucional, pero que en Norteamérica denominan *judicial review*, en término casi intraducible. Así, sin grandes debates, nació sin mayor estridencia lo que nosotros llamamos jurisdicción constitucional, pero en un sentido muy amplio, que implicaba la capacidad del juez de declarar la supremacía de la Constitución, en un caso concreto.

En Europa el debate fue más largo y tuvo mayores resistencias. Si bien hay antecedentes, sobre todo en la Inglaterra medieval, y otros posteriores en la Revolución francesa, con el *jury* constitucional de Sieyès, y en algunos esfuerzos académicos, como el de Jellinek, que en 1885 pedía un Tribunal Constitucional para Austria, lo cierto es que la aparición del debate sobre la jurisdicción constitucional, se da en el periodo de entreguerras, en especial, entre 1920 y 1933, que coincide, curiosamente, con el auge y el ocaso de la llamada República de Weimar.

Esto ocurre cuando ya existían dos tribunales constitucionales, el austríaco y el checoslovaco, éste último, primero en el orden constitucional, pero posterior en cuanto a implementación, y menos importante que el primero, creado en el papel en 1918, por iniciativa de Kelsen, ratificado legislativamente en 1919 y elevado al más alto nivel en 1920. Pero el checoslovaco casi no funcionó, y luego desapareció definitivamente; reapareció dentro del mundo comunista al cual se le incorporó luego de la Segunda Guerra Mundial, hasta que el país desapareció como tal, en 1991, dando lugar a las repúblicas Checa y Eslovaca. El Tribunal de Garantías Constitucionales español duró también muy poco (1933-1936) y desapareció para siempre con la guerra civil iniciada ese año.

Como decía, el tema apareció en la década de 1920, y su intensidad duró mucho más aún. El problema era sencillamente éste: ¿Puede o no puede existir algún juez o tipo de jueces, que tengan facultades jurisdiccionales frente a los actos de los otros poderes, y en especial, frente al acto supremo del legislativo, que es la ley sancionada formalmente? De acuerdo a la tesis de Rousseau, que fue dominante en el pensamiento europeo y latinoamericano, la ley, como expresión de la voluntad general, es suprema, y no admite nada por encima de ella, pues la voluntad general es soberana. Bajo este supuesto, la ley es todo y el juez es nada. Esto se reforzó cuando se extendió en Europa el régimen parlamentario de gobierno, en el cual el gobierno y el jefe de Gobierno, se debían a las cámaras, y el jefe de Estado era un presidente sin poder, casi decorativo, o un monarca, muchas veces limitado.

Desde este punto de vista, la ley era infalible, y nadie la podía controlar, salvo los que la aprobaban y sancionaban. Pero como bien señaló Schmitt, el concepto de defensa de la Constitución, sólo surge cuando la Constitución está en crisis. Y la solución fue precisamente crear un tribunal *ad hoc* para hacerse cargo de la jurisdicción constitucional. Así como existía jurisdicción civil, a cargo de jueces civiles, jurisdicción penal a cargo de jueces penales, y jurisdicción administrativa, a cargo de jueces administrativos, así se nombraron jueces constitucionales, reunidos en un tribunal *ad hoc*, que se llamó Tribunal o Corte Constitucional.

Y si así se hizo, fue precisamente para no caer en el gobierno de los jueces, fórmula que vulgarizó el famoso libro de Lambert de 1921, que no es francesa, sino norteamericana, pero que sirvió en Europa para asustar a los juristas de un espejismo que se les presentaba como malo. El gran debate se dio, pues, en

ese momento. El gran difusor del modelo de base kelseniana fue Charles Einsenmann, discípulo de Kelsen y quien dedicó al tema nada menos que su tesis doctoral, que publicó en París en 1928, con auspicioso prólogo del maestro.

En el debate intervinieron Jerusalem, Triepel, aparte de la célebre polémica de Kelsen con Schmitt. En Francia lo hicieron, aparte del propio Lambert, Duguit, Esmein, Carré de Malberg, Hauriou, entre otros.

Ese fue, pues, el mejor momento del debate, que se dió en paralelo con los tres primeros tribunales constitucionales del mundo, cuales son el austríaco, el checoslovaco y el posterior español. Pero, curiosamente, los tres fueron accidentados y se extinguieron al poco tiempo, si bien el austríaco fue el que más vida tuvo y que además, fue el más interesante. Sin descontar el hecho de que Kelsen fue uno de sus jueces durante casi diez años. Y sólo el austríaco, como el Fénix de la fábula, renació de las cenizas del último conflicto mundial.

III

Tras la Segunda Guerra Mundial, en vista de los excesos de las dictaduras fascistas (Hitler en Alemania, Mussolini en Italia, Franco en España, Salazar en Portugal, entre los principales, que han dado en calificar ese período como la Europa de los dictadores), se reabrió el debate sobre los tribunales constitucionales, y así se explica cómo surgen nuevamente a partir de 1947 (con la Corte Constitucional italiana) continúa con el alemán de 1949, y todos los que siguen después, que extienden su influencia más allá de la propia Europa.

El asunto es que en la Europa de la segunda postguerra, el debate sobre la jurisdicción constitucional continuó, y si bien ha habido voces en contrario, el principio se ha ido afirmando cada vez más. El caso de Francia, es sin lugar a dudas singular, por la peculiar composición de su Consejo Constitucional, creado en 1958 sobre la base del Comité Constitucional de 1946, y que refleja muy bien la tradición parlamentaria francesa, muy apegada todavía al dogma roussoniano de la supremacía de la ley. El Consejo Constitucional tiene pocas competencias, y básicamente, en materia de control, es de carácter preventivo. Tuvo en sus inicios, una composición, una estructura y un alcance fundamentalmente político, pues incluso contenía en su seno a los ex presidentes de la República. Y por eso uno de los grandes debates de la doctrina francesa es si el Consejo Constitucional francés era de naturaleza política o

jurisdiccional. Si bien el debate no se ha agotado, pienso yo que sigue siendo, en lo esencial, un órgano de naturaleza política, pero con atribuciones jurisdiccionales, que lo ha hecho avanzar grandemente desde 1971, momento en el cual el Consejo se convierte en juez constitucional y en defensor de los derechos humanos. Si bien es cierto que todavía está muy lejos de alcanzar a sus pares europeos, en especial los tribunales alemán, italiano o austríaco (por no hablar del español o del portugués).

Pero el debate sobre la jurisdicción constitucional ha pasado a un segundo plano. Ya no se discute si debe existir o no, jurisdicción constitucional, sino cómo debe implementarse, cuáles deben ser sus miembros y su respectivo *status*, y sobre todo, sus competencias y su incardinación en el aparato del Estado.

IV

Al margen de todo este debate, ha habido otro que es paralelo y que ha tenido un desarrollo muy modesto. Esto es, por un lado, está la problemática en sí misma, que prácticamente ya está resuelta, por lo menos en sus aspectos básicos. Y si bien con antecedentes muy antiguos, se ha plasmado, para efectos prácticos, recién en el siglo XX. El otro problema, barruntado por algunos desde la época de entreguerras, es cuál debe ser el tratamiento del tema desde una perspectiva académica.

Así, muchos han hablado simplemente de jurisdicción constitucional, pero otros, desde la óptica francesa, han preferido denominarlo como justicia constitucional, entendiendo que esto es más amplio y permite colocarla al lado de las otras justicias: la civil, la penal, la administrativa, etc. E incluso, cuando se ha teorizado, se ha hablado de la "Justicia", y así también se hace, en cierto sentido, en Italia.

Mas son pocos los que han intentado situar la disciplina en un contexto mayor. En efecto, si la defensa se hace a través del derecho y con determinados procesos, y aun más, si hacemos referencia a la jurisdicción como capacidad de decidir conflictos constitucionales, es obvio que estamos refiriéndonos a un manejo instrumental, que sólo lo hace el Derecho Procesal, disciplina científica que, con rigor, existe desde fines del siglo XIX.

Y este ha sido el gran debate de los últimos años, pero que no ha tenido una

gran aceptación, ni tampoco ha alcanzado resultados definitivos. Por tanto, aquí nos limitaremos a enunciar algunos problemas, a señalar ciertos enfoques y algunas dificultades.

V

Aceptada la existencia y la necesidad de la jurisdicción constitucional, lo siguiente es ver en dónde, en qué parte del mundo del Derecho, debemos ubicarla.

Lo que sucedió es que como el problema lo trataron los constitucionalistas, lo normal era considerarlo como una parte del constitucionalismo, o sea, un capítulo del Derecho Constitucional. Y si bien esta postura hoy tiene cada vez menos seguidores y está ampliamente cuestionada, lo concreto del caso es que los principales manuales de Derecho Constitucional del mundo europeo (Alemania, Austria, Italia, Francia, España, Portugal, etc.), le dedican un apartado o capítulo dentro de tales textos. Y eso es lo que alienta aun a algunos (ejemplar es el caso de Häberle) a considerarlo como un capítulo del Derecho Constitucional. Otros, en fin, con mirada atenta a la complejidad del asunto, creen que se trata de una disciplina mixta, como las hay tantas en el Derecho, una mixtura entre aspectos sustantivos y procesales. Finalmente, existe una tendencia que se abre paso lentamente, y que cree que estamos ante una situación netamente procesal, y en consecuencia, la temática debe incluirse, con todo rigor, en una disciplina nueva que se llame “derecho procesal constitucional”, y que, por cierto, sería de naturaleza procesal.

Pero curiosamente, si bien existe la sensación, por lo menos mayoritaria, de que esto es lo adecuado o de que esto es lo que debe ser, en la práctica, la razón parece estar de parte de los que postulan la tesis de que el Derecho Procesal Constitucional, es o debe ser, una disciplina constitucional. Y esto por cuanto lo procesal constitucional lo hacen, lo estudian y lo investigan los constitucionalistas, con mediana o buena fortuna, y con resultados muchas veces excelentes. Y por eso es que, teniendo una labor meritoria, la disciplina no ha desarrollado mucho.

Esto sucede porque a los procesalistas, que deberían ser los encargados de analizar y desarrollar esta disciplina, el tema no les atrae, más aún, no les interesa. Y salvo las contadas excepciones que existen (caso notable, en nuestra América, es Héctor Fix-Zamudio) los procesalistas están en lo suyo, básicamente, civil y penal. Y no se meten en lo constitucional, no obstante que, en puridad, conocen y están habituados a manejar los procesos constitucionales (recurso extraordinario, acción de inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus, habeas data, etc.)

¿Y porqué es así? Intentemos una respuesta. Los constitucionalistas, por la fuerza de las cosas, tienen que estudiar la Constitución, pero no se quedan ahí. No pueden quedarse ahí, porque el constitucionalista que sólo conoce Derecho Constitucional, no sabe lo que es la Constitución. De acuerdo a la famosa tipificación de Pellegrino Rossi, la Constitución es algo así como el encabezado de los capítulos de todo el orden jurídico. Por tanto, si el constitucionalista quiere manejar todos los problemas que conlleva su disciplina, tarde o temprano terminará incursionando en los aspectos básicos del Derecho Procesal, del Derecho Internacional Público, del Derecho Penal, del Derecho Administrativo, del Derecho Civil, etc. Por cierto, estas incursiones las hará sin ánimo de especializarse, y para saber que pasa al otro lado de su área, para entenderla mejor. Y por eso, a un constitucionalista, le es relativamente fácil ingresar al mundo procesal, porque en rigor, lo conoce intuitivamente y además lo necesita.

El procesalista, si bien tiene algunos roces con el Derecho Constitucional, no necesita ingresar a esta disciplina. Aun más, el mundo procesal está cerca de todos, ya que todos en algún momento de nuestras vidas hemos tenido algún problema judicial y algo conocemos de eso. Pero para el procesalista, pasar al mundo constitucional, no le es fácil. Por un lado, le significa el esfuerzo de subir a otro nivel, que además es muy abstracto, y para remate, le sirve de poco. Pues se trata de un campo sin utilidad alguna. De ahí que el procesalista se haya desentendido del problema constitucional, y eso ha obligado a los constitucionalistas a ingresar al área procesal.

Esta realidad, algo desconsoladora, explica porqué, por un lado, la tesis sobre la naturaleza procesal de esta disciplina, se ha impuesto lentamente, y todavía tiene que dar algunas batallas. Y también el escaso, si no insignificante avance del Derecho Procesal Constitucional, que no ha tenido ni un James

Goldschmidt ni un Francesco Carnelutti. He aquí, en síntesis, lo que puede explicar la precariedad de esta joven rama jurídica.

VI

Un problema sobre el cual hay que detenerse, es sobre el nombre de esta disciplina, esto es, el debate en torno a cuál deba ser el nombre.

Por un lado, tenemos el uso del vocablo “justicia constitucional”, de origen francés, y radicado prácticamente en ese país, que lo usa por costumbre, facilidad léxica y por cierta renuencia al vocablo “jurisdicción constitucional”, que sólo poco a poco ha ido superándose. Pero, aparte de esto, hay una tendencia, que podríamos llamar mayoritaria y en cierto sentido pacífica, de que estamos ante una problemática procesal, que debe ser analizada por una nueva disciplina que se llame Derecho Procesal Constitucional. Falta, por cierto, levantar el edificio teórico correspondiente, y eso, al parecer, demorará todavía algún tiempo.

Mientras tanto, nos hemos encontrado con algunas batallas al interior. Una de ellas, dentro del ámbito procesal, es cambiarle el nombre a esta disciplina, y llamarla derecho jurisdiccional, con lo cual tendríamos un derecho jurisdiccional constitucional, que remplazaría a lo nuestro. Sobre esto es amplia la polémica y el debate lo ha iniciado en España, Juan Montero Aroca y su escuela, que no obstante el vigor de sus tesis, no ha tenido mayor eco entre sus colegas. Y este tipo de dudas no ha alcanzado al mundo procesal, ni siquiera en los países vecinos.

La otra, es la creación de una nueva disciplina que sería el Derecho Constitucional Procesal, que sería una ciencia constitucional que estudiaría los aspectos básicos del proceso. En esta línea se mueve el pensamiento de Héctor Fix-Zamudio, quien ha bregado por crear esta disciplina de frontera, que tendría igual papel que el Derecho Civil Constitucional o el Derecho Penal Constitucional. No obstante el esfuerzo desplegado, la tesis no ha logrado imponerse, ya que esta nueva disciplina, con un sustento material importante, no alcanza a ser independiente, sino tan sólo con importancia pedagógica.

Por encima del propio valor de estas tesis, y de otras de tesis similar, lo cierto es que, lentamente, el nombre de Derecho Procesal Constitucional es

el que se está abriendo paso, en forma lenta, pero segura. Y, por cierto, considerada como disciplina de naturaleza procesal.

VII

Ahora bien, ¿cómo consideramos al Derecho Procesal Constitucional en el amplio espectro de las disciplinas jurídicas?

Partamos de un hecho bastante simple. El derecho como ciencia, como rama del conocimiento, es uno solo, y se encuentra integrado dentro de un cuadro armónico de saberes. Podemos considerarlo como ciencia cultural o ciencia del espíritu, como querían los neokantianos y que aún hoy distinguidos autores lo consideran (como es el caso de Pablo Lucas Verdú). O podemos ubicarlo dentro de las ciencias sociales, como quieren los más. Pero también podemos ubicarlo dentro de las ciencias hermenéuticas (según otra clasificación). O quizá entre las ciencias normativas, conjuntamente con la ética, como muchos prefieren. Este último es el planteo que más me atrae, pero que lo dejo anotado de pasada, pues merece un desarrollo posterior.

La clasificación clásica, que viene desde Roma, si bien insuficiente, sirve todavía para nuestros fines. Así, tenemos el derecho sustantivo y el adjetivo, o mejor, instrumental. Y por otro, la división entre derecho público y derecho privado.

O quizá podríamos verlo desde esta manera. Dividir el derecho en privado y en público. Y en el derecho público hacer una división doble: por un lado, lo sustantivo (como podría ser penal o constitucional), y por otro, lo instrumental, en donde ubicamos a todas las disciplinas procesales.

Dentro del universo procesal, podríamos distinguir la teoría procesal, de las áreas procesales.

La teoría procesal sería lo que podemos llamar el Derecho Procesal General, o sea, el cuerpo central de doctrina que sirve para todos los desarrollos posteriores. Y por otro, los “derechos procesales especiales”, que serían básicamente el derecho procesal civil y el derecho procesal penal, que son los dos grandes campos dentro del ámbito del proceso.

Lo anterior presupone y acepta la concepción, bastante generalizada, de que el proceso es uno solo, con gran cantidad de variantes. Esto es, no

consideramos los diferentes procesos como cuerpos independientes, sino como ramas de un mismo tronco.

O sea, por un lado, el derecho procesal general, y por otro, los derechos procesales especiales.

Dentro de estos últimos, debemos ubicar a esta nueva disciplina que es el Derecho Procesal Constitucional que, si bien es disciplina aplicada, integrante del sector o área que analiza el proceso y sus presupuestos, tiene también dos partes. La primera que es de carácter general, representa en el fondo la aplicación de la teoría del proceso al ámbito constitucional. Y luego viene una parte especial, que es positiva, o sea, que trata de los derechos positivos de cada país. Así, creo que es perfectamente legítimo hablar de un Derecho Procesal Constitucional argentino y un Derecho Procesal Constitucional peruano. Y esto, por cuanto hemos aceptado que existe un Derecho Procesal Constitucional cuando existe la jurisdicción constitucional. Y ésta existe cuando se admite que alguien tiene competencias jurisdiccionales en materia constitucional, sin importar por ahora —lo que también ha sido muy debatido— que dichas atribuciones las ejerza un tribunal especial o los jueces ordinarios.

Justamente, cuando entramos a analizar los derechos procesales constitucionales de cada país, es que vemos las grandes diferencias que existen entre ellos. Así, el derecho procesal penal argentino, brasileño, chileno, venezolano, tienen grandes semejanzas, y por eso no nos extraña que los manuales de esos países se puedan utilizar en otros, sin mayores dificultades. Un estudiante de estos países puede todavía utilizar el venerable tratado de Alsina en cualquier parte de América Latina, y le es útil. Pero un manual de Derecho Procesal Constitucional o de jurisdicción constitucional, según los usos, lo más probable es que tenga una utilidad local, y si se usa fuera, es simplemente como referencia comparada y nada más. Esto obedece a que en materia constitucional, las fuentes han sido muy diversas. En el caso concreto de nuestro continente, a nuestra estructura romanista, influenciada por Francia durante todo el siglo XIX, sigue la influencia norteamericana, de tal suerte que sobre esa estructura romanista, se han insertado categorías o modelos de corte sajón, con lo que tenemos en este punto, una mixtura de dos familias jurídicas. Y todo esto, ha ido acomodándose de acuerdo a cada país o grupo de países, moldeándose en función de cada experiencia histórica. Veamos algunos casos para comprobar esto. El amparo nació, como todos sabemos, en México

y en el siglo XIX, y ha adquirido en ese país, una fisonomía emblemática, peculiar y con contornos definidos de gran valor. Sin embargo, el amparo mexicano es único y no ha sido imitado por nadie. Ni siquiera en Centroamérica, en donde son y han sido receptivos de todo lo mexicano, han seguido el modelo. Y en España, el amparo se introduce en la Constitución de 1931, por influencia del jurista mexicano Rodolfo Reyes, pero luego se desarrolló bajo la influencia germánica, y hoy el amparo español es algo totalmente distinto a sus fuentes mexicanas, que por lo demás, nadie ha negado en la doctrina española.

Siguiendo con España, veamos lo concerniente al habeas corpus, que la práctica y la doctrina dominante, consideran como uno de los procesos penales existentes, si bien de carácter sumario y especial. Dicho en otras palabras, el habeas corpus en España es considerado como integrante del procesalismo penal, y de ahí que el constitucionalista no le haya dado mayor importancia. Y esto contrasta grandemente con la situación de América Latina, en donde el habeas corpus tiene una gran trascendencia y además una indiscutible ubicación constitucional. Y podríamos multiplicar los ejemplos.

IX

¿Qué podemos hacer para que el Derecho Procesal Constitucional adquiera, por así decirlo, carta de ciudadanía?

Evidentemente, son necesarios todavía algunos afinamientos teóricos, que los juristas, y más en concreto, los procesalistas, deben hacer. Pero mientras esto llega, no podemos quedar paralizados. Así lo han entendido muchos, que se han lanzado a la tarea de hacer Derecho Procesal Constitucional, sea en su vertiente general, sea en la vertiente aplicada, como es el caso del análisis de las instituciones propias de nuestro derecho positivo. En tal sentido, son meritorias las investigaciones que realizan los juristas mexicanos, en relación con el amparo, los juristas colombianos y venezolanos, en relación con sus propias instituciones, tan ligadas entre sí por sus orígenes, si bien es cierto que hay que tener en cuenta que Colombia tiene una Corte Constitucional desde 1991, y Venezuela, en su reciente Constitución de 1999, ha inaugurado una Sala Constitucional al interior de su Corte Suprema.

A esto hay que agregar las cátedras que se han creado de Derecho Procesal Constitucional, especialmente en el Perú, Argentina y Chile. Así como los

numerosos eventos que en nuestros países se han realizado para tratar estos temas.

X

Si seguimos en el tema de la enseñanza, como forma de asentar y afirmar la existencia y la necesidad de esta disciplina, tenemos que ver qué podemos considerar como contenido de esta disciplina, tanto la general, como la positiva o particular.

Creo que sus temas deberían ser, en sustancia, tres:

- 1) Jurisdicción constitucional.
- 2) Procesos constitucionales. Y
- 3) Magistratura constitucional.

Desarrollando cada uno de estos, tendríamos:

1) La primera parte, clave sin lugar a dudas, es la relativa a la jurisdicción. O sea, a la capacidad que ostenta el Estado de decir el derecho en materia constitucional, y que lo atribuye a determinadas personas u órganos. Y luego, como consecuencia de esto, el desarrollo de toda la problemática en lo relacionado con los modelos, que clásicamente son el llamado modelo americano y el modelo europeo. Por cierto, hay otros más, y además hoy están muy mezclados entre sí, pero su virtualidad todavía se mantiene. Es en este punto que se ha centrado el debate teórico de entreguerras, que en parte todavía sobrevive.

2) Procesos constitucionales, o sea, las vías instrumentales de cómo se llega a la defensa de la Constitución, sea en su carácter dogmático o en su carácter orgánico. Si nos vamos al ámbito transnacional, entonces ingresamos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, o al Derecho Internacional Comunitario u otros conexos. Hay que recordar que el Derecho Procesal Constitucional es derecho interno, o sea, doméstico, y no es Derecho Internacional. Y vinculado con el *iter* procesal, es el de la interpretación constitucional, que también es relativamente nuevo, si lo comparamos con la interpretación en el mundo civil o penal.

3) Magistratura constitucional, que analiza quiénes son los que tienen a

su cargo la solución de este tipo de conflictos. Por cierto, los conflictos constitucionales tienden a ser resueltos por jueces, pero muchas veces no es así. Hay órganos constitucionales que tienen atribuciones jurisdiccionales, y sin embargo sus miembros no tienen el *status* de magistrados, por lo que la calificación de magistrados, es meramente referencial y no absoluta.

Lo anterior supone ponernos de acuerdo en un syllabus mínimo sobre la disciplina “Derecho Procesal Constitucional”, lo que facilitará, sin lugar a dudas, su desarrollo. Y para esto, no hay más que seguir adelante, con toda nuestra actividad académica, con la realización de eventos, con la publicación de nuestras investigaciones e incluso con trabajos de divulgación. Y además, impulsando la enseñanza de esta disciplina en nuestros centros universitarios.

A ello debemos contribuir todos, cada uno dentro de sus modestas posibilidades, pero sobre todo, insistiendo en la necesidad de hacerlo. Hay ya varios síntomas de que este movimiento avanza con fuerza, desde hace algunos años. Lo importante es no desfallecer y seguir adelante, para que algún día podamos ver culminados estos esfuerzos.

Señores:

Lo que ha sido mi preocupación de los últimos años, y tema del presente discurso de incorporación a esta benemérita Corporación, es un tema que por su contenido es muy antiguo, pero por su configuración científica es muy reciente. Al hacerlo no he estado solo, sino en compañía de grandes maestros y colegas muy queridos. En esta tarea, pesada, compleja, pero llena de compensaciones, los constitucionalistas argentinos han hecho aportaciones magistrales, que hoy no sólo no pueden desconocerse, sino que hay que agradecer y admirar.

Mi presencia esta noche en la Academia, quiere dar testimonio de la enorme deuda que tengo contraída.

Buenos Aires, 8 de mayo de 2000.

§ VI

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO: UN PROGRAMA TENTATIVO

Es frecuente en los currículos universitarios, incluir la enseñanza de los cursos de Derecho procesal civil y Derecho procesal penal. Y esto es así, porque son los cursos básicos del proceso, y existe además una larga tradición alimentada por una literatura de muy alta calidad. Y reforzada por el hecho de que a la larga, los grandes procesalistas civiles terminan incursionando en temas procesales penales, como son ejemplares los casos de James Goldschmidt (en Alemania) y Francesco Carnelutti (en Italia). Ambos, además, vinculados por muchos conceptos a la América Latina. El primero, por cuanto huyendo de la persecución nazi, llegó a España, y partió luego a Montevideo, en donde finalmente murió. El segundo, que no sólo ha sido largamente traducido al castellano, sino por sus vinculaciones con nuestro continente, de las que retenemos su participación en el Congreso Internacional de Juristas celebrado en Lima en 1951, con motivo del IV centenario de la fundación de la Universidad de San Marcos.

Y últimamente, tenemos algunas creaciones menores, como es el Derecho procesal del trabajo, y en algunos ámbitos, el contencioso-administrativo, que en puridad, debería llamarse procesal administrativo, como advirtió en su momento Alcalá-Zamora y Castillo, ya que todo proceso es contencioso, y por tanto, hay que evitar la redundancia.

Pero esto no ha llegado, por lo menos de manera plena, al campo constitucional, en donde como se sabe, tenemos el proceso constitucional, con muchas variantes. Pero cabe destacar que en el Perú, hay universidades que cuentan, en la actualidad, con un curso dedicado a estos temas, si bien es cierto que con nombres diversos: justicia constitucional o jurisdicción constitucio-

nal, o el más propio, que ya muchos utilizan, de Derecho Procesal Constitucional (así en Lima, Arequipa, Trujillo, etc.)

Sin embargo, a primera vista, si bien esto es un avance, parecería no tener un engarce suficiente, ya que nuestras universidades no siempre enseñan la parte general del Derecho procesal, lo que se conoce también como Teoría general del proceso. Si no que la parte general, la dan dentro de cada curso específico y adecuado a la necesidades de cada cual. Y esto hay que tenerlo en cuenta.

Si partimos de la tesis de que el Derecho Procesal Constitucional es Derecho procesal (como lo hemos intentado demostrar en otros ensayos), es ineludible concluir que nuestra disciplina es *aplicada*, esto es, es una rama o división del Derecho procesal, que se desarrolla sobre un terreno constitucional. Admitidas así las cosas, tendríamos que tener una primera entrada que sería el Derecho procesal, y luego descender hacia el Derecho Procesal Constitucional, en cuanto disciplina aplicada.

Y si queremos situarnos en nuestro Derecho positivo, no nos queda más remedio que llegar al Derecho Procesal Constitucional peruano. Pero esta lógica consecuencia, podría ser un salto muy audaz, que deje muchos vacíos a nivel doctrinario.

Veamos algunos puntos:

- a) El Derecho Procesal es la disciplina de la cual partimos. Su Teoría general debería enseñarse en forma independiente, pero muchas veces, se incluye dentro del área básica del Derecho procesal civil o el Derecho procesal penal, con lo que se salva la eventual ausencia de un curso introductorio de carácter teórico.
- b) Pero un curso específico sobre Derecho Procesal Constitucional no se dicta, y aun más, si bien la literatura es inmensa, los trabajos teóricos de carácter doctrinario, son muy pocos, pues casi siempre recalán en lo vernáculo, o son excesivamente tendenciales o afiliados a una escuela o enfoque teórico, que ofrece una panorámica sesgada.
- c) Por tanto, al no existir como *corpus* de enseñanza el Derecho Procesal Constitucional, la conexión entre la Teoría general del proceso (o Derecho procesal general), y el Derecho Procesal Constitucional peruano

no, se encuentra interrumpida, pues la cadena sucesiva de conocimientos eslabonados, no se da. Esto es, no se enseña en forma independiente un curso de Derecho Procesal Constitucional de carácter general.

- d) ¿Cómo cubrir, el vacío existente entre la parte general del proceso (Teoría general del proceso) y los procesos constitucionales existentes a nivel del Derecho Procesal Constitucional positivo?
- e) Lo adecuado sería establecer un curso de Derecho Procesal Constitucional de carácter general, que sirviese, por un lado, como continuación de la Teoría general del proceso, y por otro, como una introducción a la parte procesal positiva de cada país. Pero esto, como se sabe, no existe (y es probable que no exista en ninguna parte).
- f) Lo anterior se agudiza por un dato de la realidad que hemos apuntado en anterior oportunidad, pero que vale la pena reiterar: el total y absoluto desinterés que los procesalistas tienen por el fenómeno constitucional, y por ende, no sólo no lo conocen, sino que generalmente ni lo comprenden. Por cierto, hay excepciones notables, que no hacen más que confirmar la regla.

En esto, los procesos constitucionales se hallan en igual situación que los procesos administrativos. Los procesalistas han abandonado el campo administrativo, al que no dedican ninguna atención. Más bien, el proceso administrativo es estudiado por los administrativistas (como es el caso, notable por cierto, de Jesús González Pérez), y si no fuera por ellos, no tendríamos prácticamente nada en este tema (Marienhoff, por ejemplo, fue consciente de que el proceso administrativo era procesal, y por eso prefería no abordar el tema: su planteo fue correcto, pero la consecuencia fue funesta, pues ningún procesalista argentino de su época se sintió tentado de cubrir esa brecha). Ante la ausencia de procesalistas, no queda más remedio que abordar el tema, pero no desde un enfoque propio, sino desde la perspectiva procesal, que es la que corresponde.

- g) Lo anterior es perfectamente aplicable al aspecto constitucional. Toda la temática procesal constitucional ha sido abordada, mayoritariamente, por constitucionalistas, que han hecho, por lo demás, contribuciones significativas. Pero debe advertirse que cuando así

lo hacen, aportan su propio caudal para enriquecer su enfoque, pero al mismo tiempo hacen un abordaje con una artillería netamente procesal (pues de lo contrario, no harían bien las cosas).

- h) Pero volvamos a la pregunta. Se da y existen cursos dedicados al Derecho procesal civil y Derecho procesal penal, pero no existen cursos generales de Derecho Procesal Constitucional. Y a veces, tampoco existen cursos dedicados a la Teoría general del proceso, que podrían ayudar grandemente. ¿Cuál es, pues, la solución?

Creo que la manera de abordar esta situación, es hacerlo con realismo y partir de lo que existe en nuestro medio universitario. Y sobre todo, sin mayores pretensiones.

En primer lugar, es obvio que cada estudiante debe tener un conocimiento básico de lo que es la Teoría general del proceso, ya sea porque se la enseñaron en forma independiente (que es improbable), o porque la estudió en un curso de procesal civil o procesal penal. En cualquier caso, debe tener algunas nociones, y no está demás que ello lo refuerce con algunas lecturas. Pero debo dejar aclarado que al decir lecturas, me estoy refiriendo a lectura de libros, no a lecturas de copias de clase. Tampoco me refiero a lecturas de separatas, que consisten en lecturas de fragmentos de páginas escogidas al azar, muchas veces sin conexión entre sí, y que sirven como información, pero no como formación. Lo ideal, antes y ahora, es tomar un buen manual de carácter general, y leerlo completo, para tener una visión de conjunto. Manuales de esta clase hay muchos, pero para no agotar al lector con referencias excesivas, me referiré tan sólo a unos pocos: Enrique Véscovi (*Teoría General del Proceso*, editado por Temis en Bogotá), Víctor Fairén Guillén (*Teoría General del Derecho Procesal*, editado en México, por la UNAM y reeditado en España) y Hernando Devis Echandía, (*Compendio de Derecho Procesal*, editado en Bogotá, y cuyo tomo I está dedicado a la Teoría general del proceso). Entre lo publicado en el Perú, puede consultarse con provecho la *Introducción al proceso civil* de Juan Monroy Gálvez (si bien privilegia el proceso civil, tiene una parte general de utilidad, aun cuando incompleta, pues sólo ha salido el tomo I).

El segundo paso es qué hacer con el Derecho Procesal Constitucional, sobre el cual, como he adelantado, existe una literatura inmensa, pero complicada, disímil, y además no siempre presentada bajo ese nombre (Joaquín

Brage Camazano, en el número 3 del “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, nos informa que en Alemania existen algunas obras con ese título, entre las que destacan dos: la de Christian Pestalozza y la conjunta de Ernst Benda y Eckart Klein).

Y claro, si el panorama a nivel doctrinario es complicado y además no existen libros de texto o manuales (como sí existen en el Derecho procesal civil o Derecho procesal penal), no queda más remedio que cubrir esa ausencia, a cargo del mismo docente.

Por tanto, en el caso de la enseñanza del Derecho Procesal Constitucional peruano (o si se quiere argentino o mexicano), estimo que lo ideal sería crear un curso previo y general que se llamase Derecho Procesal Constitucional. Y si esto no existiese o sea difícil que exista, no queda más alternativa que partir en el curso local (esto es, el Derecho Procesal Constitucional positivo) de las nociones previas, tanto del proceso, como de las que corresponden a la parte general del Derecho Procesal Constitucional, y luego, descender a la problemática nacional, explicando cómo el modelo nacional se incardina en la doctrina, cuáles son los aspectos de la jurisdicción constitucional *stricto sensu* y cómo se distribuye (por ejemplo, entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional). Y finalmente, analizar los procesos constitucionales existentes.

El problema de los procesos constitucionales es bastante complejo, pues en primer término, habrá que ver en qué medida existen procesos constitucionales. Claro que desde un punto de vista coloquial o débil, todo proceso es constitucional, ya que cualquier proceso civil o penal, debe fundarse en principios constitucionales. Pero en sentido estricto o fuerte, son procesos constitucionales únicamente los que nacen expresamente por mandato constitucional y figuran en el texto fundamental, y su objetivo y fines son constitucionales, en forma directa y no accesoria. Además, debe ser resuelto por una magistratura especializada (aun cuando esto no sea siempre así).

Y son procesos, porque en sentido amplio, buscan la composición de la *litis*, para usar la terminología grata a Carnelutti. Por cierto, que *litis*, o sea, lo que está en conflicto, no es necesariamente intereses que reflejan derechos subjetivos vinculados con aspectos patrimoniales. Los intereses que refleja la *litis* no sólo son privados, son también públicos y sociales. Así, por ejemplo, en el caso del Habeas Corpus, es muy claro que se afecta un interés privado. Y en

una Acción de Inconstitucionalidad, que es abstracta, todo ciudadano o institución tiene legítimo interés en salvaguardar los valores constitucionales, que a la larga afectan a todos y que representa un interés público. Y aquí hay que buscar las diferencias y las similitudes con los otros procesos existentes, ya que el proceso constitucional, tiene sus peculiaridades (como es el caso de los procesos constitucionales impropios).

Lo anterior es, en líneas generales, lo que debemos hacer. Y aceptado esto, o sea, que debemos utilizar aspectos generales, pasemos ahora a delinear cuáles serían, a mí entender, los puntos básicos de un programa de Derecho Procesal Constitucional peruano, que podría enseñarse en las universidades peruanas. Se trata de una propuesta que lo que busca es cierta uniformidad en los temas, entendiendo que son los lineamientos básicos que permiten, por un lado, ampliarlo hacia nuevos temas, y por otro, desarrollar cada uno de ellos desde el punto de vista del profesor (pues aquí es dable explicar las diferencias que existen al interior de la doctrina). Lo que significa que mi interés es señalar un listado mínimo, en cuanto problemática, para que los alumnos tengan un referente igualmente mínimo, que les permita, en la vida profesional o en la vida académica, ir más allá o arriesgarse en nuevas exploraciones. Y esto dentro de un espectro que exponga diversas posiciones.

Este mínimo lo he preparado tomando en cuenta la experiencia que he tenido durante largos años en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y luego en la Maestría en Derecho Constitucional de la misma Universidad, y tomando además algunas referencias que me han sugerido algunos colegas del área, en especial, de Aníbal Quiroga León, José F. Palomino Manchego y Edgar Carpio Marcos.

El proyecto, es el siguiente:

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

- 1) Proceso y Derecho Procesal.
- 2) Derecho Procesal. Sus ramas.
- 3) Derecho Procesal y Derecho Procesal Constitucional.
- 4) Jurisdicción y procesos constitucionales en sentido estricto y en sentido impropio. El problema de los procesos “constitucionalizados”.

- 5) Relación con otras áreas.
- 6) La defensa constitucional:
 - a) El modelo americano.
 - b) El modelo europeo.
 - c) El modelo político.
- 7) El desarrollo en América Latina:
 - a) México.
 - b) El modelo colombo-venezolano.
 - c) Argentina.
- 8) Otros modelos (mixto y demás variantes).
- 9) Discusión teórica sobre los Tribunales Constitucionales. El problema de la magistratura constitucional.
- 10) Los procesos constitucionales: Antecedentes y Derecho Comparado Latinoamericano.
- 11) El caso del Perú: orígenes históricos (1963-1979). La Constitución de 1993.
- 12) Poder Judicial y control difuso.
- 13) El Tribunal Constitucional: antecedentes, *status*, competencia y composición.
- 14) Procesos constitucionales: antecedentes históricos y desarrollo actual.
 - a) Habeas Corpus.
 - b) Amparo.
 - c) Habeas Data.
 - d) Acción de Cumplimiento.
 - e) Acción Popular.
 - f) Acción de Inconstitucionalidad.
 - g) Conflictos de Competencia y de Atribuciones.

- 15) Control indirecto de constitucionalidad: a) el control difuso, b) el contencioso-administrativo.
- 16) La sentencia constitucional.
- 17) La jurisprudencia constitucional (una muestra).

Esta es, por cierto, una propuesta sujeta a enmiendas, correcciones y mejoras y que aquí planteo como hipótesis de trabajo.

Lima, agosto de 2000.

§ VII

SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL (*)

(Entrevista de José F. Palomino Manchego a Domingo García Belaunde)

1. ¿Cuál es la diferencia entre el control constitucional y la supremacía constitucional? La pregunta viene en función de que algunos profesores y políticos los usan como equivalentes, a propósito del reciente fallo que ha pronunciado el Tribunal Constitucional sobre la reelección presidencial.

Creo que son conceptos relacionados, pero que pueden ser diferenciados. Cuando se habla de supremacía constitucional, estamos hablando de que existen normas y unas están encima de otras y tienen una estructura de más a menos. O sea, hay un orden piramidal, para usar la frase famosa de Kelsen, la pirámide jurídica. Y eso es lo que caracteriza a los sistemas romanistas como el nuestro, en el cual la legislación tiene un orden, y ese orden descansa finalmente en la Constitución. Hay una pirámide, indudablemente; y ella conlleva la existencia de una jerarquía, es decir, la existencia de grados, que van de arriba a abajo.

El control es otra cosa; es un mecanismo exterior que no es sustantivo, sino de carácter procesal, que lo que busca es hacer operativa esa jerarquía. Puede haber un sistema jurídico jerárquico que no tenga sistema de control, y de hecho, por ejemplo, en el Perú, el sistema de control pleno sólo adviene en la Constitución de 1979 y sin embargo, la jerarquía constitucional existió siempre. Solamente la undécima Constitución de 1979, crea un sistema de control que antes no existía. Lo que pasa es que uno a la larga lleva a lo otro. Pero

como concepto y realidad son distintos. Es la diferencia que hay entre Derecho Constitucional, por un lado, que es sustantivo, y Derecho Procesal Constitucional, por otro lado, que es adjetivo, o mejor dicho, instrumental.

2. ¿El control constitucional es una atribución principalísima del Tribunal Constitucional, o también otro órgano constitucional lo realiza?

El control constitucional, se puede llevar a cabo de muchas maneras. Pero el concepto de control constitucional puede involucrarse dentro de un concepto más amplio, que es el de defensa de la Constitución. Hay muchas maneras de hacer un control. Por ejemplo, el Presidente de la República al vetar una ley puede decir que es inconstitucional y está usando un mecanismo de control constitucional. Y esto es evidente. Ahora, en sentido estricto, el control se hace fundamentalmente a través del Poder Judicial, en los casos que la Constitución y la ley lo establecen, y en forma más calificada, a través del Tribunal Constitucional.

3. Para empezar, habría que darle un concepto al control difuso. A renglón seguido, viene la pregunta: ¿el control difuso es también tarea de los Tribunales Constitucionales?

El nombre de control difuso lo usó Carl Schmitt en los años treinta, y luego Piero Calamandrei en los cincuenta lo fundamentó más ampliamente. Fue aplicado al sistema norteamericano, o sea, al sistema llamado americano, en el cual se daba esa opción, en principio, a todos los jueces o, en todo caso, a los jueces más representativos como cabeceras de corte, de distrito, o de Estado. Era una facultad que se daba a un número indefinido de jueces, para ejercer un tipo de control. Pero básicamente se daba en forma incidental, a raíz de un proceso, en un caso concreto, cuando había actores en el proceso, y cuando había consecuencias inmediatas. Esa es la naturaleza del llamado control difuso, que lamentablemente no ha sido bien entendido. Este sistema de control es lo que califica, digamos, al sistema llamado americano, pero también se da en ciertas circunstancias en el llamado modelo europeo, cuando el reclamo, la queja, o el recurso, está formulado por un particular, dentro de un caso concreto. O sea, no es privativo del modelo americano. Lo que pasa es que es característico del sistema americano, pero también se puede dar en el sistema concentrado, pero dentro de sus propios límites. Sin embargo, el problema es si en una acción de inconstitucionalidad, puede realmente ejercitarse o usarse, el control difuso. Mi respuesta es que no. Porque el con-

(*) Publicado en la *Revista Jurídica del Perú*, núm. 2, Trujillo, abril-junio de 1996.

trol a través de una acción de inconstitucionalidad como lo tiene el Perú y muchos países más es un control abstracto, es una especie de juicio de puro derecho, en el cual no hay causas ni controversias; hay una legitimidad procesal muy amplia en ciertos casos, como cualquier colegio profesional (por ejemplo, el Colegio de Abogados de Lima). Lo que se busca es una especie de análisis teórico, abstracto, entre una norma superior y una inferior, que aparentemente la colisiona.

4. Y ampliando horizontes con relación al control concentrado, ¿qué nos podría decir?

El control concentrado es una modalidad típicamente europea, que nació para evitar problemas y roces con el Parlamento. O sea, nace el control abstracto como acción para evitar roces con el Parlamento y evitar problemas al Poder Judicial. Es cierto que hubo antecedentes en América Latina (Venezuela y Colombia), pero es un modelo perfeccionado en Europa y vinculado fundamentalmente con los Tribunales Constitucionales europeos.

5. Explíquenos ¿qué lo llevó a Ud. a acuñar en 1991, esos dos términos o categorías de “dual” o “paralelo”?

Eso lo sostuve en un encuentro en Chile en 1991, concretamente en las “II Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal Constitucional”, pero lo acuñé mucho antes, en el año 1987, en un evento internacional. ¿Y esto por qué? Me di cuenta de que las tres categorías clásicas, eran el modelo americano, el modelo europeo, y el modelo político. Entonces, en un principio pensé que el Perú era mixto, y así lo dije en varias oportunidades. Pero después, analizando el modelo mixto, y estudiando otras realidades (la comparación jurídica es muy útil para aprender, y ayuda a pensar), me percaté de que lo nuestro era algo muy especial, porque tenemos los dos sistemas, pero no se juntaban, cada uno andaba por su lado. En México, por ejemplo, hay un sistema mixto porque los dos se juntan. En Venezuela se presenta un sistema mixto, porque la Corte Suprema inaplica y a su vez tiene el control abstracto. Pero en el Perú no; por un lado está el Tribunal Constitucional, y el Poder Judicial por otro ¿Y cuándo se juntaban? Solamente en casos de denegatoria de las acciones de Habeas Corpus y Amparo, que eran el diez por ciento del universo de acciones. Por eso pensé que era dual o paralelo.

6. Sin embargo, hay autores peruanos, docentes inclusive, que siguen sosteniendo, a la fecha, que en el Perú existe un modelo o sistema mixto.

En realidad, no me he ocupado de difundir mucho esta clasificación, que me parece de mayor alcance explicativo. Nuestra mixtura no es como la que existe en México o en Venezuela; es totalmente distinta. En realidad, no es tal. Yo creo que, por un lado, no he difundido adecuadamente esta categoría, no obstante que algunos la han acogido. Tampoco he pretendido imponer un punto de vista ni mucho menos. Y finalmente, porque en materia de clasificaciones, cada uno busca la suya, la que le es más cómoda, la que le sirve mejor y la puede usar, porque al fin y al cabo, las clasificaciones son convencionales. Que la gente use la tesis de la mixtura, a mí me tiene sin cuidado. Yo la usé y la dejé de lado porque no me satisfacía. Pero esto es muy personal. Respeto las otras posiciones.

7. En una reciente sentencia del Tribunal Constitucional peruano, se ha reconocido a este órgano como “intérprete supremo” de la Constitución. ¿Qué comentario le merece?

He visto en un fallo reciente una referencia un poco tangencial, en la parte de los fundamentos. Yo creo que está bien. Hubo mezquindad en el Parlamento, en negarle esta categoría al Tribunal Constitucional, porque están imbuidos de una concepción dieciochesca de lo que es el Parlamento; creen que el Parlamento sigue siendo una autoridad máxima, lo cual no es cierto. Yo diría que en el fondo fue por ignorancia en materia constitucional que tienen muchos de ellos. Sin embargo, a la larga y por la estructura misma de la institución jurídica y de su desarrollo legislativo, resulta inevitable que el Tribunal sea el supremo intérprete; el último definidor de la situación, nos guste o no nos guste. Lo estamos viendo recientemente, y aunque no se diga: eso es lo que existe. He dicho supremo; no he dicho el mejor, ni el más acertado. Pero espero que lo sea.

8. En cuanto a estructura ¿cómo debe ser, en términos generales, una sentencia que pronuncia un Tribunal Constitucional?

Yo creo que la estructura que se está haciendo ahora, está bien, repitiendo en sustancia lo que hizo la vez pasada el Tribunal de Garantías Constitucionales. Las sentencias deben ser autosuficientes, en el sentido que deben explicar qué es lo que pasa, qué es lo que se pide, qué es lo que se ha decidido,

cuáles son los fundamentos, y lo que se resuelve. Las anteriores sentencias eran muy largas; hay Tribunales Constitucionales que pronuncian sentencias inmensamente largas, que se justifican en casos muy especiales, en situaciones muy complejas. En principio, deben ser concretas, no hace falta utilizar muchas hojas de papel para decir lo mismo, ni formular votos singulares que a veces son redundantes o innecesarios. En las actuales sentencias yo destacaría, hasta donde recuerdo, que no tienen numeración. Eso es un error; no solamente deben numerarse los expedientes, sino también las sentencias, para que puedan ser identificadas, como se hace, por ejemplo, en España y en el modelo europeo en general. En Estados Unidos, no se enumeran, pero las sentencias llevan un nombre. Por ejemplo, *Marbury vs. Madison*, 1803. Aún más, entre nosotros, pueden ser numeradas retroactivamente, sin ningún problema, ya que el ajuste en realidad sería tan sólo administrativo, para que a la hora de publicarse, tengan un número correlativo. Puede darse un acuerdo del Pleno Jurisdiccional o un auto, para que la sentencia de tal fecha tenga tal numeración, y así sucesivamente.

9. A propósito, en el caso de la reelección presidencial, ¿fue o no una sentencia la que pronunció el Tribunal Constitucional?

Creo que no sentenciaron nada. O sea, mi impresión es que hubo muchas tensiones internas y externas de los dos signos. Problemas internos, sobre los que no voy a entrar en detalles, y externos, como por ejemplo esa actitud inexplicable de los parlamentarios que mandaron una carta notarial al Tribunal Constitucional; es algo vergonzoso realmente. A la larga, esa problemática hizo que hubieran dos pronunciamientos, que no son sentencias, ninguna de las dos. Es muy lamentable, y en consecuencia, la ley sigue vigente, como estaba antes, y el día de mañana, se la podrá impugnar por otras vías. El problema no ha acabado, no ha sido resuelto, y eso hay que lamentarlo.

10. El profesor español Pablo Lucas Verdú sostiene que un Tribunal Constitucional “adoctrina”. ¿Qué opina Ud. al respecto?

¡Claro! Adoctrina en el sentido que da doctrina y sienta doctrina. Y crea una doctrina para ser seguida por otros. Eso es lo ideal. ¿Por qué? Porque lamentablemente, el Poder Judicial vive en la vorágine del mundo diario, que le impide hacer algo así, en forma permanente. El Tribunal Constitucional puede aprovechar para que a través de ciertos fallos, sienta doctrina. Yo no sé

si lo hagan. He visto en el extinto Tribunal de Garantías Constitucionales, casos muy interesantes, valiosos, pero no que se haya hecho doctrina. Y en el actual Tribunal Constitucional, tampoco he visto algo parecido. Lo que hay es un interés en resolver el caso concreto, pero no se aprovecha la ocasión para crear doctrina, lo cual no significa que no lo puedan hacer en el futuro. En primer lugar, se podrían aprovechar ciertos casos para sentar determinados criterios que se pueden ir repitiendo. En segundo término, la única manera como se puede comentar o hacer doctrina, es que el Tribunal Constitucional tenga su propia publicación, en la cual, por ejemplo, se haga una especie de sumilla de sus fallos y se publiquen íntegramente los más importantes, como lo practican los Tribunales Constitucionales europeos.

§ VIII

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES (*)

1. LIMINAR

Uno de los temas de mayor trascendencia que ha aportado la reciente reforma constitucional argentina que se llevó a cabo en 1994, es haber otorgado un *status* especial a la Ciudad de Buenos Aires, que de tal manera sigue siendo la capital del país, pero a su vez, tiene una configuración distinta, sin precedentes, creando un serio debate a nivel doctrinario.

Como se sabe, la Argentina es un país de estructura federal, y en esto fue fiel al modelo norteamericano que está en los orígenes de su configuración histórica como país independiente. Y esto fue así por múltiples razones, que se hicieron sentir en otros países que también son federales, como son en la América Latina, México, Venezuela y Brasil, y Colombia, que lo fue hasta 1886. En todo caso, la estructura federal, asentada sobre vastos territorios, algunos muy densamente poblados, se dividían en estados (caso del Brasil) entidades federativas (en México), o provincias, como es la Argentina.

Clásicamente, la Argentina tuvo una estructura federal y una ciudad capital. Ahora mantiene esa realidad, pero se agrega la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que tiene, además, su propio gobierno. No es una ciudad como cualquiera otra, pues tiene un *status* especial (y sobre el que aquí no entraremos).

(*) Publicado en la *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, núm. 3, Buenos Aires, 2001.

Y como había sido previsto, se dio, a través de un proceso algo dilatado, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En ella no sólo se fijan las instituciones claves (gobierno, administración y judicatura), sino además, los derechos de sus habitantes (que ha ocasionado, por cierto, algunas críticas).

Y sobre ella se ha volcado, también, una masa impresionante de estudios y de libros, que han alcanzando una dimensión inmanejable (Marienhoff, Bidart Campos, Colautti, Frías, Spota, Quiroga Lavié, Natale, Bazán, Vanossi, Gil Domínguez, etc.) Así como varias ediciones de la Constitución con notas y comentarios (Daniel A. Sabsay, Raúl Gustavo Ferreyra, Néstor P. Sagüés, Marcelo López Alfonsín, etc.)

2. EL DISEÑO DEL CONTROL

En su artículo 113, la referida Constitución señala que el Tribunal Superior de Justicia (órgano máximo judicial) tiene competencia, entre otros, en los siguientes puntos:

- a) originaria y exclusivamente, en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de la autoridad de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. Agrega que la declaración de inconstitucionalidad, hace perder vigencia a la norma, salvo que se trate de una ley y la Legislatura (se entiende de la Ciudad), la ratifique dentro de los tres (3) meses de la sentencia declarativa, por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto, ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior.
- b) por vía de recurso de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución.

La Constitución, aprobada en el mes octubre de 1996 y publicada en la Gaceta Oficial el 10 del mismo mes y año, ha sido reglamentada, en este punto, por la Ley 402 de 8 de junio de 2000 y publicada días después. Se la denomina Ley de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

Ahora bien, lo que puede señalarse hasta aquí, es lo siguiente:

- a) La Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con su propio órgano jurisdiccional,
- b) La respectiva Constitución le ha dado a este ente jurisdiccional, entre otras atribuciones, la de controlar la constitucionalidad de las normas, único punto sobre el que aquí haremos nuestra reflexión,
- c) El control se hace a través de procesos que podemos calificar como constitucionales, esto es, procesos constitucionales, y no procedimientos (ya que esta es una nomenclatura que pertenece al procesalismo pre-científico, como lo señaló en su momento Carnelutti en su *Sistema*, tomo I).

3. TIPOS DE CONTROL

Los dos tipos de control de constitucionalidad que ha incorporado la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, y que luego ha desarrollado la Ley 402, no son algo enteramente nuevo, ya que existen algunos precedentes, como pueden ser, aparte de la estructura nacional, las constituciones provinciales de Tucumán, Santiago del Estero, Río Negro, Chubut y Tierra del Fuego, como acertadamente señala Raúl Gustavo Ferreyra (cf. *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1997).

Y de ellos podríamos decir lo siguiente:

En un primer momento, se acepta las acciones declarativas de inconstitucionalidad en calidad de acción, esto es, lo que la doctrina alemana conoce como “control abstracto”. Y a continuación, el control se ejerce en vía de recurso, ya sea como apelación o como alzada, realizándose sólo *inter partes*, de acuerdo a la tradición norteamericana del control difuso, que la doctrina alemana conoce como “control concreto”.

Y ambos controles se dan dentro del mismo cuerpo judicial, y en la misma instancia, y por cierto, en vías paralelas que no se mezclan entre sí.

Y esto origina algunos problemas, que podemos señalar desde fuera, ya que desconozco cómo funciona el novísimo Tribunal, y por cierto, carezco de mayores referencias. Pero mi análisis creo que puede valer, si se le considera desde un punto de vista teórico, y con afán de resaltar las modalidades existentes en el derecho comparado.

4. CONTROL ABSTRACTO

La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad contenida en el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución, es, como he señalado, un control abstracto. Y en consecuencia, lo que se resuelve tiene alcances *erga omnes*. Así opera en la tradición europea que tiene su nacimiento, como se sabe, en el modelo kelseniano ideado en 1918, pero puesto en práctica en 1920, con la Constitución austríaca de ese año.

El problema que sucede con este control, es que se nos presenta como defectivo, y en cierto sentido, regresivo. Digo esto por cuanto el control abstracto tan solemnemente formulado, se ve afectado cuando se trata de una ley, ya que en este caso, es la propia Legislatura la que debe ratificarla, con lo cual la sentencia del Tribunal no le alcanza y en la práctica pierde su carácter jurisdiccional. Dicho en otras palabras, si el control se ejerce sobre una ley, la sentencia del Tribunal está condicionada a lo que diga la Legislatura, la que puede, perfectamente, ratificarla, con lo cual el procedimiento tribunalicio queda sin efecto. Se trataría, a la larga, de un control político ejercido por la Legislatura.

Por si no fuera suficiente, la norma agrega que la ratificación de la Legislatura, o sea, dándole la contra al Tribunal, no afecta al caso concreto, ni impide el control difuso de constitucionalidad por todos los jueces. Con lo cual, en lugar de mejorar la situación, la complica. Veamos:

- a) El gran obstáculo que existió en Europa para implantar el control de constitucionalidad, fue precisamente el dogma de la soberanía del Parlamento, que venía de Montesquieu y de Rousseau, y algo de esto queda todavía en Inglaterra y en Francia (el Consejo Constitucional, si bien con relieve jurisdiccional, es demasiado administrativo y político como para equipararse a sus pares europeos). Pero esto fue rebatido definitivamente por Kelsen en su célebre ensayo de 1928, en donde estableció claramente que nada tenía que hacer el Parlamento ni la soberanía parlamentaria, con el control de constitucionalidad. Y lo mismo se ha debatido en los Estados Unidos, quedando claro que, con las limitaciones del caso, existe un carácter democrático en la *judicial review* (así, por ejemplo, en el famoso ensayo de Eugene Rostow de 1952).

Y precisamente, si es que el control constitucional ha crecido y se ha desarrollado, es porque se ha superado el dogma de la soberanía parlamentaria, como lo demuestra la literatura reciente. Por tanto, al someter o destinar la sentencia del Tribunal Superior a lo que resuelva la Legislatura, lo que se hace es un retroceso histórico y teórico, que además, crea situaciones contradictorias, como las que comentamos a continuación.

- b) Si el Tribunal Superior declara inconstitucional una ley, y ella luego es ratificada por la Legislatura, caemos en esta paradoja: para el caso concreto, la ley es inconstitucional y a las partes no les alcanza, pero para todos los demás, tras la ratificatoria de la Legislatura, la ley es perfectamente constitucional. Pero no acaba ahí el asunto: esto no impide el posterior control difuso, con lo cual se darían tres situaciones: los afectados por la sentencia, y para los cuales la ley es inconstitucional (sólo para ellos, aun cuando la acción es abstracta y genérica), para los que con posterioridad obtengan el control difuso, que también pueden lograr una declaratoria de inconstitucionalidad. Y para todos los demás, que tienen una ley constitucional, por mandato de la Legislatura. Es decir, tres situaciones, surgidas de una misma ley.
- c) A lo anterior, que ya de por sí es preocupante, se agrega algo más: en una acción abstracta de control, el Tribunal Superior declara una ley como inconstitucional, pero eso no impide el posterior control difuso. Con lo cual se abre la puerta para contradicciones entre sentencias, creando un desorden jurisprudencial que debe evitarse. Como se sabe, uno de los problemas básicos del control de constitucionalidad, es crear jurisprudencia uniforme y vinculante, de manera tal que la seguridad jurídica sea asegurada. Aun en países de interpretaciones cambiantes en la jurisprudencia, como es en los Estados Unidos, estos cambios son relativamente pocos, y se hacen de vez en vez, y generalmente tienden a ser progresivos. Aquí, por el contrario, cabe que cada caso de origen a diversas situaciones, no concordantes entre sí.

Entiendo que este es el planteo teórico y que en la práctica pueden pasar cosas distintas y benéficas. Pero este aspecto teórico, que es sólo eso, franquea otras posibilidades que pueden darse en el mundo de los hechos, con consecuencias imprevisibles.

En mi opinión, este tipo de control abstracto, con remisión al Parlamento o ente legislativo, es una rémora que debe ser modificado radicalmente, si quiere rendir los frutos que se esperan de ella.

5. CONTROL DIFUSO

El llamado control difuso, a través del recurso de inconstitucionalidad, es recogido siguiendo una vieja tradición local, y, en mi opinión, no ha creado problemas. O mejor dicho, tiene los problemas propios de los controles difusos, y a los cuales se ha buscado diversas alternativas de solución, en las que aquí no entramos.

Aun más, es probable que este control tenga un alto nivel de funcionamiento, ya que esta es la tradición argentina de más de un siglo, que en su momento fue tomada de la experiencia norteamericana (recordemos las traducciones hechas en la Argentina de las obras de autores clásicos del siglo XIX, como Cooley y Story). Y que luego otros países han seguido en la misma América Latina. Es, si se quiere, algo que ha calado hondo y sobre lo cual se podría decir mucho, y en todo caso, que ha funcionado razonablemente bien.

6. ¿QUÉ MODELO...?

Desde que así lo enunció Carl Schmitt, se habla de modelo concentrado, difuso y político. Lo hizo Schmitt en su famosa obra sobre *El guardián de la Constitución*, y un poco al margen. Luego otros lo tomaron y desarrollaron, pero con posterioridad a la segunda postguerra.

Fue Mauro Cappelletti el más destacado estudioso y difusor de este enfoque, si bien pronto advirtió que no existían modelos puros, sino más bien, los modelos habían tenido cambios y mutaciones, a tal extremo, que se empezó a hablar de sistemas mixtos. Pero si era dable hablar de mezclas o cambios, los modelos tenían rasgos definitorios que los caracterizaban y diferenciaban de otros. Y en la misma línea abunda Héctor Fix Zamudio.

En fecha más reciente, Lucio Pegoraro (cf. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino 1998) ha hablado de exportación y circulación de los modelos.

Así, el caso del Perú, ha sido excepcional por lo curioso, como he tenido oportunidad de explicarlo en otra oportunidad (cf. mi artículo *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, en “La Ley”, 16 de octubre de 1998, ahora en mi *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Temis, Bogotá 2001). Aquí incorporamos los dos sistemas, el difuso, a cargo del Poder Judicial, y el concentrado, a cargo del Tribunal Constitucional. Se trata de dos entidades separadas (a diferencia de Colombia, en donde el Poder Judicial y la Corte Constitucional son parte de la Rama Judicial) en las que cada una hace, sustantivamente, lo suyo. Fue así como pensé, hace ya un tiempo, que esto era un modelo dual o paralelo, pues las respectivas competencias se alojaban en dos entes autónomos y separados entre sí, que casi no tenían cruce entre ellos. Y pienso que hay algunos casos más, como puede ser la experiencia reciente de Ecuador.

Sin embargo, en el caso de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ambos modelos, el concentrado y el difuso, se encuentran unidos en el mismo Tribunal, o sea, están institucional y funcionalmente juntos, en el mismo nivel instancial. Se trata, pues, de un control de constitucionalidad, con dos vertientes, que se hacen efectivos ante un solo órgano judicial.

Así, las cosas, estimo que lo más prudente es calificar a este modelo como mixto, como hay tantos en la América Latina (México, Venezuela, Brasil, etc.) Si bien es cierto, que tiene una mixtura bastante singular.

7. CONCLUSIÓN

Argentina ha sido considerada, desde siempre, modélica en cuanto a sus aportaciones constitucionales, reflejadas en su legislación, en su literatura jurídica, y sobre todo, en sus decisiones jurisprudenciales (si bien esto último, en los años recientes, se ha visto enormemente resentido por la baja del nivel y del rigor en el trabajo).

Y por eso no deja de sorprendernos el diseño formulado por la nueva Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya ley de procedimientos ya se encuentra en vigor.

Cuando la Constitución ecuatoriana de 1945 incorporó el Tribunal de Garantías Constitucionales, estableció una suerte de control político —que es el que en rigor ha adoptado ahora la Constitución de la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires— consistente en que el Tribunal tenía que consultar o remitir al Congreso cualquier inconstitucionalidad. Esto duró algunos años, pero fue finalmente rechazado, y hoy por hoy, el Tribunal Constitucional de ese país, al emitir sus fallos, no tiene en cuenta para nada lo que piense la legislatura (así se ve, en forma definitiva, en las dos últimas constituciones, la de 1978 y la vigente de 1998). Ecuador ahora, como España al debatir sus constituciones de 1931 y 1978, comprendieron que un verdadero control constitucional, no pasa por las instancias políticas.

Esperemos de la sabiduría del legislador, una solución acertada para evitar algunos de los problemas que podrían surgir de un diseño tan inconsistentemente armado.

Lima, febrero de 2001.

§ IX

EL HABEAS CORPUS EN AMÉRICA LATINA: ANTECEDENTES, DESARROLLO Y PERSPECTIVAS (*)

1. INTRODUCCIÓN

Como es de sobra conocido, el Habeas Corpus es una institución del derecho anglo-sajón, que nacida en Inglaterra en fecha incierta, pero en todo caso a mediados del siglo XIII, se extendió a sus colonias de ultramar (en especial, a las que luego serían los Estados Unidos), y de ahí a otros lugares más.

Así, el Habeas Corpus ha nacido y se ha desarrollado sobre todo en su país de origen, Inglaterra, o más en concreto, en el Reino Unido, y sólo más adelante en los Estados Unidos, así como en otros países de influencia inglesa.

(*) **Nota:** El presente texto es la reconstrucción de mi intervención en el seminario organizado por el “Center for Constitutional Studies and Democratic Development” de la Universidad de Bologna, el día 2 de octubre de 2001, por gentil invitación de mi dilecto amigo el profesor Lucio Pegoraro. Por la naturaleza de la exposición, no entra en mayores detalles ni aporta aparato crítico. Pero al interesado en mayores referencias, remito a mi ensayo “El Habeas Corpus latinoamericano” publicado en el libro colectivo *Constitución y constitucionalismo, hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000. La versión inglesa tiene la siguiente ficha: “Latin American Habeas Corpus” en “Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart”, Band 49, 2001. Publicado en AA.VV., *Influenze europee e statonitense sul costituzionalismo latino-americano*, Lib. Bonomo Editrice, Bologna, 2002, págs. 47-59.

Sin embargo, lo que no ha sido suficientemente estudiado es cómo llegó el Habeas Corpus a la América Latina, cómo se desarrolló y sobre todo, cuál es su fisonomía actual y sus perspectivas.

Pero podemos adelantar que a nuestro criterio, uno es el Habeas Corpus nacido en la Inglaterra medieval y desarrollado luego en el contexto del *common law*, y muy otro es el que llegó a las tierras de América Latina, se adentró en su tradición jurídica de base romanista, y adquirió una fisonomía peculiar, acorde con las necesidades del medio. Esto nos lleva a hablar, por cierto, de una matriz del Habeas Corpus que es sajona con varios desarrollos independientes, o mejor aun, a sostener que al lado del Habeas Corpus sajón (fundamentalmente inglés y norteamericano), existe un Habeas Corpus latinoamericano, sobre el cual vamos a decir algo en nuestra exposición del día de hoy.

2. CARACTERES GENERALES: APROXIMACIÓN

Lo primero que cabe llamar la atención en el Habeas Corpus latinoamericano, es su relativa antigüedad, ya que si bien no es dable compararlo con el Habeas Corpus anglosajón, que nace a mediados del siglo XIII, si bien su desarrollo legislativo es muy posterior, tiene una vida que excede el siglo –aparece por vez primera en proyectos de 1810– y muy por delante de otros instrumentos que han aparecido o cuajado avanzado ya el siglo XIX, y quizá muy entrado el siglo XX.

El segundo aspecto que vale la pena considerar, es su rápida recepción, y sobre todo, su continua expansión, que es característica, por así decirlo, de un continente que durante todo el siglo XIX vivió en permanentes convulsiones políticas, y que en mayor o menor grado las sigue teniendo todavía. Y no sólo expansión a nivel legislativo, sino vigencia real y efectiva, y en cualquier caso, vivencia del instituto entre la población de la región.

Y el tercer punto, ya señalado, es que a diferencia del Habeas Corpus sajón, importante pero en cierto sentido restringido –como lo es aun el Habeas Corpus español– en la América Latina tiene características peculiares, llegando al extremo de que la mayoría de los países latinoamericanos lo han introducido en sus constituciones, y hacen de dicho instituto un proceso ágil y garantista, cada vez más de un inequívoco contorno constitucional y con una cobertura muy amplia.

3. EL PROBLEMA DE LOS NOMBRES

Si bien desde un principio se conoció el instituto por su propio nombre, esto es, Habeas Corpus, en su difusión ha optado a veces un nombre distinto, pero que no deja lugar a dudas. Así, por ejemplo, en varios países de Centroamérica se utiliza preferentemente el vocablo “exhibición personal”, mientras que durante años, y fruto de la indefinición de la derogada Constitución de Venezuela de 1961, se le llamaba Habeas Corpus o Amparo. Y en Chile, se denomina como “recurso de protección”, y se conoce como “amparo” al que está destinado a la tutela de la libertad personal. No obstante, la doctrina chilena entiende claramente lo que es un Habeas Corpus, y así lo señalan sus estudiosos.

Por tanto, si bien con algunas variantes, lo cierto es que la tendencia es que el nombre del instrumento procesal que se utiliza es el de Habeas Corpus. Y cuando se emplea otro nombre, hay acuerdo de que en el fondo nos estamos refiriendo a lo mismo.

4. ANTIGÜEDAD Y CRITERIOS

Existe un debate, no muy extendido, sobre cuál sería la antigüedad del Habeas Corpus en la América Latina. Y esto por la sencilla razón de que no siempre existen criterios uniformes para fijar lo que es la institución, y también por la confusión terminológica o conceptual que existe entre los estudiosos.

Por tanto, a fin de precisar nuestro enfoque, creo que hay que distinguir varios aspectos: la existencia de los derechos de la persona humana, en cuanto exigibles frente al poder, y por tanto, que el particular puede oponer a la autoridad. Y entre ellos, la libertad individual. Esta es una conquista muy antigua y existe en todas las constituciones. La primera que se sanciona en la América Latina, la venezolana de 1811, muy influenciada por la de Estados Unidos de 1787, así como otras de la misma época (las locales que con anterioridad existían en lo que es hoy el territorio de Colombia), contienen declaraciones de derechos, que incluyen la libertad personal.

Sin embargo, la existencia de derechos proclamados o reconocidos por el Estado o en sus textos fundamentales, no significa que de por sí sean respec-

dos o que realmente sean vigentes. En este error cayeron los revolucionarios franceses, y así se repitió en nuestros países. Esto es, la declaración de derechos no pasaba de ser eso y por sí misma no garantizaba nada. Dicho en otras palabras: los derechos sólo se respetaban y protegían cuando existían adicionalmente instrumentos jurídicos que tenían ese objetivo y estaban diseñados para ello.

Y por eso, cuando nos referimos al Habeas Corpus, estamos haciendo mención a un derecho instrumental, o sea, a un conjunto de procedimientos más o menos articulados, con los cuales se puede defender algo. Dicho en lenguaje moderno: el Habeas Corpus es un instrumento procesal, o un proceso destinado a la protección de otros derechos. Y sin importar cuál sea su nombre, es evidente que tiene un carácter adjetivo, ancilar en relación con otros fines, y que se realiza defendiendo a terceros (y así lo fue siempre desde su aparición en la Inglaterra medieval).

Pero existen tendencias que identifican el derecho (libertad individual) con su instrumento de defensa, y creen que ambos son lo mismo. Así, identificando el Habeas Corpus con la libertad individual, se sostiene que habría existido el Habeas Corpus en las constituciones de 1811 (de Venezuela), y otras de la época o que vinieron después (por ejemplo, la chilena de 1833). Pero esta tesis es errónea. No se puede sostener válidamente que existe el Habeas Corpus si se carece de un procedimiento expeditivo para la libertad individual, configurado de manera expresa. La simple enumeración del derecho, no es suficiente. Aparte de los derechos, lo que es necesario es la proclamación del instrumento protector, que en los casos mencionados, no se dio. La creación de este instrumento protector puede hacerse por ley ordinaria o por norma constitucional. En el caso concreto del Habeas Corpus, lo que sucedió fue lo primero.

5. ETAPAS EN SU DESARROLLO: DESDE 1810 EN ADELANTE

Al parecer, la primera vez que se plantea seriamente la incorporación del Habeas Corpus a un ordenamiento positivo, fue en las Cortes de Cádiz y en 1810. Como se sabe, estas Cortes, convocadas a raíz de la invasión napoleónica a España, y en la cual participaron no sólo españoles, sino también españoles de ultramar (como se conocía entonces a los habitantes de la América español-

la y de las Filipinas) programaron y diseñaron un texto que sería aprobado en 1812, y que tendría vasta influencia, tanto en la misma España, como en sus provincias de ultramar, y por cierto en la misma Europa.

Pues bien, en ella y en 1810, Manuel de Llano, diputado suplente por Guatemala, propuso incorporar el instituto del Habeas Corpus, siguiendo el modelo del que existía en Inglaterra, lo cual da cuenta del grado de información que en materia política y jurídica tenían las elites del Nuevo Mundo. El proyecto fue aprobado, según se sabe, para ser destinado, en medio del debate, al capítulo sobre el Poder Judicial, en donde finalmente se perdió en medio del tumulto de aquellos días. Pero la idea, sin lugar a dudas, quedó.

Otros más tarde, mencionaron el Habeas Corpus en sus proyectos de Constitución, como es el caso de Ignacio López Rayón, en sus conocidos *Elementos constitucionales* de 1812 y que circularon en México, aun cuando no tuvieron vigencia alguna. Y muchos más lo repitieron, como es el caso de Manuel Lorenzo de Vidaurre en 1827, y en relación con un proyecto constitucional que preparó para el Perú. Y también el proyecto de Eduardo Livingston de 1831 que confeccionó para la Luisiana, por influencia del ilustre Jeremy Bentham, y que fue traducido y recepcionado en Guatemala.

Pero es en el Imperio del Brasil en donde se consagrará, a nivel de derecho positivo, el Habeas Corpus y en 1830. Así consta en el Código Penal de ese año, que se reitera en el Código de Procedimientos Criminales que se sanciona en 1832. Y en 1837 es cuando el Habeas Corpus se incorpora en el derecho positivo de Guatemala, siguiendo al pie de la letra el Código de Livingston, antes citado. Posteriormente, en la Constitución de El Salvador de 1841, se consagra por vez primera en América Latina el Habeas Corpus en el más alto nivel normativo. A partir de esta fecha, el Habeas Corpus va a tener una influencia expansiva en el resto de los países del continente, influencia que perdura hasta ahora.

En este proceso queremos señalar algunas fechas adicionales, con carácter meramente referencial:

- i) Argentina incorpora el Habeas Corpus en 1863,
- ii) Honduras en 1865,
- iii) Chile en 1891,

- iv) Perú lo hace en 1897,
- v) Cuba en 1898, y
- vi) Puerto Rico en 1898.

Entre algunos países que han incorporado el Habeas Corpus en el siglo XX, señalemos los siguientes:

- i) Panamá en 1904,
- ii) Uruguay en 1918,
- iii) Ecuador en 1929,
- iv) Bolivia en 1931,
- v) Costa Rica en 1931,
- vi) Venezuela en 1947, y
- vii) Colombia en 1964.

6. EL CASO ESPECIAL DE MÉXICO

Lo importante del Habeas Corpus es que llegó a la América española por influencia de Inglaterra, y de ahí se expandió notablemente. Algo lentamente en el siglo XIX, pero con más fuerza en el siglo XX, aparece la presencia de los Estados Unidos en esta materia. Sin embargo, ellas no alcanzaron a México. Veamos por qué.

México, como se sabe, era un Virreinato español que se asentaba en el territorio que actualmente ocupa, sin contar con los territorios perdidos en la guerra con los Estados Unidos, Guatemala y los países que hoy constituyen Centroamérica. De estos, algunos se perdieron solos (Texas) y otros se separaron, pero luego se reincorporaron, como es el caso del Estado de Yucatán. Esto último explica por qué se adoptó el Amparo en la Constitución del Estado de Yucatán en 1841, sobre la base de un proyecto de 1840, y luego se extendió al resto de Estados mexicanos, plasmándose luego en la normativa federal.

Desde sus comienzos, México utilizó el Amparo como un instrumento procesal para la defensa de varios tópicos, entre ellos, el control de constitucionalidad, así como la defensa de los derechos individuales, entre los cuales se encontraba la libertad individual. Esto es, el Amparo fue desde un principio un instrumento protector múltiple, que servía para defender varias cosas, entre ellas, la libertad individual. Dicho en otras palabras, el Habeas Corpus no existió, sino que fue subsumido dentro de un Amparo amplio y omnicompreensivo. Y así se fue desarrollando desde 1847 hasta nuestros días, con numerosos cambios y aditamentos.

Esta posición especial de México de no aceptar el Habeas Corpus, sino una institución compleja que la comprendía dentro de ella, junto con otras más, es singular y no ha tenido seguimientos y es además fruto de su desarrollo histórico. Incluso en Centroamérica, tan receptiva de todo lo mexicano, esta postura no ha tenido predicamento.

Más bien, el desarrollo en Centroamérica ha sido distinto. Y es que como estos pueblos tenían ya en su legislación y prácticas el instituto de Habeas Corpus con mucha anterioridad, aceptaron el Amparo como instrumento defensor de los derechos individuales, con excepción de la libertad individual, que reservaron al Habeas Corpus. Esto es, en Centro América se dio desde muy temprano esta defensa bifronte de los derechos de la persona.

Y el mismo panorama se observa en la América Latina: existe el Habeas Corpus para la defensa de la libertad individual, y el resto de derechos son defendidos por el Amparo (o por otras instituciones similares, como son la Acción de Tutela, en Colombia, el Mandato de Seguridad, en Brasil, etc.)

7. ALCANCES DEL INSTITUTO

El Habeas Corpus nació primero en la jurisprudencia inglesa en el siglo XIII, y sólo más tarde alcanzó consagración legal, en especial con las leyes de 1640, 1679 y 1816. Y se ejercitaba a través de los *writs*, que perseguían defender la libertad individual, pero a través de diversas variantes. Por lo pronto, se admite que el *writ of habeas corpus* tenía en realidad siete (7) modalidades, de las cuales la que está actualmente en uso y goza de mayor importancia, es el llamado *habeas corpus ad subjudiciendum*.

Y estos son los que han pasado a la América Latina y son los más importantes. Sin embargo, tal traslado de instituciones no ha sido una labor mecánica, sino que ha tenido un evidente carácter creador, a tal extremo que el Habeas Corpus ha desarrollado perfiles que no se han visto en su país de origen.

Por tanto, hay que diferenciar el Habeas Corpus en sentido estricto, si bien no muy apegado al modelo inglés, que se da en ciertos países (como Argentina y Brasil) y el Habeas Corpus en sentido amplio, que se da sobre todo en el Perú, y se dio también en épocas pasadas en el Brasil. Y ahora en los países de Centroamérica, en donde el Habeas Corpus se ha utilizado también para enervar las torturas y para indagar por los desaparecidos.

Esto es, al ser recepcionado en los países de América Latina, ha mantenido el núcleo esencial que caracteriza a la institución inglesa, pero se le han hecho determinados ajustes, ampliaciones y perfeccionamientos, producto de las exigencias del medio en que le ha tocado desarrollarse.

8. CONFIGURACIÓN ACTUAL

El Habeas Corpus fue en sus orígenes un procedimiento de orden penal y también civil, y casi como confundido con el resto de la legislación sajona existente. En la Constitución norteamericana de 1787 se le menciona, pero sólo de pasada, y para hacer referencia a cuando podía ser suspendido (ya que era una práctica comúnmente aceptada en las colonias y de continua observancia).

Pero lo que ha sucedido en la América Latina es peculiar. En primer lugar, y como no podía ser de otra manera, ha nacido en la ley, y más en concreto, en la ley penal, y luego se ha alojado en un código de la materia. Andando el tiempo, se ha mantenido así, pero ha tendido, ya en el siglo XX, a ubicarse en leyes especiales.

Y no sólo eso, sino que todos los países, en tiempos distintos pero convergentes, han elevado el Habeas Corpus al rango de instituto constitucional. Es decir, se ha consagrado especialmente como una institución que nace en la Constitución y que desde ahí se desarrolla y se inserta en el mundo jurídico. En las últimas décadas del siglo XX se han dado los pasos subsiguientes, como es replantear la institución a nivel doctrinario, y luego a nivel de la dogmática.

Como consecuencia de ello, llegar a la conclusión, todavía no unánime pero de amplio consenso, de que el Habeas Corpus es un proceso constitucional, con amplio espectro, pero básicamente destinado a la protección de la libertad individual. En algunos países con una cobertura muy amplia, y en otros, con una más restringida. Y el próximo paso será, sin lugar a dudas, la creación de leyes específicas sobre procesos constitucionales, que a la larga tenderán a consagrar la existencia de códigos procesales constitucionales (como es el caso de la provincia argentina de Tucumán).

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión, ineludible por cierto, de que si bien con raíces sajonas, el Habeas Corpus ha tenido un desarrollo singular en la América Latina, que lo hace modélico y que constituye una de las características del constitucionalismo latinoamericano, que si bien heredero del constitucionalismo atlántico (Europa y los Estados Unidos), tiene sus propias peculiaridades. Por cierto, el Habeas Corpus también existe en Portugal y en España, pero funciona bajo otros parámetros y no tiene la dimensión ni la importancia que se aprecia en la América Latina

9. PERSPECTIVAS

El Habeas Corpus apareció, como ya se ha indicado, a mediados del siglo XIII, y de ahí se extendió a las colonias inglesas, como lo prueba en forma palpable el constitucionalismo norteamericano. Y fue creado, precisamente, para combatir las detenciones arbitrarias hechas por las autoridades e incluso por los particulares, en épocas de autoritarismo y excesos notorios.

Y así fue evolucionando, con diversas modalidades y ha llegado a nuestro tiempo. Pero curiosamente, este desarrollo ha alcanzado muchas latitudes, pero no ha ingresado al corazón de la Europa continental (salvo los mencionados casos de Portugal y España). Pero en algunos países, sobre todo en los Estados Unidos y más acusadamente aun, en el Reino Unido, se aprecia el poco uso que se hace del Habeas Corpus o si se quiere, la restricción en su ámbito de acción. Y esto no se debe a que la institución no sirva, sino que simplemente los países evolucionan y los derechos humanos empiezan a respetarse más que antes. A primera vista, podría parecer que empieza a decaer, pero por *desuetudo*. Y sobre todo en Inglaterra.

Pero estos hechos que podrían demostrar un cierto decaimiento de la institución, o mejor aun de su uso, no se da en la América Latina. Es cierto que nuestro continente ha reiniciado, a partir de la década de los ochenta del siglo pasado, un retorno a la democracia, y esto es positivo. Pero ello no impide que los regímenes autoritarios vuelvan, ni tampoco que las democracias, pese a sus esfuerzos, no realicen excesos o cometan abusos. O peor aun, que prosperen las democracias de fachada.

Descartar esto por ahora, es prácticamente imposible. Todavía faltan a nuestro continente las bases sólidas para que una democracia funcione de verdad y permanentemente. Y en este proceso de afianzamiento de las libertades, que puede durar décadas, las instituciones dedicadas a proteger la libertad individual, tienen un rol que cumplir en nuestros Estados. Por eso es que, con sus limitaciones, el Habeas Corpus tiene aun un papel protagónico en las agitadas democracias de América Latina.

§ X

**DOMINGO GARCÍA BELAUNDE Y EL DERECHO
PROCESAL CONSTITUCIONAL (*)
(A propósito de una nueva publicación)**

Joaquín Brage Camazano (**)

El libro que se presenta recoge una serie de escritos del profesor Domingo García Belaunde, constitucionalista sobradamente conocido en todo el ámbito latinoamericano, y muy en particular en la esfera del Derecho Procesal Constitucional (en adelante, DPC), tema éste en torno al cual giran precisamente todos los artículos recopilados en la obra que se comenta. Tres de estos artículos son inéditos y los dos restantes habían sido publicados con anterioridad en una revista y en un libro de la especialidad. Los trabajos editados van precedidos de un laborioso estudio preliminar de otro constitucionalista peruano, Gerardo Eto Cruz, en el que se dibuja con detalle una semblanza académica del autor o, más bien, de su producción científica, tan abundante como importante.

(*) Reseña al libro de Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Marsol, Trujillo, Perú, 1998, 164 pp.

(**) Departamento de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid (España). Este comentario bibliográfico se publicó, salvo alguna referencia bibliográfica que ahora añadimos, en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, núm. 3, 1999, pp. 495 ss.

Nota del Editor: Con posterioridad a esta nota, se publicó la segunda edición del libro *Derecho Procesal Constitucional* (Editorial Temis, Bogotá, 2001) revisada y sustancialmente aumentada, en donde el autor completa y amplía los temas que trató en la primera edición.

Bien puede distinguirse en esta obra una parte general y otra especial, por más que ésta última no pretenda ser absolutamente sistemática ni completa, algo enteramente natural en una obra de esta naturaleza, que recopila estudios diversos. Por razones de espacio, no es posible aquí comentar con mínima profundidad cada uno de los capítulos, por lo que centraremos nuestra atención en los aspectos más destacados del primero de ellos, que es el que tiene un alcance más general, dedicado como está al estudio teórico-constitucional del DPC.

I

La primera cuestión que con respecto al denominado DPC se plantea es la terminológica. En el Derecho estadounidense se utiliza la terminología de *judicial review* para referirse a todas las cuestiones relativas a la problemática procesal de la Constitución. Dice García Belaunde que la denominación DPC “lo más probable es que sea una expresión propia del período de entreguerras y seguramente factura de algún procesalista” y que, en particular en el mundo hispánico, la introduce o divulga por vez primera Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y la utilizan también, posteriormente, Eduardo J. Couture y Héctor Fix-Zamudio.

En España, al poco tiempo de entrar en vigor la Constitución de 1978, publica Jesús González Pérez un conocido estudio monográfico que emplea esta terminología en su mismo título ⁽¹⁾. En el Perú, fue el propio García Belaunde el primero que utilizó esta terminología, que es también cada vez más frecuente en Latinoamérica en general. En cualquier caso, debe precisarse que, junto a dicha denominación, existen, también, otras expresiones que, incluso, al día de hoy, están más extendidas: “Jurisdicción constitucional” y “Justicia constitucional” ⁽²⁾. No faltan, incluso, otras denominaciones más genéricas, y de aceptación ya mucho más restringida, como “control judicial de

⁽¹⁾ Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980. En Alemania, son fundamentalmente dos los libros sobre la materia que utilizan esta denominación como título: Ernst Benda y Eckart Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 1991 y Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, C.H. Beck, München, 1982. No es una terminología ni concepción predominante.

⁽²⁾ José Almagro Nosete, *Justicia Constitucional. (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989.

la constitucionalidad”, “defensa de la Constitución”, “control constitucional” o, incluso, “control judicial” a secas⁽³⁾. Pero, cualquiera que se la terminología que se utilice, lo importante es destacar, dice García Belaunde, que se está aludiendo a la realidad encerrada dentro del DPC, disciplina ésta que, según Alcalá-Zamora⁽⁴⁾, puede considerarse fundada por Hans Kelsen⁽⁵⁾, ya que fue el profesor de la Escuela de Viena quien teorizó e hizo realidad una jurisdicción constitucional autónoma, que se instaló y operó en Austria, siendo además el propio Kelsen, luego, juez del Tribunal Constitucional durante los años 1921 a 1930. Pero Kelsen no llegó a hablar de DPC en ningún momento. Dice García Belaunde que, para Kelsen, justicia y jurisdicción constitucionales, expresiones por él utilizadas, son sinónimas y aludían fundamentalmente a la necesidad de tener tribunales especiales dedicados a la salvaguarda de la Constitución, al margen y fuera de la magistratura ordinaria, por estimar inaceptable la “solución norteamericana” y sin que Kelsen pensase en ningún momento que justicia hiciese referencia a valores.

Lo cierto es, en cualquier caso, que Kelsen no llegó a hablar del DPC como tal y ello, a juicio de García Belaunde, “no sólo porque carecía de formación procesal, sino porque la vida lo llevó por otros derroteros, en especial, la teoría del Derecho, temas filosóficos y sociológicos vinculados al Derecho, así como el Derecho Internacional Público”. Y si tampoco hoy la terminología DPC está suficientemente extendida, ello sólo es una “clara muestra de la inmadurez y sobre todo de la juventud de nuestra disciplina”.

Otro problema que se plantea, y que más sustancioso, es el de determinar la naturaleza del DPC, existiendo al respecto en lo esencial tres posturas doctrinales: *a)* el DPC es Derecho Constitucional: esta tesis, aunque últimamente no tiene mayores defensores (y entre ellos cita García Belaunde a Meter Häberle y a Alberto Spota) “se ve reforzada en la práctica por nuestra experiencia cotidiana, pues mayormente son los constitucionalistas los que prestan más atención a esta parte procesal, si bien es cierto que tratan de estar

⁽³⁾ Juan Manuel López Ulla, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999.

⁽⁴⁾ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, UNAM, México, 1947, p. 207.

⁽⁵⁾ Véase su libro recopilatorio en italiano: Hans Kelsen, *La Giustizia Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, *in toto*.

debidamente artillados con categorías procesales, pues los procesalistas que se han interesado en esta problemática son todavía muy pocos”. También en los EEUU el problema de la *judicial review* “se trata en los manuales de Derecho Constitucional, sin que tal inclusión haya sido discutida”; *b)* el DPC es una disciplina mixta, constitucional y procesal. Esta última tesis es la seguida, entre otros, por Néstor P. Sagüés y algunos de sus discípulos.

García Belaunde entiende que esta última tesis “es interesante, pero no resuelve el problema”, sino que “se limita a señalar una dificultad”, reproche éste que con frecuencias se hace a las teorías eléctricas, tan frecuentes en las disputas jurídicas. A juicio de García Belaunde, la tesis “más moderna y la que debe encarrilar los aspectos instrumentales de la disciplina” es la que defiende la naturaleza procesal del DPC. Es, además, la que “tiene mayor predicamento, y a ella le pertenece el porvenir. Pero su configuración científica dista mucho de estar plenamente constituida y todavía levanta más de una polémica”.

Desde nuestro punto de vista, aquí deben distinguirse dos cuestiones: de un lado, la naturaleza jurídica del DPC; y de otro, quiénes son los especialistas jurídicos mejor dotados para abordar su estudio. En cuanto a lo primero, parece fuera de duda que el DPC es Derecho Procesal, pues su objeto es la regulación normativa de los requisitos, el contenido y los efectos de los procesos constitucionales, esto es, de procesos específicos para hacer valer pretensiones fundadas exclusivamente en normas de Derecho Constitucional, procesos de los que, por lo general, y así ocurre en España o Perú, conocerá un órgano jurisdiccional *ad hoc*, Tribunal o Sala Constitucional.

Naturalmente, este sector del ordenamiento jurídico, como cualquier otro, podrá ser estudiado por cualquier jurista pues, como dice González Pérez, a este respecto “Las personas no importan”, sino que lo relevante es que se utilice una técnica jurídica precisa para su examen. Pero, de igual modo que los juristas que cuentan con una formación y un instrumental más apropiado para el análisis del Derecho Civil son los civilistas o los penalistas para el Derecho Penal, etc., cabría pensar que en este caso son los procesalistas quienes están mejor preparados para el estudio del DPC, tal y como ocurre por lo demás con el Derecho Procesal Civil o Penal. Y en esta línea de pensamiento, sólo la desidia de los procesalistas podría explicar el tratamiento de esta nueva rama procesal por los constitucionalistas o los administrativistas o incluso, como ocurrió en Italia, por los civilistas. Ésta es, en lo sustancial, la tesis de

González Pérez, quien señala que lo que importa es que, cuando aborden el estudio del DPC quienes no sean procesalistas, “se olviden de su técnica propia y se den cabal cuenta de que están trabajando sobre un campo de la realidad jurídica ajeno al de su disciplina”.

Y es aquí donde no puede estarse completamente de acuerdo con las tesis expuestas, pues si bien el estudio del DPC habría de abordarse, obvio es decirlo, con una técnica procesal, también habrá de llevarse a cabo, al mismo tiempo y de modo no excluyente, con una técnica constitucional muy precisa. En realidad, dado el carácter instrumental del Derecho Procesal, ninguna rama del mismo puede estudiarse seriamente sin conocimientos sustantivos del correspondiente sector material del ordenamiento, bien sea el civil, el penal, el laboral, etc. Y así ocurre también en el ámbito constitucional⁽⁶⁾, con la diferencia, a nuestro juicio, fundamental, de que aquí estamos ante un sector del ordenamiento jurídico que requiere una interpretación cualitativamente distinta a la del resto del ordenamiento, alejada de la hermenéutica propia de la dogmática iusprivatista⁽⁷⁾ e infor-

⁽⁶⁾ Como Schlaich ha destacado con todo acierto, el alcance de la jurisdicción constitucional depende decisivamente de los métodos de interpretación constitucional. La interpretación de normas abiertas como “libre desarrollo de la personalidad”, “propiedad”, “Estado social”, “Estado de Derecho” y otras muchas son las que determinan la competencia del TC y es el propio TC el encargado de interpretarlas, con lo que puede decirse que el TC tiene de hecho, no jurídicamente, la competencia de competencias. Cfr. Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, C.H. Beck, München, 1985, pp. 9-10. Es cierto que también los tribunales civiles o laborales, y hasta también en cierta medida los penales, determinan su competencia sobre la base de conceptos a veces no menos genéricos y abiertos que los constitucionales (“buena fe” o “diligencia de un buen padre de familia”, por ejemplo) ni desprovistos tampoco de cierta carga política, pero no cabe duda que la intensidad es mayor, en términos generales, en el caso de los conceptos constitucionales, aparte también de que estos últimos no se benefician de la larga tradición que sí suelen tener los conceptos genéricos del Derecho infraconstitucional.

⁽⁷⁾ Aunque no falta algún autor que defienda la aplicación estricta del método hermenéutico tradicional de Derecho Privado al ámbito del Derecho Constitucional. Ésta es la conocida posición, ante todo, de E. Forsthoff, “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, en su libro recopilatorio *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973*, C.H. Beck, München, 1976, pp. 136 ss. Es hoy, en cualquier caso, una tesis aislada, superada y que ha sido fuertemente criticada. Una reciente y valiosa exposición de la problemática de la interpretación constitucional en la doctrina alemana moderna, pero cuyas consideraciones son en gran medida extrapolables a otros países, puede verse en Thomas Würtenberger, “Auslegung von Verfassungsrecht realistisch betrachtet”, en *Verfassung-Philosophie-Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, pp. 223.

mada por principios propios⁽⁸⁾, y que puede no resultar fácilmente asequible para los juristas no familiarizados con las especialidades hermenéuticas del Derecho Constitucional, debiendo en todo caso deshacerse previamente de muchas pautas, criterios y parámetros interpretativos propios de, y apropiados para, los restantes sectores del ordenamiento pero que no resultan válidos, sin más, para el Derecho Constitucional.

Un procesalista que estudie el DPC sin tener esto presente, abordará el estudio con una “miopía constitucional” que viciará su análisis, de modo tan grave, por lo menos, como un constitucionalista que aborde el tratamiento del DPC sin conocimientos y técnicas procesales. Y desde luego, en el caso de los constitucionalistas, nada más lejos de la realidad que deban olvidarse de su técnica propia.

Más bien ocurre que quien quiera tratar esta materia jurídica con seriedad científica deberá hacerlo pertrechado con conocimientos y técnicas a la vez procesales y constitucionales. Esto, sin duda podrán hacerlo procesalistas, constitucionalistas, civilistas o cualesquiera juristas, como ocurre en realidad con cualquier tema jurídico, pues no existen en nuestra Ciencia exclusiones *ratione personae*, pero sin duda, por razón de sus propios conocimientos especializados, quienes mejor dotados están para su estudio son los constitucionalistas y los procesalistas, siempre que los primeros tengan presentes las técnicas procesales y los segundos las peculiaridades que la interpretación de las normas de Derecho Constitucional impone.

Sin embargo, hay otro dato que no puede perderse de vista y es que si puede presuponerse que cualquier constitucionalista tiene conocimiento de las técnicas procesales, no puede en cambio presuponerse tan sencillamente el conocimiento por los procesalistas de las peculiares técnicas hermenéuticas del Derecho Constitucional ni tampoco la acentuada sensibilidad hacia lo político que ha caracterizado siempre al Derecho Constitucional. Esto es especialmente importante destacarlo pues si el Derecho Procesal es acaso uno

⁽⁸⁾ Aunque no sea ahora posible detenerse en cada uno de ellos, pueden mencionarse algunos de los más importantes principios hermenéuticos constitucionales: unidad constitucional, concordancia práctica y ponderación de bienes, efectos integrador, corrección funcional, eficacia maximizada, atención al contexto político y Derecho Comparado. Sobre ello, véase Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1980, pp. 20 ss.

de los sectores del ordenamiento con un menor componente político y un mayor componente estrictamente técnico-jurídico, en el caso del Derecho Constitucional la composición es justamente inversa y todo ello afecta, y así debe ser, a las técnicas a utilizar en uno y otro ámbito, tanto en cuanto a la interpretación *stricto sensu*, como en lo referido a la necesaria valoración del impacto político, social y económico de las decisiones (no rige el principio *faciat ius et pereat mundi*). Como Pestalozza señala, los tribunales constitucionales hablan Derecho, pero también hacen política ⁽⁹⁾.

Y el mismo autor destaca también que los tribunales constitucionales más que descubrir el Derecho, lo construyen. Con ello se alude a la creatividad judicial, que si es intrínseca a todo fenómeno aplicativo del Derecho, en el ámbito del Derecho Constitucional se agudiza de modo extraordinario, pues si con carácter general es hoy cierto que el axioma anglosajón de que “the judge makes law”, en la esfera jurídico-constitucional no creemos demasiado osado afirmar, parafraseando un conocido principio constitucional, que “la Constitución reina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional gobierna”, especialmente si se atiende al particular valor jurídico que tienen las sentencias constitucionales en todos los países.

Todo ello, junto a otras circunstancias a las que no es posible aludir, impone una impronta metodológica y hermenéutica muy especial a la interpretación de las normas de Derecho Constitucional. La peculiaridad del DPC estriba, desde este punto de vista, en que debe trabajarse con una técnica que no es ni la estrictamente constitucionalista o de Derecho Constitucional sustantivo ni tampoco, en estado puro, la utilizada en las restantes ramas del Derecho Procesal. Más bien, habrá de ser una técnica procesal iluminada y matizada por el hecho de que se trata de procesos constitucionales ⁽¹⁰⁾.

En este sentido, y también en la medida en que la regulación básica del DPC suele estar constitucionalmente “congelada”, al encontrarse prevista en el texto constitucional y no en una ley ordinaria, llevan cierta razón las tesis

⁽⁹⁾ Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, cit., pp. 5 y 6.

⁽¹⁰⁾ Piénsese en el campo de los derechos fundamentales, donde la competencia del propio TC está fuertemente condicionada, en principio, por la interpretación que dicho Tribunal haga de los mismos y según siga una interpretación amplia o estrecha del ámbito normativo o “tipo” iusfundamental, así llamado por analogía con los “tipos” penales.

mixtas. Ahora bien, el DPC no es, como estas tesis pretenden, un Derecho mixto, procesal y constitucional, ni menos todavía Derecho Constitucional, sino que es Derecho Procesal, sin que aquí deban cegarnos intentos imperialistas más o menos disimulados desde el Derecho Constitucional. Pero, eso sí, su tratamiento y estudio requiere conocimientos “mixtos” especializados de Derecho Procesal y de Derecho Constitucional.

II

En la “parte especial” del libro se contiene, en primer lugar, un estudio global de “La jurisdicción constitucional en el Perú”, donde diferencia García Belaunde entre el control constitucional interno y la jurisdicción supranacional y, dentro del primero, estudia separadamente el control de la constitucionalidad de las leyes y los instrumentos procesales protectores de los derechos humanos, con examen minucioso, en cada caso, de los antecedentes históricos, los tipos de control, la legitimación, los órganos encargados del control, los efectos de las sentencias, la eficacia real del sistema, y la coordinación de las distintas vías procesales. Termina con un análisis de la jurisdicción supranacional con relación a su país.

Otro estudio incluido en el libro se enfrenta a la problemática que “El habeas data y su configuración normativa” plantea. En este trabajo predomina un enfoque teórico-general, no centrado en ningún ordenamiento concreto, y sólo al final se dedican unas breves reflexiones a la concreta regulación peruana. Se aborda, fundamentalmente, la cuestión terminológica, la indiferencia de que sea o no una figura autónoma si el derecho subyacente resulta efectivamente protegido, el rango normativo de su reconocimiento legal, y el régimen jurídico en Perú.

También aparece recopilado un importante trabajo, “El amparo colonial peruano”, en el que se analiza desde una perspectiva histórica este instituto, desaparecido en el siglo XIX (aunque es todavía discutido si continuó utilizándose en algunas poblaciones peruanas a partir de la independencia en 1821) y que no volvió a utilizarse más, sosteniéndose asimismo que no es el origen del actual amparo constitucional peruano, sino “algo distante y ajeno a nuestra tradición, pero no por ello menos interesante”. Se incluye también en la obra, en fin, una contribución doctrinal sobre “El hábeas corpus en

América Latina”, donde se hace un recorrido por la historia del hábeas corpus, destacándose las peculiaridades de su evolución, respecto del modelo sajón, en Latinoamérica, y se examina, desde una visión comparativa integradora, los regímenes jurídicos del hábeas corpus en diversos países latinoamericanos. El libro se cierra con una breve pero sustanciosa entrevista de José F. Palomino Manchego a García Belaunde sobre el control constitucional.

A modo de conclusión, puede decirse que estamos ante una obra que no sólo instruye, sino que también abre interrogantes de importancia para el Derecho Constitucional y que resultará, por ello, de gran interés no sólo para los juristas peruanos, sino más en general para todos los interesados en lo que se ha dado en llamar Derecho Procesal Constitucional, pues son varios los aspectos generales de esta novedosa disciplina los que se abordan en los trabajos recogidos en este libro y que serán útiles para todos los interesados por el DPC, especialmente el iberoamericano.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

— A —

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto: 13, 42, 48, 107, 140, 141.
 Almagro Nosete, José: 140 (n. 2).
 Alsina, Hugo: 53, 103.
 Álvarez Conde, Enrique: 57.
 Amato, Giuliano: 56.
 Andueza, José Guillermo: 57.
 Anzola Gil, Marcela: 13 (n. 6).
 Ardant, Philippe: 57.
 Aristóteles: 46, 94.
 Asbún, Jorge: 59.

— B —

Bach, Johann Sebastian: 82.
 Balaguer Callejón, Francisco: 12, 57, 79, 83.
 Barbera, Augusto: 56.
 Barranco Vela, Rafael: 12 (n. 4), 83.
 Batista, Fulgencio: 49.
 Battaglini, Mario: 13 (n. 5).
 Bazán, Víctor: 122.
 Becerra Ferrer, Guillermo: 94.
 Beethoven, Ludwig van: 75.

Belgrano, Manuel: 36.
 Benda, Ernst: 111, 140 (n. 1).
 Beneyto Pérez, José M.: 78.
 Bentham, Jeremy: 133.
 Bernales Ballesteros, Enrique: 58, 73.
 Beveridge, Albert J.: 28.
 Bickel, Alexander M.: 29.
 Bidart Campos, Germán J.: 13, 58, 122.
 Blackstone, William: 28.
 Blanco Valdés, Roberto L.: 17 (n. 9 y 11).
 Blume Fortini, Ernesto: 10 (n. 1), 51.
 Bolívar, Simón: 36.
 Bonavides, Paulo: 59.
 Bonham, Thomas: 27.
 Brage Camazano, Joaquín: 12, 14 (n. 6), 37, 52, 110, 139 y ss.
 Brewer-Carías, Allan R.: 11 (n. 2), 13, 37, 52, 57.
 Burdeau, George: 47.
 Burgoa, Ignacio: 53, 57.

— C —

Cadart, Jacques: 57.
 Calamandrei, Piero: 13, 16, 48, 116.
 Calvo Poyato, Carmen: 12 (n. 4).
 Cámara Villar, Gregorio: 12 (n. 4), 83.
 Cano Bueso, Juan: 12 (n. 4), 83.

Canosa Usera, Raúl: 13 (n. 5).
 Cappelletti, Mauro: 13, 39, 48, 52, 53, 65, 126.
 Carbonell Sánchez, Miguel: 11, 12 (n. 4), 83.
 Carnelutti, Francesco: 46, 53, 101, 107, 111.
 Carpio Marcos, Edgar: 10 (n. 1), 14 (n. 6), 112.
 Carpizo, Jorge: 10, 11.
 Carré de Malberg, Raymond: 33, 97.
 Carrió, Alejandro D.: 48.
 Cassasus, Juan J. E.: 49.
 Castro, Fidel: 49.
 Cerri, Augusto: 59.
 Chioventa, Giuseppe: 45.
 Coke, Edward: 27.
 Colautti, Carlos E.: 122.
 Constant, Benjamín: 33, 47.
 Cooley, Thomas M.: 126.
 Corcuera Atienza, Javier: 12 (n. 4), 83.
 Corwin, Edward S.: 27.
 Cossío Díaz, José Ramón: 11.
 Couture, Eduardo J.: 16, 44, 48, 140.
 Cruz Villalón, Pedro: 12 (n. 4), 32, 74, 83.

— D —

Dermizaky Peredo, Pablo: 59.
 Devis Echandía, Hernando: 110.
 Dueñas Ruiz, Oscar José: 54.
 Duguit, Léon: 13, 33, 97.
 Duverger, Maurice: 47.

— E —

Eguiguren Praeli, Francisco: 10 (n. 1).
 Eisenmann, Charles: 39, 41, 97.
 Ely, John H.: 29.
 Esmein, Adhemar: 97.
 Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy: 10 (n. 1).
 Eto Cruz, Gerardo: 10 (n. 1), 11 (n. 2), 23, 139.

— F —

Fairén Guillén, Víctor: 110.
 Favoreu, Louis: 41, 57.
 Fernández Rodríguez, José Julio: 14 (n. 6), 17 (n. 11).
 Fernández Segado, Francisco: 13, 16, 50, 51, 57, 74.
 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: 11.
 Ferreyra, Raúl Gustavo: 122, 123.
 Fix-Fierro, Héctor: 19 (n. 13).
 Fix-Zamudio, Héctor: 10, 11, 13, 15, 17 (n. 12), 23, 41, 42, 48, 52, 53, 65, 66, 67, 100, 101, 126, 140.
 Forsthoff, Ernst: 143 (n. 7).
 Franco, Francisco: 97.
 Frege, Gottlob: 46.
 Freud, Sigmund: 76.
 Frías, Pedro José: 94, 122.
 Fujimori, Alberto: 85.

— G —

Galeotti, Serio: 13 (n. 5).
 García Belaunde, Domingo: 9 y ss., 10, 11 (n. 2), 12, 14, 15, 16, 18, 21, 22, 24, 25 (n.), 42, 50, 51, 73, 74, 75, 83, 93 (n.), 115 y ss., 126, 129 (n.), 139 y ss., 140, 141, 142, 146, 147.
 García Falconí, José C.: 50.
 García Laguardia, Jorge Mario: 11 (n. 2).
 García Toma, Víctor: 58.
 Garrorena Morales, Ángel: 79.
 Gelsí Bidart, Adolfo: 48.
 Gil Domínguez, Andrés: 122.
 Giusti, Miguel: 73.
 Goldschmidt, James: 101, 107.
 Gomes Canotilho, José Joaquim: 12 (n. 4), 57, 83.
 Gómez Bernales, Gastón: 51.
 Gonçalves Correia, Marcus Orione: 43.
 González Garza, Federico: 17 (n. 10).

González Pérez, Jesús: 13, 41, 48, 109, 140, 142, 143.

Gozáini, Osvaldo Alfredo: 48.

Guarnieri, Carlos: 20 (n. 15).

Gutiérrez Ferreyra, Pedro Pablo: 90.

– H –

Häberle, Peter: 7, 12, 24, 42, 73 y ss., 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 99, 141.

Haro, Ricardo: 93 (n.), 94.

Hauriou, André: 47, 97.

Heck, Luís Afonso: 56.

Heller, Hermann: 76, 78, 81.

Hernández Valle, Rubén: 52, 59.

Herodoto: 46.

Herrera Paulsen, Darío: 15 (n. 7).

Hesse, Konrad: 12, 56, 75, 76, 81, 82, 144 (n. 8).

Hevia Bolaños, Juan de: 44.

Hitler, Adolfo: 97.

Hitters, Juan Carlos: 48.

Humboldt, Wilhelm von: 73.

Huntington, Samuel P.: 38.

– I –

Iturbide, Agustín de: 36.

– J –

Jefferson, Thomas: 28.

Jellinek, Georg: 38, 95.

Jerusalem, Franz: 41, 97.

Jiménez Campo, Javier: 12 (n. 4), 83.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo: 62, 66.

Jones, Ernest: 76.

Julio Estrada, Alexei: 11 (n. 2).

– K –

Kant, Immanuel: 75.

Kelsen, Hans: 13, 17, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 76, 77, 78, 81, 96, 97, 115, 124, 141.

Klein, Eckart: 111, 140 (n. 1).

Kotzur, Markus: 75.

Künig, Philip: 73.

Kunzur, Markus: 83.

– L –

La Roche, Humberto: 57.

Lambert, Edouard: 13, 96, 97.

Landa Arroyo, César: 14 (n. 6), 73, 74, 75.

Larrea Holguín, Juan: 40, 50.

Lí Carrillo, Víctor: 48.

Linares Quintana, Segundo V.: 58.

Livingston, Eduardo: 133.

Llano, Manuel de: 133.

Locke, John: 28.

Lohmann, Georg: 73.

López Alfonsín, Marcelo: 122.

López Calera, Nicolás: 12 (n. 4), 83.

López López, Angel: 12 (n. 4), 83.

López Rayón, Ignacio: 133.

López Ulloa, Juan Manuel: 141 (n. 3).

Lösing, Norbert: 13 (n. 6).

Lozano, Jorge: 47.

Lucas Verdú, Pablo: 13 (n. 5), 62, 78, 102, 119.

– M –

Marco Aurelio: 75.

Marienhoff, Miguel: 109, 122.

Márquez Romero, Raúl: 10 (n. 1).

Marshall, John: 17, 28, 29, 89, 95.

Marticorena, Ricardo: 73.

Maximiliano: 36.

Michael, Lothar: 82, 83.

Miranda, Jorge: 57.

Miró Quesada Rada, Francisco: 10 (n. 1).

Moisset de Espanés, Luis: 93 (n.).

Monroy Gálvez, Juan: 110.

Montero Aroca, Juan: 44, 45, 101.

Montesquieu, Charles-Louis de Secondat (Barón de): 30, 31, 124.

Montilla Martos, José Antonio: 11 (n. 2), 12, 83.

Moraes, Alexandre de: 59.

Morello, Mario Augusto: 48.

Mosca, Gaetano: 62.

Mussolini, Benito: 97.

– N –

Natale, Alberto: 122.

Nogueira Alcalá, Humberto: 54, 58.

Noriega, Alfonso: 57.

Nowak, John E.: 59.

– O –

Osuna Patiño, Néstor: 11 (n. 2).

Otárola Peñaranda, Alberto: 58.

Otero, Alfonso: 77.

Othon Sidou, J. M.: 54.

– P –

Pactet, Pierre: 47.

Palomino Manchego, José F.: 7, 9 y ss., 10 (n. 1), 11 (n. 2), 12 (n. 4), 21 (n. 16 y 17), 22, 23, 83, 112, 115 y ss., 147.

Pasquau Liaño, Miguel: 12 (n. 4), 83.

Patrón, Pepi: 73.

Pederzoli, Patrizia: 20 (n. 15).

Pegoraro, Lucio: 126, 129 (n.).

Pérez Escobar, Jacobo: 58.

Pérez Tremps, Pablo: 52.

Pestalozza, Christian: 111, 140 (n. 1), 145.

Pfeffer, Emilio: 58.

Pierandrei, Franco: 13 (n. 5).

Pinto Ferreira, Luiz: 58, 59.

Piza Escalante, Rodolfo E.: 52, 66.

Platón: 48.

Podetti, Ramiro: 53.

Portero Molina, José Antonio: 12 (n. 4), 17 (n. 9), 83.

Preuss, Ulrich K.: 73.

Puccinelli, Oscar: 54.

– Q –

Quiroga Lavié, Humberto: 54, 58, 122.

Quiroga León, Aníbal: 10 (n. 1), 112.

– R –

Ramos, Juan: 59.

Randelzhoter, Albrecht: 73.

Ranke, Leopold von: 46.

Recaséns Siches, Luis: 9.

Remotti Carbonell, José Carlos: 21 (n. 17).

Restrepo Piedrahita, Carlos: 10.

Reyes, Rodolfo: 104.

Rivera, José Antonio: 40, 50, 59.

Rolla, Giancarlo: 56.

Romero, César Enrique: 94.

Rossi, Pellegrino: 100.

Rostow, Eugene: 124.

Rotunda, Ronald D.: 59.

Rousseau, Jean Jacques: 28, 96, 124.

Rubio Correa, Marcial: 58, 73.

Ruiz de Azua, Miguel Angel: 20 (n. 15).

Ruiz Miguel, Carlos: 14 (n. 6).

Russell, Bertrand: 46.

— S —

Saavedra, Modesto: 12 (n. 4), 83.
 Sabsay, Daniel A.: 122.
 Sagüés, Néstor Pedro: 13, 19 (n. 13), 42, 54, 58,
 59, 122, 142.
 Salazar, António de Oliveira: 97.
 San Martín, José de: 36.
 Sánchez Sarto, Manuel: 77.
 Sarmiento, Domingo Faustino: 37.
 Saussure, Ferdinand: 48.
 Savigny, Friedrich Carl von: 75.
 Schlegelberger, Bruno: 73.
 Schmitt, Anima: 77, 81.
 Schmitt, Carl: 13, 33, 39, 76, 77, 78, 81, 96, 97,
 116, 126.
 Schubert, Franz: 82.
 Schumann, Robert: 82.
 Schwartz, Bernard: 27.
 Serra, María Mercedes: 59.
 Sierra Porto, Humberto: 11 (n. 2).
 Sieyès, Emmanuel Joseph: 38, 95.
 Silva, José Afonso da: 10, 54, 59.
 Silva Bascuñán, Alejandro: 58.
 Smend, Rudolf: 76, 77, 78, 81.
 Soberanes Fernández, José Luis: 19 (n. 13).
 Spagna Musso, Enrico: 18 (n. 12), 56.
 Spota, Alberto: 122, 141.
 Story, Joseph: 126.

— T —

Taney, Robert Brooke: 29.
 Terencio, 82.
 Tobo Rodríguez, Javier: 51.
 Tocqueville, Alexis de: 30.
 Torres del Moral, Antonio: 57.
 Torres Vela, Javier: 83.
 Tovar, Orlando: 57.
 Trejos, Gerardo: 66.

Treves, G.: 20.
 Triepel, Heinrich: 39, 97.
 Tucídides: 46.

— U —

Urzúa Valenzuela, Germán: 58.

— V —

Valadés, Diego: 10, 11.
 Valencia Carmona, Salvador: 17 (n. 12), 52.
 Vanossi, Jorge R.: 10, 122.
 Väth, Werner: 73.
 Vega García, Pedro de: 10, 12 (n. 4), 83.
 Vega Hernández, Rodolfo: 7.
 Verdugo, Mario: 58.
 Vergottini, Giuseppe de: 18 (n. 12), 56.
 Vescovi, Enrique: 48, 110.
 Vidal Perdomo, Jaime: 58.
 Vidaurre, Manuel Lorenzo de: 133.
 Vilcapoma Ignacio, Miguel: 10 (n. 1).
 Villari, Salvatore: 13 (n. 5).

— W —

Wagner, Richard: 74.
 Whitehead, Alfred North: 46.
 Wilson, Woodrow: 17, 31.
 Wlasic, Juan Carlos: 54.
 Württenberger, Thomas: 143 (n. 7).

— Z —

Zarza Mensaque, Alberto: 94.
 Zippelius, Reinhold: 82.
 Ziulu, Adolfo Gabino: 58.

ÍNDICE

– Nota a la cuarta edición	7
– Prólogo a la edición mexicana, por José F. Palomino Manchego	9
– A manera de explicación	23

De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional

1. Planteo del tema	27
2. La vertiente europea	30
3. El debate sobre los tribunales constitucionales	33
4. La experiencia latinoamericana	35
5. Aparición del debate doctrinario	38
6. ¿Una nueva disciplina?... .. .	40
7. ¿Derecho jurisdiccional constitucional?... .. .	43
8. Una muestra de las variantes latinoamericanas... .. .	48
9. Los contenidos del Derecho Procesal Constitucional	52
10. La enseñanza del Derecho Procesal Constitucional... .. .	55
11. Un syllabus tentativo... .. .	59
12. Cabos sueltos... .. .	65
13. Oteando el horizonte	68

Apéndices

§ I Los gigantes de Weimar. (A propósito de una visita a Peter Häberle)... .. .	73
---	----

§ II Con Peter Häberle en Granada... .. .	81
§ III Dos a cero	85
§ IV ¿Difuso o confuso?	89
§ V La defensa de la Constitución a través del Derecho Procesal Constitucional... .. .	93
§ VI Derecho Procesal Constitucional peruano: Un programa tentativo	107
§ VII Sobre el control constitucional. (Entrevista de José F. Palomino Manchego a Domingo García Belaunde)	115
§ VIII El control de la constitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	121
§ IX El Habeas Corpus en América Latina: Antecedentes, desarrollo y perspectivas	129
§ X Domingo García Belaunde y el Derecho Procesal Constitucional. (A propósito de una nueva publicación), por Joaquín Brage Camazano	139
Índice onomástico	149

Notas

**Este libro se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos de Editora Jurídica Grijley
E-mail: grijley@terra.com.pe,
el día 13 de julio de 2003 al conmemorarse el
aniversario del nacimiento
del constitucionalista Domingo García Belaunde
(Lima, 13-VII-1944).**