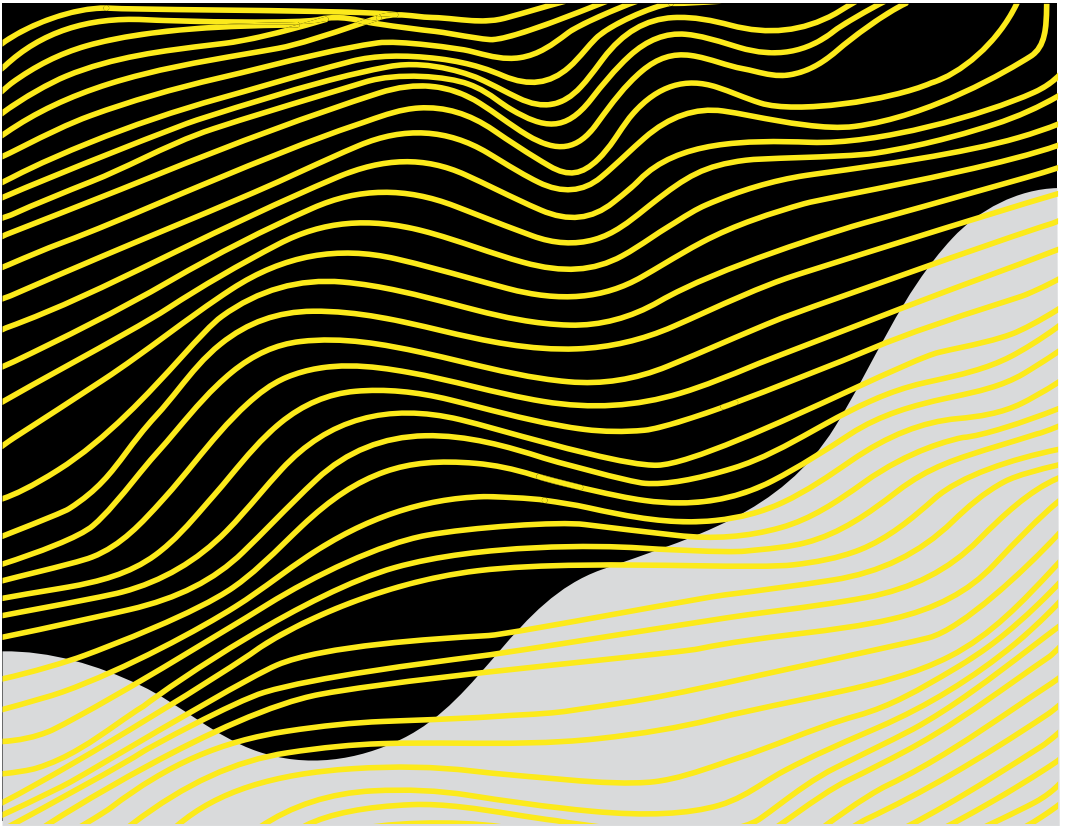
ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

LECCIONES DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Osvaldo Alfredo Gozaíni



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

JUS BAI RES
EDITORIAL

Estudios de Derecho Procesal Constitucional

Lecciones de Derecho Procesal Constitucional

www.editorial.jusbaires.gob.ar
editorial@jusbaires.gob.ar
fb: /editorialjusbaires
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320

Sello Buen Diseño argentino

Gozaíni, Osvaldo A.
Estudios de derechos procesal constitucional : lecciones de derecho procesal constitucional / Osvaldo A. Gozaíni. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaires, 2019.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-089-8

1. Derecho Constitucional. I. Título.
CDD 342

© Editorial Jusbaires, 2019
Hecho el depósito previsto según Ley Nº 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial
Presidenta:
Vanesa Ferrazzuolo

Miembros:
Alberto Maques
Alejandro Fernández
Lidia Ester Lago
Esteban Centanaro
Silvina Manes
Alejandra García

Editorial Jusbaires
Coordinación General: Alejandra García
Dirección: Gerardo Filippelli
Edición: Analía Verónica Córdoba
Corrección: Daniela Donni, Leticia Muñoa y Mariana Palomino
Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga
Maquetación: Esteban J. González

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Saira* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora *Omnibus-Type* y *Alegreya* de la fundidora argentina *Huerta Tipográfica*.

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades 2019

Presidente

Alberto Maques

Vicepresidente

Alejandro Fernández

Secretaria

Lidia Ester Lago

Consejeros

Raúl Alfonsín
Silvia Bianco
Vanesa Ferrazzuolo
Anabella Hers Cabral
Darío Reynoso
Marcelo Vázquez

Administrador General

Luis Hernando Montenegro

Dedicado a Mabel B. Gozaíni,
con fraternal amor de su primo

ÍNDICE

Presentación
Osvaldo Alfredo Gozaíni..... 15

CAPÍTULO I
EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Introducción..... 17
Autonomía científica..... 23
Contenidos de la disciplina..... 35

CAPÍTULO II
JUSTICIA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El concepto de jurisdicción constitucional..... 41
El poder de interpretación del juez constitucional..... 48
La desconfianza en los jueces europeos del siglo XIX..... 51
La jurisdicción constitucional en el plano teórico..... 54
La confianza en los jueces americanos..... 58
Fundamentos de la jurisdicción constitucional..... 60
La jurisdicción constitucional en Argentina..... 65

CAPÍTULO III
PODERES Y DEBERES DE TRIBUNALES Y
JUECES CONSTITUCIONALES

La jurisdicción como "poder"..... 67
La jurisdicción como "deber"..... 70
Elementos de la jurisdicción..... 72
Clasificaciones por especialidad..... 79

CAPÍTULO IV
TRIBUNAL Y JUECES CONSTITUCIONALES

La independencia del Tribunal Constitucional..... 81
Misión del juez constitucional..... 84

Imparcialidad del juzgador..... 88
La independencia del juez respecto a los demás poderes.. 90
La independencia y los grupos de presión..... 96

CAPÍTULO V
LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

El objeto inmediato del derecho procesal constitucional.... 99
La tutela constitucional como función jurisdiccional diferenciada..... 101
El juez ordinario y el juez constitucional..... 105
El rol político de los Tribunales Constitucionales..... 110
La llamada "omisión inconstitucional"..... 113

CAPÍTULO VI
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Los modelos para el control de constitucionalidad..... 119
Modelo político..... 119
El modelo jurisdiccional..... 122
El método para realizar control de constitucionalidad..... 128

CAPÍTULO VII
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN AMÉRICA Y EUROPA

Clasificación de los modelos..... 133
Control difuso y concentrado..... 136
Fundamentos, principios y valores..... 138
Actuación jurisdiccional y política..... 141

CAPÍTULO VIII
EL CONTROL DIFUSO Y CONCENTRADO

El control difuso en acción..... 145
Control concentrado en ejercicio..... 147
Síntesis..... 154

CAPÍTULO IX
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La interpretación como fuente de la autonomía del derecho procesal constitucional..... 161
Intérpretes de la Constitución..... 164
Las técnicas de interpretación..... 165
Influencia del derecho supranacional..... 169

CAPÍTULO X
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Concepto de convencionalidad..... 175
Evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos..... 177
Alcance del control de convencionalidad..... 182
Características del control de convencionalidad..... 185
Obligación de acatamiento general..... 187

CAPÍTULO XI
ÓRGANOS ENCARGADOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Formas de realizar control de convencionalidad..... 191
Sujetos que deben realizar el control..... 196
¿Qué se fiscaliza en el control de convencionalidad?..... 202
Síntesis y algunas conclusiones..... 206

CAPÍTULO XII
TEORÍA DEL PROCESO CONSTITUCIONAL

Teoría del proceso y desajustes con los procesos constitucionales..... 209
El control constitucional ante la teoría del Estado..... 211
Orígenes del debido proceso..... 214
Concepto de debido proceso..... 215
El debido proceso constitucional..... 219

El debido proceso en la actualidad..... 222
Nuevos principios para el debido proceso..... 225

CAPÍTULO XIII
PRINCIPIOS Y PRESUPUESTOS DEL PROCESO CONSTITUCIONAL

Introducción..... 237
Principios procesales en los procesos constitucionales..... 240
¿Principios o sistemas?..... 242
Garantías, principios y reglas..... 244
Los presupuestos procesales..... 246
El proceso como única garantía..... 252
Fisonomía del proceso constitucional..... 253
Clasificacion de los procesos constitucionales..... 258

CAPÍTULO XIV
EL AMPARO

El amparo como derecho a la tutela judicial..... 261
El amparo como derecho constitucional..... 263
El amparo como proceso o garantía específica..... 264
El acto lesivo..... 268
Sujetos alcanzados..... 270
Carácter de la afectación..... 271
El carácter de afectado (legitimación para obrar)..... 272
Contenciosidad del proceso..... 276
Bilateralidad del amparo..... 278
La etapa probatoria..... 281
La sentencia en el amparo..... 283
La cosa juzgada..... 285

CAPÍTULO XV
HÁBEAS CORPUS

Objetivo del proceso..... 289
El hábeas corpus en Argentina..... 291
Reglas particulares..... 293
Sanciones..... 298

CAPÍTULO XVI
HÁBEAS DATA

Objetivo del proceso..... 299
Datos que se custodian..... 302
Datos sensibles..... 305
Datos públicos y privados..... 308
Archivos y bases de datos..... 310
Límites y alcances del proceso..... 312
El principio general de “calidad de los datos”..... 314
Autonomía del proceso constitucional..... 317
Legitimación procesal..... 318
El derecho de acceso..... 321
La prueba..... 323
La sentencia..... 324

CAPÍTULO XVII
EL DERECHO PROCESAL TRANSNACIONAL

El derecho procesal transnacional forma parte del derecho procesal constitucional..... 325
Nuevas fuentes para la interpretación de los Derechos Humanos..... 329
Conceptos y contenidos básicos..... 331

Presentación

A diferencia de los volúmenes que integran la colección, este libro está destinado a dar información general y completa sobre los contenidos mínimos que tiene la ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Es una obra con finalidades académicas, en primer lugar, pero que al mismo tiempo recoge y sintetiza las polaridades ideológicas que se pueden dar entre quienes focalizan los estudios en la perspectiva del Derecho Constitucional (Derecho Constitucional Procesal) o del Derecho Procesal Técnico (Procesal Constitucional).

Esta distinción persigue demostrar que ninguna de esas observaciones puede analizarse con dogmatismo, ni puede catalogarse a la ciencia como una rama de uno u otro Derecho, porque, en esencia, creemos en la autonomía del Derecho Procesal Constitucional.

El primero de los trabajos que tuvo la colección fue el debido proceso, articulado con una obra anterior sobre la necesidad de tener en Latinoamérica un Código Procesal Constitucional. Los comentarios recibidos remarcaron que debíamos incentivar el estudio científico a través de unas lecciones que, sin resultar básicas, fueran el molde en el cual volcar el perfil garantista de la ciencia y su objetivo de asegurar el principio *pro homine*.

Esperamos que el libro cumpla con los objetivos planteados.

Capítulo I
El derecho procesal constitucional

Introducción

El derecho procesal constitucional es una ciencia nueva que se explica a partir de la relación que existe entre el proceso y la Constitución. Vale decir que se ocupa de las instituciones procesales (garantías judiciales) insertas en las Constituciones de cada Estado; de los procesos constitucionales; y de los principios y presupuestos fundamentales que todo proceso debe aplicar en las controversias entre partes (debido proceso).

El punto de partida podría ser correcto si no tuviéramos en cuenta las asimetrías que existen entre los sistemas procesales y los modelos previstos para el control de constitucionalidad. Y eso sin tener en cuenta la polémica que persiste entre quienes sostienen que los procesos constitucionales y la función judicial en el control de constitucionalidad es netamente procesal; ni de aquellos que afirman que ambas cuestiones pertenecen al derecho constitucional.

Es decir: la simplificación es incorrecta, porque más allá de observar que en cualquier controversia particular siempre hay un conflicto entre derechos que se desprenden de la Constitución, también hay perspectivas diferentes sobre los aspectos que definen la autonomía científica.

Además, este es un enfoque reducido a la problemática procesal. Por eso, se incluye dentro de la temática en estudio cuanto se vincula con la jurisdicción constitucional (organización judicial; teoría de la interpretación; formas de cumplir con el principio de supremacía constitucional) y, actualmente, la evolución e impacto que tiene la aplicación y eficacia en el derecho interno de las Convenciones, Pactos y Tratados sobre Derechos Humanos (control de convencionalidad).

Incluso, se suma a este cuadro de contenidos todo lo referido al llamado derecho procesal transnacional, que supone incluir en el *derecho procesal constitucional* el estudio y desarrollo del funcionamiento de los órganos encargados de hacer cumplir dichos derechos internacionales.

Ahora bien, es cierto que en América Latina se ha disciplinado la ciencia con notable repercusión, pero aquí se da mayor importancia al

estudio de los procesos constitucionales y de las facultades que tienen los jueces que actúan en ellos; mientras que en Europa, la preocupación se inclina hacia la investigación de los límites y poderes de los tribunales constitucionales. Uno se ocupa de las garantías procesales en el proceso bilateral; el otro enfoca la dimensión de la actividad normativa que puede desnaturalizar la tutela de los derechos fundamentales. Pareciera que el interés a desentrañar consiste en saber cuánto puede hacer el juez del control difuso cuando tiene que poner en marcha su deber de afianzar la Constitución y hacer justicia en el caso concreto, frente a la potestad del tribunal concentrado en una única actividad de aplicar la ley y resolver si ella es o no constitucional.

El segmentar la tarea del juez constitucional de acuerdo con los poderes que cada sistema le asigna probablemente sea equivocado, porque en definitiva ambos tienen la misión de equilibrar las tensiones entre los fines constitucionales y la justicia del caso.

De aceptar la división, la tarea del derecho procesal constitucional en el sistema de control de constitucionalidad americano (difuso) estará en las funciones del juez ordinario que actúa en y para el caso concreto, donde hay un conflicto entre partes conocidas y que reclaman una solución solamente para sí.

En cambio, allí donde existan tribunales constitucionales, la misión del derecho procesal constitucional será explicar el modelo, una suerte de "derecho procesal concretizado", como lo nomina Häberle,[1] que significa extraer del derecho constitucional la materia esencial para el trabajo y generar con este métodos de interpretación.[2]

1. Häberle, Peter, *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Lima, Palestra, 2004, p. 23 y ss. Tesis que no recibe demasiados apoyos y suma críticas, aunque es rica y sugestiva –como dice García Belaunde–, pues está basada en la experiencia inicial del Tribunal Constitucional alemán (cfr. García Belaunde, Domingo, *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, México, Porrúa, col. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2008, p. 70).

2. Para Hernández Valle "… lo anterior significa, en primer término, que el derecho procesal constitucional debe extraerse materialmente del derecho constitucional en cuanto a sus principios (verbigracia, el de publicidad, el de protección a las minorías, etc.) y en cuanto a sus métodos de interpretación (utilización del método interpretativo abierto, orientado a la realidad y a la consecuencia de la decisión). En segundo término, significa que el derecho procesal constitucional tiene que ser interpretado en su totalidad, en la medida en que a ese ámbito pertenecen no solo normas estrictamente procesales –tales como las que regulan la legitimación de las partes para iniciar

Lo que se verifica, además, es que el llamado *control difuso* cada vez se aleja más del modelo que le dio origen. Incluso, hasta los países más cercanos ideológicamente a la Constitución de Estados Unidos han preferido volcar el control constitucional a cuerpos colegiados de interpretación final o de cierre, eludiendo que se transite por todas las instancias del juez ordinario la intención objetiva de hacer cumplir la supremacía constitucional.

Coincide Jorge Alejandro Amaya con esta visión al sostener que

> … El "modelo americano" lejano filosóficamente y abandonado paulatinamente a partir de realidades económicas, sociales y culturales diferentes, lo fue también en la letra a partir de los cambios constitucionales seguidos por el derecho público provincial y por la reforma de la Constitución Federal acontecida en 1994, la cual optó por dirigir su norte y el de las nuevas instituciones incorporadas hacia los modelos constitucionales de la socialdemocracia europea nacidos luego de la Segunda Guerra Mundial, particularmente el nuevo diseño español surgido con la Constitución de 1978.[3]

No obstante, si quiere verse emancipado al derecho procesal constitucional no bastará examinar analíticamente los contenidos sino, además, se deberá encontrar un rigor metodológico que lo singularice para evitar confusiones de ubicación, o simplemente para demostrar sus líneas de fundamento.

Algunos entienden que la comunidad de intereses que tiene la ciencia está en "el derecho fundamental a la legalidad constitucional",[4]

---

el proceso, sobre la capacidad procesal para ser parte, las normas sobre la recusación de los jueces o para la ejecución de sus sentencias, etc.–, sino también normas procesales que tienen relación directa con el derecho constitucional sustantivo, tales como las que regulan la elección de los jueces, los períodos para ejercer los cargos, sus incompatibilidades, etc., las cuales constituyen presupuesto necesario del derecho procesal constitucional. Se trata, en síntesis, que el derecho procesal constitucional se deriva de la clase especial de derecho de fondo que debe aplicar: el derecho de la Constitución, al que sirve justamente para eliminar los conflictos, la composición de intereses, la división de poderes. De ello se deduce que el derecho procesal constitucional es una parte del derecho material de la Constitución, por lo que debe ser tratado con las técnicas de este y no del derecho procesal general" (Hernández Valle, Rubén, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, Col. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2005, pp. 55-56).

3. Amaya, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 120.

4. Hernández Valle, Rubén, *Introducción al derecho procesal constitucional, op. cit.*, p. 57.

que en nuestro país se reflejaría en el principio obligatorio de aplicar la interpretación más acorde con la supremacía de la Constitución; sin embargo, esta afirmación quedaría afectada (en realidad es un complemento necesario) por la influencia de los Pactos y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, que traen el deber de concretar el control de convencionalidad.[5]

Hemos dicho que la Corte Interamericana siempre se ha preocupado por aclarar que la "obligatoriedad" de sus fallos es para el Estado Parte que se encuentra denunciado, pero que la situación es diferente cuando actúa en *jurisdicción consultiva*, precisamente porque es aquí cuando interpreta las normas del sistema. Esta jurisprudencia es *obligatoria*, y si en el derecho interno existe contraposición comienza a jugar el deber impuesto por la propia Convención respecto a adaptar las normas locales (y la jurisprudencia estaría alcanzada) para que sea operativa la efectiva defensa de los derechos humanos.[6]

Ahora bien, el fenómeno descripto sintéticamente pone de relieve que la función constitucional de los jueces o tribunales constitucionales alimenta y nutre a la disciplina, dando pie a particularidades que debe adquirir el proceso constitucional. Zagrebelsky sostiene que

> ... no tiene el Tribunal Constitucional una misión política, sino social, porque tiene que ser colocada en la línea de tensión entre las exigencias "objetivas" del gobierno (del cual el derecho objetivo es la manifestación formal) y las exigencias subjetivas de tutela de las propias expectativas concretas.[7]

Empero, espejada la introducción con las razones por las que se organizaron las magistraturas especiales, se torna evidente la dis-

5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el objeto y fin de las convenciones de derechos humanos son la protección de los derechos [...]: "Al aprobar estos tratados... los Estados se someten a un orden legal dentro del cual asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (Corte IDH, OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, "Otros Tratados", objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 24.

6. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno", en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 104-105.

7. Zagrebelsky, Gustavo, "¿Derecho Procesal Constitucional?", en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 4, 2001, pp. 399-416. También del autor: *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 4ª edición, p. 34.

tancia con la tradicional polaridad que generó la creación de los Tribunales Constitucionales, donde el conocido ensayo de Hans Kelsen (*La garantía jurisdiccional de la Constitución*, 1928) sustentó que el mejor sistema para evitar la desconfianza en los jueces tradicionales era la creación de un tribunal neutro, pero específico en la misión de controlar la constitucionalidad de las leyes; tesis contra la que reaccionó Carl Schmitt (*El custodio de la Constitución*, 1931) alegando que de este modo se politizaba la justicia y se convertía al juez en legislador.

Es decir, en uno y otro sistema no se trata de señalar los opuestos. Mientras en el sistema de control difuso se actúa en la soledad del problema contingente y propio que resuelve la fiscalización constitucional en el límite subjetivo (entre partes) de la cosa juzgada, en el sistema concentrado la regla es la abstracción y la generalidad del pronunciamiento porque interesa el principio de legalidad antes que la justicia del caso concreto.

En ese dualismo polarizado entre dos lecturas que llegan desde las concepciones distintas que se tienen para realizar el control de constitucionalidad, se derivan imprecisiones y enfrentamientos estériles que ningún favor le hacen a la ciencia que abordamos.

En efecto, considerar que el juez del sistema americano atiende la justicia objetiva del caso concreto, como creer que el tribunal concentrado del sistema europeo resuelve haciendo abstracción de la causa, son caminos confusos que demuestran la inconsistencia de las respuestas que se toman desde una u otra posición.

Ninguna es precisa porque, en el primer espacio se pierde solidez dogmática al encontrar diversidades en el sistema de control de constitucionalidad que tienen los países latinoamericanos, que hace diferentes los modelos de regulación procesal de los procesos y una lectura distinta en cada una de las garantías de la jurisdicción; en cambio, en el segundo, no se advierte ni considera que hay mecanismos trasnacionales que convierten en constitucionales una multiplicidad de procesos que en el orden interno no son atendidos por los tribunales constitucionales; como tampoco se analiza que estas magistraturas especiales no trabajan aisladas del contexto ni son insensibles al padecimiento humano: todo lo contrario, aunque se pueda poner en duda el carácter puro de la jurisdicción que ejercen, no existe temor alguno para afirmar que la resolución se aplica también a un juicio entre partes.

Las alternancias en la interpretación pueden hacer creer que solamente los que poseen tribunales constitucionales tienen una jurisdicción especial y un derecho procesal constitucional (aunque cueste encontrarlo definido de este modo); así como sucede que, quienes estudian la disciplina desde los confines del control difuso, son proclives al error de buscar el derecho procesal constitucional en los pilares de una ciencia u otra (es decir, en el derecho procesal o en el derecho constitucional), cuando en realidad, no es rama ni proyección de ninguna de ellas, sino un caso más del derecho público.

Con esta lógica también se argumenta que las actuaciones de los tribunales constitucionales son ejercicio de jurisdicción constitucional, a diferencia de los jueces que resuelven procesos constitucionales cuya tarea expresa un modelo de justicia constitucional.

> A la vista de lo expuesto, bien puede decirse que la idea de la justicia constitucional parece ser hija de la cultura del constitucionalismo, esto es, de una concepción de la democracia que en cuanto sustentada en un conjunto de valores sociales presididos por la idea y el valor de la libertad propicia un "gobierno limitado" por la Constitución entendida como *higher law*. Donde es posible entender por qué constituye una forma de gobierno basada en el principio de *"checks and balances"*, dirigida a prevenir la tiranía de la mayoría y a evitar que los poderes de decisión política asumieran formas y contenidos arbitrarios, llegándose a la conclusión de que el pensamiento contemporáneo sobre la defensa de las normas constitucionales es heredero de una larga y persistente tradición a través de los siglos, pues en el fondo no es sino un reflejo de la permanente lucha de los seres humanos por su libertad frente al poder político, a través de un orden jurídico superior. Y esta idea ha tenido, y sigue teniendo, en nuestra época plena vigencia como por lo demás lo corrobora la imbricación entre la justicia constitucional y la democracia con su corolario de la incompatibilidad entre la primera y los regímenes dictatoriales.[8]

En síntesis, el punto de partida para reconocer la disciplina comienza con el esclarecimiento de los contenidos. Se puede preferir una versión mínima que se ocupe de la magistratura y los procesos constitucionales y explicar así el desarrollo de los modelos para el control

8. Fernández Segado, Francisco, "La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI", Discurso de recepción como académico correspondiente en España, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 24 de septiembre de 2002.

de constitucionalidad de las leyes; o ampliar el espectro y abarcar las garantías contenidas en las cartas fundamentales, los procesos que al efecto se diseñan, y los órganos encargados para encausar tales objetivos, sin necesidad de acotar la visión a los tribunales constitucionales.

Incluso, para llegar a precisar la ubicación de la ciencia, es muy importante la aparición de los llamados derechos de la tercera generación, pues implantan un principio de cooperación colectivo, que implica una renovación en la típica protección a los derechos individuales, afectando principios tradicionales del proceso judicial como son la bilateralidad del contradictorio, la legitimación para obrar y, especialmente, el alcance de la cosa juzgada.

Por eso, los procesos colectivos son también procesos constitucionales, en esencia, y deben estudiarse dentro de la disciplina.

Autonomía científica

No hay aún coincidencia doctrinaria para sostener la autonomía como ciencia del derecho procesal constitucional. Algunos lo derivan del derecho procesal y otros del derecho constitucional, por eso los respectivos enunciados de derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal. Es clásica ya la mesurada opinión del maestro Héctor Fix Zamudio, cuando opina que

> La imprecisión que se advierte en esta materia se debe a la estrecha vinculación entre el derecho constitucional por una parte, y el procesal por la otra, y aun cuando los autores antes señalados niegan expresa e implícitamente que existan dos disciplinas, una del campo procesal y otra del constitucional, aun cuando se encuentren en una situación de confluencia, lo cierto es que la única forma de delimitar ambas materias, es la consideración de que pueden configurarse dos materias en estudio, una que podemos calificar como *derecho procesal constitucional* en sentido estricto, y la otra *derecho constitucional procesal* [...]. El primero tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales 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. De distinta manera el que se puede calificar como derecho constitucional procesal, examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del dere-

> cho constitucional, debido a que las Constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad que con anterioridad, algunas de ellas ya figuraban en las Cartas constitucionales clásicas, lo eran en forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia.[9]

Rubén Hernández Valle sostiene que

> … en el proceso constitucional se tutelan dos bienes jurídicos diferentes: los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de la supremacía constitucional. De ahí que existan diversos tipos de procesos, los cuales responden a necesidades diferentes, pues los intereses en juego son también distintos. Esta realidad propia del proceso constitucional condiciona lógicamente el contenido del derecho procesal constitucional, lo cual implica que numerosas instituciones del Derecho Procesal clásico tienen que adaptarse y hasta transformarse radicalmente para satisfacer los dos bienes jurídicos tutelados por esta nueva rama jurídico procesal.[10]

La idea del maestro costarricense parte de interrogar si el funcionamiento del tribunal constitucional goza de autonomía procedimental de forma que sea el propio órgano de la jurisdicción el que cuente con la potestad de colmar las lagunas existentes e interpretar las disposiciones procesales legales para el cumplimiento eficaz de las funciones que le están encomendadas.[11]

Instalar los estudios en el derecho constitucional recibe apoyos importantes como el de Sagüés, aunque divide las preferencias al sostener que

> … el derecho constitucional procesal es un sector del derecho constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente "formal o informal". Entre estas cuestiones pueden mencionarse, por ejemplo, ciertas garantías de una recta administración de justicia […]. En cambio, el derecho procesal constitucional es

9. Fix-Zamudio, Héctor, "Breves referencias sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2ª ed., 2000, T1, p. 165 y ss.

10. Hernández Valle, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, San José de Costa Rica, Juricentro, 1995, pp. 35-36.

11. Hernández Valle, Rubén, *Introducción al derecho procesal constitucional, op. cit.*, p. 55.

> una rama del mundo jurídico que se sitúa en el derecho procesal, y atiende a los dispositivos "obviamente jurídicos" procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional. El derecho procesal constitucional es, principalmente, el derecho de la jurisdicción constitucional, y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales.[12]

Esta posición fue seguida en Argentina por Antonio Castagno, y recibe el apoyo de Ernesto Rey Cantor (Colombia) y Elvito A. Rodríguez Domínguez (Perú). El primero sostiene que

> ... el derecho procesal constitucional es un conjunto de principios y normas jurídicas consagrados en la Constitución y en la ley, que regulan los procesos constitucionales y los procedimientos constitucionales, cualquiera que sean los órganos encargados de preservar con justicia la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos humanos [...]. Como corolario de lo anterior podemos afirmar que el derecho constitucional procesal estudia el debido proceso, desde la perspectiva constitucional, de conformidad con los tratados y convenios internacionales aprobados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos.[13]

El profesor peruano Rodríguez Domínguez argumenta, por su parte, que la existencia de normas procesales en la Constitución no implica la existencia de un derecho procesal constitucional, pues aun se está en el ámbito del derecho constitucional, porque la Constitución es el fundamento del sistema jurídico de un Estado. Si esto no fuera así, tendríamos que admitir –agrega– que también existe un derecho civil constitucional o un derecho del trabajo constitucional [...]. En suma, el derecho procesal constitucional se funda en la Constitución, pero no nace de la Constitución, aunque en esta existan normas de naturaleza procesal. Nace cuando se dictan las normas que regulan los procesos mediante los cuales deben resolverse conflictos de naturaleza constitucional; y la naturaleza constitucional del conflicto se da por la razón de ser de toda Constitución: el mantenimiento del sistema

12. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 3ª ed., 1992, T. I, pp. 4-5.

13. Rey Cantor, Ernesto, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Cali, Universidad Libre, 1994, p. 123.

jurídico mediante el respeto de la jerarquía normativa y la protección de los derechos esenciales de la persona.[14]

Como se ve, la perspectiva constitucional atiende el fenómeno del control de constitucionalidad y asume que los procesos constitucionales son la parte de las normas básicas de cada Estado que se ocupan de la defensa de las libertades individuales y colectivas. La existencia de procesos constitucionales y, particularmente, donde se tienen tribunales constitucionales, no incide en la calificación porque se toman como actividades jurisdiccionales de un órgano de la Constitución.

En cambio, en la dimensión procesal la visión es diferente y, también, contradictoria. En Brasil, por ejemplo, se propicia aceptar al derecho procesal constitucional no como disciplina independiente y menos aún autónoma, porque se interpreta que es un compendio metodológico, de carácter propedéutico, que sirve para explicar el funcionamiento del proceso cuando actúa en función de preservar la regla de la supremacía constitucional. Por eso tiene razón la doctrina cuando advierte que esta definición lleva a la desaparición del derecho procesal constitucional al hacerla formar parte de la teoría del proceso.[15]

La contradicción que señalamos se observa al utilizar la teoría general del proceso en la mecánica del proceso constitucional, así como también en pretender aplicar al juez constitucional (del control difuso o concentrado) las mismas funciones que realiza el juez ordinario, con quien se tienen concordancias sin igualaciones.

Ahora bien, como rama del derecho procesal lo postula Domingo García Belaunde, quien tras un prolijo y meditado estudio indica que la disciplina es una rama del derecho procesal, que participa de su carácter como derecho público donde el proceso, como garantía, es uno solo y, por lo tanto, es como el tronco de un árbol del que salen varias ramas con singularidades propias.[16]

---

14. Rodríguez Domínguez, Elvito, *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Grijley, 1997, p. 23 y ss. Del mismo autor, "Derecho Procesal Constitucional Peruano", en Notarius, *Revista de Notarios de Lima*, Perú, año 2, Lima, 1991, pp. 265-272.

15. García Belaunde, Domingo, *El derecho procesal constitucional en perspectiva, op. cit.*, p. 74.

16. García Belaunde, Domingo, "El derecho procesal constitucional y su configuración jurídica", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional –Proceso y Constitución–*, Nº 2, México, Porrúa, julio/diciembre de 2004, p. 48.

Esta línea de pensamiento insiste con las ramificaciones abastecidas, todas, por la teoría general, permitiendo encontrar un derecho procesal civil, derecho procesal penal, muchos otros (administrativo, laboral, etc.) y, en particular, el derecho procesal constitucional.

Por este camino se define al proceso como género con procedimientos constitucionales que tienen configuraciones particulares. A su vez, los poderes del juez se enlazan con las potestades de la jurisdicción en materia de control de constitucionalidad, de manera que pueden encontrarse diferencias no ya entre modelos como sí entre ordenamientos.

El problema del encuadre se verá más adelante, porque en nuestro parecer, justamente la autonomía científica del derecho procesal constitucional proviene de constatar que la trilogía estructural del derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso) trabaja con diferencias notables, porque el proceso constitucional exige y retiene para sí particularidades que en el proceso común podrían ser ambiguas; de igual modo, la teoría del proceso sólo es útil para resolver la comunión de las garantías (*v.gr.* independencia, imparcialidad, derecho a ser oído, derecho al recurso, etc.) pero no para unificar ni igualar los recaudos (*v.gr.*: bilateralidad, contradicción, prueba, modalidades de la sentencia, efectos de la cosa juzgada, entre las más visibles).

Además, la trascendencia del derecho constitucional tiene alteraciones de tiempo y circunstancias, que impide pensar que el funcionamiento de las libertades haya sido considerado de una vez y para siempre, sin que los valores del tiempo cuando se aplica tengan significación alguna.

Dejemos para después estos motivos, y continuemos con la extracción procesal que se visualiza para nuestra asignatura. Quienes lo hacen atienden el método como se concreta la fiscalización del principio de supremacía, llevando a estudiar normas de procedimiento, reglas o técnicas aplicadas, de manera tal que algunos confunden o entienden como sinónimos a la *jurisdicción constitucional* (actuaciones de los tribunales constitucionales), la *justicia constitucional* (la sentencia y sus efectos en el control de constitucionalidad) o el *derecho procesal constitucional* en sentido lato. Por ejemplo, Gil Rendón afirma que

> … para el derecho procesal, la jurisdicción constitucional es uno de los elementos de la trípode de la teoría general del proceso, junto con la acción y el proceso. En este sentido, se entiende al poder y al deber del Estado como una protección de los ciudadanos. Desarrolla el papel

> del Estado en el proceso y proviene de la soberanía; es el rol político y el deber de resolver los conflictos por parte del Estado, para evitar que él tome la justicia por propia mano.[17]

Alguna de estas afirmaciones coincide con expresiones nuestras, pero se las saca de contexto al agregar "constitucional" a la voz jurisdicción. De este modo, se hace partícipe de la teoría general del derecho procesal al sistema de jurisdicción constitucional, lo cual no es correcto por la autonomía de desempeño que tiene el juez con los poderes que obtiene de la interpretación constitucional.

Dice Lucio Pegoraro que esta distinción es correcta para avanzar en la actualidad, y ello debido no sólo a que todos los ordenamientos se sirven de más procedimientos para dar justicia constitucional, sino también a que los Tribunales instituidos *ad hoc*, y en muchos casos los tribunales superiores de justicia o sus secciones especializadas, se han ido invistiendo de ulteriores funciones, que los configuran de forma bastante diversa a como eran con anterioridad, lo que los coloca posteriormente en una peculiar posición integradora en el contexto de las formas de Estado y de gobierno.[18] De allí que autores como Boris Barrios González afirme que

> … el derecho procesal constitucional es el conjunto de normas de carácter público que delimita y rige la realización de la justicia constitucional, estableciendo los organismos jurisdiccionales que deben cumplirla, los sujetos que intervienen y los procedimientos que deben cumplirse para la aplicación concreta del derecho constitucional material y la guarda de la integridad de la Constitución.[19]

La posición refleja, con algunos matices, la enseñanza editada en el año 1955 por Mauro Cappelletti, que realizó una labor de derecho comparado publicada con el título "Jurisdicción constitucional de la libertad".[20]

---

17. Gil Rendón, Raymundo, *Derecho Procesal Constitucional*, Querétaro, Fundap, 2004, p. 18.

18. Pegoraro, Lucio, "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional –Proceso y Constitución–, Nº 2, México, Porrúa, julio/diciembre de 2004, p. 131 y ss.

19. Barrios González, Boris, *Derecho Procesal Constitucional*, Panamá, Ancón, 2ª edición, 1999, p. 20.

20. Cappelletti, Mauro, *La giurisdizione della libertà*, Milano, Giuffrè. Hay varias ediciones posteriores y una traducción al español de Héctor Fix Zamudio en 1961. Ver del

Precisa allí los contenidos de la "justicia o jurisdicción constitucional", ampliando el reducto del control de constitucionalidad de las leyes. Su interés queda expuesto en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, *writ of error* y otros similares destinados a resolver la tutela constitucional de los derechos humanos.

Cappelletti dio un enfoque diferente y novedoso a los estudios sobre la justicia constitucional. Sostenía que no toda la ciencia era puro control de constitucionalidad, porque existían proyecciones importantes en otras instituciones, tales como las actuaciones del Tribunal constitucional federal de Alemania cuando atiende la legalidad constitucional de los partidos políticos, el juicio sobre las acusaciones del Bundestag o del Bundesrat contra el Bundespräsident, etcétera. O bien, de la Corte constitucional italiana, respecto a sus poderes para resolver conflictos de atribución de competencias, o interadministrativos o entre regiones o provincias, etcétera. La posibilidad de constituirse en órgano de decisión en el juicio político contra funcionarios estatales.

Todas estas manifestaciones –decía Cappelletti– se pueden reducir ciertamente a una unidad al menos bajo su aspecto funcional: la función de la tutela y actuación judicial de los preceptos de la suprema ley constitucional.[21]

El punto más importante, quizá, se encuentra en la dimensión transnacional que le avizora a los estudios, dando por cierto la influencia que tiene la justicia constitucional como fenómeno que trasciende fronteras, estableciendo una especie de nueva ley superior de tipo "comunitaria" que, como tal, pone un techo diferente al reconocido en las soberanías territoriales.

Con otra perspectiva pero sin antinomia, están quienes deducen la ciencia en uno y otro derecho. Se adopta como una disciplina mixta que interactúa con el derecho constitucional y con el procesal.

Es propio de quienes no se ocupan de planteos teóricos sino del pragmatismo puro de la actuación jurisdiccional. La tesis se presenta como Justicia Constitucional o Jurisdicción Constitucional. Es el pensamiento que llega desde Europa, dominado en focalizar el derecho

---

mismo autor *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, prólogo de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1ª ed., 1987.

21. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado), op. cit.*, p. 187.

procesal constitucional en la actividad de los tribunales constitucionales. Un ilustre procesalista como José Almagro Nosete afirma que

> El fundador del derecho procesal constitucional fue, sin duda, el jurista vienés Hans Kelsen, inspirador de la regulación en la Constitución austríaca de 1920 de una jurisdicción especial cuyo fin específico era la resolución de procesos exclusivamente constitucionales. La vigencia de la Constitución, en efecto, se traduce principalmente en la adecuación a esta de las leyes que la desarrollan. Si las leyes incurren en contradicción o discordancia con los preceptos constitucionales, se incumplen los mandatos primarios de la ley suprema y se incurre en inconstitucionalidad. El desorden jurídico que, en cadena, puede originar la multiplicidad de los actos jurídicos, sujetos a la observancia de la ley inconstitucional, aconseja la institución de órganos y medios específicos remediadores de la injusticia.[22]

Uno de los más fervientes estudiosos de la ciencia, como es Ferrer Mac-Gregor, entiende –mirando al futuro– que

> … se puede convencionalmente reconocer la existencia de la justicia constitucional en clave constitucionalista, es decir, como enfoque de estudio de la dogmática constitucional, como se ha venido estudiando especialmente a partir de la consolidación de los tribunales constitucionales europeos después de la segunda posguerra. Y también la existencia de un derecho procesal constitucional como disciplina autónoma procesal (con ascendencia constitucional, en mayor o menor medida) que tenga su propio objeto y perspectiva.[23]

Es decir, que encuentra el conflicto de convivencia entre los derechos en la dimensión metodológica como se desarrolla el control de constitucionalidad.

Por otra parte, como ha puesto de relieve Zagrebelsky, la justicia constitucional está, en efecto, constituida por los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de los casos controvertidos, aunque no se agota solamente en esto. Ella comprende

22. Almagro Nosete, *José, Constitución y Proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 157-158.

23. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Héctor Fix Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silvero Salgueiro, Jorge (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008, T. 1, p. 541.

también la teoría de la Constitución como norma sustancial. De esta forma, la justicia constitucional debe ser concebida no como una suma de estos dos elementos, sino más bien como la unión de ambos, porque cada concepción de la Constitución lleva en sí misma una concretización del procedimiento, así como cada concepción del procedimiento implica una concepción de la Constitución. No existe un *prius* ni un *posterius*, sino una recíproca implicación. Por consiguiente, el término justicia constitucional es muy lato para explicar la materia en estudio, siendo preferible integrarlo a dos nociones más como son la jurisdicción constitucional, o la magistratura encargada de ejercer en los procesos constitucionales, y el derecho procesal constitucional, que serían los procedimientos tutelares de las garantías y del principio de la supremacía constitucional.[24]

Luis López Guerra ha marcado la necesidad de constituir al derecho constitucional en fuente de mecanismos procesales para garantizar la sujeción de todos los poderes públicos a los mandatos constitucionales.[25] Louis Favoreau precisa que

> Un Tribunal Constitucional es una institución creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente de este como de los poderes públicos [...]. Un tribunal supremo, o incluso la cámara constitucional de un tribunal supremo pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son tribunales constitucionales.[26]

Jesús González Pérez diferencia al proceso constitucional de otros, diciendo que será proceso constitucional aquel del que conoce el Tribunal Constitucional.[27]

Ferrer Mac-Gregor cree que la desinteligencia doctrinaria para resolver la autonomía científica del derecho procesal constitucional puede derivar en una cuestión de convergencia donde ambas acepten lo que a cada una le corresponda; o bien asumir que deben convivir

24. Zagrebelsky, Gustavo, "¿Derecho Procesal Constitucional?", *op. cit.*

25. López Guerra, Luis, "Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá", en AA. VV., *Justicia constitucional Comparada*, Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM–, México, 1993, p. 73.

26. Favoreau, Louis, *Los tribunales constitucionales* (traducción de Vicente Villacampa), Barcelona, Ariel, 1994, p. 13.

27. González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 25.

razonablemente, de modo que entre ellas puedan construir. Dice el profesor mexicano:

> La disyuntiva entre la convergencia (con la consecuencia de la posible desaparición o asimilación de una hacia otra) o la convivencia de ambas está latente y el tiempo dará la respuesta. En el fondo la convivencia, como sucede en la actualidad, debería llevar a la convergencia de posturas (no al rechazo de la existencia de una u otra) y así reconducir los planteamientos hacia posibles encuentros que posibiliten hablar de categorías compartidas. Por ejemplo, las categorías "procesos constitucionales" y "jurisdicción constitucional" ¿deben ser exclusivas de alguna de ellas? O más bien, pertenecen a ambas aunque con enfoques distintos. La jurisdicción constitucional como el proceso constitucional, en tanto "proceso" y "jurisdicción" son instituciones procesales fundamentales de la dogmática procesal que han alcanzado un desarrollo importante en otras ramas procesales. Sucede también que los procesos constitucionales y las jurisdicciones constitucionales (tribunales constitucionales, salas constitucionales, etc.) están previstos en las propias leyes supremas, lo que significa que deben ser tratadas por la ciencia constitucional, por ser la Constitución su objeto de estudio.[28]

Gustavo Zagrebelsky se pregunta si se puede hablar de un derecho procesal constitucional con referencia al conjunto de reglas –todas a interpretar– relativas a la instauración de los juicios constitucionales y la representación en estos de posiciones subjetivas, las modalidades de acción de la Corte Constitucional, los caracteres y efectos de sus decisiones; en síntesis, las reglas a través de las cuales la Constitución viene puesta en condición de desarrollar la función de criterio de juicio práctico para la resolución judicial de las controversias pertenecientes a su esfera. Agrega Zagrebelsky:

> Un derecho procesal constitucional, sí, pero *sui generis* –es más, muy *sui generis*–, que comprenda en sí pluralidad de perspectivas, que deben reconstruirse alrededor de bienes jurídicos múltiples. Un derecho procesal capaz de comprender las razones no siempre coincidentes de la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, pero también las razones de la tutela objetiva de la Constitución.[29]

28. Ferrer Mac-Gregor, "Héctor Fix Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956)", *op. cit.*, p. 541.

29. Zagrebelsky, Gustavo, "¿Derecho Procesal Constitucional?", *op. cit.* p. 402. Esta obra se encuentra también editada como "¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional", Querétaro, Fundap, 2004.

La perspectiva continental europea, especialmente en Italia, España y en menor medida en Alemania, remiten la enseñanza de lo procesal constitucional al campo de esta última disciplina, considerando que los tribunales constitucionales han creado la necesidad de explicar el desenvolvimiento de una justicia especial que denominan "jurisdicción constitucional". La preferencia está en la descripción del sistema y la exégesis normativa.

En cambio, hay una mirada distinta que pretende ubicar al derecho procesal constitucional en el campo de la teoría general del proceso, desde el cual se analizan –antes que la naturaleza del conflicto privado entre partes– las consecuencias de derecho público que emergen en los conflictos constitucionales. Con esta base se emplaza lo procesal constitucional como derecho público, donde las garantías del proceso son sustanciales y nunca adjetivas. Es decir, constituyendo al proceso constitucional en un conjunto de reglas y principios comunes (debido proceso) desde el cual se pueden proyectar procedimientos constitucionales especiales como el amparo, hábeas corpus, hábeas data, etcétera.

En síntesis, el desacuerdo sobre el área donde prevalece el estudio de la disciplina tiene tres posiciones diferentes:

a. La primera deduce que el análisis del derecho procesal constitucional compete principalmente al derecho constitucional, ya que de este emergen los temas centrales sobre los cuales versan "procesos" y "conflictos" constitucionales, e incluso de él surgen los trámites procedimentales del caso (*v.gr.* hábeas corpus, amparo, acción de inconstitucionalidad, etc.).
b. En segundo término se ubica a la disciplina como un capítulo del derecho procesal. La variación está en los contenidos que se adscriben. Por ejemplo, algunos dicen que el derecho procesal constitucional se ocupa del conjunto normativo que regula el Tribunal Constitucional y los procesos que el mismo conoce. Es una rama netamente procesal, cuya naturaleza no ofrece distintos problemas que los del derecho procesal en general.[30] Sin embargo, a pesar de la seriedad de las reflexiones, es difícil compartirlas, pues la materia procesal constitucional no puede identificarse únicamente con la presencia de un

30. González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional, op. cit.*, p. 85.

Tribunal Constitucional. Con solo observar un sistema de control de constitucionalidad diferente, basta para encontrar las dificultades de encuadre.

Otros, en la misma línea, opinan que las garantías constitucionales son instrumentos procesales y por ello forman parte del derecho adjetivo. Esta relación entre normas es importante, pero no definitiva para establecer una determinada adscripción científica.

c. La tercera es una posición ecléctica. En general, responde a una fórmula transaccional que reconoce elementos constitucionales y procesales, sin que uno avasalle, supere o aprisione al otro. Se parte del supuesto de que la ciencia no se encuentra suficientemente elaborada de forma tal que el emplazamiento definitivo en una dimensión de plena autonomía es un riesgo que por ahora no se debe correr. La consolidación del derecho procesal constitucional se expone, según Falcón, a través de hitos jurisprudenciales en casos concretos, pero sin un contexto orgánico normativo que lo sustentara. En este apecto dice el profesor argentino:

> Me parece importante mostrar que existe una clara relación entre la consolidación del derecho procesal constitucional y la evolución de las distintas generaciones del derecho constitucional. Los derechos constitucionales de primera generación (herederos de las revoluciones de Estados Unidos de América y Francia), dieron vía a los primeros derechos individuales, que se fueron consolidando paso a paso, pero que tuvieron que luchar contra la permanente fuerza que significaba el poder real establecido luego de Waterloo (18 de junio de 1815). Pero los derechos individuales habían dejado fuera del campo de protección a una gran masa de la población que emergía y se consolidaba desde fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Ello dio nacimiento a los derechos de la segunda generación, a los derechos sociales (derechos sociales, derechos prestacionales, o *welfare rights*), que se suponía conducían a un Estado de bienestar *(welfare state)*. Pero estos derechos de segunda generación tuvieron un muy buen desarrollo en el derecho del trabajo y en algunas prestaciones asistenciales, no estuvieron regulados adecuadamente por normas generales para un desarrollo coherente y concreto [...] Allí, en este difuso panorama temporal, la semilla del derecho procesal constitucional florece, con los elementos teóricos que ya portaba y se hace cargo de la

situación poco a poco, con extensiones del amparo hacia áreas que no son propiamente amarísticas, como el hábeas data, el proceso colectivo (especialmente para medioambiente, consumidores y usuarios), la tendencia a la protección del patrimonio cultural, la protección de la salud, etcétera.[31]

Al cabo de tantas exposiciones, no cabe duda de que el derecho procesal constitucional constituye el fenómeno jurídico de mayor importancia doctrinaria. Incluso en derechos de notable evolución como los derivados de las relaciones de consumo, el ambiental, y los derechos difusos, admiten apoyarse en los paradigmas de aquella. También sucede con la renovación dogmática de la teoría del proceso, donde el concepto de acción reconoce la influencia constitucional; el acceso a la justicia queda enmarcado en las razones de nuestra disciplina; la eficacia y modalidades de las sentencias que se dictan para conjuntos de personas que trascienden el criterio tradicional del litisconsorcio para convertirse en acciones de clase, también ellas, dicen abastecerse con las innovaciones provenientes del derecho procesal constitucional.

Por eso, la posición titubeante de la doctrina más trascendente que, por su influencia y fundamentos no puede ser solapada, no nos parece aceptable. En lo que sigue pretendemos demostrar por qué la ciencia del derecho procesal constitucional es autónoma del derecho procesal e independiente del derecho constitucional. No en el sentido de afirmar que nada tiene que ver con ellas, sino para definir lo que ha tomado de una y otra para adoptar una característica propia que abastece de modelos y razones a los operadores jurídicos que deben trabajar con sus fundamentos.

Contenidos de la disciplina

Nosotros creemos en la autonomía, sin pensar si ella es producto de una eventual delegación normativa, o consecuencia de la pérdida que sufre algún sector de la ciencia procesal o constitucional.

31. Falcón, Enrique M., "El derecho procesal constitucional (Teoría general, nacimiento y desarrollo de la disciplina, contenido, autonomía científica)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silvero Salgueiro, Jorge (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio, op. cit.*, T. 1, p. 451.

La coincidencia de programas (control de constitucionalidad y procesos constitucionales) unifica el contenido pero no tiene semejanza el tratamiento que cada derecho le asigna. La mirada desde el derecho constitucional pone el acento en la organización judicial y en el derecho a la jurisdicción. Se ocupa, asimismo, de los poderes del juez constitucional y de las garantías, lo que nos vuelve a la dimensión del proceso como única garantía, y a la necesidad de recobrar como instrumento propio la interpretación constitucional.

Pongamos, entonces, el acento en esta herramienta (derecho procesal), que al mismo tiempo es la garantía jurisdiccional por excelencia (derecho constitucional).

Gelsi Bidart fue el primero en señalar que ninguna garantía es eficaz ni adecuada si no tiene una vía útil para concretar la protección que se dispensa en las Normas Fundamentales. De este modo, la garantía de las garantías es el proceso, y en definitiva, se observa al proceso como la "única garantía".

> La garantía culturalmente más avanzada, para el caso de que los involucrados no puedan llegar, por sí mismos, a la efectiva aplicación del derecho, es el proceso, que convoca a todos los comprometidos en el problema para que, en igualdad de condiciones y bajo la dirección de una autoridad imparcial y técnica, lleguen a una solución de acuerdo o impuesta por aquella.[32]

Si el foco se dirige hacia el derecho procesal, y se ilumina la base teórica general (jurisdicción, acción y proceso), observamos distancias significativas que dificultan asumir al proceso constitucional como una modalidad o tipo especial de procedimiento. Además, si tenemos en cuenta que las reglas del debido proceso cuadran en el contenido del derecho procesal constitucional, podremos ratificar la autonomía que se predica.

Pero la reflexión dogmática no sirve si no la apoyamos con la legislación imperante y la realidad fáctica donde se inserta, convirtiendo el trialismo de la teoría, la norma y la praxis, en una necesidad ineludible para demostrar dicha conclusión.

32. Gelsi Bidart, Adolfo, *De Derechos, Deberes y Garantías del hombre común*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1986, p. 76.

Compartimos con Sagüés que el derecho procesal constitucional se integra con tres dimensiones: *normativa, existencial* y *axiológica*. En la *dimensión normativa* existen reglas de derecho formal de dos categorías: con supremacía constitucional (art. 31, CN Argentina) o sin ella (leyes ordinarias de amparo, hábeas corpus, hábeas data, etc.). En esta dimensión también hay reglas de derecho informal, vale decir, emergentes del derecho consuetudinario constitucional e infraconstitucional. La *dimensión existencial* está compuesta por los actos y omisiones de los operadores del derecho procesal constitucional (magistrados judiciales, letrados, legisladores, autores de los actos lesivos, etc.). Constituye la dimensión fáctica y explica las razones de sus hechos. La *dimensión axiológica* depende de los valores jurídicos y políticos asumidos por los operadores de la disciplina. Son una suerte de órdenes jerárquicos determinados por las ideologías en vigor.[33]

En los orígenes de la ciencia, el derecho procesal era un gran tronco del que se desprendían ramas disciplinadas. La unión se daba con la teoría del proceso (el tronco), y las ramas (administrativo, comercial, laboral, familiar, constitucional, etc.) podían tener particularidades pero sin generar con su corte un fruto nuevo. Son derivaciones y nunca semillas.

La teoría general del proceso acepta contener tres preocupaciones esenciales: la jurisdicción, que significa atender el rol del juez en el proceso, las garantías judiciales que debe impartir desde su magisterio, la organización jurídica de un país o de una región, y los deberes que supone el ejercicio de la función jurisdiccional. Para Escobar Fornos:

> Un concepto clave del derecho procesal, incluyendo el procesal constitucional, es el de la jurisdicción, tanto en sentido amplio como en sentido restringido [...] Si en sentido amplio entendemos por jurisdicción "declarar el derecho", se puede observar que el derecho no sólo lo declaran los jueces, sino también los órganos de otros poderes que actúan como jueces. Entonces, es permitido distinguir entre jurisdicción común, militar, administrativa, parlamentaria, etc. La jurisdicción constitucional es la encargada de decidir sobre la materia constitucional; pero debe tenerse en cuenta que [...] para un sector doctrinal no existe jurisdicción

33. Sagüés, Néstor Pedro, *Compendio de derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, p. 9.

> constitucional sin un Tribunal Constitucional separado del Poder Judicial, tal como existe en España.[34]

La acción es el terreno del acceso a la justicia; allí anidan las preocupaciones del que pide y reclama, donde se atienden situaciones como las condiciones y presupuestos de la demanda, los requisitos para ser parte en un litigio, la defensa técnica en el proceso, la igualación económica con el carente de recursos, etcétera. La teoría de la acción es la que tiene una verdadera revolución que demuestra cómo la protección judicial exclusiva del derecho subjetivo admite desde la segunda posguerra y, en particular, con la aparición de los llamados derechos de la tercera generación, una notable expansión que visualiza muchas más legitimaciones que las tradicionales. Por eso, para comprender el impacto y atenderlo desde la teoría que proyectamos, partimos de la tercera tesis de Astudillo cuando afirma que

> … no es pensable la sistematización del derecho procesal constitucional como disciplina científica o sistema normativo, si no se establece una metodología adecuada para afrontar las particularidades de su objeto de estudio. Por ende, más que emplear los códigos lingüísticos de las disciplinas que se disputan su estudio, es necesario profundizar en el discurso a efectos de analizar sus perfiles a la luz de las distintas teorías jurídicas que lo condicionan.[35]

Finalmente el proceso, o el conjunto de reglas para recorrer el laberinto de las formas procesales, principios que deben cubrirse, deberes y derechos de las partes en orden a la producción probatoria, intervención de terceros, y muchos aspectos más que se relacionan también con temas constitucionales (*v.gr.* defensa en juicio, sentencia fundada, derecho a la verdad, plazos razonables en el trámite, nulidades por dilaciones indebidas, doble instancia, libertad personal, etc.).

En este sentido, la distancia que pensamos es mayor aun que la diseñada en la teoría del proceso. La principal diferencia seguramen-

34. Escobar Fornos, Iván, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2005, pp. 13-14.

35. Astudillo, César, "Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional", en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio, op. cit.*, T. 1, p. 260.

te se encuentre en las particularidades del proceso constitucional. Para Escobar Fornos:

> El proceso constitucional es un conjunto de actos, cargas, situaciones, plazos, etapas y resoluciones coordinadas y sucesivas realizadas ante el juez constitucional, que concluye con la cosa juzgada constitucional con la finalidad de restablecer y reparar la violación de la supremacía de la Constitución y los derechos contemplados en ella. Su naturaleza es de derecho público. No existe un proceso común u ordinario, como en lo civil y algunos especiales, por lo menos en nuestro ordenamiento jurídico (Nicaragua). Por el contrario, son varios los juicios o recursos que se regulan por separado...[36]

Justamente, los llamados procesos constitucionales son los que disciplinan la autonomía de la ciencia, siendo primordial su tratamiento singularizado con el objeto de revelar los contenidos de ellos.

En todo caso –sostiene Díaz Revorio– cuando se habla de "procesos constitucionales" en plural, se advierte que existen procesos cuya naturaleza y objeto pueden ser muy diferentes. Aunque no todos ellos existen en todos los sistemas de justicia constitucional. En una síntesis del derecho comparado podrían encontrarse los siguientes: 1) *Proceso de control de normas*, cuyo objeto es determinar la adecuación de otros preceptos normativos a la Constitución. Se trata, obviamente, de los procesos constitucionales por antonomasia, y allí donde existe jurisdicción constitucional específica. 2) *Los procesos de garantía de los derechos constitucionales*, que por supuesto añaden a su dimensión de garantía objetiva de la Constitución otra de preservación de los derechos subjetivos de la persona (amparo, hábeas corpus, hábeas data). 3) *Los procesos de conflicto*, cuyo objeto es la determinación de a qué órgano o institución corresponde una atribución o competencia. 4) *Otros procesos*, como los electorales o la declaración de inconstitucionalidad de partidos políticos.[37]

36. Escobar Fornos, Iván, "Fundamentos del Derecho Procesal Constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silvero Salgueiro, Jorge (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio, op. cit.*, T. I, pp. 433-434.

37. Díaz Revorio, Francisco Javier, "Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 2, Año 7, 2009, pp. 81-108

Aún más, la formación de la sentencia constitucional es absolutamente distinta en modalidades y argumentos. El objeto mismo a decidir encuentra asimetrías con la sentencia ordinaria, provocando singularidades que definen un perfil propio.

La primera particularidad está en el órgano que resuelve, ya sean jueces comunes que actúan en procesos típicamente constitucionales, como es el juicio de amparo; o actúen tribunales especiales cuya obligación primera es ver el contexto y la eficacia genérica del fallo, antes que la decisión individual y concreta.

La asimetría no es casual, ni producto de un error, sino el resultado de cuanto surge del derecho procesal constitucional. Por ejemplo, el tipo de cosa juzgada, que se formula como constitucional, y con efectos cuasi legislativos.

Es aquí donde se encuentra la mejor explicación para fundamentar la autonomía científica, porque la sentencia constitucional puede ser creadora o recreativa de derechos; o posicionarse como una nueva fuente de recurrencia.

Capítulo II
Justicia y jurisdicción constitucional

El concepto de jurisdicción constitucional

Son varios los aspectos que deben ir esclareciéndose en este espacio. La noción general de *iuris-dictio* (decir el derecho), puede ser apropiado en la actividad del juez constitucional, aunque su labor estricta sea *interpretar* antes que *resolver* un desacuerdo entre partes. Esta diferencia es evidente donde existen tribunales constitucionales del modelo Kelseniano, en que el centro neurálgico de la función es ajustar la norma al espíritu de la Constitución; en cambio, los jueces del modelo difuso tienen dos obligaciones mínimas: resolver el conflicto que presentan las partes, y controlar la constitucionalidad del acto lesivo o de la norma cuestionada.

Recuérdese que el pensamiento de Kelsen fue para defender el contenido pétreo de la Constitución, es decir, para evitar que ella sufriera desinteligencias con lecturas inconvenientes; mientras que el sistema americano dio a todos los jueces libertad de interpretación aunque acotados por el principio de la supremacía constitucional.

Por eso continúa este esquema la dualidad entre confiar o desconfiar de los jueces, si tenemos en cuenta que el ideario de Kelsen no fue variar la tendencia del juez "boca de la ley", a diferencia de Estados Unidos que reafirmó el poder de interpretación después del resonado caso "Marbury vs. Madison".

Pero la asimetría no es tan nítida ni precisa cuando se trata de definir la naturaleza jurídica del concepto de "jurisdicción", el que se puede atender como actividad exclusiva de los jueces, en cuyo caso un tribunal que no pertenece al Poder Judicial o no integra la administración de justicia *no tiene jurisdicción*.

> La institución de la jurisdicción constitucional se articula, aunque de diversas maneras, principalmente en dos direcciones: la normativa y la institucional. En la primera, el control de constitucionalidad se entiende como un control de compatibilidad entre normas y, preponderantemente, de la adecuación de todas las normas a la Constitución. Desde esta

> óptica, los órganos jurisdiccionales que tienen a su cargo el control de la constitucionalidad se convierten en "juzgadores de la ley" y representan un complemento desde el punto de vista organizacional al Estado de derecho, al asegurar la efectividad de la Constitución y, de esta forma, garantizar los derechos de los ciudadanos [...]. En la jurisdicción constitucional de carácter institucional, el control busca la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado. En ella, los órganos que tiene a su cargo la jurisdicción constitucional actúan como "juzgadores de los poderes estatales" y resuelven las controversias concretas entre ellos, asegurando un desarrollo equilibrado de las relaciones entre poderes y entre autoridades de diversas circunscripciones territoriales.[1]

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

El problema hipotético de definir, esto es, si podían existir jueces que no fueran parte del Poder Judicial, no tendría inconvenientes si sólo se espejase el esquema en la institución del arbitraje; pero como la idea central del autor fue solucionar la "regularidad" de los actos creadores del derecho, es decir, la legislación, la crisis de identidad fue mayor.

Kelsen disentía con quienes afirmaron que la ley era un acto de creación de derechos; por eso no aceptaba que la ley fuera igual al derecho. Para esta corriente, propia del sistema europeo (de la desconfianza en los jueces), quienes debían realizar con sus actos (administrativos y jurisdiccionales) dichas normas, no creaban nada nuevo, porque simplemente aplicaban lo que otros habían generado. Se pregunta Eto Cruz:

> ¿Cuál fue la opción que asumió Kelsen cuando elaboró la Constitución austríaca? No fue, por principio, ninguno de los dos modelos; y es que el modelo norteamericano obedecía a circunstancias históricas y políti-

1. Serrano Migallón, Fernando, "Jurisdicción constitucional y política", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silvero Salgueiro, Jorge (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio, op. cit.*, T. I, p. 882.

2. Publicada con la traducción de Rolando Tamayo y Salmorán por el *Anuario Jurídico*, México, V. I, 1974; y reeditada por *Ius et Veritas*, Nº 9, Lima, 1994. Ver también el trabajo "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?" (1930, editado en distintos lugares, nosotros seguimos la versión de la editorial Tecnos, a cargo de Guillermo Gasió, Madrid, 1996).

> cas distintas a la europea. En principio, el desarrollo histórico europeo es harto conocido. Jamás los ardientes revolucionarios franceses iban a otorgar a los jueces facultades de controlar la constitucionalidad de las leyes. La razón, históricamente, era comprensible: los jueces habían sido instrumentos de los reyes en las monarquías absolutas. Se pensaba, entonces, que los jueces, al no ser depositarios de la soberanía (el Parlamento), no podían tener dicha prerrogativa que, en principio, le correspondía al Congreso. Paralelamente a ello, y en el siglo XIX, surgió la teoría de que el Parlamento era la máxima autoridad suprema; es decir, el poder supremo. Así, pues, si el poder supremo es el Parlamento, porque el parlamento es expresión del pueblo, y el pueblo en las democracias es lo máximo que existe como representación, los ideólogos de la época se interrogaban por qué un juez va a declarar que una ley no es aplicable. Esto importaba ir contra una tradición filosófica política. Fue así como el pensamiento europeo se entrampó; pues por un lado se decía que el Parlamento era soberano y hacía lo que quería y, por otro lado, los jueces eran simples autómatas de la ley (recuérdese las famosas palabras de Montesquieu en *El espíritu de las leyes*). Por tanto, los jueces sólo debían aplicar la ley, aun cuando ella pudiera ser inconstitucional. Esto fue, en líneas generales, el gran problema de fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX.[3]

Esta evolución no era cierta –sostenía Kelsen–, toda vez que entre la creación de la ley y su ejecución no hay funciones estatales coordinadas, sino etapas que se articulan sucesivamente a partir de una norma superior, como son las del orden jurídico internacional, sigue con la Constitución, para llegar, en fin, a través de la ley, del reglamento, de la sentencia o del acto administrativo, a la ejecución material de los mismos.

La tesis argumenta que también la sentencia y los actos administrativos son creaciones individuales de derecho, son normas singulares y autónomas que necesitan, como las leyes, de un control o fiscalización. Por eso, la regularidad anunciada se comprende si se observa que, en cada grado, hay una reproducción o aplicación del derecho, y el control no es, sino, una forma de correspondencia entre un grado inferior y otro superior del orden jurídico.

3. Eto Cruz, Gerardo, "John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison", en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 1, Lima, octubre de 1999; reproducido en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 3ª ed., 2003, T. I, p. 21 y ss.

La garantía de la Constitución la encontraba, así, en la forma de vigilar la regularidad de las acciones, de manera que fuera posible el control de constitucionalidad.

Sostiene que la Constitución es la cúspide de la pirámide legislativa, que se va formando en escalones coordinados de actos, reglamentos, resoluciones, sentencias, etcétera, hasta alcanzar la cima en la Norma Fundamental. Desde arriba se irradia el sistema, y para atender los conflictos eventuales entre el ordenamiento hay que partir de principios ineludibles: no puede ser controlador de la norma el mismo órgano que las crea. No hay compromiso con la soberanía de los poderes del Estado, porque se persigue la regularidad del sistema y nunca su impunidad.

Tampoco se genera un nuevo órgano legislativo, porque el Tribunal Constitucional está pensado para el equilibrio que ofrece la independencia de todo poder. La jurisdicción constitucional debe modelarse de acuerdo con las particularidades y necesidades de cada Estado.

Se someten a la jurisdicción constitucional todos los actos que tengan forma de leyes, es decir, de disposiciones que por sus alcances puedan comprometer las garantías de la Constitución.

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

Además, la admisión al Tribunal Constitucional constituye una suerte de garantía de paz política en el Estado. García Belaunde sostiene que

> … el gran teorizador es Hans Kelsen […] Pero Kelsen y otros juristas utilizaron *justicia* y *jurisdicción* como sinónimos. Aún más, es dable sostener que a esa época, Kelsen no tenía ideas claras sobre lo que era la jurisdicción (y así lo comprobamos si revisamos su obra *Teoría general del Estado*, de 1925, a la que se remite como soporte teórico de su construcción sobre la garantía de la constitucionalidad). Y es más que probable que la gente de la época (salvo los procesalistas) no conociera los avances del Derecho Procesal. Kelsen habla de justicia y de jurisdicción constitucionales, como algo indistinto. Jamás pensó Kelsen que justicia hiciese referencia a valores. Para Kelsen decir justicia o jurisdicción constitucional, era sostener fundamentalmente la necesidad de tener tribunales especiales dedicados a la salvaguarda de la Constitución, esto es, tribunales al margen y fuera de la magistratura ordinaria. Y esto por cuanto la solución norteamericana, que Kelsen conocía muy bien, era inaceptable para los ojos europeos, que tenían que lidiar, todavía en aquella época, con la concepción robótica del juez, heredada de Montesquieu, y con la soberanía

> del parlamento; mitos ambos que iban a desmoronarse tan sólo a partir de la década de los sesenta, lentamente, sobre todo en Francia y en Inglaterra (en especial con el ingreso de esta última a la Unión Europea).[4]

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

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

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

> Un aspecto que me parece capital para comprender esta propuesta kelseniana es la rigurosa exclusión de su esfera de competencia de todo lo que tiene que ver con hechos o intereses concretos, tanto de aquellos que tuvo en cuenta el legislador, como de aquellos otros que contempla el juez ordinario. En palabras de Gascón, "el rasgo definidor del sistema Kelseniano residía en la rigurosa exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez constitucional; su tarea quedaba así rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referencia fáctica, la Constitución y la Ley.
>
> Y no es que Kelsen no fuese consciente de que la defensa de los derechos fundamentales hubiera requerido juicios concretos y no abstractos; es que consideraba que un Tribunal respetuoso con el legislador no podía desarrollar un género de actividad que irremediablemente había de interferir en el ámbito de discrecionalidad legislativa.[5]

El impacto de esta teoría todavía es motivo de análisis. Lo cierto es que ha desenvuelto desde entonces la afirmación de constituir la piedra

4. García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, p. 13.

5. Prieto Sanchís, Luis, "Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional, op. cit.*, T. I, p. 453 y ss.

basal del derecho procesal constitucional, afirmación que podría ser certera si la disciplina se tomara como el estudio de los tribunales constitucionales. Aunque, aun así, la tesis de Kelsen no pensó en técnicas y modelos, sino en generar una política revolucionaria para su época, que va a cambiar notablemente el esquema del control de constitucionalidad.

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

La historia la hemos señalado en otras oportunidades,[6] y sirve para recordar una vez más que la diferencia entre "confiar" y "no confiar" no se puede tomar como una anécdota del destino, porque trasciende y caracteriza uno y otro mecanismo.

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

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

6. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La justicia constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997. También en *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediar, 1992, T. I, vol. 1; *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999, entre otros.

Este ejemplo se transmite a otras instituciones procesales, como la cosa juzgada, por mencionar sólo una; es decir, resultaba notorio que el juicio entre partes recibía una sentencia para el caso concreto; a diferencia de los conflictos constitucionales que por la abstracción expandía efectos hacia todos. De este modo, la teoría tenía que explicar la incompatibilidad. La evolución nos lleva a compartir la afirmación de Cossío Díaz respecto a que, actualmente

> … no es posible seguir entendiendo la división de poderes como lo entendía Montesquieu, por una pluralidad de razones. En primer lugar, porque no tenemos una división de clases sociales como la que proponía Montesquieu en el capítulo sobre "La Constitución de Inglaterra" de su tan conocido y citado *Del espíritu de las leyes*. No podemos asignar cada una de las tres funciones al rey, a la aristocracia o al tercer estado, como se denominó posteriormente. En segundo lugar, tampoco podemos seguir imaginando la división de poderes como el elemento único o central para garantizar la libertad. Montesquieu es un pensador *preconstitucional*. Después de él aparecieron las constituciones y las ideas del constitucionalismo, de forma tal que la protección de la libertad ya no puede descansar en exclusiva en la división de poderes.[7]

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

Por eso, el concepto de jurisdicción constitucional no es teórico sino, esencialmente, una decisión de política del Estado. De allí que no sea posible hablar de jurisdicción constitucional con los soportes dogmáticos del derecho procesal, desde que son distintas las funciones de los jueces ordinarios y constitucionales, y en todo caso, el dilema mayor lo tiene el modelo difuso donde la actividad se confunde y unifica.

7. Cossío Díaz, José Ramón, "La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, N° 14, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2008, p. 103.

El poder de interpretación del juez constitucional

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

El fallo conmocionó el sistema jurídico a través de la espectacular declaración de inconstitucionalidad, no tanto de la ley específica, sino porque lo hacía sobre la *Judiciary Act* de 1789. De este modo, la *judicial review* admite que los jueces pueden revisar los actos de los demás poderes e instaura en las potestades de la jurisdicción tres funciones básicas: a) resolver los conflictos intersubjetivos; b) controlar la constitucionalidad de las leyes, y c) fiscalizar la legalidad de los actos del poder de gestión político. Pero, como bien dice García Belaunde, el tema de "lo jurisdiccional" aparece más por intuición y un poco de azar, que por ideología pura.

> De hecho, en los Estados Unidos este tópico no existe, porque el "judicial review" no es un proceso, sino, una técnica de control de la supremacía constitucional, que es distinto. Y que se da al interior de cualquier proceso. Y los pioneros del modelo concentrado o europeo, tampoco eran duchos en derecho procesal y pienso que ni se percibieron de ello (en el caso de Kelsen esto es fácilmente comprobable).[8]

Para comprender con mejores fundamentos el origen de plantear conceptos que, aun no siendo necesariamente opuestos, tienen significados distintos, es menester recordar un poco de historia. Es decir, hablar de *jurisdicción constitucional* o de *justicia constitucional*, originariamente no tenía sentido porque no se establecía, como actualmente, la diferencia entre el poder jurisdiccional y el valor del pronunciamiento.

Desde el famoso caso de "Thomas Bonham" (1610) se limita el poder real estableciendo valores superiores que, para el supuesto, fueron los provenientes del derecho natural. El jusnaturalismo se consolidó en las colonias inglesas y fue lógico que se transmitiera a Estados

8. García Belaunde, Domingo, *El derecho procesal constitucional en perspectiva, op. cit.*, p. 75.

Unidos hasta que ella reacciona con su independencia y modifica el pensamiento. Explica Fernández Segado que

> En este ámbito de inquietudes históricamente compartidas no ha de extrañar la conocida doctrina formulada por el juez Edward Coke en el celebérrimo "Bonham's case" (1610), en defensa del *common law* y de su tradicional supremacía frente al Parlamento. Ciertamente, tras el triunfo de la *Glorious Revolution*, esta doctrina quedará relegada al olvido en Inglaterra en donde se impondrá sin paliativos la doctrina de la soberanía parlamentaria. Sin embargo, el pensamiento del juez Coke no sería olvidado en las colonias inglesas de los territorios de América del Norte. La reivindicación del juez Coke de la atribución a los jueces de la tarea de garantizar la supremacía del *common law* frente a los posibles arbitrios del Rey y del Parlamento, será plenamente recepcionada en las Colonias, primero y en el nuevo Estado independiente más tarde. Y si los jueces, en un primer momento, se habían encargado de velar por las Cartas coloniales, una suerte de normas constitucionales de las Colonias, aprobada la Constitución de 1787, a la que, como es sobradamente conocido, se dota de una cláusula de supremacía, no deberá extrañar que esos mismos jueces se encarguen ahora de velar por la primacía de la Constitución, que es tanto como velar por la salvaguarda de la libertad y de un conjunto de valores sobre los que se asentará la convivencia social y, por lo mismo, el gobierno de la colectividad un "gobierno limitado" por la Constitución un *constitutional government*, como lo definiera Wilson a principios del siglo XX.
> A la vista de lo expuesto, bien puede decirse que la idea de la justicia constitucional parece ser hija de la cultura del constitucionalismo, esto es, de una concepción de la democracia que en cuanto sustentada en un conjunto de valores sociales presididos por la idea y el valor de la libertad propicia un "gobierno limitado" por la Constitución entendida como *higher law*.[9]

Es el germen del *common law*, vale decir, de un sistema reaccionario a la división del poder, al imperio de la ley escrita, a la limitación de las prerrogativas. Un modelo diferente al que se consolida después de la Revolución francesa, donde va a imperar el principio de legalidad,

9. Fernández Segado, Francisco, "La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI (La quiebra de la bipolaridad sistema americano – sistema europeo Kelseniano, y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad)", Discurso de recepción como académico correspondiente en España, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 24 de septiembre de 2002.

la codificación, el confinamiento del poder y el control recíproco en la división de funciones de gestión y aplicación normativa.

El *civil law* dista del modelo anglosajón. Se basó en la cobertura escrita de las leyes y demás disposiciones. Si no está escrito no está en el mundo, se decía con valor de verdad incontrovertible. El juez tenía la misión de aplicar la ley, porque esa era la voluntad del pueblo, ahora convertido en el auténtico poder representado por el Parlamento. La ley es seguridad, certeza y la misma justicia representada en la sentencia que la aplica.

Como se ve, ya se planteaban tres corrientes: a) el poder es absoluto y no se controla porque, simplemente, se ejerce con las limitaciones que emergen del derecho natural; b) el poder se controla por el Parlamento que es el legítimo representante del pueblo; c) al poder lo controlan los jueces a través de la revisión judicial (*judicial review*).

Situados en el contexto histórico nos instalamos a fines del siglo XVIII cuando coinciden las dos grandes revoluciones políticas que tienen interés para señalar el punto inicial de la interpretación a esclarecer.

La Revolución americana reaccionó contra dicho estereotipo de ejercicio del poder a través de la voluntad real que "todo lo puede" y en cuyo nombre "todo se legaliza". La democracia conspira contra ese paradigma y la Constitución de 1787 terminará estableciendo los pilares que reafirmarán el valor de las Cartas Magnas como Normas Fundamentales para los derechos de los ciudadanos.

Sin embargo, pese a la importancia que se daba al principio de controlar que la Constitución fuera la ley suprema, el tema de cómo lograr que ello se cumpliera no había sido tratado por la Convención de Filadelfia.

Recién con la sentencia dictada en "Marbury vs. Madison" (1803) se darán las bases para el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Modelo que se ha denominado indistintamente como "americano" o "difuso".

Apunta García Belaunde que el planteo de Marshall, en esta famosa sentencia, no deja de sorprender, vistos los antecedentes, ya que el tema fue dejado de lado por la Constituyente, pero retomado hábilmente por aquel, 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 él se encon-

> traba arrinconado, que el caso lo demoró en resolver dos largos años, y que al final, no le dio la razón ni al demandante ni al gobierno, sino que se fue por la tangente, apelando al principio de 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...[10]

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 consolida a mediados del siglo XX, y así continúa hasta nuestros días.

La desconfianza en los jueces europeos del siglo XIX

Contrariamente, Europa tenía dos frentes distintos que resolver. Por un lado, la corona británica se había fortalecido institucionalmente con la actividad de los jueces, tradicionalmente abogados respetados y prestigiosos que asumían la judicatura para servir al rey y hacer justicia a través de sus fallos.

La confianza era espontánea. El valor de las sentencias significaban acatamiento y respeto; rara vez se cuestionaban. El precedente construye la jurisprudencia y tienen seguimiento obligatorio ante un caso de similar contexto.

Esta característica va a conservarse en el modelo judicial de revisión americano. Se implementa como "incidente de inconstitucionalidad" pero dentro de un esquema jurídico que pertenece al *common law*, con las consecuencias que ello supone.

Por otro lado, la Europa continental origina en la Revolución francesa de 1798 una rebeldía violenta contra el poder real y contra todo otro poder que significara una representación del absolutismo monárquico. Entre ellos estuvieron los jueces.

10. García Belaunde, Domingo, "Sobre la jurisdicción constitucional", en Quiroga León, Aníbal (coord.), *Jurisdicción Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, p. 90.

Las lecturas del barón de Montesquieu reflejaban la preocupación por no retornar a ese poder de decir el derecho sin controles: el juez es la boca de la ley –sostenía–, no puede ni debe interpretar la norma para darle un sentido diferente al que la voluntad del pueblo ha declarado a través de sus representantes.

También Rousseau, en *El Contrato Social*, hacía ver que los jueces no tenían legalidad democrática, al no ser representantes del pueblo.

Por eso, a partir de la Revolución francesa los jueces serán personas desconfiables, y en adelante, jamás tendrán el poder de interpretación de la ley, como sí poseían los jueces del control difuso o americano.

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

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

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

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

El órgano legislativo se considera en realidad como un creador libre del derecho y no como un órgano de aplicación de derecho, vinculado por la Constitución, cuando lo es en teoría, si bien en una medida relativamente restringida. No se puede contar, pues, con el propio

Parlamento para realizar su subordinación a la Constitución. Se trata de un órgano diferente de él, independiente de él y, en consecuencia, también de cualquier otra autoridad estatal, a quien le compete la anulación de los actos institucionales; es decir, una jurisdicción o Tribunal Constitucional (Kelsen).

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

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

Esta es la descripción histórica de los sistemas y modelos para el control de constitucionalidad, el que tiene una profunda significación por la filosofía que impera en cada uno. Pero, en realidad, lo más importante está en atender que mientras el sistema de la confianza en los jueces acentúa la *justicia constitucional*, es decir, la trascendencia de los valores fundamentales que la Constitución entroniza, el sistema de la desconfianza (sea político o de jurisdicción concentrada) tiende a perpetuar el principio de legalidad, es decir, la permanencia inmutable de lo escrito. No son valores los que se tutelan, sino derechos y declaraciones que por estar en la Carta Superior de un Estado deben ser acatados y cumplidos por el principio de supremacía constitucional. Precisamente, la labor de evitar interpretaciones contrarias está a cargo de la *jurisdicción constitucional*.

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

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

La diferencia no es baladí, en la medida que los tiempos han cambiado y los paradigmas iniciales que relacionaron la independencia con la autonomía del poder ya no son los mismos. Antes se medía en relación al control y equilibrio en la actividad y gestión del Estado. Hoy, aun siendo cierta y continua la mención constante de tres factores aislados en la elaboración de la ley, la aplicación de ella y el control de razonabilidad, respectivamente, las posiciones primitivas han mutado.

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

La jurisdicción constitucional en el plano teórico

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

De alguna manera, y a pesar del paso del tiempo y lo mucho que se ha escrito sobre el tema, lo cierto es que Europa resiste la existencia de un derecho procesal constitucional, mientras que América lo pondera y despliega. Para confirmar la afirmación se pueden leer las elusivas conclusiones de Zagrebelsky –por otra parte, siempre inteligentemente fundadas–, donde sostiene que

> … la fórmula derecho procesal constitucional, aun cuando no es usada raramente, no ha entrado hasta ahora en el léxico jurídico utilizado habitualmente. Además, en los casos en los cuales se hace uso de ella, no parece que sea con una particular e intencional plenitud conceptual. Es ciertamente un dato sobre el cual reflexionar. Pero no se sabría decir fácilmente si es por el desarrollo insuficiente de las reflexiones y de la

> construcción jurídica o por una razón más profunda y decisiva, relativa a la naturaleza del juicio constitucional y a la problemática de un verdadero derecho procesal que constituya su estructura normativa. Aparte de la fórmula, no tenemos siquiera estudios explícitos sobre las cuestiones relativas a la naturaleza de las reglas sobre las cuales se sustenta la actividad de la Corte Constitucional.[11]

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

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

> Los tribunales constitucionales había que verlos y analizarlos en su relación intensa con la totalidad de la sociedad: "es un tribunal social". A través de su jurisprudencia se abre la variedad de ideas e intereses –las asume–, y viceversa, guía él la sociedad. Considerando la aplicación de su derecho procesal constitucional y los resultados materiales de la interpretación [...] es más un Tribunal del conjunto de la sociedad que uno "estatal".

Por eso, sigue enseñando el profesor de Bayreuth (Alemania):

> El Tribunal constitucional alemán y su derecho procesal consiguen una relación única con la sociedad. Su actividad –transformadora de Estado y sociedad– se deriva en un sentido general de que es el Tribunal de la Constitución, y la ley regula no sólo al Estado, sino también, en su estructura básica, a la sociedad, a la que transforma en "sociedad constituida". De un modo específico el TC actúa, además, de manera muy especial y consciente, intensiva y amplia, en el ámbito de la *res publica*, entre el Estado y el particular, al que se puede llamar "la sociedad" o el ámbito de lo público –pluralista–. Así se muestra la efectivización de los derechos fundamentales, desde la vertiente procesal, sino también,

11. Zagrebelsky, Gustavo, "¿Derecho Procesal Constitucional?", *op. cit.*, p. 403.

> en su práctica procesal, al servirse de instrumentos de información y participación del Derecho procesal constitucional.[12]

El derecho procesal constitucional se abre a la "sociedad abierta de los intérpretes constitucionales"; se transforma en su "medium", sobre todo allí donde el Parlamento ha fallado.

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

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

Esta es la razón por la cual Calamandrei, profundo conocedor del derecho procesal, es quien mejor advierte la trascendencia de tener tribunales constitucionales que realizan una función tan importante como la que se encarga.

En efecto, Kelsen se ocupó de mostrar la necesidad de mejorar el modelo para el control de constitucionalidad y su idea fascina al derecho público, particularmente al político, que encuentra una alteración sustancial en el esquema tradicional de la división de poderes.

Por su parte, Calamandrei va a observar el tránsito necesario que se debe recorrer por el derecho procesal, antes que un Tribunal Constitucional pueda actuar. Sostenía que para llegar a la Corte Constitucional era ineludible que cualquier cuestión fuera propuesta en el juicio ordinario, porque allí debía originarse el caso constitucional y la decisión a adoptarse. Por eso afirmó que

> … el juez es llamado a hacer, se podría decir, de portero de la Corte Constitucional; incluso, se podría decir todavía mejor, la Corte Constitucional carece de su puerta grande, y no tiene otra entrada que la modesta puerta de escape representada por el juez. La Corte Constitucional y la administración de la justicia ordinaria viven, por decir así, en simbiosis, sin poder prescindir la una de la otra; si el juez ordinario no abre la puerta, la Corte

12. Häberle, Peter, "La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.) *Derecho Procesal Constitucional, op. cit.*, p. 373 y ss.

> no puede entrar en función; pero cuando la Corte ha entrado en función, el juez ordinario no puede ya cerrarla, y para poder continuar el propio trabajo, es necesario que espere a que aquella haya terminado el suyo.[13]

Con afán de síntesis, Calamandrei clasifica los problemas de legitimidad o constitucionalidad siguiendo un temperamento muy útil para el esclarecimiento.

Por el *objeto*, esto es, por la naturaleza de los vicios que constituyen el objeto del control, el mismo puede distinguirse en "formal" y "material", según que recaiga sobre las irregularidades procedimentales que hayan ocurrido en el procedimiento formativo de la ley, o bien sobre los vicios inherentes al contenido material de la ley, formalmente regular.

Por el *órgano* que lo ejercita, se puede diferenciar en "judicial" o "autónomo" (se podría decir, también, "difuso" o "concentrado") según que al ejercitarlo sean llamados todos los órganos de la autoridad judicial, o bien un único y especial órgano constitucional, instituido con esta atribución exclusiva y colocado en posición central y preeminente, fuera de cualquier otro orden de órganos.

Por la *legitimación* de quien puede proponerlo, se puede distinguir entre "incidental o principal", según que pueda proponerse solamente en vía prejudicial por quien es parte en una controversia concreta, en el momento en que se trate de aplicar la ley respecto de la cual se discute la legitimidad, o bien pueda proponerse como tema separado en cuestión de legitimidad de la ley en general, sin esperar que se ofrezca la ocasión de una controversia especial.

Por la *extensión de sus efectos*, se puede dividir en "general" o "especial", según que la declaración de certeza de la ilegitimidad conduzca a invalidar la ley *erga omnes* y a hacerle perder para siempre su eficacia normativa general y abstracta, o bien que conduzca solamente a negar su aplicación al caso concreto, con efectos limitados al solo caso decidido.

Por la *naturaleza de sus efectos* se puede distinguir en "declarativo" o "constitutivo", según que el pronunciamiento de ilegitimidad opere como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente (*ex tunc*), o bien como anulación o ineficacia *ex nunc*, que vale para el futuro pero respeto en cuanto al pasado la validez de la ley ilegítima.

---

13. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho procesal civil* (traducción de Sentís Melendo), Santiago, Buenos Aires, Ejea, 1986; se siguió el T. III, que es la traducción de *La illegitimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, CEDAM, 1950.

La puesta en lugar de lo procesal dentro del funcionamiento de los tribunales constitucionales dejó a la vista la inconsistencia teórica de la creación de Kelsen. Este había quebrado la autoridad parlamentaria y eludido hábilmente la intervención judicial de revisión como era común en los conflictos administrativos. La ley debía aplicarse sin vacilaciones y si era menester interpretar en ella cuestiones de constitucionalidad, debían intervenir tribunales especiales que calificó, primero, como legislativos (de ahí la conocida caracterización de "legislador negativo") y después como justicia especializada, pero sin conseguir jamás un ensamble teórico articulado, quizás, porque tampoco tuvo esa intención. Una vez más, es profunda y atinada la observación de García Belaunde cuando afirma que

> … de la lectura atenta que se hace de la ponencia de 1928 (sobre todo en su versión francesa, que Kelsen prefería frente a la alemana por tener una presentación más ordenada) se concluye que Kelsen no solo no usa el término "proceso constitucional" sino que tampoco pretende crear una nueva disciplina, aun cuando sienta las bases teóricas del modelo concentrado y que este se refleje en un órgano *ad hoc*.[14]

La confianza en los jueces americanos

En cambio, los americanos fuimos dominados por el movimiento constitucionalista que, al modificar la tradición del ejercicio del poder, trajo consigo una impronta de equilibrio y razonabilidad estableciendo una cuota de responsabilidad política en la división del poder estatal.

La supremacía de la Constitución se constituyó en una pauta de orden y respeto a las instituciones, siendo deber del Poder Judicial, de todos los jueces, controlar que ello se cumpliera.

Esta característica supone el "*telos* ideológico" de la Norma Fundamental, y de este surgen principios que deben respetarse y consagrarse como insuperables o inalienables, a saber:

a. La fundamentalidad, con lo que se quiere expresar que la Constitución provee al Estado de su derecho fundamental; del derecho que es base y origen de todo el orden jurídico político.

14. García Belaunde, Domingo, *El derecho procesal constitucional en perspectiva, op. cit.*, p. 112.

b. La organización interna, o dicho en otros términos, el nexo indisoluble que declara la organización que estructura un Estado cualquiera, como son la población, el territorio, el poder y el gobierno.
c. El reparto de funciones en esa organización, que conduce al principio de limitación, donde nadie tiene más poder que el otro.
d. El principio de responsabilidad que la extiende al Estado como persona de derecho público y a sus gobernantes, funcionarios y agentes públicos.
e. El principio de finalidad, también llamado techo ideológico de la Constitución.
f. El principio de control (*checks and balance*) o frenos y contrapesos ejercido en diferentes modelos y sistemas.
g. El principio de eficiencia, o eficacia de la Constitución, por medio de la cual se persigue que el rendimiento eficaz se alcance con el menor costo posible en su repercusión social, sea sobre las personas, los derechos, o los valores constitucionales.
h. Y así llegar al principio de totalidad, que muestra a una Carta Fundamental como auténtico "Derecho", más que como carta y programa declarativo. Es un derecho a la perdurabilidad, o durabilidad, o persistencia. Se mira y quiere un futuro, por eso se habla de la estabilidad como sistema de respeto por la continuidad de las instituciones y garantías reconocidas.

Sin embargo, estas premisas consolidaron la intervención abierta a todos los jueces para cumplir el mandato constitucional de la supremacía, sólo que al tiempo de imponer estas funciones se pensaba que todo era intangible, inalterable, imperecedero, cuando, como ha dicho Kandinsky al hablar sobre sus creaciones artísticas, no podemos esculpir como los griegos porque no percibimos más que sus imágenes; no pintamos como en el Renacimiento porque nuestro sentido religioso es diverso, y no sentimos lo abstracto sino como algo que se vive en el tiempo cuando sucede.

Precisamente, cuando se quiere encontrar en la jurisdicción, como rol de los jueces en el proceso, la principal apoyatura para el derecho procesal constitucional, quizás no se advierta que para ello, primero es necesario coincidir el significado de lo jurisdiccional; después confrontar si la función que tiene el juez común es igual a la que desenvuelve un

tribunal constitucional, y recién ahí, observar si el proceso constitucional tiene y encuentra aplicaciones coincidentes con la teoría del proceso.

En consecuencia, a pesar de que se encuentran numerosos trabajos que identifican la disciplina como jurisdicción constitucional, justicia constitucional, defensa de la constitución, etcétera, cada uno tiene un sentido distinto.

La *jurisdicción constitucional* es el estudio del órgano judicial encargado de tutelar la vigencia efectiva de los derechos humanos (como norma fundamental), la supremacía constitucional y el cumplimiento de las pautas mínimas que regulan los procedimientos constitucionales.

Sería el planteo "orgánico"; algo así como la investigación de los tribunales constitucionales en su faz organizativa, poderes y funciones.

La *justicia constitucional*, por su parte, se relaciona con la fuerza normativa de la Constitución, representa un sector del derecho procesal constitucional, pero bien puede asentarse en una disciplina diferente a este. En síntesis, en "La Justicia Constitucional" decíamos:

> Si la Constitución puede definirse en el sentido que aquí nos interesa, como una norma jurídica que garantiza los derechos de los ciudadanos, fundamentales para la convivencia político democrática, y que regula la organización, competencias y funcionamiento de los poderes públicos, gozando de la necesaria supremacía respecto del resto del ordenamiento jurídico, parece evidente que la Constitución responde a la idea originaria de limitación del poder, pero además, y por ello mismo, expresa también la necesidad de su propia permanencia; en efecto, sin una esperanzadora continuidad no puede confiarse en que la Constitución corone sus objetivos, ni se realicen los valores que proclama. De ahí la necesidad de un conjunto de especiales técnicas de defensa que aseguren su supremacía, dentro de las cuales tienen un lugar indiscutible las de naturaleza jurídica, y dentro de estas, la justicia constitucional.[15]

Fundamentos de la jurisdicción constitucional

Si se busca en la jurisdicción uno de los asentamientos teóricos para el derecho procesal constitucional, tendremos que tomar lo que

15. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La Justicia Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 40 y ss.

es propio para la disciplina y distanciarlo de cuanto corresponde al derecho puramente adjetivo.

El anticipo es necesario porque no existen aún estudios que hayan abordado el ensamble dogmático de la ciencia, asumiendo que sólo basta razonar a la jurisdicción constitucional con el aprendizaje de la técnica. Vale decir, aceptando que es una "herramienta del control" a diferencia del derecho procesal que tiene al proceso como "herramienta de los derechos sustanciales". De este modo, se conoce la finalidad y los medios para lograrlo (métodos y sistemas).

Asimismo, se puede analizar el contenido de la jurisdicción confrontando los elementos que la componen en una y otra actividad (ordinaria y constitucional), para deducir de ella las particularidades que tiene la misión del juez que concreta la fiscalización del principio de la supremacía constitucional.

No faltan quienes reducen el problema estableciendo posiciones diferentes según se interprete que "lo procesal constitucional" es una parte de las garantías y libertades de las personas que, al llevar sus conflictos al proceso, solicitan la protección especial que se les propicia desde la Norma Fundamental. Este es un terreno donde abona la política procesal para diseñar el modelo dispuesto para ejercer el control.

También se define el objeto de la ciencia como el estudio de las normas y funciones del poder jurisdiccional del Estado, de manera que la perspectiva tiene una inmediata connotación de contenido constitucional.

Nosotros sostenemos que el concepto de jurisdicción no es diferente en el derecho procesal constitucional, sólo que adquiere una fisonomía muy distinta cuando se atiende el rol del juez en el proceso. Es decir, lo que diferencia al proceso común del constitucional es la actividad que partes y tribunal celebran.

Partamos de una base. El derecho procesal puede ser visto en el orden funcional desde dos perspectivas: la del litigante que controvierte ante otro; o la jurisdiccional que disciplina el conjunto de actividades que desempeña el órgano judicial dentro del proceso (esta sería la mirada que necesita el derecho procesal constitucional). Sin embargo, no hay polaridad entre ellos, porque no son más que visiones que difieren en cuestiones mínimas como son las potestades del juez,

los principios que cualquier litigio aplica, o las líneas maestras de la ideología que impera en la ciencia.

Podemos anticipar nuestra preferencia por atender el rol que cumple el juez en el proceso constitucional. Ello supone, en primer lugar, dar efectividad al principio por el cual el Estado, al asumir la potestad de resolver los conflictos intersubjetivos, puede regular la disciplina social y un orden normal de convivencia, despejando los peligros de la autocomposición irrazonable, que cuando se trata de resolver sobre la legalidad normativa, no tiene más posibilidad que la declaración judicial.

Seguidamente, la formación del juicio concientiza a la sociedad sobre los valores de la justicia y la equidad en la ponderación; por este consecuente se aplican las leyes y las reglas de la experiencia judicial, como también refleja la finalidad que las normas pensaron tutelar cuando fueron dictadas.

Este claro vínculo entre el derecho y el proceso es la fuente común de toda obra jurisdiccional, una sirve a la otra, recíprocamente. De ahí que no comulguemos con las doctrinas que proponen al derecho procesal como estrictamente instrumental y secundario del derecho sustantivo. La relación existente es horizontal, y como avenida entrecruzan sus móviles dando seguridad y respuesta al justiciable. Si hubiera alguna instrumentalidad estaría en el proceso, pero no en la ciencia.[16]

En todo caso, el límite de la actividad se encuentra en las garantías que la jurisdicción debe preservar, teniendo como norte la eficacia del servicio. En suma, la instrumentalidad del proceso no se niega con la autonomía del derecho procesal, sólo reafirma condiciones para su puesta en práctica, donde para ello obran determinantes los fines y el objeto al que se destina.

Si fuese netamente servil o utilitario, algunas funciones jurisdiccionales quedarían invalidadas por el actuar en esa dirección. Por ejemplo: el régimen procesal de la legitimación es bien diferente de la capacidad civil, de modo que se debe resolver la admisión al proceso con las reglas técnicas del derecho adjetivo.[17] Cuando se declara la inconstitucionalidad de una norma por un juez, no hace más que

16. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2009, T. I, p. 23 y ss.

17. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Los problemas de legitimación en el proceso constitucional*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 4, 2005.

cumplir dentro del proceso con una actividad propia. También, la declaración de ilegitimidad del obrar administrativo incorpora otro ingrediente, porque deja la jurisdicción de lado aquello que viene puesto para denostarlo por su falta de legalidad. En todos estos casos, no existe función secundaria ni complementariedad de las normas de fondo, sino una actuación propia y particular de la función jurisdiccional.

En consecuencia, la función que tiene el derecho procesal es lograr la armonía y paz social a través del proceso, a cuyo fin, antes que regular la actividad de las partes en el conflicto de intereses que suscita el litigio, es menester resolver la función de los jueces dentro de la controversia.

En este aspecto las ideas se distancian. Unos argumentan que el rol es puramente neutral y desinteresado, debiendo dictar sentencia tras valorar en abstracto el conflicto normativo. Otros no soslayan la posibilidad de la controversia particular, muchas veces llevada al juez constitucional (difuso) o al Tribunal Constitucional (concentrado) a través del juicio o recurso de amparo, sosteniendo que la función no es sólo de ajuste técnico sino de ponderación que excede el interés de las partes, a cuyo fin el objeto no radica sólo en resolver las diferencias entre adversarios, sino también en controlar la constitucionalidad de las leyes que en el caso se cuestiona.

Esta segunda línea admite la influencia de lo constitucional en el proceso, y la incidencia que tiene el derecho supranacional, que en conjunto llegan a formar una nueva disciplina cuya autonomía reclamamos.[18]

La jurisdicción en el derecho procesal constitucional tiene que explicar el deber de los jueces y los poderes que tienen en el proceso jurisdiccional.

La teoría procura mostrar las opciones a valorar, y así las polaridades se reflejan entre quienes opinan que

> … la interpretación se convierte en un tema de interés constitucional, sólo cuando la propia norma suprema se transforma en norma exigible, directamente, por los ciudadanos. Esto sucede a partir de dos procesos sucesivos. Primero, cuando la Constitución se legitima como norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos. En efecto, a través de múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la

18. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 23 y ss.

> idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden.[19]

Bajo este supuesto, el Estado constitucional de derecho eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley *in suo ordine* sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por lo tanto, sobre el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida en que, en su conjunto o en alguno de sus preceptos, no se adecue a la norma constitucional.

> El segundo, cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado social de Derecho, a partir de la segunda posguerra. Este hecho obligó, sobre todo a los jueces y tribunales, así como a la dogmática constitucional, a proveer de técnicas y métodos de interpretación para dar respuestas a las lagunas y demandas de aplicación directa de la Constitución, ya no sólo dentro de lo jurídicamente debido, sino también dentro de lo constitucionalmente posible.[20]

La interpretación, entonces, es la fuente primera que diferencia la actividad jurisdiccional. Es tarea de todo juez en cualquier proceso, pero cuando se trata de ajuste constitucional, es indelegable y particular la misión que se cumple.

Otros, en cambio, han dicho que es preferible asignar a la función jurisdiccional el "decir el derecho" (*iuris-dictio*), esto es, que se diga en el conflicto entre personas quién tiene razón para obtener una sentencia favorable (sistema difuso); y si la ley invocada para una u otra parte apoya la decisión, pues mucho mejor, pero no es lo esencial. Lo más importante es que se haga justicia, observando la equidad antes que aplicar el brocardo *dura lex sed lex*.

Ahora bien, entre una u otra idea no hay tanta distancia, a no ser que se crea que toda ley es injusta, o se persiga lograr desde la sentencia justicias individuales. La acción de juzgar es, en definitiva, el des-

19. Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)* (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, N° 5, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 204.

20. Landa, *Estudios sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2006, pp. 139-140.

enlace esperado por los justiciables. El fin de los movimientos técnicos que los abogados y las partes han cubierto procurando persuadir al juez de sus respectivas razones.

La polémica que actualmente se instaura interpreta que la cuestión puesta en escena en realidad es más grave que el conflicto teórico que se plantea. Se afirma que se trata, nada más ni nada menos, de preservar a la Constitución y su régimen de garantías judiciales.

Ya no es únicamente el dilema del juez que aplica una ley injusta, sino la dimensión que adquiere el pronunciamiento judicial que contiene un alto contenido de subjetividad postergando los preceptos centrales de una ley fundamental.

En este sentido, cierto sector de la doctrina dice que el juez que desborda la interpretación de la ley es autoritario y no desempeña el rol llamado a cumplir como ejecutor de la ley. Para resolver la verdad de tan rotunda afirmación, es preciso entonces observar cómo se relacionan el proceso y la Constitución, para ver si el primero puede afectar al segundo al punto de semejante desatino.

Las leyes fundamentales de cualquier Nación constituyen la guía del ordenamiento jurídico. Son los principios y valores supremos que se persiguen para la formación institucional y, por eso, cada Constitución es la Ley Superior que tiene primacía sobre cualquier otra disposición.

La supremacía de la Ley Fundamental obliga a las leyes de inferior jerarquía a respetar sus mandamientos; esto está claro y apenas tiene alguna diferencia de criterio cuando se trata de interpretar la influencia de los Tratados y Convenciones Internacionales que se incorporan al derecho interno y pueden, de alguna manera, modificar algunos preceptos constitucionales.

La jurisdicción constitucional en Argentina

En el caso de Argentina, el artículo 75, inciso 22 de la Constitución no tiene interpretaciones secundarias respecto al lugar que asigna a los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, dándoles un lugar preponderante, con una jerarquía superior a las leyes.

Con este marco de presentación, surge la noción de "debido proceso", el cual no ha sido indiferente a la influencia supranacional,

porque cuando estuvo contemplado desde los preceptos garantistas del artículo 18 –antes de la reforma constitucional de 1994–, siempre se afirmó en la noción invulnerable del derecho a la defensa en juicio, mientras que con la incorporación de los tratados y convenciones apareció un ingrediente antes no previsto, como es la idea de la "jurisdicción transnacional" que aporta reglas y principios comunes para todos los Estados parte que deben articular sus normas internas con los postulados de los derechos humanos.

En resumen, si tenemos en cuenta que el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional argentina establece la complementariedad de estos tratados y convenciones supranacionales con las garantías y derechos reconocidos en la primera parte de la Ley Superior, queda demostrado que todas las garantías enumeradas deben formar parte de los mínimos requeridos para el estudio del derecho procesal constitucional. De este modo, las relaciones entre el proceso y la Constitución no son ya tan lineales como antes, cuando se afirmaba que el proceso debido era el que respetaba el derecho de defensa y aplicaba el principio de razonabilidad (seguridad jurídica) en las decisiones.

De este modo, la ciencia procesal actualmente disciplina, además del estudio sobre la técnica, la naturaleza del fenómeno jurisdiccional. En este sentido, hoy es necesario avanzar sobre los comienzos que tuvo el derecho de entrada al proceso (acción, pretensión y demanda), pues actualmente la conexión no es con la titularidad del derecho (aunque pueda tomarse como presupuesto de admisión), sino con el derecho a ser oído.

Del mismo modo, aquellas garantías del juez predeterminado, la independencia del órgano y su imparcialidad, entre otras, que siempre fueron vistas como integrantes de las garantías constitucionales del proceso, hoy sin transformar esa dimensión, impactan en cada uno de los procedimientos, fomentando un conjunto de exigencias que abandonan el programa de acción antes previsto.

Con ello se quiere demostrar que actualmente se han ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción y, en su consecuencia, los límites de la llamada *tutela judicial efectiva* no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio. Precisamente, esta lectura de vanguardia conspira contra el modelo clásico de la estructura procesal y abre brechas que resisten el ímpetu de estas realidades que emergen del reclamo social antes que de una ilusión teórica sin fundamentos.

Capítulo III
Poderes y deberes de tribunales y jueces constitucionales

La jurisdicción como "poder"

La jurisdicción constituye un verdadero poder del Estado, que es anterior a su constitución. En términos políticos está pensada para resolver conflictos intersubjetivos, lo que convierte al *poder*, al mismo tiempo, en un *deber* para con el ciudadano, a quien se debe respuesta en equidad y razón.

En un caso interesa apuntalar la esencia misma de la *naturaleza jurisdiccional*; en otro, resulta imperioso observar sobre quién recae la *función jurisdiccional* y el marco socio-político donde se configura.

Analizar la jurisdicción como poder supone admitir que existe una atribución especial para los órganos judiciales que lo diferencia de sus pares en la actividad de gobierno, porque no solo controla la actividad de ellos a través de la aplicación del principio de supremacía constitucional, sino también porque debe resolver las controversias que las partes presenten.

El punto principal apunta a responder si la jurisdicción es por sí misma un poder; o si por el contrario, ella sólo constituye un ejercicio funcional del Estado. No debe olvidarse al respecto, como punto de partida al planteo formulado, que la teoría del poder, cuidadosamente elaborada desde la Edad Media, fue abandonada con el advenimiento del concepto de soberanía nacional, del cual se pretende que todo emana.

Así, por ejemplo, Ibañez Frocham define a la jurisdicción como:

> … el poder estatal, emergente de la soberanía o de sus desmembraciones políticas autónomas, de decidir los conflictos de interés que someten a decisión de sus órganos las personas físicas o jurídicas que integran la comunidad, inclusive la administración del propio Estado, como partes, a los cuales el orden jurídico transfiere el deber de resolverlos conforme

> a la ley, como así a la ejecución de la sentencia y las demás decisiones del proceso contencioso y del voluntario, inclusive las del proceso penal.[1]

En cambio, Podetti señaló que jurisdicción es:

> … el poder público que una rama del gobierno ejercita, de oficio o a petición del interesado, instruyendo un proceso, para esclarecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que esta sea cumplida.[2]

Ambos conceptos identifican la actividad encaminada a comprobar y hacer valer concretamente, en los casos particulares, el ordenamiento jurídico; como la tutela de los intereses que, aun siendo protegidos por normas de derecho objetivo, han quedado insatisfechos, sea porque existe incertidumbre sobre los términos de la norma que debe protegerlos, sea porque esta última, aun siendo reconocida por todos, encuentra inobservancia en la hipótesis examinada.[3]

El Poder Judicial, *lato sensu*, evidencia en la tripartición de funciones un activismo diferente: aplica las leyes y persigue la paz social. En esencia, su finalidad es única: decir el derecho (*iuris-dictio*).

Sin embargo, la declaración de la norma aplicable no es en todos los casos exclusivo menester de los jueces; también existen órganos legislativos y administrativos que se ocupan de determinar el derecho en una situación determinada. Acontece así que algunos pueden hablar de una jurisdicción judicial, otra ejecutiva y hasta de una parlamentaria, sin perjuicio de otras especiales, como la jurisdicción militar, o la eclesiástica, tan específica como es la constitucional.

Desde esta perspectiva podría negarse la existencia de un poder jurisdiccional, para reducir el concepto a una función que, cuando es realizada por magistrados, asume particularidades que en los otros supuestos mencionados no sucede, como son las características de definitividad de las resoluciones; y la posibilidad de realizarlas compulsoriamente, en lo que constituye un ejercicio de fuerza legitimada. En cambio, si pensamos en el origen de la institución vemos que

> … la actividad jurisdiccional resulta, además, una actividad sustitutiva y subrogatoria, en cuanto que el Estado-juez se mueve sólo porque

1. Ibañez Frocham, Manuel, *La jurisdicción*, Buenos Aires, Depalma, 1972, p. 47.
2. Podetti, Ramiro José, *Teoría y Técnica del proceso civil*, Buenos Aires, Ediar, 1942, p. 155.
3. Biscaretti de Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 519.

> aquellos que deberían haber realizado espontáneamente determinados intereses, actuando así la voluntad de la ley, no lo han hecho, y porque los que miraban a obtener tal realización han sido constreñidos por la prohibición de la autodefensa (afirmada por todos los modernos ordenamientos estatales) a dirigirse al magistrado (según los casos, con una acción o un recurso) para ser reconocidas sus propias pretensiones.[4]

La jurisdicción constitucional tiene esta característica. En el modelo difuso convive con el poder de jurisdicción ordinario desde que la función esencial del juez, además de resolver la controversia, es fiscalizar que se cumpla con el principio de la supremacía constitucional.

En el sistema concentrado (jurisdiccional y político) el Tribunal Constitucional toma para sí una de las misiones (el control de constitucionalidad) y, al hacerlo, realiza una actividad jurisdiccional.

La diferencia puede estar en el mecanismo que pone en marcha la dinámica de uno u otro esquema; en el difuso, como regla, se relaciona con el ejercicio de la acción y el conocimiento de las pretensiones; mientras que en el modelo concentrado, la referencia está en la cuestión de inconstitucionalidad.

Esta dependencia del individuo para generar la marcha del poder jurisdiccional podría llevar a concluir que, en los ordenamientos políticos basados en la teoría de Montesquieu, a los jueces sólo les cabe interpretar la norma y aplicarla en el caso propuesto a su decisión, para dar un resultado concreto e individual. El procedimiento seguido sería ni más ni menos que el esquematizado bajo el sistema de legalidad, en contraposición al sistema de la justicia del caso concreto, en el cual el juez se convierte al mismo tiempo en legislador, estatuyendo sobre la base de la equidad y haciendo que la sentencia, aunque reviste la forma de acto jurisdiccional, sea materialmente una ley: la ley del caso concreto.[5]

Lo cierto es que, aun dependiente de la voluntad particular, la jurisdicción expresa el poder de quien se la otorga, esto es el pueblo mismo. Es este quien tuvo la potestad de autojuzgarse, de organizarse, de limitarse y finalmente, de socializarse sobre la base del principio de los derechos compartidos. Por eso la jurisdicción no deja de ser una función del Estado, pero el poder no le pertenece a este sino a aquella.

---

4. Biscaretti de Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 520.
5. Ídem.

Habría entonces que distinguir tres conceptos: por un lado el *poder*, por el otro la *potestad* y luego la *función*.

El poder le pertenece al pueblo, y por el principio de autoridad radica en la Nación; la potestad de hacer las leyes corresponde al Legislativo; y al Ejecutivo cabe la potestad de hacerlas cumplir. Al Poder Judicial le está atribuida la potestad de aplicar las leyes, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

El control de constitucionalidad, fuente que alimenta el derecho procesal constitucional, no aparece en el simbolismo teórico, salvo que se lo instale en las funciones de resolver conflictos, de manera que tanto la controversia humana como las emergentes de los efectos de normas posiblemente inconstitucionales, determinan el conjunto del poder jurisdiccional.

Con esta visión, el poder del Tribunal Constitucional o del juez del sistema difuso es innegable. Tiene una misión concreta y una autoridad suficiente para imponer las decisiones que adopte.

La jurisdicción como "deber"

La contracara del *poder* jurisdiccional es el *deber* de resolver conflictos. En el derecho argentino tal compromiso emana de las disposiciones del artículo 116 de la Constitución Nacional, y se extiende a las provincias por implicancia del artículo 5 de la misma carta.[6]

Sin embargo, reducir la función jurisdiccional a las controversias entre personas simplifica una tarea que es más amplia. Basta con agregar las sentencias que se dictan en los procesos denominados de jurisdicción voluntaria o aquellos donde la solución al conflicto proviene de la exclusiva composición entre las partes, para advertir la diferencia. Asimismo, si la jurisdicción fuese solamente el deber de solucionar en justicia los litigios, existirían procesos inadaptados a esa regla, como los de la jurisdicción penal o los constitucionales ante la cuestión genérica.

Ocurre que en el estudio del problema aparecen estas dos extremas concepciones: de un lado, aquella que podríamos denominar *abstracta*, donde el derecho público aflora como contenido esencial, dando primacía a la jurisdicción como poder, es decir, resaltando la

6. Ibañez Frocham, Manuel, *La jurisdicción*, *op. cit.*, p. 68.

actuación del derecho objetivo cualquiera sea su naturaleza; y por otra senda, la corriente *concreta*, que privilegia la jurisdicción en terreno del derecho privado, dando interés prevalente a la tutela de intereses subjetivos en conflicto, sean estos violados o amenazados.

Ambas concepciones responden a un tiempo histórico determinado, que en la actualidad no reconoce el mismo enfrentamiento o polarización, sino un entendimiento común que los integra y complementa. Por eso, autores de esta última generación indican que la jurisdicción

> ... es un poder-deber del Estado. Es un poder en cuanto se manifiesta como la finalidad de lograr la sujeción de todas las personas, incluso el propio Estado, a sus mandatos, como medio para preservar la paz social al impedir que tales personas tengan necesidad de hacerse justicia por mano propia [...]. Como de tal forma existe un monopolio por parte del Estado para ejercer la jurisdicción, los individuos tienen la facultad, de raigambre constitucional, de requerir a los órganos particulares la prestación de tutela, que al presentarse como el ejercicio de un derecho, constituye por consiguiente, correlativamente un deber para el propio Estado.[7]

Al diferenciar la jurisdicción por el poder que la localiza, no pretendemos instalar allí, únicamente, las líneas y contornos que dibujen específicamente la cuestión analizada. Es evidente que el criterio orgánico no explica los actos presuntamente jurisdiccionales del legislador, ni los que vierte con mayor continuidad la administración. Es obvio, también, que por este camino no ingresamos en la tipicidad del acto jurisdiccional, y bien cierto es que la facilidad obtenida desde el comienzo como pauta se dificulta cuando se trata de precisar la función jurisdiccional.

Vale decir, si la idea es hacer coincidir la resolución de conflictos con la actividad jurisdiccional, la simetría puede ser equivocada, porque la cuestión de constitucionalidad, por vía de principio, no puede quedar en manos de cualquiera.[8]

De todos modos, nos imponemos este emplazamiento por razones de técnica y exposición, y solamente para advertir que cuando se observa la característica inicial de la jurisdicción lo primero que emerge es el

7. Di Iorio, Alfredo, *Temas de derecho procesal*, Buenos Aires, Depalma, pp. 34-35.

8. Posición que actualmente tiene firmes resistencias al permitir que también los árbitros hagan control de constitucionalidad, o que la jurisdicción administrativa preserve la supremacía de la Constitución. En Europa el planteo no es tan evidente, desde que los tribunales constitucionales tienen mejor solventado el perfil de misiones y funciones.

órgano que la emite; luego, al profundizar, obligado resulta encontrar el contenido de la función para, de esta manera, cerrar el círculo definitorio.

Al ser la jurisdicción un poder-deber, relegamos la posición más difundida de función pública, pero ello no supone desplazar el contenido de interés público que la noción importa. La diversidad de funciones que el poder estatal ostenta necesita para su vigencia y práctica efectiva que se diversifiquen las misiones, como una forma de alentar la eficacia del mecanismo.

Es hoy doctrina superada aquella que concebía al Estado sobre la hegemonía de tres poderes; la visión contemporánea de política constitucional refleja que el poder es único y fracciona sus funciones en tres órganos que exteriorizan actos concretos y específicos de la voluntad estatal. En este sentido, el Poder Judicial tiene el monopolio de la jurisdicción. Vuelven a ser ciertas las afirmaciones de Cossío Díaz al sostener que

> … si bien Montesquieu pensó y escribió la división de poderes en términos de filosofía política, cuando este modelo general, este modelo racionalizado se incorpora a las constituciones, pierde muchísimo su fuerza originaria y termina siendo un gran principio de *juridicidad*. Al final de cuentas, la división de poderes plasmada en los textos constitucionales positivizada, va a ser lo que las constituciones digan que es. Si la Constitución establece que, en ciertos casos, el Ejecutivo puede hacer determinadas funciones legislativas una vez que se han suspendido las garantías individuales –como es el caso de la Constitución Mexicana–, podrá realizar esa función sin incurrir con ello en algún problema de constitucionalidad. Si en otros casos la Constitución establece que los órganos jurisdiccionales pueden tener ciertas facultades legislativas en cuanto a la emisión de normas con un ámbito general de validez –como hacemos nosotros con los reglamentos y los acuerdos generales–, ello también puede acontecer válidamente. Si en otros casos se establece que el Congreso tiene facultades jurisdiccionales –como ocurre con el juicio político–, ello también podrá suceder jurídicamente hablando.[9]

Elementos de la jurisdicción

Cuando se pretende aplicar la teoría general del derecho procesal como modelo de base para la autonomía científica del derecho pro-

9. Cossío Díaz, José Ramón, "La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes", *op. cit.*, pp. 103-104.

cesal constitucional, es imprescindible mostrar que no todo es igual ni aplicable. En este aspecto, los elementos que componen la jurisdicción, si bien pueden espejarse, no tienen el mismo funcionamiento.

La palabra jurisdicción se forma de *ius* y *dicere*; esto es, aplicar o decir el derecho. El significado y alcance de los términos ocupó a numerosos autores que procuraron descifrar la función jurisdiccional a partir de este enunciado. Juzgar y declarar el derecho fueron equivalentes al conocimiento de la causa y resolver el conflicto a través de la sentencia (*notio et iudicium*). La simplicidad de la relación podría llevar a creer que todo proceso constitucional es jurisdiccional, y no sería desacertada la conclusión.

Sin embargo, advertida la problemática desde sus cuestiones menores, observamos que no es posible considerar la existencia de elementos constitutivos de la jurisdicción, tomando como punto de partida la etimología, siendo mejor analizar las facultades y deberes que utiliza el juez en ejercicio de sus potestades. En efecto, el conocimiento predispuesto y la emisión de la sentencia componen una característica de la función pero ellas son inútiles o insuficientes si no se integran al conjunto de posibilidades que tiene el magistrado o el Tribunal Constitucional en su labor.

a. La *notio* es la primera de las cuestiones. Es el poder o facultad del juez para conocer en una causa determinada. Por ella, el tribunal toma intervención en el proceso y dispone que se practiquen todas las pruebas y demás diligencias que estime necesarias para ilustrar su entendimiento en los temas de hecho y de derecho que le son presentados.

   El conocimiento (*cognitio*) no tiene más limitaciones que las impuestas por la organización política procesal, de manera que podrá ser de contenido liberal y dejar el proceso en manos de las partes (sistema dispositivo), o perseguir un sentido social y admitir que el juez en representación del Estado tiene un interés propio a consagrar sin mella al derecho de las partes.

   En el acceso al Tribunal Constitucional pueden surgir iguales variaciones, pero no hace mella en la configuración del poder de conocimiento que se posee.

b. La *vocatio*, a su turno, es la facultad de requerir el comparecimiento del demandado a estar a derecho, o para cualquiera de las partes que fuera emplazada a ese fin. Dado que la citación

solo persigue trabar la litis en términos de bilateralidad y contradicción, puede verse en la ausencia o la rebeldía la contrapartida de dicha facultad, sin que por ellas pierdan validez las resoluciones que el juez disponga sucesivamente.

Aquí la diversidad puede ser posible; pero cabe anotar que la inexistencia de bilateralidad en el proceso constitucional está caminando hacia una fantasía, toda vez que el amparo ha sumado cuestiones de esencia fundamental que se deben resolver a partes conocidas y enfrentadas, de manera que solo en las cuestiones abstractas o de pura consulta se podría referir a la inexistencia de la facultad o poder de convocar a las partes a estar a derecho.

c. El tercer componente de las facultades jurisdiccionales es la *coertio* o *imperium*, que consiste en la facultad de emplear la fuerza pública para imponer el acatamiento de las decisiones judiciales, pudiendo recaer sobre las partes (arresto por desacato), sobre terceros (testigo conducido al tribunal que fuera renuente a comparecer voluntariamente), o sobre bienes (secuestro de un objeto litigioso). Este poder sancionatorio opera en la faz represiva del proceso constitucional que se debe estudiar con el conjunto de herramientas que permiten el desarrollo regular del proceso constitucional.
d. El poder jurisdiccional más evidente es el *iudicium*, por el cual el juez o tribunal resuelve los conflictos a través de sus sentencias. Con ellas no solo responde al requerimiento de las partes, sino que puede complementar el equilibrio del poder estatal mediante el control de constitucionalidad de las leyes, o fiscalizando la razonabilidad de los actos administrativos.
e. Finalmente, se ha considerado que para el acto jurisdiccional, en sí mismo, es indispensable, además del conocimiento, la posibilidad de ejecutar lo juzgado, a fin de no tornar ilusoria o lírica la sentencia pronunciada. Se agrega así la *executio*, como el poder jurisdiccional de ejecutar las resoluciones mediante el auxilio de la fuerza pública o de los agentes de la jurisdicción. En esta etapa de la función no interesa el conocimiento sino la satisfacción del mandato judicial.

Actualmente, la doctrina prefiere hablar de poderes radicados en la jurisdicción que se dividen en cuatro grupos:

a) *Poder de decisión:* por el cual la autoridad resuelve los conflictos de intereses planteados. Emite un juicio de valor y un mandato que se transmite con fuerza obligatoria, y que significa para las partes la subsunción de los hechos en el derecho. La problemática de esta potestad está en reconocer el acto de autoridad que se vierte, de modo tal que algunos presuponen el nacimiento del derecho mismo, en tanto otros la asumen como acto natural y consecuente del imperio que se tiene.

Recuérdese que la idea de Kelsen no fue esta, porque pretendió despojar al Tribunal Constitucional del estudio de los hechos. Por eso:

> ... desde el momento en que las teorías de Chiovenda y de Kelsen se asentaron en el entorno científico, no pasó mucho tiempo para que brotaran importantes manifestaciones que, oponiéndose a sus premisas, reprocharon al primero la "escisión del derecho procesal del material o sustancial" y al segundo, el desprecio a la "fundamental diferencia que existe entre el fallo procesal y la resolución de dudas y divergencias de criterio acerca del contenido de un precepto constitucional".[10]
>
> Esa oposición permite advertir que paulatinamente se ha generado un movimiento propenso a conferir una nueva importancia al elemento "material". La aparición de renovados planteamientos ha posibilitado cambios significativos en la forma de analizar el derecho procesal y de entender a la jurisdicción encargada de la tutela constitucional, advirtiéndose cada vez con mayor claridad que el estudio dogmático de los mecanismos de garantía constitucional no puede sustentarse en tesis ancladas en la naturaleza de las formas y en premisas como las de certeza, racionalidad o predeterminación jurídica, sino que al lado de estos elementos constitutivos de verdaderos valores fundamentales del Estado de Derecho de matiz liberal, es necesario analizar con igual detenimiento el contexto de la sustancia, o lo que es lo mismo, el objeto "Constitución", desde el punto de vista de sus implicaciones con el Estado constitucional.[11]

Para nosotros, este poder de decisión está presente en la jurisdicción constitucional. Su naturaleza es objeto de estudios diversos (que se corresponden con la naturaleza jurisdicción o política de la sentencia), pero

10. La crítica proviene en el primer caso de Francesco Carnelutti (cfr. "Torniamo al giudizio", en *Rivista di diritto processuale*, N° 1, Padova, 1949, p. 167; y en el segundo de Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución, op. cit.*, p. 84.

11. Astudillo, César, "Doce tesis en orden al derecho procesal constitucional", *op. cit.*, pp. 269-270.

no inciden en la tipicidad que le asigna al derecho procesal constitucional que, en este sentido, puede compartir el espacio con la teoría del proceso.

b) *Poder de coerción:* consiste en el poder de imponer sanciones a quienes con su conducta obstaculicen o perjudiquen los fines de la administración de justicia.[12] La amplitud del concepto admite aplicarlo a todo aquel que incida en la buena marcha del proceso por una actitud negligente, culpable o directamente responsable del perjuicio. Son pasibles de sanción, en consecuencia, tanto jueces como abogados, partes como terceros o ajenos al litigio; todos ellos quedan involucrados en el área del principio de moralidad procesal, donde si bien los ordenamientos adjetivos no lo regulan expresamente, en cambio consagran esclarecidos conceptos que anticipan derivaciones por el desconocimiento provocado, o el apartamiento equívoco. Es decir, tornando prioritaria la conducta leal, proba y honesta, que son partes del mentado principio superior.

La buena fe procesal recepta aquí un modo de conducta, desplazando la convicción que tenga la parte con el derecho que lleva al pleito.

c) *Poder de documentación, investigación o instrumentación:* se refiere a las facultades que recibe la judicatura para conformar el "clásico" expediente. La importancia anida en el carácter de instrumento público que le otorga a los documentos que se incorporan en foliaturas, siendo entonces un deber correlativo la conservación y custodia de ese conjunto de actuaciones escritas.

Asimismo, interesa en este poder la libertad que adopta el juez o el tribunal en la tarea que le corresponde realizar. En el proceso común, por ejemplo, será el modelo para la investigación de la verdad, teniendo presente que la iniciativa probatoria es distinta en un sistema radicalmente dispositivo respecto de aquel donde se privilegia el principio publicístico, o de iniciativa oficiosa. En cambio, en el control de constitucionalidad no es necesario acotar el reducto del conocimiento, pues aunque se admita la especificidad del trabajo del juez o Tribunal Constitucional, también se constata que

> La originalidad y autonomía del derecho procesal constitucional sufrió una fuerte involución; en lugar de construirse presuponiendo su emancipación pasó a convertirse en un conjunto de disposiciones producto de la extensión de categorías ya consolidadas en la tradición *iuscivilista*,

12. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, *op. cit.*, p. 186.

> generando, desde entonces, una dependencia procesal irregular, de especie a especie, y no de género a especie, colocando al derecho procesal constitucional en un entorno de dependencia directa del derecho procesal civil y no del derecho procesal general.[13]

La subordinación de las reglas no impacta en la singularidad del modelo ni afecta la autonomía científica, compartiendo entonces con Astudillo su séptima tesis sobre la originalidad del derecho procesal constitucional, que dice:

> El DPC debe estar en condiciones de ofrecer un conjunto de categorías normativas autónomas, adecuadas al derecho diferenciado que se encamina a servir, y estructuras procesales coherentes con la particularidad de cada uno de los procesos constitucionales, en virtud de que individualmente demuestran una lógica y una finalidad específicas. Debe permitir, además, que los órganos de garantía constitucional creen determinadas categorías procesales para perfilar con mayor pulcritud las especificidades de sus instrumentos de tutela.[14]

d) *Poder de ejecución:* a diferencia del poder de coerción, en este la fuerza pública tiende a resolver el mandato jurisdiccional. Es este un capítulo distintivo del derecho procesal constitucional que lo distancia de la teoría procesal de la sentencia.

Si bien es cierto, resulta muy cómodo sostener que hay función jurisdiccional cuando es un tribunal el que interviene y dicta sentencias de carácter definitivo; tal afirmación corre el riesgo de confundir al intérprete cuando la misión de administrar justicia se reparte hacia otro conjunto de funcionarios que no ocupan lugar en el área de la magistratura como poder, pero que tienen autoridad por la división que ocupa la función jurisdiccional. Es el caso de los tribunales constitucionales –que no dependen del Poder Judicial (modelo europeo)–, que constituyen el supuesto generalizado para provocar la discordia.

Sin embargo, pueden encontrarse soluciones estableciendo diferencias y perfiles propios. Para ello es preciso entender que no es un resultado valioso dividir el concepto de jurisdicción, pues equivale a escindir su misma naturaleza. La jurisdicción es única siendo imprudente pensar en más de una jurisdicción para el Estado. Por

13. Astudillo, César, "Doce tesis en orden al derecho procesal constitucional", *op. cit.*, pp. 275-276.

14. Ibídem, pp. 273-274.

consiguiente, el órgano con funciones jurisdiccionales también es único. En efecto –dice García Belaunde–:

> ... la teoría procesal sostiene hoy en día que la jurisdicción, como emanación de la soberanía del Estado, es una sola. Pero siendo una, se atribuye a los diversos órganos o tribunales que la propia Constitución o la ley establecen. De tal suerte, lo que existe es una sola jurisdicción, que se canaliza a través de numerosos tribunales o salas, que tienen cada una, por así decirlo, un pedazo de esa jurisdicción. Esto es lo que se llama competencia. Dicho en palabras de Couture: la competencia es la medida de la jurisdicción. En un país, todos los jueces legalmente investidos tienen jurisdicción. Pero sólo pueden intervenir en los casos para los cuales tengan competencia (en función del territorio, de la materia, de la cuantía, etc.). Y ella la tienen en virtud de reglas que les asignan el conocimiento de determinados asuntos. Por tanto, decir que hay jurisdicción constitucional sólo cuando existe un tribunal *ad hoc* y al margen del Poder Judicial, es confundir los planos, ya que todos los tribunales tienen jurisdicción, sin excepción alguna, y más bien lo que existe, debidamente distribuida, es la competencia que se ejerce a través de jueces y tribunales especializados. Y esta es, en palabras de Alsina, la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado.[15]
>
> Por tanto, si la Corte Suprema, cúspide del Poder Judicial, tiene competencia (dada por ley o por la Constitución) para declarar y resolver en asuntos constitucionales, todo lo demás es irrelevante. En primer lugar, tener competencia; en segundo lugar, resolver; y finalmente ejecutar: estos son, en síntesis, los pasos que se dan.[16]

La cuestión jurisdiccional de los tribunales constitucionales puede encontrar otro matiz distintivo en la independencia que cuente el órgano para desenvolver su autoridad y magisterio. Bien señala Gimeno Sendra que en un Estado de Derecho la función de juzgar debe encomendarse a un único conjunto de jueces independientes e imparciales, donde toda manipulación en su conformación y competencia está ex-

15. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 1957, T. II, p. 512.

16. García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional, op. cit.*, pp. 15-16.

presamente desterrada.[17] La ausencia de imparcialidad e independencia sería causa para desconocer ejercicio alguno de jurisdicción.

La confusión sobre el tema tiene otros aspectos que ponderar. Es común oír en detalle sobre cómo se divide la jurisdicción; cómo se clasifica; cómo se reparte; etcétera. Cada una de estas menciones adolece de una gravísima falta de razón, pues lo que en realidad presentan con facetas propias y singulares no son más que manifestaciones de la función jurisdiccional.

Cuando se divide la jurisdicción en civil, comercial, penal, laboral, contencioso administrativa, constitucional, etcétera, existe en realidad una separación de la función con arreglo a la especialidad del objeto procesal. Otra diferencia podría hallarse en alguna posible variación en el régimen procedimental o en los principios y presupuestos adjetivos que la alientan. Es decir que esta distribución responde a la organización del sistema judicial, donde queda ratificado que el ejercicio de la función jurisdiccional proviene de una potestad atribuida en exclusiva, diversificando la función de juzgar (y ejecutar lo juzgado).

Clasificaciones por especialidad

Otro desacierto consiste en clasificar la jurisdicción por la especialidad de sus funciones, no ya materiales referidas al objeto, sino por su capacidad para recibir y resolver pretensiones. Nos referimos a la separación entre jurisdicciones contenciosas, voluntarias, disciplinarias, especiales, cuando todas ellas son nada más que una, cambiando la máscara de su presentación, pero conservando siempre el rostro.

La idea es que la jurisdicción no se cambie por el contenido, al ser intrínsecamente único. Puede permitir clasificaciones dentro de las formas de prestación del servicio, pero conservando idéntica función no obstante la desigualdad de las expresiones.

Así como el principio de unidad jurisdiccional se caracteriza por la función de juzgar con autoridad de cosa juzgada, el *principio de exclusividad* manifiesta dos consideraciones trascendentes. Por un lado, que solo quienes ostenten la potestad de juzgamiento tienen la

17. Gimeno Sendra, José Vicente, *Fundamentos de derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, Civitas, 1981, p. 90.

posibilidad de someter a las partes a las disposiciones de un proceso que resolverán de manera definitiva. Por otro, que no es posible pensar en la delegación de esa potestad. Ello supone una íntima relación entre el proceso y la jurisdicción; o para decirlo en términos de Guasp:

> Para el derecho procesal, la jurisdicción constituye un verdadero requisito del proceso, cuya falta impide entrar en el examen de fondo de la pretensión formulada. Dada la importancia de este requisito, su existencia o inexistencia puede, y debe, ser tenida en cuenta de oficio, al comenzar el proceso o después de comenzado, con ineficacia, en este caso, de todos los actos anteriores.[18]

Los distintos tramos por los que atraviesa el proceso incitan a concretar la atribución jurisdiccional sobre la base de criterios territoriales, materiales, temporales, jerárquicos y económicos, dominados por las reglas de la competencia. Resulta así que cada uno tiene un tribunal competente, anterior al litigio y especializado para resolver el conflicto que enfrenta, siendo inconstitucional y vejatorio de la soberanía del Estado cualquier desplazamiento que viole la garantía del juez natural constituido previamente al proceso.

En el recorrido, la jurisdicción podrá cambiar de jueces pero nunca cambiar su unidad intelectiva. Asimismo, es común observar que del mismo procedimiento surgen potestades especiales que constituyen componentes de la función, las que no poseen otras actividades.

En cuanto a la indelegabilidad de la jurisdicción, nos referimos a la imposibilidad de transferir la potestad en forma absoluta, circunstancia que no impide la variación del tribunal interviniente por razones legalmente establecidas y fundadas.

En suma, no es posible transferir la potestad a quien el Estado no le reconoce poder alguno; no podría trasladarse la facultad de juzgar de un magistrado hacia un legislador (*v. gr.*: juicio político) porque el último no tiene potestad, ni sus decisiones son definitivas e inmutables. Puede, en su lugar, mudar la faz cognoscitiva pero quedará siempre en la autoridad jurisdiccional la facultad de revisión y revocación. Basta, entonces, que el poder jurisdiccional tenga la última palabra.

18. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 113.

Capítulo IV
Tribunal y jueces constitucionales

La independencia del Tribunal Constitucional

La independencia es una de las características de la jurisdicción, pero no constituye más que una manifestación necesaria de la autonomía funcional.

La característica da una impronta a la actividad jurisdiccional; de este modo el juez neutral puede ser una persona indiferente y apartada de todo interés que no sea resolver el conflicto aplicando la ley, tal como quería el modelo europeo del siglo XVIII; la idoneidad se puede consagrar en ilustración manifiesta y versación acreditada, que aún presente, no asegura que las sentencias estén relacionadas con el sentimiento de justicia o con el de ajuste constitucional. Lo equitativo no siempre refleja lo justo, y podría ser más un pronunciamiento distributivo que puramente objetivo, y también la fundamentación de la sentencia, como requisito constitucional, tiene manifestaciones que necesitan explicarse.

Hay además una perspectiva adicional que para nuestra materia es más importante. Ella se fija en la independencia como una cuestión de autonomía en la decisión. Se trata más bien de considerar la eficacia de la sentencia que se pronuncia sin influencias ni subordinación jurídica. Dicho esto como si fuera un problema de tensión o conflicto entre quien resuelve y quien aplica, más allá de la autonomía propia que exige el juez o tribunal como parte de un sistema que no debería ser interferido en sus sentencias por agentes externos. Díez Picazo dice que entre estos frenos y contrapesos propios de un sistema de jerarquías, sin duda la responsabilidad de los jueces juega el papel protagonista, en el sentido de que la efectividad de la independencia real depende en buena medida de cuál sea la configuración positiva de los tipos de responsabilidad judicial.[1] Por eso, agrega González Granda:

> Un tema recurrente siempre que se habla de independencia es el de la responsabilidad, planteada en términos de tensión o conflicto, por

1. Díez Picazo, Luis María, *El régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1991, p. 102 y ss.

> tratarse en ambos casos de valores constitucionales e igualmente dignos de tutela. Conflicto o tensión que, en el fondo, lo que traduce es, ni más ni menos, que la cuestión de los cometidos del juez en el contexto de un sistema de impronta continental, y, en último extremo, la del propio emplazamiento del Poder Judicial en el seno de un sistema democrático.[2]

La cuestión se posiciona en la lectura del significado y alcance que tiene el recaudo de la independencia, dicho en términos de resolver si se trata de una autonomía del poder o si es independencia en el sentido de abstracción (los jueces son la boca de la ley), o una calidad especial que los entroniza y hace distintos (como en el despotismo ilustrado).

La distinción no es menor, ya que han cambiado los paradigmas que originariamente vinculaban la independencia con la autonomía del poder.

Incluso, la posición institucional de los tribunales constitucionales demuestra que la cuestión de la independencia no es un tema superfluo, como bien muestra la historia con el caso del Tribunal Constitucional del Perú, o con los conflictos suscitados entre la jurisdicción constitucional y administrativa de Colombia, repitiendo en ese llamado "choque de trenes" el fenómeno también habido entre el Tribunal Supremo español y su Tribunal Constitucional.

En su extensión, el rol del Tribunal Constitucional no es distinto desde que la autonomía para resolver puede encontrarse alterada por el reclamo político de acompañar una gestión ocasional, o pronunciar la validez constitucional de un verdadero desatino.

Abona en este terreno la formación moral de la judicatura que implica diferenciar iguales hechos ante distintos temperamentos o actitudes para interpretar el conflicto. No se puede eludir, en un estudio completo de la independencia, este aspecto tan intrincado que produce estragos en sistemas constitucionales donde la interpretación constitucional de la ley es abierta a todo el aparato jurisdiccional, con apenas un control extraordinario sobre la razonabilidad.

Asís Roig ha desarrollado en profundidad esta relación con la obligación moral de obedecer al derecho, donde destaca tres argumentos que en la historia han sido utilizados para su justificación. Estos tres

2. González Granda, Piedad, *Independencia del juez y control de su actividad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 119.

argumentos versan sobre el consentimiento, el contenido y la autoridad. La justificación de la existencia de una obligación moral de obedecer al derecho, centrada en el valor del consentimiento, tiene su origen en el célebre diálogo de Sócrates con las leyes expuesto por Platón en el *Critón*, si bien puede encontrarse también en Locke, dentro de su *Ensayo sobre el gobierno civil*. Atendiendo los argumentos de Locke, se puede hacer una distinción que ciertamente ha cobrado relevancia en el tema de la obediencia. Se trata del diferente sentido y alcance del consentimiento según sea tácito o expreso. El primero es aquel que se produciría por la simple utilización de las normas; el segundo, por una actuación expresa del reconocimiento del valor del Derecho o de sometimiento a este. Por su parte, la justificación de la obligación moral de obedecer al Derecho centrada en el contenido, tiene también como exponente histórico al pensamiento de Sócrates, si bien está reflejado más claramente en el pensamiento cristiano medieval. Este tipo de argumentación alude a la obligación de obedecer al derecho que se considera justo, trasladando el problema, pues, a la justicia.[3]

Por último, puede destacarse otro grupo de argumentos que se centran en la idea de la autoridad y que vendrían a justificar la obediencia al derecho proveniente de determinada autoridad. Exponente histórico de este tipo de argumentación es el pensamiento de Max Weber. Desde esta perspectiva se relaciona obediencia con legitimidad, y por ende, existe una estrecha relación con los dos argumentos anteriores.

En síntesis, atender la imparcialidad y la independencia desde el atalaya de los principios tiene la ventaja de concretar las llamadas "garantías de la jurisdicción", que forman parte de los contenidos del derecho procesal constitucional, donde se tienen que señalar cuáles son los reaseguros que muestran los jueces hacia las demás garantías, recordando para ello que, en esencia, la eficacia de los derechos fundamentales se refleja con su vigencia y puesta en práctica.

La noción de justicia *independiente* e *imparcial* es, entonces, un requisito de validez para el proceso, y una garantía que promete la jurisdicción. A veces depende de factores externos como decisiones políticas (*v. gr.*: cuando se designan jueces comisionados, de excepción,

3. Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas: la decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 84.

incompetencias manifiestas, etc.) o situaciones de excepción (*v. gr.*: gobiernos de facto, dictaduras, estado de sitio, etc.), que comprometen la regularidad del trámite y socavan los cimientos del debido proceso; otras veces se ponderan las calidades de la función y, en consecuencia, la independencia e imparcialidad pasan a la condición de valores.

Cabe aclarar que la independencia que referimos se relaciona con la autonomía que tiene el juez para resolver liberado de influencias y hostilidades, sin tratar en el punto la independencia funcional.

Misión del juez constitucional

En este campo aparece una proyección del problema, porque de la conclusión que se obtenga se podrán encontrar las actividades centrales que se quieran para definir como "garantías de la jurisdicción" las funciones esenciales que los jueces deben cumplir. Así la doctrina tiene diferencias importantes donde se enfrenta el garantismo procesal ilustrado en la dimensión de la teoría de Ferrajoli, Kelsen, Hart y el positivismo italiano; y el decisionismo judicial, también llamado "activismo jurisdiccional", que faculta a los jueces a realizar la justicia en un marco de coexistencia y axiología.

Podemos afirmar entonces que los frentes que tiene la independencia judicial son diversos y complejos, y que no se ocupan solamente de la actividad dentro de un procedimiento. El compromiso con la realidad pone en debate la necesidad de aflorar nuevas conquistas en la tarea de hacer justicia, porque ello lo demanda el desarrollo social; y también, por qué no, para consagrar un diseño del debido proceso donde el juez no esté aislado ni inerte.

Para nosotros, este es el centro neuronal de la autonomía del derecho procesal constitucional: *el poder de la interpretación constitucional*. Interpretación que forma parte del derecho constitucional decimonónico, pero que se aísla de la ciencia para desarrollar con los sistemas y metodologías un esquema de adiestramiento distinto al que pregona la ciencia constitucional, poco permeable a modificar su estructura, y razón esencial que lleva a la mayor parte de los constitucionalistas a sostener que el derecho procesal constitucional forma parte del derecho constitucional,

o a lo sumo, admiten dividir la tarea realizada en dos segmentos caracterizados como *derecho constitucional procesal* y *derecho procesal constitucional*.

Las cualidades personales del juez son conceptos pragmáticos que se miden y evalúan con los resultados siempre variables de las sentencias judiciales; en el sentido de que todo pronunciamiento judicial a unos conforma y a otros mortifica, siendo para los primeros eficaces y solventes, y para los otros, arbitrarios e insustanciales.

Procuraremos evitar el inconveniente eludiendo el compromiso de opinar donde no es necesario, toda vez que las cualidades que se quieren para un juez o tribunal modelo (neutral, ilustrado, justo, etc.), no son garantías jurisdiccionales sino exigencias que ofrecen una seguridad preliminar al proceso constitucional. En todo caso, se podría hablar de una "independencia moral", que trata de aislar al juez de presiones o influencias extrañas, y que exige acciones concretas para evitar que así suceda.

En este sentido, la independencia judicial formaría parte del debido proceso, no para leerlo como principio, sino como herramienta para un servicio esencial: la imparcialidad.

Sostiene Guarnieri que la independencia no es un fin en sí misma, sino un concepto instrumental respecto a la imparcialidad, ambos al servicio de que el juez debe siempre actuar como "tercero" en la composición de los intereses en conflicto, con la ley como punto de referencia inexcusable.[4] Por eso, agrega González Granda, no es pues lo mismo que imparcialidad, sino que es un antecedente necesario para que la segunda sea posible, si bien se ha señalado que en situaciones claras de ausencia de independencia institucional no han faltado jueces imparciales, evidentemente también puede darse lo contrario: jueces parciales en condiciones objetivas de independencia.[5]

Ahora bien, cuando se encuentra parcialidad en el proceso ordinario, los correctivos pueden variar de acuerdo con la finalidad y el interés en obrar. Por ejemplo, la sentencia se puede revocar, anular, modificarse sólo en cuanto fue proclive a inclinarse sin fundamento a favor de una parte; castigar al juez con las costas originadas; sancionarlo por prevaricato, o disponer castigos de tipo moral como amonestación, inhabilitación, etcétera.

4. Guarnieri, Carlos, *L' independenza della magistratura*, Padua, CEDAM, 1981, p. 123.
5. González Granda, Piedad, *Independencia del juez y control de su actividad, op. cit.*, p. 92.

¿Puede tener estas soluciones el sistema de la jurisdicción constitucional? La respuesta positiva solo corresponde al sistema difuso, desde que la actuación se da en un proceso concreto que suele tener las reglas, principios y presupuestos del procedimiento común, más allá de adaptaciones irrelevantes en algunos procesos constitucionales como el hábeas data o el amparo.

En cambio, cuando se practica control abstracto de la norma supuestamente inconstitucional, el resguardo contra el error (en realidad, antes que el error es sobre el exceso discrecional) queda limitado, pero son los riesgos a correr con la independencia, que pueden ser resueltos con un mecanismo idóneo de selección de magistrados. Dice Landa que

> … todo sistema de selección y nominación de los candidatos para renovar las plazas vacantes de magistrados de un Tribunal Constitucional debe contribuir a fortalecerlo, mediante la adecuada identificación del perfil del magistrado constitucional, así como el establecimiento y respeto de las reglas de su elección. Esto no siempre supone que el organismo encargado del control constitucional se encuentre necesariamente debilitado o afectado en sus elementos constitutivos.[6]

Vistas las cosas desde otra perspectiva, la misma imparcialidad es un conflicto de lógica que no puede reducirse a una apreciación meramente objetiva. Por ejemplo, si queda planteada la inconstitucionalidad de una ley que supone afrentar el derecho a la vida, que tras la deliberación y análisis resiste el test de constitucionalidad, ¿podrá decirse que la sentencia viola el principio de imparcialidad?; en su caso, ¿no es un problema derivado de la razonabilidad?, o si se quiere, ¿no acusa una ponderación de valores diferentes donde la persuasión se ha adquirido sobre hechos antes subjetivos que objetivos?

Compartimos así con Fernández Viaga que la necesidad del juez imparcial como garantía es una consecuencia directa del carácter no mecánico de la función judicial. Los jueces y magistrados no recitan un texto previamente establecido para cada caso.[7] La interpretación

6. Landa, *Estudios sobre derecho procesal constitucional, op. cit.*, p. 73.

7. Fernández Viagas, Bartolomé Plácido, *El juez imparcial*, Granada, Comares, 1997, p. 45 y ss.

de la norma, como nos recuerda Ferrajioli,[8] no es ni ha sido nunca una actividad solamente recognoscitiva, aunque en ocasiones así se haya querido, sino que siempre es el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas de carácter alternativo. Los Tribunales son libres para resolver conforme el ordenamiento jurídico. Y, si lo son, sus decisiones implican el ejercicio de un poder del que hay que alejar el peligro de la arbitrariedad. Por ello, exigencias como la de la imparcialidad se refuerzan en los modernos Estados de Derecho que pretenden, mediante la institucionalización de la sospecha, asegurar el correcto y racional funcionamiento de sus órganos.

Lo que se quiere expresar es que la imparcialidad tiene sonidos que suenan diferentes al oído de quien los interpreta. Para una parte, el problema que se plantea tiene una armonía acordada a sus preferencias; para el otro, los compases suelen ser distintos, de modo tal que la sintonía que adopte la sentencia siempre tendrá un diapasón propio, de elección. Es una disputa entre predilecciones, que cuando se trata de decir el derecho, y para evitar elecciones, se opta por sostener que la supremacía de la Constitución es el único criterio a tener en cuenta.

En definitiva, un pensamiento asentado con tal rigidez, simplemente afirma que la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional es controlar y resguardar la supremacía de las Cartas Fundamentales; pero al mismo tiempo es una doctrina claudicante porque toda cuestión, aun aislada de los hechos que la generan, tiene condiciones y contingencias radicadas en emociones, sentimientos e irracionalidades inmanentes propias de toda persona que vive en sociedad. Y el juez no es un fugitivo de la vida; no está instalado en el atalaya para ver las cosas desde una altura inalcanzable. Son las cuestiones del diario acontecer las mismas que al tribunal le sucede y le afectan. La formación profesional, la experiencia adquirida, la coexistencia social, son improntas ineludibles, que sin sospechas de parcialidad, inciden y afectan las variables de elección.

Una vez más, se observa por qué el sentimiento de justicia no es un dato objetivo y cotejado por baremos: hay todo un conjunto de elementos subjetivos que nutren la actividad y le dan un sentido propio.

8. Ferrajioli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 256.

Imparcialidad del juzgador

Pensar en la imparcialidad como una manifestación ajena a toda influencia puede llevar a la extraña reflexión de creer que el juez o tribunal actúa aislado del mundo. Dicho en otros términos, si la función es el control constitucional, la responsabilidad que tiene es solo esta, que se traduce en justicia cuando emite la sentencia para el caso concreto, habiendo dispuesto una resolución equitativa, ecuánime y prudente.

Esta idea piensa en un magistrado con una función inocua: solamente labora en la abstracción, sin mirar a quién, y sin considerar los efectos que produce. La sociedad debe confiar en los jueces por la autoridad que de ellos emana, y por el respeto que merecen. Implica una obligación automática antes que una actividad racional; y en los hechos, eleva la posición del juez al tecnicismo de reconocer los hechos y el derecho a ellos aplicable.

No es esta la tarea que se espera de los Tribunales Constitucionales ni de los jueces que activen la misma función. El modelo descripto tiene reminiscencias del juez romano que era el único que conocía la ley y podía decirla en sus mandatos (*iuris-dictio*); acepta que las influencias del medio son posibles, pero las elude con el deber de cumplir el mandato legal, y si esta no se adapta al contexto, lamentablemente no es su función corregir o encausarla; él no tiene posibilidad alguna so riesgo de convertir al juez en legislador.

De algún modo, también, es la consagración del sistema de la desconfianza, a la que tanto apego tienen muchas legislaciones. Por su lado, el juez que quiere afianzar la confianza y mostrarse ejemplar e intachable, tiende a alejarse de la sociedad, precisamente, para apartarse de sus estigmas.

En esta consigna hay una parte muy cierta y precisa: la ley fue hecha para cumplirla, y ante el desconocimiento o perturbación, debe el juez ordenar la sanción respectiva y obligar el acatamiento. Pero si ella es supuestamente inconstitucional, hay un deber anterior que obliga a conciliar el presupuesto fundamental.

Lo que estamos proponiendo es que, en esta dimensión, el laboreo intelectual no lleve a encerrar la Constitución en un marco pétreo, sino en desentrañarla y ponerla en contacto con la realidad viviente; por

eso es necesario que la sentencia no sea la emisión de un resultado analítico aislada del contexto.

En resumen, el problema que se afronta es propio de la filosofía del derecho, y puede forjar argumentos políticos y constitucionales que, si queremos reflejarlos en la interpretación del derecho procesal constitucional, hace jugar valores y entendimientos que no son propios de este trabajo.

Con ello se quiere decir que la imparcialidad no es un valor neutro que signifique no beneficiar a uno ni otro, porque una sentencia siempre obrará a favor de alguien que ha controvertido. En realidad, la imparcialidad que apuntamos en esta perspectiva supone que el juez aplique el derecho, pero que al imponer el orden y la legalidad no se desprenda del tiempo que transita, con sus adaptaciones y las angustias que lo inciden, porque "hacer justicia" es dar a cada uno lo suyo sabiendo y conociendo la realidad que se comprende.

Del Vecchio recuerda que por encima de las leyes escritas hay otras no escritas que se reflejan en todas las leyes sin agotarse en ninguna y que, en momentos decisivos de la historia, pueden imponerse al hacer saltar los órdenes positivos para perfeccionar con un orden nuevo el proceso de reivindicación de la justicia, que tiene por teatro la historia y por fuente inagotable el espíritu humano.[9]

También Legaz y Lacambra traen a colación un resultado evidente de una justicia asentada sobre la realidad. La seguridad y la justicia no son solo dos "valores" jurídicos fundamentales, sino que más bien se trata de las dos dimensiones radicales del derecho, de sus dos estamentos ontológicos, que lo trascienden, pero que en él se integran como constitutivos formales y que, al integrarse en una zona interferente, lo hacen ser lo que es: pues el derecho es justicia y es seguridad, pero justicia que solo existe como tal en cuanto está montada sobre un orden seguro; y seguridad que sólo es pensable sin contradicción en cuanto está transida íntimamente de alguna justicia. Por eso, aun cuando la justicia y la seguridad son realidades distintas y su existencia se puede considerar separadamente, pues al diferir su esencia también se existencia está separada, sin embargo a su esencia pertenece igualmente su implicación recíproca, y por ello también su existencia se halla recíprocamente

9. Del Vecchio, Giorgio, *Derecho y vida*, Barcelona, Bosch, 1942, p. 67.

implicada. Cuando se la considera abstraída de la seguridad, la justicia es pura idea o virtud del individuo. Y al margen de la justicia, la seguridad sería inauténtica, no sería otra cosa que una pura fuerza dominadora de la existencia, exenta del más elemental sentido ético; y solo en su zona de interferencia con la justicia, que es el derecho, es donde la seguridad constituye un orden dotado de intrínseca justificación. Cuando todas las instituciones jurídicas estén modeladas de suerte que resulte garantizada para las más diversas zonas sociales la seguridad efectiva de una vida humana digna y decorosa, entonces podrá decirse con verdad que ese orden jurídico está efectivamente transido de justicia.[10]

En todo caso, la imparcialidad supone estar atentos y vigilantes con la adaptación de la ley a la sociedad que la determina y, en tal sentido, la función jurisdiccional se mide con el alcance que le asigna el sistema político donde se aplica. Es diferente en Europa, donde la aplicación de la ley es más clara y exigente, al requerir la intervención de un Tribunal Constitucional cuando existe crisis de legalidad; mientras que América pone en la imparcialidad del juzgador un compromiso muy grande, teniendo presente que él debe controlar la constitucionalidad de las leyes y fiscalizar la política de la administración.

La independencia del juez respecto a los demás poderes

La independencia que más interesa es la institucional; si ella falta o está disminuida se afecta al debido proceso cuando le priva al juez de libertad para resolver.

La trascendencia que tiene lleva a que algún sector de la doctrina lo instale entre las garantías jurisdiccionales; sin embargo, no es la independencia judicial, libre de influencias e interferencias, un problema que deba ser resuelto con las garantías, a no ser que se analice la cuestión enfocando solamente la crisis que con la imparcialidad derivada de la falta de libertad deviene.

En materia estrictamente procesal, la independencia funcional afianza el derecho del justiciable a que su causa sea resuelta sin inter-

10. Legaz y Lacambra, Luis, *Humanismo, Estado y Derecho*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 132 y ss.

ferencias. No es igual a la imparcialidad, porque en realidad se refiere a la libertad de conciencia del magistrado constitucional.

La más elemental es el sometimiento del juez a la ley, sumisión que significa tener exclusividad en la función sin que sus pares en el ejercicio del poder puedan actuar u ocupar sus roles.[11]

Esta es una independencia funcional que depende de la estructura jurídico-política del Estado; de allí se desprende si puede o no existir una jurisdicción administrativa de iguales alcances y efectos que la judicial; si el Tribunal Constitucional tiene verdaderas funciones jurisdiccionales, o si los árbitros ejercen o no la potestad de juzgar definitivamente.

En suma, es un tipo de independencia que no se analiza en el concierto de garantías particulares del proceso. En todo caso:

> No se trata de la independencia entendida como imparcialidad o apoliticidad (protección al juez de la influencia del poder político la una, y de aquellos condicionamientos políticos que provienen de la sociedad civil la otra), sino de independencia del propio juez dentro del poder judicial estructurado burocráticamente y con un elevado índice de jerarquización.[12]

Las que sí refieren a este modelo son las relacionadas con el juzgamiento propiamente dicho. Independencia representa libertad de criterio con el único límite de la ley. El abuso de esa libertad es la arbitrariedad o el exceso discrecional, los que se corrigen en el marco de las cuestiones constitucionales o las nulidades en el proceso por errores evidentes de juzgamiento.[13]

---

11. *El principio de sumisión a la ley* es un concepto que responde al texto constitucional por lo que se entiende que la garantía primera de la independencia radica en la exclusividad, en la reserva de la función al Cuerpo de los Jueces, en la eliminación de cualquier residuo de poder jurisdiccional en manos de los otros dos Poderes, significación excluyente que se logra implantar sin excesivas dificultades por lo que se refiere al Legislativo, siendo más costosa la exclusión del Ejecutivo respecto de la función de juzgar (sobre todo porque en relación a la Administración se alza el extraordinario problema de resolver quién debe juzgar a la Administración) (cfr. Muñoz Machado, Santiago, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, 1989, p. 12).

12. González Granda, Piedad, *Independencia del juez y control de su actividad*, *op. cit.*, p. 21.

13. Una de las proyecciones que tiene el tema de la independencia de juzgar lo constituye resolver si las sentencias son o no fuentes de derecho. Si la idea es tolerar que la jurisprudencia interpretativa orienta al legislador, no cabría dudas en afirmarlo; pero si el concepto piensa que la misma sentencia es creadora del Derecho, la rotunda aseveración puede resultar apresurada. Además, la diferencia constitucional del modelo político es vital para ello, pues un Tribunal Constitucional tiene más efecto e

Despojemos del tema la cuestión que se vincula con la organización institucional donde la independencia puede quedar frustrada por el peso evidente que tienen dentro de ella los poderes ejecutivo y legislativo.

Aquí la injerencia se puede manifestar con registros diversos, como el estado de sitio y el condicionamiento de garantías; la amenaza directa sobre el magistrado; la perturbación de sus funciones mediante acciones directas; la participación en la magistratura de siniestros políticos de paso por la función judicial; entre muchas más que inciden no solo en la independencia funcional sino que impactan en la imparcialidad necesaria del enjuiciamiento.[14]

Son figuras que, con mayor precisión, refieren a aspectos de la independencia de orden interno, las que "... amparan a los miembros de la Carrera Judicial frente a las perturbaciones o intentos de dependencia de los demás órganos jurisdiccionales y de sus propios órganos de gobierno".[15]

> Las manifestaciones se pueden dar en una causa concreta o actuar genéricamente sobre el ánimo del juez o tribunal; si es del primer orden, seguramente la imparcialidad quedará afectada; si lo es en el segundo nivel, la restricción debe encontrar respuestas o soluciones en un plano diferente al proceso. Pues bien cierto es que no se debe confundir independencia con imparcialidad pues la sentencia, que es el medio donde se

---

incidencia para influir en los demás poderes que la sentencia de un juez del sistema difuso que sólo resuelve para el caso concreto. Asimismo, si la jurisprudencia vincula o no a los jueces jerárquicamente inferiores es también una suerte de pérdida de libertades en la independencia para juzgar.

14. La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina acompañó muchas veces la política económica del Estado, pese a la manifiesta restricción a las garantías individuales como el derecho de propiedad. Para ello supo decir que las facultades del Poder Legislativo ante situaciones de emergencia pueden ejercerse para lograr una avenencia razonable entre los derechos y garantías individuales y el bienestar público (Fallos CSJN: 172:21), de manera de impedir que los derechos amparados por aquellas garantías, además de correr el riesgo de tornarse ilusorios por un proceso de desarticulación de la economía estatal, puedan alcanzar un grado de perturbación social acumulada, con capacidad suficiente para dañar a la comunidad nacional. Así, corresponde a los poderes del Estado proveer todo lo indispensable para salvaguardar el orden público o bienestar general, lo que significa atender a la conservación del sistema político y del orden económico, sin los cuales no podría subsistir la organización jurídica sobre la cual reposan las libertades individuales (Fallos CSJN: 171:79; 172:21; 243:449).

15. Pico i Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 31.

concreta el resultado, puede exponer un acto de absoluta imparcialidad en un contexto de ausencia de independencia y viceversa.[16]

Ahora bien, ¿cuáles son esas influencias que pueden impedir la independencia funcional que se reclama como un *prius* de la garantía?

Es en esta área donde anidan las dimensiones de la independencia judicial en el proceso. Hay valores subjetivos que pertenecen a la formación cultural y social del magistrado; pueden existir incidencias directas como la jurisprudencia vinculante que le impide formar criterio con libertad; y también perturbaciones externas como la influencia de los medios de comunicación o el reclamo social exigiendo ante un hecho singular de interés o trascendencia. Cada una expone un problema particular.

Incluso, no se descarta en ellas la pregunta que algún jurista de relieve ha hecho: ¿pueden las malas personas ser buenos jueces?[17]

Los valores son condicionantes de la independencia cuando actúan influyendo sobre el ejercicio de racionalidad que implica el acto de juzgar. Una afirmación como esta solamente es posible para quienes asignan al juez la única misión de aplicar el derecho que las partes afirman como propio en una lucha bilateral y ausente de toda influencia externa.

En una obra muy interesante, la dimensión del problema se acusa desde una lectura menos ambivalente. Se sostiene que la tesis de la racionalidad judicial no implica únicamente el manejo del razonamiento abstracto, sino también una capacidad para comprender la singularidad del caso concreto, lo cual exige cierto tipo de experiencia del mundo, de empatía, etcétera, que la literatura puede ayudar a poseer. Desde la

16. Pico i Junoy, *op. cit.*, p. 32. Sostiene Guarnieri que la independencia no es un fin en sí misma, sino un concepto instrumental respecto a la imparcialidad, ambos al servicio de que el juez debe siempre actuar como "tercero" en la composición de los intereses en conflicto, con la Ley como punto de referencia inexcusable. Por eso, agrega González Granda, no es, pues, lo mismo que imparcialidad, sino que es un antecedente necesario para que la segunda sea posible, si bien se ha señalado que en situaciones claras de ausencia de independencia institucional no han faltado jueces imparciales, y evidentemente también puede darse lo contrario: jueces parciales en condiciones objetivas de independencia (González Granda, Piedad, *Independencia del juez y control de su actividad*, *op. cit.*, p. 29).

17. Malem Peña, Jorge Francisco, "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", en Carbonell, Miguel; Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comp.), *Jueces y Derecho: Problemas contemporáneos*, México, Porrúa, UNAM, 2004, p. 31 y ss.

mirada que realiza Marta Nussbaum, las emociones (o cierto tipo de emociones) no solo no enturbian la razón, sino que la potencian.[18]

¿Es posible sostener que la aplicación de valores personales en el acto de juzgar empaña o confronta con la independencia judicial?

Evidentemente no, y menos aún se puede afirmar que la sentencia despojada sea mejor para el interés de las partes que litigan, aunque no lo sea para los demás, si es que estos no ejercieron el derecho de estar en el proceso.

Los valores entendidos en la formación social y cultural del juez son causas que impactan en el razonamiento, de forma tal que es inevitable que ello ocurra. Pero argumentar que el uso de esos órdenes de vida llevados a quienes se juzga constituye un abuso que obnubila la libertad de enjuiciar puede ser nefasto. No solo porque la falta de independencia es una cuestión constitucional, que como tal se convierte en un caso de arbitrariedad, sino mejor para entender que la aplicación de valores propios a conductas ajenas no siempre es positivo, y en todo caso, no es un problema de afectación a la independencia, sino de razonabilidad de la sentencia que se resuelve por la vía de los recursos procesales.[19]

---

18. Nussbaum, Marta, *Justicia poética* (traducción de Carlos Gardini), Barcelona, Andrés Bello, 1997.

19. Un ejemplo de estas influencias se da cuando se debe resolver si la extracción de sangre puede o no ser compulsiva. También cuando se trata de profesiones religiosas que lo impiden. Así se ha dicho que no puede considerarse reprochable, y menos aún generador de responsabilidad, el acudir a la justicia en procura de, mediante su pronunciamiento, obtener certeza sobre el punto debatido y de contornos difusos, para asegurarse un accionar conforme a derecho. No desconozco por cierto la existencia de posturas que ante problemas de índole bioético como el que sirve de sustrato fáctico a una causa, pregonan la innecesariedad o inconveniencia de acudir a la autorización judicial, (voces en este sentido se alzaron, por ejemplo, en ocasión de fallar la Corte Suprema argentina la causa "T.S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", del 11-01-01 (*ED* 191-425), en la que una madre solicitó autorización –cuya concesión fue confirmada por el Alto Tribunal– a fin de lograr la inducción de un parto de un feto anencefálico. Hay quienes arguyen, en efecto, que son los médicos, y solo ellos y en su ámbito de incumbencia profesional, quienes deben tomar decisiones de esta naturaleza prescindiendo de toda judicialización de la cuestión, no existiendo norma legal que imponga requerir autorización judicial, cualquier decisión del juez al respecto devendría carente de sustento legal. En este sentido se pronunció Alberto Rodríguez Varela en nota al fallo citado (*ED* 191-425); como también el emérito rector de la Universidad Católica Argentina Domingo Basso, en "Un caso que no debió ir a la Corte", publicado en *La Nación* del 12-01-01. Pero estas posturas distan ciertamente de ser unánimes: para

Es inmensa la cantidad de ejemplos que se pueden ofrecer para advertir la recurrencia, incluso del propio ordenamiento jurídico, para que el juez utilice criterios valorativos propios sin que ello implique subjetivismo. La simple elección de la pena y su gradualidad, o los estándares que tienen las normas materiales para interpretar el bien común, el orden, las buenas costumbres, quién es buen padre de familia, etcétera.

A veces es imprescindible echar mano a esa formación, como cuando se juzgan tratamientos inhumanos o degradantes; o para resolver las necesidades que surgen de la justicia social.

Podemos compartir entonces que

> Si la función del juez es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aplicando la Constitución, el sistema de fuentes y valores contenidos en ellas que sean compatibles con la ética crítica, resultaría que para ser un buen juez, desde el punto de vista técnico, debe resolver los conflictos que potencialmente conoce imbuyendo sus decisiones precisamente de esos valores en todos aquellos casos que fuera menester. Las valoraciones personales ajenas a dicho orden serían entonces inaceptables, y de ninguna manera podrían ser invocadas o utilizadas en ningún caso.[20]

---

el caso, dice el maestro Morello en alusión a estos sinuosos problemas de medicina y derecho, que "... constituyen genuinos casos adversariales, causas de intereses fundamentales, que recaban tutela judicial afectiva; no son cuestiones académicas rotulables de consulta o de índole abstracta o general. Son típicamente justificables y, por ende, definibles por los jueces. Porque aun en el alero de la autorización no mudan su esencia" (*ED* 194-259), comentario al fallo de la SC Buenos Aires, "B.A. s/ autorización judicial" del 22-06-01). En este caso, que también obedeció al planteo de un conflicto bioético de similares características al presente, aunque al igual que el anterior versó sobre la autorización a una madre para la inducción de un parto, varios ministros exhibieron categóricas reservas con respecto a que el requerimiento jurisdiccional no tenía cabida, que lo rotulado como una "autorización" a ser otorgada por los jueces no suscitaba un debate cabal y propio que demandara tal deber por el lado de la función judicial: así, por ejemplo, el Dr. Hitters se pronunció con énfasis por la judiciabilidad del caso, ya que el pedido de autorización judicial apunta a resolver un conflicto; en igual sentido el Dr. De Lázzari sostuvo la existencia de un "caso concreto", al tiempo que el Dr. Ghione sostuvo que no era indispensable la autorización judicial. Tales opiniones en modo alguno quitan legitimidad a la petición [...] (*in re:* "Zarrillo, Osvaldo Pablo c/ Prestaciones Médico-Asistenciales SA s/sumario", CNCom., Sala A, 17 de marzo de 2003).

20. Malen Peña, Jorge Francisco, "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", *op. cit.*, p. 56.

La independencia y los grupos de presión

Con énfasis singular ha dicho Berizonce que

> El necesario fortalecimiento de la independencia judicial exige el frontal rechazo de todas las formas de presión provenientes de grupos sectoriales (políticos, económicos, nacionales y multinacionales, organizaciones ilegales), cuando de modo agresivo interfieren la función judicial...
> Al mismo tiempo la explosión de los *mass media* desafía igualmente la independencia judicial, especialmente cuando obstaculizan y perjudican la labor de los jueces. El ejercicio legítimo de la misión informativa, para el fiel conocimiento por la opinión pública de la actuación de la magistratura, apuntala la función judicial, lo que requiere la instauración de relaciones formales e institucionalizadas con los medios masivos de comunicación...
> La constatación de la presencia de estos fenómenos y su interferencia en la misión de los jueces ha puesto en evidencia, también, las diversas reacciones tendientes a salvaguardar la libre convicción judicial que es garantía insustituible para los ciudadanos.[21]

Estas afirmaciones se nutren de una meditada reflexión crítica sobre el impacto negativo que tienen los grupos de presión sobre la magistratura. No se trata de impedir que ellos formen una opinión sobre el aspecto que los convoca, sino de imposibilitar que el juicio pretenda incidir en la calificación de los hechos y la subsunción del derecho que es una tarea pura y estrictamente técnica, despojada de animosidades.

Pero también se propicia lograr que el juez consiga apartarse de esa perturbación a su independencia; de aislar el juicio de los medios de comunicación del que corresponde a una situación objetiva concreta.

El silencio forzado tampoco es una solución, pues el derecho de todos a formar una opinión sobre el caso puede y debe orientar para la toma de decisiones sensatas y prudentes. Esto es, sin actuar reactivamente y bajo el impulso de la presión que la influencia provoca.

Ahora bien, el dilema a resolver está, una vez más, entre consentir que las sentencias judiciales se apoyen en los sentimientos sociales que transmiten los grupos de presión o los medios de comunicación;

21. Berizonce, Roberto Omar, "Recientes tendencias en la posición del juez", en Berizonce, Roberto Omar (coord.), *El juez y la Magistratura (Tendencias en los albores del siglo XXI)*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 54.

o resistirse a ellos exigiendo que la decisión sea la aplicación de las normas sin más reporte de situación del que llega del caso.

De algún modo es el péndulo que va desde los sentimientos (abstracciones) a la legalidad (concreciones), sin encontrar un punto de equilibrio al estar siempre en el vaivén de las especulaciones.

Se ha hecho evidente que entre el periodismo y la justicia hay visiones distintas. España, entre tantos países con el mismo conflicto, ha querido resolver con leyes este marasmo que oscila entre abusos informativos y derechos emergentes.

El derecho a la información en sus tres dimensiones de investigar, conocer y difundir, con el límite de los derechos a la intimidad, el honor y la imagen, se ha constituido en un estándar. De este modo, la protección individual se asegura una cobertura mínima que el juez no tiene. Otra vez el espejismo del cuarto poder aparece en los pasillos de los tribunales poniendo zonas claras y oscuras que el magistrado difícilmente puede eludir.

El tema de fondo, entonces, considera si la independencia se obnubila para dejar paso a lo que se ha llamado "justicia mediática". Las respuestas son esquivas y posiblemente intolerantes. Algunos reclaman controlar la situación con regulaciones que establezcan una censura; otros piensan que las autocontenciones son mejores.

Cualquiera sea la opción hay una realidad incontrastable: hoy las cosas de la justicia son públicas pese a lo privado de las controversias. Aquella frontera entre derecho público y privado no resiste el impacto de los medios de comunicación.

Ello se advierte con extrema facilidad al comprobar que los debates de la Cámara de Senadores se difunden en el canal del Senado; que algunos juicios orales se transmiten "en vivo y en directo"; y que hasta los reclamos judiciales o las denuncias pueden ser interpuestas *online*.

Por eso, la independencia judicial no se puede leer con el cartabón habitual del constitucionalismo. La función social que se reclama de los jueces no lleva a suponer que ellos la evadan o la tornen inexistente. De hecho son múltiples las manifestaciones que dan muestras suficientes de la adaptación permanente de las sentencias a la realidad donde se insertan.

Capítulo V
La supremacía constitucional

El objeto inmediato del derecho procesal constitucional

Con firmeza y sin duda se proclama que la misión del juez constitucional es fiscalizar el cumplimiento del principio de la supremacía de la Carta Magna. Esta aseveración tiene actualmente resistencias, porque la instalación de la Norma Fundamental en el vértice superior del sistema no es absolutamente cierta, si consideramos la influencia que traen los Tratados y Convenciones Internacionales, que cuando refieren a derechos humanos colocan un modelo de auténtica "súper legalidad constitucional".

Incluso, una proyección del temario se construye sobre la base de los poderes del juez constitucional, para resolver cuánto campo de actuación tiene ante las llamadas "omisiones constitucionales", es decir, qué puede hacer allí donde aparece un deber legal sin cumplir (*v. gr.*: reglamentación de una ley programática), cuya realización se peticiona al tribunal o jurisdicción especial.

El enclave tiende a esclarecer si la funcionalidad del caso permite al juez constitucional convertirse en un "legislador positivo" ordenando que el parlamento o la legislatura realicen tal o cual actividad; o si puede ella misma, a través de la sentencia, crear el derecho hasta allí remiso o directamente omitido por la inacción.

En este marco, las posibilidades que se disparan desde las sentencias constitucionales también constituyen un despliegue de potestades que muestran una fisonomía propia, diferente a la sentencia de los procesos ordinarios, donde el alcance y la definición generan una relevancia singular. Sostiene Pérez Tremps que

> ... para comprender el sentido actual de la justicia constitucional, hay que detenerse en el estudio de la función o funciones que cumple. Como es sabido, la justicia constitucional, en especial en su diseño kelseniano, surge ante una situación de crisis de la idea de constitución, como un

> mecanismo más para afianzar y garantizar los principios y valores constitucionales, y muy significativamente los derechos fundamentales y los derechos de las minorías frente a las mayorías parlamentarias. Y, en muchos ordenamientos, la introducción de mecanismos de justicia constitucional responde a esa misma idea de crear un "garante de la Constitución", en expresión del propio Kelsen, ante situaciones de crisis o de debilidad constitucional. Ciertamente, ese papel de garante o defensora de la constitución que representa la justicia constitucional resulta muy destacado y útil en los procesos de transición política desde regímenes autoritarios hacia auténticos sistemas democráticos. Ello explica en buena medida ese gran protagonismo que los tribunales, cortes o salas constitucionales han tenido en el proceso de renovación del constitucionalismo latinoamericano vivido en las últimas décadas, proceso que, no debe olvidarse, no ha sido sino el broche formal al intento de cerrar décadas de autoritarismo y regímenes de facto que, en ocasiones incluso habían desembocado en guerras civiles. Esas instituciones de justicia constitucional nacieron con la firme voluntad de contribuir a la tarea de defender las constitucionales nacionales y asentar los valores que en ellas se consagran.[1]

Es evidente, entonces, que limitar la función judicial a una tarea de adecuación formal entre la norma ordinaria y la constitucional, puede ser útil en un determinado contexto, que probablemente, no sea el actual. Por eso, cuando la debilidad del sistema democrático se resiente por factores de orden diverso, los tribunales constitucionales (los jueces constitucionales) pueden exceder la actividad de control estricto, para integrarse responsablemente en la tarea de gestar y crear un poder diferente. Cree López Guerra que esta evolución de la justicia constitucional se puede resumir en el sentido de que

> a) las funciones actuales de los Tribunales Constitucionales son resultado de una evolución que los configura como algo muy distinto del original "legislador negativo" kelseniano; b) los Tribunales Constitucionales aparecen como una expresión del principio de separación de poderes como garantía de la misma democracia; y c) a este efecto, los diversos ordenamientos configuran al Tribunal Constitucional como un órgano

1. Pérez Tremps, Pablo, "La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina", en *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, Nº 2, abril/junio de 2003, pp. 66-81.

> de procedencia predominantemente parlamentaria y de composición sujeta a una renovación sucesiva.[2]

Probablemente, esta afirmación resienta el dogma de la división de poderes, hoy más formal que real; también que sea tildada de idea pecaminosa que recrea el rol político de la magistratura, o la invariable costumbre de señalar el "autoritarismo" judicial, allí donde no hay autoridad plenamente ejercida. O con la misma intención volver al argumento del juez legislador. En fin, pese a toda resistencia, es necesario ver la evolución y trabajar con esperanza antes que con paradigmas. Una vez más dice Pérez Tremps:

> Estas cuestiones pueden verse desde el papel que la justicia constitucional representa o puede representar para legitimar el sistema democrático. Si en los viejos y asentados sistemas jurídicos con instituciones de justicia constitucional existe un cierto debate sobre cuál es el fundamento democrático de la existencia y del funcionamiento de la justicia constitucional, en otros países, y en especial en algunos países de América Latina, la cuestión es en cierto sentido la contraria, esto es, que la justicia constitucional se convierte en un elemento muy importante de legitimidad del sistema democrático. Ello, aunque pueda resultar paradójico, no deja de ser algo preocupante. Conviene aclarar esta afirmación. No se trata, claro está, de que sea nocivo que la justicia constitucional actúe como elemento de legitimidad del Estado de derecho; por el contrario, esta es precisamente una de las tareas que debe cumplir. Lo que resulta preocupante es el hecho de que la importancia que en el proceso de legitimidad del Estado democrático tiene la justicia constitucional sea, a veces, excesiva. Si esto es así no lo es por culpa de la propia justicia constitucional, sino porque esta viene a "tapar" los huecos que otras instituciones dejan en ese proceso de legitimidad.

La tutela constitucional como función jurisdiccional diferenciada

Partamos de una base repetida varias veces con anterioridad: ¿qué hace un juez (cualquier juez) que debiendo aplicar la ley entiende que ella es injusta?

2. López Guerra, Luis, "Democracia y Tribunales Constitucionales", *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, Nº 1, enero/marzo de 2003, pp. 1-11.

Si seguimos la corriente dominante en la Europa continental de fines del siglo XIX (principio de legalidad a ultranza), la respuesta es que debe soslayar el problema porque su misión no es interpretar sino subsumir los hechos en las normas que la voluntad popular crea a través de sus representantes.

Luego, si esa norma es injusta y genera un conflicto constitucional, la situación deriva en la siguiente relación: *los jueces ordinarios siempre aplican la ley; los jueces constitucionales deben interpretar la ley*.

De este modo, la misión de los tribunales constitucionales también es resolver conflictos, aunque no sea en el marco de una controversia entre partes, sino sobre una cuestión abstracta de efectos generales y expansivos. Por eso, es una tarea jurisdiccional en un proceso constitucional con principios y presupuestos diferentes.

En cambio, la interpretación de la ley por "todos los jueces" (control difuso) tiene diferencias en el modelo. Como regla, el análisis no es general sino concreto porque se deduce en una causa determinada y la solución es para el conflicto; es decir, la cosa juzgada solo alcanza a las partes y, en su caso, no hay declaración de inconstitucionalidad sino de inaplicación de la ley al supuesto que se resuelve.

La dualidad permite observar que los conflictos potenciales que suceden en uno u otro mecanismo son amplios e indefinidos, en la medida en que las cuestiones constitucionales están siempre presentes en todo tipo de antagonismos.

Por lo tanto, mientras el sistema europeo ha procurado señalar las atribuciones de los tribunales constitucionales ofreciendo desde la ley orgánica respectiva un señalamiento puntual de sus incumbencias (por ejemplo: aparte de la revisión de la constitucionalidad de las leyes, fiscalizar la regularidad de los procesos electorales; o que no se afecte la garantía de la autonomía de los municipios; así como declarar la inconstitucionalidad de partidos políticos o el enjuiciamiento penal de los altos cargos del Estado, etc.), en América no se han dado pautas más que para resolver cuándo y cómo se puede solicitar a un juez ordinario que actúe directamente en un proceso constitucional (*v. gr.*: amparo, hábeas corpus; acción de cumplimiento, etc.), sin perjuicio de las indicaciones específicas que tienen las normas que han dado moldes diferentes aunque ba-

sados en la dinámica del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Agrega López Guerra que

> En el modelo *difuso o americano* de justicia constitucional, el análisis de constitucionalidad, por parte de los Tribunales ordinarios, de actuaciones públicas (legislativas o de otro tipo) se lleva a cabo con ocasión de un proceso concreto, en que se decide sobre derechos determinados de sujetos individuales identificables, que son partes en el procedimiento. En último término, el objeto del análisis de constitucionalidad sería la protección de esos derechos individualizados, y los efectos inmediatos de la decisión judicial se producen, pues, *inter partes*. Los efectos generales de las sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad no son resultado de un pronunciamiento formal de inconstitucionalidad, con efectos *erga omnes*, sino un resultado indirecto, derivado de la estructura de los Tribunales y del sometimiento de los Tribunales inferiores a los precedentes sentados por los Tribunales superiores.
>
> En el modelo europeo/kelseniano, (frente al modelo americano, centrado en la protección de derechos individuales) los procedimientos de justicia constitucional aparecen sobre todo como técnicas para proteger el orden constitucional mediante la resolución de conflictos o controversias entre poderes del Estado (o partes de esos poderes). No hay que olvidar que el precedente inmediato del Tribunal Constitucional austriaco diseñado por la Constitución "kelseniana" de 1920 fue el Tribunal imperial (*Reichsgericht*) que se configuraba esencialmente como un Tribunal de Conflictos. En estos procedimientos, pues, no se discuten pretensiones individuales, no se decide sobre derechos en juego de ciudadanos concretos, sino que se decide sobre la regularidad constitucional *in abstracto* de la actuación de los poderes públicos, buscando la protección del orden constitucional, y llevando, eventualmente, a la declaración de inconstitucionalidad y eliminación del ordenamiento de aquellas normas que se consideren contrarias a ese orden. Son los poderes públicos, pues, y no el ciudadano los protagonistas del procedimiento, y esos conflictos se resuelven mediante resoluciones con fuerza *erga omnes*; resoluciones que configurarían esencialmente al Tribunal Constitucional como un legislador negativo.
>
> El desarrollo del carácter mixto de la configuración de los modernos Tribunales Constitucionales ha dado lugar a que lleven a cabo funciones que derivan tanto del modelo europeo como del americano. Es así posible distinguir por un lado, una serie de procedimientos que responden a la función de protección de derechos individuales; por otro, los procedimientos que pretenden una defensa *in abstracto* del sistema

constitucional; y finalmente, aquellos procedimientos que responden a ambos objetivos, en mayor o menor medida.

Pero esta es una historia tradicional. La realidad nos muestra que se avanza notablemente en ambos modelos. No se trata, actualmente, de trabajar *ex post facto* ni de prevenir con los tribunales constitucionales la eventual contrariedad constitucional. Ello se advierte con la evolución significativa de los derechos humanos que vienen a instalar la necesidad de actuar rápidamente y con eficacia sobre las opresiones que tiene o tienen el afectado o afectados, respectivamente.

Se propicia un activismo, prudente y razonado, pero atento y servil con una misión más encumbrada: proteger los derechos de las personas. En tal sentido, coincide Pérez Tremps:

> … al encontrar que hay, igualmente, un núcleo común de atribuciones de la justicia constitucional que viene definido por dos tipos de competencias: a) Por una parte, la justicia constitucional, a través de unos mecanismos procesales u otros, y con unos efectos u otros, comporta la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes (y eventualmente de otras normas), esto es la adecuación entre aquellas y la norma fundamental. Este es, como es sabido, el elemento central que permite históricamente identificar la justicia constitucional como mecanismo de aplicación y de defensa de la constitución, y sigue siendo de gran importancia para ese fin. b) Pero, junto a ello, existe una segunda tarea que resulta central en la función que desarrolla la justicia constitucional, especialmente en América Latina y en todo el constitucionalismo de habla hispana. Se trata de la defensa de los derechos fundamentales, defensa que se lleva a cabo a través de distintos mecanismos procesales que, genéricamente, pueden definirse como el "amparo", concepto en el que deben incluirse todas las acciones de protección específica de derechos fundamentales, sea cual sea la denominación que reciban en cada ordenamiento: los recursos y juicios de amparo o tutela, el hábeas corpus, y el hábeas data son las acciones más comunes.

De allí que actualmente el problema de la autonomía del derecho procesal constitucional sea desplazado por el concepto unificador de "tutelas diferenciadas", las que operan mediante técnicas diversas, orgánicas o simplemente funcionales, reconociendo que la materia sobre la cual se trabaja es distinta a la protección ordinaria del derecho subjetivo, y por lo tanto, reclama urgencias mayores o deducciones especiales.

La justicia constitucional es una de las tutelas diferenciadas admitidas. En ella se permite articular pretensiones cautelares autónomas (*v. gr.*: dentro del juicio de amparo), llevando a debatir si es posible agotar la actuación del juez con la pronta decisión de una medida precautoria o al resolver una medida de seguridad.

La protección especial atiende la reducción del conocimiento como forma de dividir las diferencias en la tutela jurisdiccional y coincide con la clasificación de los procesos, pero no es suficientemente clara para demostrar la distancia. Hasta pareciera que la misma expresión "tutela diferenciada" es discriminatoria, imprecisa y desigual para las partes, *salvo que se interprete como una nueva forma de hacer justicia emplazando la misión jurisdiccional en la senda del llamado a la socialización del proceso civil y constitucional*.

Con esta orientación, la clasificación cobra sentido y espera esclarecimientos legislativos, sin que la omisión o actividad concreta obstruya la aplicación prudente de jueces y tribunales.

De otro modo, establecer formas diferenciadas no nos resulta un criterio útil porque, a lo sumo, cada cual guarda su parte o cuota de acción en la unidad que resulta aplicar el derecho en un esquema ritual preordenado.

El juez ordinario y el juez constitucional

Atender el derecho procesal constitucional como una tutela diferenciada es útil pero continúa mirando la ciencia desde ambas disciplinas sin ocuparse de una u otra en particular. En realidad describe los poderes de la jurisdicción, llevándonos así a tener que elaborar los motivos que permiten comparar la actividad del juez ordinario con la del juez constitucional.

Es cierto que el fenómeno es más importante en los mecanismos de jurisdicción concentrada, que aíslan el conflicto hacia la magistratura especial evitando que el juez común actúe allí donde, probablemente, no tenga competencia. Ello no sucede en la jurisdicción difusa que suele trabajar sobre la división del trabajo (clasificación de la competencia) sin que exista un juez constitucional privativo, porque el poder de interpretación está distribuido en todo el Poder Judicial.

No obstante, autores como Pérez Tremps sostienen que esta afirmación es relativa. Él dice que

> … si históricamente a veces querían presentarse los modelos de justicia constitucional concentrado y difuso como modelos que suponían, en el primer caso, el monopolio de aplicación de la Constitución por el Tribunal Constitucional, y en el segundo una equiparación funcional de todos los jueces y tribunales en dicha tarea, esa diferencia, suponiendo que alguna vez haya realmente sido así, hoy ya es inexistente. En efecto, también en aquellos sistemas de justicia constitucional en los que existe un órgano *ad hoc* de justicia constitucional, este actúa como cierre del sistema o, como mucho, como titular en exclusiva de alguna competencia. Pero la idea de que la constitución debe aplicarse en todo tipo de relaciones jurídicas y, por tanto, en todo tipo de juicio, es una idea que se ha ido haciendo realidad y que convierte, al menos potencialmente, a cualquier órgano jurisdiccional en juez constitucional. Y no puede ser de otra manera en la medida en que, como se ha visto, ha ido tomando cuerpo una concepción normativa de la Constitución, que no sólo limita al legislador, sino que actúa como cabeza misma del ordenamiento; este es un sistema de normas que encuentra su cúspide y las reglas formales y materiales que lo estructuran en la constitución; esta es tanto norma *normarum*, como *lex legis*.
>
> Y en este punto es, muy probablemente, donde el constitucionalismo latinoamericano alcanza su originalidad mayor puesto que son mayoría los ordenamientos en los que, como el salvadoreño, convive el control concentrado de constitucionalidad de las leyes, de efectos generales, con el control difuso que puede ejercitar cualquier juez o tribunal para el caso concreto […] se trata de una característica muy singular del constitucionalismo latinoamericano y, por otro lado, que más allá de cuestiones técnicas viene a ser una manifestación de esa cultura de la Constitución como norma jurídica que se proyecta sobre todo tipo de relaciones jurídicas.

E incluso más, existen sistemas normativos que resuelven el problema bajo la consigna de permitir que todos realicen la tarea de fiscalizar la supremacía, originando modelos duales o paralelos, como los denomina García Belaunde.[3]

El nexo que se traba necesariamente en la actividad judicial se produce con la aplicación de la Constitución y de las leyes y tratados que se refieren a derechos humanos, donde no puede haber exclusivi-

3. García Belaunde, Domingo, "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", en *Revista La Ley*, 1998-F, p. 1175 y ss.

dad para la interpretación, desde que no hay un custodio personal de la Norma Fundamental.

Con ello queremos observar que este es un problema de articulación entre el juez ordinario y el constitucional, e incluso, una simpleza de contenido técnico que debe conducir a aplicar reglas de interpretación diferentes a las técnicas procesales comunes (*v. gr.*: carga de la prueba, extensión de la cosa juzgada). Aragón Reyes dice que

> Uno de los rasgos más significativos de este sistema será el del doble sometimiento de los jueces: a la Constitución, que han de cumplir y, por lo mismo, no pueden ignorar o inaplicar, y a la ley, a la que están sometidos y de la que no pueden disponer, lo que significa que no pueden inaplicarla por razón de invalidez. La solución de esta aparente contradicción estará en la cuestión de inconstitucionalidad, que permite a los jueces, no pudiendo disponer de la ley, no estén obligados tampoco a aplicarla cuando la consideren inconstitucional. Por medio de esta cuestión se hace posible la supremacía jurídica de la Constitución en todos los ámbitos del ordenamiento sin que se rompa el principio de la sumisión de los jueces a la ley; esto es, se hace posible que los jueces estén sometidos, al mismo tiempo, a la Constitución y a la ley.[4]

En efecto, la forma como se relacionan los jueces, en cualquier sistema y organización, es variada y polifacética; por eso, cuando en un lugar dado existe un Tribunal Constitucional es preciso darle una fisonomía a sus poderes con el fin de evitar conflictos con sus pares de competencia general.

La finalidad de todos es la misma: preservar que la Constitución se aplique y se haga efectiva. En algunos casos, con el simple poder de decir si la norma es o no ajustada al principio de supremacía, y en otros, con mayor alcance, procurar que la protección sea sobre todos los derechos fundamentales. En todo caso, dice Pérez Tremps:

> … esa variedad de soluciones técnicas tiende, también, a poner de manifiesto la necesidad de que el sistema venga presidido por una finalidad intrínseca al Estado de derecho: garantizar la unidad interpretativa de la constitución ya que siendo esta una, y siendo el ordenamiento uno, no cabe que existan mecanismos dispares de interpretación constitucional

4. Aragón Reyes, Manuel, "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", en la obra colectiva de Carbonell, Miguel; Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comp.), *Jueces y Derecho: Problemas contemporáneos, op. cit.*, p. 151 y ss.

> independientes. Allá donde no hay órganos de justicia constitucional especializados, esa unidad interpretativa viene garantizada por la propia estructura del poder judicial y por la existencia, como es lógico, de un tribunal o corte suprema. Sin embargo, allá donde sí existe un Tribunal Constitucional especializado, el riesgo de dualidad interpretativa existe. Y la solución procesal que se dé para evitarlo, por razones lógicas, debe partir de la supremacía funcional del órgano de justicia constitucional. Dicho de otra forma, si se ha creado un órgano especializado de justicia constitucional es precisamente porque se supone que a él le corresponderá fijar la última palabra en materia de interpretación constitucional.[5]

Sin embargo, cuando se propicia que "todos los jueces" apliquen la Constitución y desarrollen progresivamente una tutela eficaz y continua para los derechos humanos, no importa afirmar con ello que también sean "todos los jueces" quienes digan el sentido y orientación que tiene una norma.

Vale decir, cuando aparece el conflicto de constitucionalidad, y hay órganos especiales para actuar en ellos con el fin de definir el problema, va de suyo que mantener la competencia del juez ordinario es contradictorio y hasta peligroso.

Contradictorio, porque si el Estado crea un organismo para resolver las cuestiones constitucionales, este debe tener la última palabra. Recortar ese poder es anular el mecanismo. Y es peligroso porque cada juez tiene consideraciones y subjetividades que tornan la apreciación en un juego de riesgo conforme la personalidad de cada individuo.

Un análisis profundo de esta situación merece un espacio y atención especial. Por ejemplo, hoy los derechos valen más que la ley; no estamos abonando el campo de la legalidad sino de la jurisprudencia, tal como con fineza lo dice Aragón Reyes:

> ... para interpretar y aplicar los derechos no sirve la *scientia iuris*, sino que se precisa la *iuris prudentia*, capaz de incorporar la realidad a la norma a través del caso y de utilizar la equidad para buscar la solución normativa a través del principio de proporcionalidad.[6]

5. Pérez Tremps, Pablo, "La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina", *op. cit.*, p. 85.

6. Aragón Reyes, Manuel, "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", *op. cit.*, p. 154.

Agrega el egregio profesor español que

> Es cierto que el derecho constitucional europeo tiende a ser un derecho por principios (y no por reglas) y que ello puede conducir a la consideración de los jueces como órganos más del derecho que del Estado. Es decir, no sólo desligados de la ley, sino de todas las instituciones políticas estatales. Ello significaría entender que Estado y derecho son entidades separables y que los jueces, más que al derecho emanado del Estado, se deben al elaborado (de manera conceptual) por la propia cultura jurídica. Parece razonable sostener, en fin, que el actual sistema constitucional europeo fomenta una aproximación al modelo estadounidense de la función del juez, en el que como decía Hamilton en *El Federalista*, se concibe a los tribunales como un "cuerpo intermedio entre la sociedad y el Estado".

Si tenemos por cierta esta presunta verdad, el juez constitucional (de cualquier sistema) comienza a tener una fuerza y poder que supera el límite de la división tripartita tradicional. Es más, los tribunales constitucionales podrían estar fuera del sistema y ser un órgano extra poder con una superioridad incontrastable.

Como lo afirma el propio Zagrebelsky: no hay nadie mejor que los jueces para que los derechos fundamentales se concreten, y hasta sería mejor que solo fueran ellos quienes los realizaran, toda vez que los políticos están deslegitimados y el que gobierna suele no tener mesura ni la prudencia necesaria.[7]

En fin, sin tomar partido por el poder que se visualiza, ni por la restricción que otros fomentan, es cierto que sea este un tema de pura actualidad.

Pérez Tremps, desde lo procesal, indica algunas técnicas a través de las cuales puede buscarse el efecto unificador de la interpretación constitucional. Cabe destacar dos. Por una parte, que el ordenamiento otorgue efectos especiales *(erga omnes)* a las decisiones del Tribunal Constitucional. La segunda es la de articular, de una manera u otra, y con mayor o menor amplitud, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional "revise" las decisiones de los jueces y tribunales ordinarios.[8]

---

7. Aragón Reyes, Manuel, "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", *op. cit.*, p. 158.

8. Pérez Tremps, Pablo, "La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina", *op. cit.*, pp. 66-81.

Sin menospreciar la utilidad de la primera, es la segunda técnica, la de la "revisión", la que mejor garantiza esa unidad interpretativa y la que mejor permite que los valores y principios constitucionales, y sobre todo los derechos fundamentales, impregnen la acción de todos los órganos judiciales. Como contrapartida, la posibilidad de revisión puede suscitar problemas técnicos y políticos, en especial entre los órganos especializados de la justicia constitucional y los de la jurisdicción ordinaria. No obstante, una meditada articulación entre ambos puede ayudar a evitar esos problemas o a superarlos.

El rol político de los Tribunales Constitucionales

El siguiente aspecto que preocupa a la doctrina desde hace muchos años está en desentrañar si los tribunales constitucionales actúan políticamente al establecer un criterio normativo fundamental.

Es evidente que cuando se instituyen órganos jurisdiccionales que fiscalizan la supremacía de la Carta Magna preexiste una decisión política que trasciende y cobra fuerza con los poderes que al juez constitucional le asignan.

Siendo así, sería contradictorio pensar en la creación de un sistema débil, sometido o subordinado a los demás, cuando el modelo que inspira la fundación radica, precisamente, en las potestades que se admiten inherentes.

Ahora bien, en el marco de esas posibilidades, la teoría del derecho se interroga si la discreción judicial (que en definitiva es la característica de toda interpretación) puede sustituir la voluntad legislativa; y en su caso, si ello no constituye un supuesto de legislación negativa, gobierno de los jueces, o acción política.

Respecto de la actividad de los tribunales constitucionales, López Guerra propone este interrogante:

> ¿Hasta qué punto ello no supone un secuestro de la potestad legislativa reservada al Parlamento, o incluso de la misma voluntad del constituyente? A diferencia de su actividad como legislador negativo, en estos casos el Tribunal Constitucional no deja opciones al legislador para que reforme libremente el *statu quo*. Pero cabe también preguntarse si el moderno Derecho Constitucional deja otra opción. La concepción de la Consti-

> tución como norma vinculante, y no meramente programática implica que el cumplimiento de sus mandatos no puede dejarse a la discreción del legislador. Y sin duda los mandatos de las modernas Constituciones suponen obligaciones de hacer, directa o indirectamente derivadas del texto constitucional. Y ello no sólo en el cada vez más amplio campo de los mandatos "sociales" sino en áreas como el *due process of law*, la tutela judicial, o la realización del principio de igualdad. La inactividad del legislador no puede, desde esta perspectiva, truncar la fuerza normativa de la Constitución. Por ello, la función del Tribunal Constitucional aparece quizás forzosamente, como una función de sustitución del legislador, cuando este no lleva a cabo tareas que se derivan obligatoriamente de los mandatos constitucionales.[9]

Es evidente que en un sistema de división de poderes, el Poder Judicial tiene funciones de equilibrio y control, tal como sin inconvenientes se ha dado con el paso del tiempo en todo el continente americano.

La discrecionalidad razonada ha permitido trabajar sobre el caso concreto, y sin extender los efectos de la sentencia más allá de quienes han sido justas partes, la declaración de inconstitucionalidad nunca ha sido tal, sino una simple inaplicación de la ley al supuesto analizado.

En esta perspectiva, la interpretación es una parte de la función judicial, y no sufre recortes según resulte la magistratura que la ejerce. Vale decir, es un poder conferido a todos los jueces que deben analizar si el Estado constitucional se preserva con las leyes que se aplican, o en caso contrario, si vulneran los derechos de las personas y debe, por lo tanto, evitarse.

En cambio, cuando para esa función se crean tribunales constitucionales, dentro del Poder Judicial o fuera de este, el dilema surge con la naturaleza jurídica de sus actos. Muchas veces la respuesta ha sido conferir un rol político a esas cortes. En efecto, dice Pérez Tremps:

> … la función jurisdiccional exige siempre fortaleza: un país con un buen sistema jurisdiccional es un país seguro jurídica y políticamente, con todo lo que ello significa. Por eso, construir un poder judicial, en general, y una jurisdicción constitucional, en concreto, con amplia legitimidad detrás, aunque pueda comportar para el resto de los poderes del Estado

9. López Guerra, Luis, "Democracia y Tribunales Constitucionales", *op. cit.*, p. 123.

> un riesgo de decisiones puntuales no favorables, acaba resultando una "inversión" política en la estabilidad del sistema difícilmente mejorable.[10]

También Aragón Reyes sostiene que el poder de los jueces constitucionales, sin duda alguna, contribuye al deslizamiento prácticamente inevitable de la democracia constitucional hacia su configuración como una forma mixta de gobierno en la que la democracia de la ley se encuentre corregida por la "aristocracia" de los jueces.[11]

Sin embargo, para reducir los riesgos de desequilibrio del sistema, que, por la naturaleza de las cosas (o mejor dicho, por la naturaleza del derecho actual) tendería a hacer prevalecer la jurisprudencia sobre la legislación, es preciso abogar por unas medidas de reequilibrio (curativas) o contrapeso (preventivas) a cargo de la propia cultura jurídica, consistentes en la utilización de la teoría jurídica y no de la filosofía moral en la aplicación de la Constitución o, en suma, en potenciar el normativismo y reducir la jurisprudencia de valores.

Claro está que semejante consejo tiene reparos y resistencias, que solo pueden atemperarse con reglas de limitación o autocontrol del órgano, con el fin de evitar arbitrariedades y fomentar un trabajo más cristalino y consistente. Así, afirma Pérez Tremps que

> … el tribunal, corte o sala constitucional que mantiene unos criterios claros y trasparentes en su jurisprudencia con ello no sólo gana credibilidad sino que también está sentando las bases para una actuación coherente y, por tanto, no arbitraria porque la institución no podrá decir hoy blanco y mañana negro si no es con un alto coste de credibilidad. Es verdad que cualquier órgano judicial y también los de justicia constitucional deben a veces matizar e incluso cambiar sus criterios; ello está en la esencia misma de su función. Pero será de nuevo la correcta motivación la que deberá explicar la rectitud intelectual de ese cambio alejando cualquier duda de arbitrariedad.[12]

No se puede soslayar en el análisis la evolución del modelo concentrado europeo, que pensando originariamente para actuar pre-

10. Pérez Tremps, Pablo, "La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina", *op. cit.*, p. 88.

11. Aragón Reyes, Manuel, "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", *op. cit.*, p. 160.

12. Pérez Tremps, Pablo, "La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina", *op. cit.*, p. 91.

ventivamente y con criterios de abstracción a través del recurso de inconstitucionalidad, ha tornado hacia una dinámica de actuación sobre derechos subjetivos individuales (a partir del creciente e incesante recurso de amparo) que lo aproxima al modelo difuso respecto a la consideración del derecho aplicable.

La llamada "omisión inconstitucional"

Es este uno de los temas de mayores proyecciones en la justicia constitucional, porque en cierto modo provoca tensiones entre el ejercicio tradicional de la democracia representativa y la actividad que tienen los tribunales y jueces constitucionales.

El problema radica en atender las potestades que se pueden ejercer cuando el conflicto constitucional se encuentra en la omisión legislativa, es decir, cuando la norma que se necesita no se sanciona, ni existe deliberación parlamentaria que visualice el interés por ella. En tal caso, ¿puede el juez urgir la actividad legislativa? ¿Podrá sustituir con la sentencia el incumplimiento reglamentario? Al respecto, dice Bazán:

> Como puede suponerse, la tarea judicial que lleve a definir si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión no debería prescindir de un balance serio y realista de las diversas pautas en juego: normatividad y primacía de la Constitución; connotaciones axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión genera; lapso de tiempo por el que viene manteniéndose la inactividad del órgano silente; margen de acción (o de inacción) del legislador o de la autoridad pública comprometida; espectro de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectivización de una solución material y financieramente posible; e, *inter alia*, el deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.[13]

Hay dos corrientes bien definidas en el tema. Quienes actúan inspirados por el "realismo jurídico" de Holmes o Frank, que aceptan por cierto que el derecho es lo que dicen los jueces, admiten que los jueces

13. Bazán, Víctor, "Las omisiones inconstitucionales y su corrección a través de distintas técnicas normativas y modalidades de sentencias constitucionales", ponencia presentada en las II Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Constitucional, San José, Costa Rica, julio de 2004.

constitucionales tienen el deber de preservar que la Norma Fundamental se cumpla y realice, de forma tal que si ella queda obstruida por la inactividad del legislador se tiene poder suficiente en el control de constitucionalidad para urgir o suplir la actividad que se requiere.

No se trata de integrar con la función jurisdiccional cualquier olvido sino de actuar ante la deliberada (intencionada) obligación que desde la Norma Suprema se indica. Por ejemplo, no reglamentar una garantía presentada como programática (*v. gr.*: protección de datos personales).

Asimismo, la idea del plazo razonable para obrar está implícito en la consideración del asunto, porque no cualquier tardanza tolera la integración judicial, sino aquella que por la propia inactividad provoca el acto lesivo constitucional. No obstante, Ruiz Miguel sostiene que

> … si el término para dar cumplimiento a un mandato legislativo no está fijado por el poder constituyente, no es legítimo que otro poder lo establezca […]. Parece que el Parlamento, a quien se le encomienda la tarea de legislación positiva, que conoce la complejidad del problema y que, por si fuera poco, está directamente elegido por el pueblo debería ser el más indicado para determinar el momento y afirmar si una dilación es o no es razonable. No cabe extender el problema de la inactividad legislativa al tratamiento que se le da a la cuestión administrativa o judicial, pues la ley determina con precisión los plazos en los que deben actuar la administración o los jueces.[14]

En este lado de las opiniones, no se discute el poder jurisdiccional, sino el límite de la intervención. Algunos observan que ello depende del tipo de omisión. En las *absolutas*, hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; en las *relativas*, el legislador, al propulsar la norma para "obedecer" el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros. Las hipótesis planteadas pueden ser tentativamente refundidas en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional (o del Tratado Internacional sobre

14. Ruiz Miguel, Carlos, "Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº 2, México, Porrúa, julio/diciembre de 2004, p. 159 y ss.

Derechos Humanos)[15] le acuerde tal valencia, el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo quiebren –en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario– el principio de igualdad, o –como afirma Fernández Rodríguez– cuando se produzca una regulación deficiente a causa de la falta de "complitud" *(sic)* de la norma.[16]

Por una vereda opuesta caminan los que interpretan que este poder jurisdiccional constituye un auténtico desafío a la democracia. Para ello se oponen a los criterios que desde perspectivas y enfoques diferentes señalan quienes ven en la Constitución un orden moral a cumplir (Dworkin), un contenido mínimo de derecho natural (Hart), un conjunto de valores superiores (Zagrebelsky), sosteniendo que existe un valor jurídico relativo en la Norma Fundamental, y que ella refuerza la división de poderes y funciones, sin promover invasiones entre unos y otros. Dice Ruiz Miguel que

> El gran jurista que diseñó las líneas maestras de la teoría del "valor jurídico" de la Constitución y de la *"judicial review"* de la legislación, ya advirtió que la eficacia de las normas constitucionales no es siempre la misma. Según Marshall, ciertamente y como regla general "no puede presumirse que haya sido intención del constituyente establecer cláusulas en la

15. Recuerda Víctor Bazán que por medio de la reforma constitucional argentina de 1994 se ha atribuido jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales (art. 75, inc. 22). La nómina primigenia contenida en tal norma incluye a los siguientes documentos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño. A tal lista se han añadido, con idéntica alcurnia, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley nacional N° 24820 –sancionada el 30/04/97, promulgada de hecho el 26/05/97 y publicada el 29/05/97–) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (instrumento al que se le ha conferido esa valía mediante la Ley nacional N° 25778 –sancionada el 20/08/2003, promulgada el 02/09/2003 y publicada el 03/09/2003–).

16. Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español,* Madrid, Civitas, 1998, p. 116.

> Constitución que queden sin efecto, por lo que una construcción que defienda esta tesis es inadmisible". Ahora bien, esta regla admite una excepción según Marshall, para quien las normas constitucionales tienen eficacia normativa "a menos que el texto liberal así lo exija". Es decir, el propio padre del control judicial de la constitucionalidad de las leyes admite en el texto fundacional de la sentencia "Marbury vs. Madison" que el propio poder constituyente puede establecer normas con la intención de que no tengan efecto (mediato o inmediato).[17]

Este sector colige en las omisiones inconstitucionales un derecho del legislador que puede llegar de la prudencia o de la propia política de partidos, tal como lo permite el sistema democrático; por eso, cada poder constituido tiene una función prevalente y una competencia asignada, de manera que si entre ellas disputan, en definitiva, los más afectados serán la Constitución y el Estado.

Para comprender la oposición se cuestiona la legitimidad del instituto por alterar las facultades discrecionales del poder legislativo; regresando en el discurso a la vieja polémica sobre la representación democrática de los jueces y el derecho de estos a crear derecho allí donde el pueblo no les ha conferido autoridad delegada.

La cuestión presenta interesantes proyecciones en orden a considerar el problema dentro de los motivos de estudio del derecho procesal constitucional. Quizás el más importante provenga del alcance que tiene la función del juez constitucional al tiempo de interpretar el silencio legislativo y su influencia sobre la eficacia de los derechos y garantías constitucionales.

Recordemos que la doctrina más autorizada ha diferenciado cuánto corresponde al principio de preservar la supremacía según se trate de salvaguardar la *supremacía jurídica* (supralegalidad) de lo que es *supremacía política*, en el sentido de distinguir los objetivos de la ley de aquellos que corresponden a programas de desarrollo políticos.

Ahora, como de lo que se trata es de resguardar la supralegalidad, cuando la eficacia de un derecho depende del programa o de la acción, está claro que el control jurisdiccional de los silencios legislativos no es sino la forma más radical de hacer valer dicha supremacía,

17. Ruiz Miguel, Carlos, "Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión", *op. cit.*, p. 157.

examinando la validez de las normas implícitas que resultan de los silencios del legislador y sus leyes.

Si se profundiza el tema de supremacía constitucional, parece atinado sostener que la trascendencia de la supremacía jurídica o supralegalidad es superior al que tiene la supremacía política o supremacía constitucional, de manera que el fundamento de la acción de inconstitucionalidad por omisión a raíz de los silencios legislativos reposa en lo primero antes que en el contralor de la inactividad.

La conexidad entre la función y el ejercicio del control es evidente, porque de otro modo bastaría con dejar sin ejecución o no reglamentar lo dispuesto, para despojar al derecho de toda energía y validez.

No importa que la Constitución se defina como Norma Madre, Ley de Leyes, Lex Superior, Norma Fundamental o Norma Básica, cuya implicancia es propia de la filosofía constitucional, porque cuando la cuestión se pone en la perspectiva de la eficacia, cobra validez la afirmación que sostiene que

> … es la Constitución el fundamento real de todas las acciones que debe llevar a cabo el legislador para desarrollar el texto de la Norma Suprema del Estado. Siendo la Constitución la norma jerárquicamente superior en un ordenamiento jurídico y estando ella sobre la Ley, es que los actos que emita el legislador no pueden ser contrarios a la normatividad dada en la Constitución ya que, es a través de esta norma suprema, que se han establecido sus facultades, por ello, si el legislador con su silencio generara situaciones contrarias a la Constitución, este silencio sería una causa posible de una declaración de inconstitucionalidad por omisión del legislador o de sus leyes, […] ello por cuanto la voluntad normativa del pueblo soberano ha dejado de residir en un sujeto (Monarca, Nación, Pueblo, Parlamento, etc.) y ahora descansa en una norma, que es la Constitución, como norma suprema de ese ordenamiento, es que ningún sujeto u órgano puede irrogarse la soberanía del pueblo y dictaminar leyes o generar situaciones, vale decir las situaciones generadas por el legislador contrarias a la Constitución, que alteren la soberanía popular expresada en la Constitución.[18]
>
> En materia legislativa, la inconstitucionalidad por omisión se ha incorporado en las Constituciones de Portugal (art. 283), Brasil (art. 103.2),

18. Casiano Lossio, Ivan, "La acción procesal constitucional de inconstitucionalidad por omisión a raíz de los silencios legislativos", en *Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 74.

Venezuela (art. 336), el Estado de Veracruz en México (art. 65), y en la provincia de Río Negro de Argentina (art. 207.2). A nivel de leyes se encuentra en la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica.[19]

En suma, la polémica está allí y debe estudiarse detenidamente. Es este otro de los problemas puntuales que debe abordar el derecho procesal constitucional.

19. Un excelente estudio explica la evolución de las teorías y sus actuales resultados. Ver Sagüés, María Sofía, "Garantías de Control de la inconstitucionalidad por omisión", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, Colegio de Secretarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2003, T. IV, p. 3087 y ss.

Capítulo VI
El control de constitucionalidad

Los modelos para el control de constitucionalidad

La teoría de la jurisdicción en el derecho procesal constitucional queda expresamente expuesta en los modelos (o sistemas) para controlar el ejercicio del poder, que reducido al tema de fiscalizar la supremacía constitucional y la aplicación de las normas fundamentales son:

a. Político
b. Jurisdiccional

En ambos casos la idea es común, el Estado de Derecho se preserva con el principio de legalidad. Pero cuidado, es esta una respuesta convencional, absolutamente desajustada de la realidad contemporánea, como veremos más adelante.

Compartimos con Astudillo que

> … el derecho procesal constitucional representa la realización histórica de una decisión política tendiente a introducir un derecho procesal de la Constitución, para positivizar, regular y racionalizar al proceso constitucional como garantía de la misma. Constituye, en ese sentido, una decisión originaria del Poder Constituyente y no de uno de los poderes constituidos, lo que lo hace aparecer como un auténtico "derecho procesal constituyente" […] Esto quiere decir que la Constitución utiliza al propio derecho constitucional para protegerse, hecho que le produce una situación de privilegio, pues a la vez que está exenta de control, vincula a las normas inferiores del ordenamiento a un efecto control normativo, cuya efectividad se alcanza en la medida en que sea un verdadero control constitucional…[1]

Modelo político

Efectivamente, el estudio histórico señala que el "modelo político" tiene en cuenta el poder de la representación popular, antes que sugerir una hipótesis de poder exagerado de los tribunales. Los jueces,

1. Astudillo, César, "Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional", *op. cit.*, T.1, p. 299.

en realidad, no ejercían poder alguno, pese al insistente argumento que los hace partícipes del absolutismo monárquico.

Cuando la Revolución francesa tuvo que encontrar un sistema para vigilar el ejercicio del poder, no quiso delegar responsabilidad alguna en los jueces; no porque desconfiara de ellos (pese a que el valor filosófico de la desconfianza indirecta es muy útil para demostrar el origen de los tribunales constitucionales), sino porque el verdadero conflicto estaba en la competencia de poderes entre la autoridad y el parlamento.

Así como el constitucionalismo clásico de fines del siglo XVIII dejó atrás el absolutismo monárquico que sentenciaba *"the King can do not wrong"*, el paso inmediato se dio reconociendo la soberanía popular y la representación política, que significaba la responsabilidad del gobierno y el presupuesto necesario para consentir formas de control.

De este modo, el imperio de Bonaparte hizo presa fácil a los jueces. Los subordinó al principio de legalidad dándoles una función mecánica y burocrática. Solo aplicaban la ley, y esta será una de las explicaciones que lucen en los tratados franceses de derecho procesal de siglo XIX cuando se explanan las funciones de la jurisdicción.

Desde otra perspectiva, pero en la misma línea, señala Zaffaroni que

> Usualmente se afirma que la jurisdicción estaba sometida al poder real, lo que no es verdad, porque el poder real estaba muy limitado al poder de los llamados "parlamentos", que peleaban por su competencia –que era fuente de ingresos–, todo lo cual había generado un caos de competencias y jurisdicciones. Se trataba de un ejercicio de poder que competía con el real y lo superaba, dejándolo reducido a las causas de interés político, pero que desorientaba al usuario del servicio. Esta era la situación que la Revolución Francesa quiso revertir, haciendo del juez un funcionario estatal, sometiendo por completo su función al poder del Parlamento y prohibiéndole toda interpretación que no fuese exegética y creando la casación como forma de corregir a los jueces que se apartaban de la letra de la ley. La ficción dominante era que la ley "hablaba" por la boca de los jueces.[2]

Anulado el poder de interpretación, la representación popular se arrogaba la voluntad para legislar sin controles. Por eso, *mutatis*

2. Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Dimensión política de un Poder Judicial democrático", en Carbonell, Miguel; Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comp.), *Jueces y Derecho: Problemas contemporáneos, op. cit.*, p. 113 y ss.

mutandi, en realidad el *modelo político* es una forma de evitar el control de constitucionalidad.

Advertidos de este desajuste, recién con la Constitución de 1958 Francia crea un *Conseil Constitutionnel*, cuya organización se regula en la ordenanza del 7 de noviembre de 1958, con varias modificaciones al presente.

Explica Cappelletti que el control se desenvuelve del siguiente modo. Cuando un texto legislativo o un tratado internacional está ya elaborado definitivamente, pero no promulgado todavía, el Presidente de la República, el primer ministro o el presidente de una u otra cámara del Parlamento (o sea de la *Assemblèe* al *Conseil Constitutionnel*) pueden diferir el texto legislativo mismo o el tratado al *Conseil Constitutionnel*, a fin de que este se pronuncie sobre su conformidad con la Constitución. Para algunas leyes llamadas "orgánicas" (*lois organiques*), de las cuales se puede decir, *grosso modo*, que conciernen especialmente a la organización de los poderes públicos, la pronunciación del *Conseil Constitutionnel* es emitida por mayoría de votos enseguida de un procedimiento que se desenvuelve en secreto, sin audiencias orales, sin contradictorio, un procedimiento en el cual no existen verdaderas y propias partes aun siendo admitida, en la práctica, la presentación de memorias escritas por parte de los órganos interesados. Si la pronunciación del *Conseil Constitutionnel* es en el sentido de la inconstitucionalidad, la ley no podrá ser promulgada, ni podrá por consiguiente entrar en vigor, si no enseguida de una revisión de la Constitución.[3]

En la práctica la actividad de vigilancia no es jurisdiccional porque trabaja esquemáticamente y sin forma de proceso, aunque haya un "juicio de constitucionalidad".

Sin embargo actualmente las cosas han cambiado, al incorporarse una suerte de "bloque de constitucionalidad" que le permite al Consejo obrar en forma posterior al hecho legislativo (también cuando lo fáctico repercute en ese bloque constitucional). Al ser un control *a posteriori* la novedad es manifiesta y altera la idea pilar del modelo político "preventivo".

Informa Pegoraro que la Ley N° 2003–276 del 28 de marzo de 2003 ha extendido el parámetro de constitucionalidad y ampliado en consecuencia la actuación del *Conseil Constitutionnel*, provocando un auténtico salto

3. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado), op. cit.*, p. 165.

cualitativo del sistema francés. Ya no se trata de un mecanismo al que le preocupa únicamente las "competencias" porque convive con el referido a las libertades, la igualdad, o la ponderación de principios y valores.[4]

De este modo, el control *a priori*, de alcance general y sin otra relación que el análisis de la legalidad constitucional (obviamente, abstracto) pierde caracterización con la evolución del modelo, al aproximarse al sistema jurisdiccional en sus dos vertientes clásicas (difuso y concentrado).

El modelo jurisdiccional

El modelo jurisdiccional tiene una dicotomía que en cierta forma lo polariza ideológicamente. Recordemos la noción de "confianza" en los jueces para elaborar el discurso.

Europa, tras la Revolución francesa, reporta la idea del control parlamentario que tiene en miras preservar la soberanía del pueblo que legisla con sus representantes, dando premisas hacia el futuro y generando con las normas fundamentales un plan de permanencia que robustece un sistema normativo estable de garantías consolidadas.

Si la "voluntad divina del pueblo" se expresa en leyes dictadas por las mayorías que gobiernan, no pueden los jueces cambiar el destino con interpretaciones particulares. El juez sólo aplica la ley; de otro modo, se convierte en legislador y no tiene legitimidad democrática para hacerlo.

El problema que se apunta fue la tensión de aceptar que el peso de las mayorías volcara el destino de las naciones. Teóricamente, lo sostiene Locke en 1776-1787 para enfrentar las ideas de democracia y constitucionalismo. Lousteau Heguy dice que

> … hay dos corrientes que dan una respuesta diferente a esta posible contradicción. La primera sostiene que la contradicción existe, y que crea una censura casi insuperable, tal como lo afirma Holmes. Esta confrontación ha sido y es todavía uno de los temas centrales del pensamiento político moderno. Holmes representa una de esas dos corrientes. Su conclusión, luego de formularse los interrogantes expresados, es que la tensión entre constitucionalismo y democracia se refleja en la "pugna entre los demó-

4. Pegoraro, Lucio, "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional – Proceso y Constitución–, op. cit.*, p. 131 y ss.

> cratas, para quienes la Constitución es un fastidio y los constitucionalistas para quienes la democracia es una amenaza", y que le hace afirmar que el constitucionalismo es esencialmente antidemocrático...
> La corriente contraria ha intentado demostrar que los frenos constitucionales pueden ser compatibles con la democracia, tal como lo afirma, entre otros John Hart Ely. Según Kendall, el elaborado sistema de *cheks and balance* de la Constitución es una evidencia de que los constituyentes de Filadelfia estaban suficientemente advertidos de que la Historia ha contestado negativamente a cuestiones sobre la regla de la mayoría. Por eso Dworkin interviene en la polémica para decir que el control de constitucionalidad implica una lectura moral de la Constitución.[5]

Durante el siglo XIX la codificación y el constitucionalismo servirán de fundamento a esta corriente y de proverbial retahíla para impedir la dictadura de los jueces. El esquema del "anticontrol" judicial se conformaba con la burocrática preservación de la norma sin analizar más que el problema de adecuación a fines y competencias, antes que a valores y justicias intrínsecas.

Recién a fines de ese siglo surge Kelsen proponiendo que se haga un control directo a través de magistraturas especializadas: los *Tribunales Constitucionales.*

Ya avanzaremos sobre este modelo. Pero veamos ahora cómo repercutían las cosas en América.

Estados Unidos había seguido la tradición jurídica inglesa, de manera que el *common law* era la ley fundamental a respetar. No quería decir ello que fuera un texto, porque no lo había, sino una expresión de la voluntad real que el legislador podía completar, mas nunca alterar. El juez era el intercesor entre el rey y los súbditos, y aceptaron en la evolución de más de cuatro siglos que había un conjunto de principios superiores que debían acatarse por ser derechos naturales del hombre.

El problema del abuso, fuera del soberano o de la asamblea (parlamento), era respondido por Edward Coke sosteniendo que el mejor instrumento de lucha contra la opresión eran los jueces. Había que confiar en ellos.

Esta idea se mantuvo en Inglaterra y sus colonias hasta 1688 cuando la revolución proclamó la supremacía parlamentaria. Pero en

5. Lousteau Heguy, Guillermo, *Democracia y control de constitucionalidad,* Buenos Aires, Dunken, 2002, p. 66 y ss.

América, aquel llamado a la fiabilidad de la justicia no se había perdido, y fue el sentido acordado años después con el principio de la supremacía constitucional y la revisión judicial de los actos inconsecuentes con dicho presupuesto de validez.

Una vez más enseña Cappelletti que esa supervivencia del principio de la confianza sucede porque en 1776, cuando las colonias inglesas de América proclaman su independencia, uno de sus primeros actos fue aquel de sustituir a las viejas cartas coloniales con las Constituciones, entendidas como *leyes fundamentales* de los nuevos Estados independientes. Y como, anteriormente, nulas y no aplicables habían sido consideradas por los jueces las leyes contrarias a las cartas coloniales y a las leyes del reino, así, no es de asombrarse ciertamente que la misma nulidad y no aplicabilidad debiese afirmarse después, y con mucha razón, para las leyes contrarias a las nuevas y victoriosas cartas constitucionales de los Estados independientes.[6]

La confianza en los jueces tiene un significado que excede la declamación intrínseca. Permite despojar la actuación burocrática y mecánica del control político, para llevarlo al campo del conflicto particular.

Es un control distinto, acontece cuando los hechos suceden y exigen la intervención judicial para encausar el desatino con la Constitución. Lo pueden hacer todos los jueces en ocasión de actuar en las causas de su competencia.

Este modelo fue llamado "americano" o "difuso", aunque sería más preciso caracterizarlo como de revisión judicial de los actos (*judicial review*) para evitar regionalizar un sistema que, en realidad, no es aplicable en todo el continente.

La síntesis muestra el esquema siguiente:

Sistemas	Político	
	Jurisdiccional	Tribunales Constitucionales (concentrado)
		Jueces (difuso)

6. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado), op. cit.*, p. 167.

Entre jueces constitucionales y Tribunales Constitucionales no hay diferencias importantes. La función es la misma pero el sentido de actividad jurisdiccional puede ser puesto en duda.

No queremos decir con ello que nosotros lo hagamos, sino que a veces se considera que los sistemas clásicos definidos para controlar la constitucionalidad se dividen en *jurisdiccionales* y *políticos*, según la tarea la realicen magistrados o funcionarios, respectivamente.

Quienes observan conservadoramente el poder de la jurisdicción, sostienen que los jueces resuelven conflictos intersubjetivos, condición que no está en las cuestiones de constitucionalidad porque en estas se trata, solamente, de interpretar lo que dice la Norma Fundamental frente a un acto que se muestra impreciso para ajustarse en ese molde.

La fundamentación de la sentencia constitucional no puede llevar a lecturas propias, porque la Constitución no es lo que los jueces dicen que es (no hay discrecionalidad) sino lo que ella misma dispone.

En ese sentido, los motivos son de derecho, jamás de justicia; por lo tanto, la jurisdicción constitucional es *sui generis*: es jurisdicción, sí, pero una jurisdicción especial, porque tiene una función específica.

Esta perspectiva acentúa el rol funcional antes que la potestad ejercida. Kelsen sostenía que la función del Tribunal Constitucional no es una función política, sino judicial, como la de cualquier otro tribunal, aunque tiene matices que los distingue. Desde el punto de vista teórico, la diferencia entre un Tribunal Constitucional y uno ordinario (civil, penal o administrativo) consiste en que si bien ambos producen y aplican derecho, el segundo produce sólo actos individuales, mientras que el primero, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de la norma constitucional, no produce, sino que anula una norma general, realiza un acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como un legislador negativo.[7]

En cambio, quienes apuntan hacia el "poder" de los tribunales constitucionales desconocen la calidad de "jurisdicción". La oposición se da en dos sentidos:

En el plano teórico, porque decir el derecho supone también señorío para ejecutar lo resuelto, y la sentencia constitucional declara

7. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al derecho procesal constitucional, op. cit.*, p. 55 y ss.

pero no ejecuta, a sabiendas que esta es una afirmación poco válida y solo factible por vía de principio.

En el plano político, porque si el tribunal no forma parte de ninguno de los tres poderes constituidos su naturaleza jurídica es incierta y hasta contradictoria con el principio de la división de poderes.

Además, se corre el riesgo de que, a través de la interpretación, el poder convierta al Tribunal Constitucional en un órgano sustitutivo de la producción legislativa, convirtiendo al sistema en un legislador negativo, como lo había dicho Kelsen, pero en otro sentido.

Este argumento, que fue la base que sustentó Carl Schmitt para debatir la inspiración del jurista checo, es hoy el punto neurálgico del modelo, porque antes que examinar las funciones (por otra parte claras y sin demasiadas resistencias) es preferente analizar el contexto de aplicación, porque desde allí se podrán constatar las posibilidades reales de alcanzar los objetivos.

Schmitt apoyaba su posición negativa contra los Tribunales Constitucionales aduciendo que solamente el Presidente del Reich puede ejercer la función de guardián de la Constitución, en razón de que es el único que ejerce un poder neutral, intermediario o regulador, tal como lo había propuesto Benjamín Constant con motivo de la lucha sostenida por la burguesía francesa para lograr una Constitución liberal frente al bonapartismo y a la Constitución monárquica.

Las divergencias de opinión y diferencias entre los titulares de los derechos políticos de carácter decisivo o influyente no pueden resolverse, generalmente, en forma judicial, salvo en el caso de que se trate de castigar transgresiones manifiestas de la Constitución. Dichas divergencias o bien son zanjadas por un tercero, situado por encima de los litigantes y revestido de un poder político más excelso –y entonces, ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado–; o bien son dirimidas o resueltas por un organismo que no es superior, sino coordinado, es decir, por un tercero neutral –y, entonces, nos hallamos ante un poder neutral, un *pouvoir neutre et intermédiaire*, que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención–. Si lo que interesa no es un efecto accesorio ejercido por otras actividades políticas, sino, más bien, organizar una institución, una instancia especial que tenga

por objeto garantizar el funcionamiento constitucional de los diversos poderes y la Constitución misma, parece oportuno, en un Estado de Derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión a uno de los poderes existentes, porque en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez a todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución.[8]

Por esta causa es necesario –concluía Schmitt– estatuir un poder neutral específico junto a los demás poderes, enlazarlo y equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales.

De todos modos, jueces y tribunales constitucionales tienen la función de juzgar, porque lo *jurisdiccional* es una actividad de intermediación en cualquier conflicto donde se tiene que resolver.

La particularidad que se resiste no es la función de juzgamiento, tal como lo hace Schmitt, cuestionando el riesgo de dar poder a quien puede usar de él sin controles. Por otra parte, esta tesis tiene su propio antagónico en dar el control a quien tiene que ser controlado. Un evidente "autocontrol" impropio en la teoría política, y opuesto claramente a un régimen democrático.

No obstante, esta posición se explica determinando el contexto histórico. Pedro de Vega García (prólogo a la traducción española de *La Defensa de la Constitución* de Carl Schmitt) afirma que, en Europa, las Constituciones irrumpen en el seno de una sociedad dividida social, económica e ideológicamente. La burguesía pretende introducir con ellas un sistema de valores que dé al traste con la concepción del mundo aristocrático-feudal del antiguo régimen. La tensión aristocrática-burguesa se traduce, en las consideraciones que ahora nos interesan, en el hecho de que los ataques a la Constitución sean, ante todo, políticos. Se trata de negar políticamente, desde una concepción diferente del mundo, el sistema de valores y los principios democrático-liberales que, a nivel jurídico, el constitucionalismo intenta establecer. Nada tiene de extraño que, en estas circunstancias, se procure la defensa de la Constitución, sea en su existencia o ideología o, lo que es lo mismo, la defensa de la legalidad constitucional se plantee y se resuelva por medios políticos.

8. Schmitt, Carl, *La Defensa de la Constitución* (traducción de Manuel Sánchez Sarto), prólogo de Pedro de Vega García, Madrid, Tecnos, 1983, p. 74 y ss.

Esto quiere decir que la jurisdicción es un poder de juzgamiento y un deber de resolución. Un poder que se ejerce y una obligación hacia las personas que confían en la función para satisfacer una necesidad legítima.

El método para realizar control de constitucionalidad

La forma como accede un juez o un Tribunal Constitucional al conocimiento de causas es muy diversa y depende del sistema cómo se organiza el control de la supremacía fundamental.

Se suele dividir, por tradición, en actuaciones de revisión, también llamadas *a posteriori*, de aquellas otras donde la intervención es *a priori*, es decir suscitadas antes de que se produzca la aplicación normativa.

El primer tipo se promueve en causas judiciales "concretas" donde se plantea la cuestión de inconstitucionalidad entre partes en conflicto; por lo que la decisión se adopta con efectos vinculantes para ellos y sin extender la cosa juzgada más allá. Por ser posterior a la aplicación de la ley o norma cuestionada, la actuación jurisdiccional es "reparadora" del problema de legalidad.

En cambio, en los modelos de intervención anterior a la sanción de la ley (*político*) o antes de que ella sea aplicada (*jurisdiccional*), la horma donde se adapta es fuera de un conflicto particular, porque el análisis o test de constitucionalidad se hace de manera "abstracta", por eso la decisión que se adopta es general y para todos. Se dice que es una actuación *preventiva*.

Ahora bien, dentro de esta estandarización de procedimientos, la cuestión de inconstitucionalidad tiene modalidades. En tal sentido se distingue:

- el control preventivo, propiamente dicho
- el control represivo directo
- el control represivo indirecto
- el control ocasional

El control preventivo (puro), no es un sistema jurisdiccional, porque funciona anticipándose a la puesta en actividad de una norma cualquiera permitiendo que se revise su constitucionalidad antes de haber finalizado el procedimiento de aprobación definitivo. Alcanza

a los proyectos de leyes y aun a las normas que siendo sancionadas les resta el paso de la promulgación.

Al ser particular del *sistema político* el estudio lo practican funcionarios que integran una organización particular (*v. gr. Conseil Constitutionnel* francés).

Las ventajas que presenta este sistema es que evita posibles daños generados por la eficacia normativa, pero tiene el inconveniente de tornar el sistema en un medio suasorio que impida la vigencia de la ley a partir de las actitudes interesadas de un sector que reclame la revisión preventiva a través del recurso o la acción de inconstitucionalidad.

El control represivo son actuaciones *ex post facto*, y se llaman represivas en el sentido de la forma como se paralizan los efectos de una norma. Está claro que no se reprime la función legislativa, ni la aplicación por el juez de una disposición, reglamento o ley que crea ajustada en sus valores a la Constitución.

Se trata de observar cómo se revisa la legalidad fundamental desde que la ley entra en vigencia, es decir, *a posteriori* de los procedimientos dirigidos a su operatividad.

Aquí el fenómeno del control tiene múltiples variables pues depende del sistema difuso o concentrado que la motive.

Sin perjuicio de estos aspectos importantes que hacen a la vida interna de la metodología, existen procedimientos comunes que pueden trazar paralelos.

Ellos son *el control represivo directo* que actúa a través del recurso de inconstitucionalidad o por la acción de inconstitucionalidad, y el control *represivo indirecto* que cobra eficacia a partir de la cuestión de constitucionalidad planteada en un proceso en marcha, la que se introduce por excepción o incidente.

Al llamado control ocasional se lo denomina así por lo contingente. La cuestión de inconstitucionalidad exige presupuestos y condiciones de admisibilidad. Se parte de interpretar que al obligar a los jueces a interpretar el sentido de las normas, se debe acreditar el interés y la oportunidad. Es decir que se debe demostrar el interés directo, el perjuicio sufrido, la actualidad del daño, entre otras condiciones.

Es un modelo propio de los sistemas de control difuso que requieren de condiciones puntuales para admitir la revisión judicial de las

normas. Por eso es ocasional, en el sentido de resultar hipotética y subordinada a requisitos de procedencia.

También es indirecta pues el conflicto se produce en relación con una circunstancia determinada, lo cual conduce a que debamos referir más que a una inconstitucionalidad a una inaplicabilidad de la norma al caso concreto donde se plantea.

Como dijimos, son actuaciones *reparadoras* del vicio de constitucionalidad, lo que determina en cada ordenamiento jurídico una vía jurisdiccional destinada a trabajar sobre el error.

Estas herramientas procesales pueden estar en las mismas leyes, o dispuestas en la Norma Fundamental; otras emergen del sistema de control de constitucionalidad dispuesto, sin perjuicio de las variaciones que cada uno encuentra en su dinámica funcional.

Esta metodología está mucho más extendida que el sistema de revisión *a priori*, y queda precisada como función jurisdiccional bajo las dos vías clásicas de intervención (sistemas difusos o concentrados).

En líneas generales y sin particularizar características, el caso constitucional puede articularse por:

a. recurso de inconstitucionalidad
b. acción de inconstitucionalidad
c. excepción de inconstitucionalidad
d. incidente de inconstitucionalidad

De todos modos, las distancias entre el derecho americano, tributario de la *judicial review* y el derecho europeo, influenciado principalmente por el sistema austríaco, muestran aproximaciones procesales pero sin incidencia en la naturaleza jurídica de la actuación que suscitan.

En efecto, como hemos visto anteriormente, en el derecho norteamericano se establecieron los fundamentos y causas para el control de la constitucionalidad, otorgando al Poder Judicial la facultad de resolver el ajuste de las normas ordinarias con la supremacía constitucional, sin que ello importase crear una auténtica justicia constitucional, pues sus tribunales carecen de la función privativa de conocer del problema de la inconstitucionalidad de las leyes, ya que actúan en esta materia dentro de la esfera de sus atribuciones ordinarias.

Así es que la cuestión de inconstitucionalidad se plantea de modo "incidental" en un proceso común, y sin posibilitar a la sentencia extender efectos más allá de quienes han sido partes procesales.

Tal encuadre fáctico permite confirmar que el control constitucional así bosquejado resulta esencialmente posterior, incidental y especial.

Sin embargo, dice Fix Zamudio, pueden hallarse vías directas que se califican como *writ de injunction, mandamus*, hábeas corpus, etcétera, pero estos instrumentos no responden estrictamente a la función constitucional que pretendemos esclarecer, pues se utilizan para todo tipo de conflictos y controversias y no privativamente para las de carácter fundamental.

Por el contrario, el sistema europeo, representado principalmente por los Tribunales Constitucionales de Austria, Italia, Alemania Occidental y Yugoslavia, sí implica de manera clara y definida la configuración de una jurisdicción constitucional en sentido propio, puesto que los problemas de inconstitucionalidad se encomiendan de manera directa a órganos que poseen esencialmente la facultad de decidir, de manera privativa y con efectos generales, sobre la conformidad o contradicción de las leyes secundarias y de los actos de autoridad con los principios de la Ley Suprema.[9]

9. Fix Zamudio, Héctor, *Justicia Constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 256 y ss.

Capítulo VII
El control de constitucionalidad en América y Europa

Clasificación de los modelos

En los términos tradicionales como se definen los sistemas que hacen efectivo el control de constitucionalidad de las leyes, la división geográfica polariza entre América y Europa modelos diferentes. El primero puramente judicial y en cabeza de todos los jueces; el restante, jurisdiccional atípico con tribunales especiales. Uno es el sistema *difuso*, el otro se llama *concentrado*.

Sin embargo, esta división no condice con la evolución que ambos mecanismos exponen, donde son innumerables las variantes que se registran, encontrando aproximaciones entre los modelos y transformaciones que pueden inscribir una nueva modalidad.

Por ejemplo, el control *preventivo* propio del sistema político comienza a utilizarse en América con las consultas de constitucionalidad; lo mismo sucede con la interpretación del conflicto constitucional porque la mentada *generalidad* del sistema europeo no deja de atender la aplicación en un caso concreto; tanto como en el modelo americano se comienza a señalar los inconvenientes de la cosa juzgada constitucional *concreta* y de *alcances limitados*.

Las sugerencias más radicales, dice Pegoraro, orientadas a superar las clasificaciones tradicionales basadas en las fases de control, la difusión o concentración del mismo, los procedimientos seguidos por el juez de las leyes, la eficacia de las decisiones de los tribunales, son las que insisten en la dicotomía entre control preventivo y sucesivo; o, utilizando las categorías históricamente plasmadas en la legislación de desarrollo de la *Grundgesetz*, entre control abstracto y control concreto. A lo que se añade más recientemente una posterior hipótesis clasificatoria, orientada a identificar sustancialmente dos

modos diversos de operar el control de las leyes, según que se desarrolle con motivo de su aplicación o no.[1]

En efecto, quizás el punto más importante quede radicado en la actuación procesal, en la medida en que el *proceso constitucional* determina el tipo de control a ejercer, la oportunidad cuando la acción se pone en movimiento, las potestades del órgano fiscalizador, y las características de la interpretación que se efectúa.

Con ello pierde consistencia la costumbre de fraccionar los modelos conforme una geografía particular, ausente –por otra parte– de todo criterio científico, y alejada de la realidad pragmática, como el caso de Latinoamérica que ha desarrollado su justicia constitucional.

En consecuencia, una clasificación demasiado simplificada tiene el riesgo –como bien lo señala Pegoraro– de dejar en zona de penumbra las diferencias, destacando solo las semejanzas por analogía, pero ocultando así cuanto de original y particular evidencia la experiencia concreta.[2]

Si recordamos, también, la forma como se incorporan al derecho interno los derechos fundamentales reconocidos en Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, habrá que reconocer que el principio de la supremacía de la Norma Básica del Estado puede quedar alterado, cuando el *prius* lo señalan dichas normas supranacionales.

La sumatoria tampoco puede desprenderse de las limitaciones u obstáculos que se ponen a la actuación jurisdiccional de control, que pueden ser de tipo legislativo (*v. gr.* cuestiones federales de la Ley N° 48, Argentina) o discrecionales (uso del *certiorari* americano para seleccionar las causas donde se quiere concretar el control). Cada uno de ellos significa una posibilidad distinta y un alcance particular, porque ante situaciones fácticas similares la interpretación judicial puede comprender que la "trascendencia" es diferente, provocando así el riesgo de vulnerar el derecho a la igualdad constitucional.

Lo mismo acontece con el alcance del control, el que a veces se restringe a la "ley", evitando normas, resoluciones o actos administra-

1. Pegoraro, Lucio, "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional –Proceso y Constitución–*, N° 2, México, Porrúa, 2004, p. 131 y ss.

2. Ibídem, p. 133.

tivos que se dejan para el análisis singular de jurisdicciones especializadas (*v. gr.* justicia administrativa).

Finalmente, en tren de establecer particularidades y precisiones en el método procesal, deben señalarse las características del órgano jurisdiccional o político que practica el control, en la medida que las potestades comunes que explicaba Kelsen han perdido virtualidad, toda vez que los sistemas híbridos se confabulan en destacar que los Tribunales Constitucionales son diversos, y que el sistema difuso lejos está de ser tan pleno y libre como se cree.

En síntesis, la clasificación propuesta es la siguiente:

a. Tribunales Constitucionales	*Plenos* (ejercen todas las competencias de la justicia constitucional)
	Semiplenos (ejercen el control constitucional de la Norma Fundamental pero comparten la jurisdicción con otros poderes jurisdiccionales locales propios de los sistemas federativos o de comunidades autónomas)
	Concurrentes (la actuación de control se practica por una Corte Especializada admitiendo que otros hagan la misma función 'jueces' manteniendo la revisión jerárquica)

b. Controles	*Monofuncionales*
	Polifuncionales

Esta clasificación la propone Pegoraro, explicando que, en relación con el núcleo histórico de las funciones ejercitadas, algunos Tribunales han recibido competencias ulteriores, que en ocasiones refuerzan el papel aún más allá de su normal actividad de control de la constitucionalidad de las leyes y de las competencias de los entes territoriales. La clasificación a este respecto no puede ser nítida, vista la variedad de soluciones escogidas y analizadas anteriormente. En general, a la primera categoría pertenecen los Tribunales de los ordenamientos del *common law* cuyas competencias siguen siendo sustancialmente tradicionales; a la segunda, los europeos clásicos como Alemania, Italia, España, incluso Francia, y los del este del viejo continente.[3]

3. Pegoraro, Lucio, "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos", *op. cit.*, p. 135.

c. Por el modelo procesal	De alcance general (abstracto y de alcance a todos)	
	Concreto (actúa sobre un caso)	cosa juzgada *interpartes*
		cosa juzgada *erga omnes*

d. Por la forma	Control directo	Preventivo
		Reparador
	Control indirecto	Incidental
		Recursivo
		Acción autónoma

Control difuso y concentrado

La distancia que trazamos entre la *jurisdicción constitucional* (criterio orgánico u objetivo) y la *justicia constitucional* (criterio axiológico o subjetivo), es necesaria para precisar la función que tienen los jueces que realizan esa tarea tan particular que representa fiscalizar el principio de supremacía constitucional.

No nos referiremos a los sistemas de designación ni a los modelos que los diferencian, sino que apuntamos a la actividad específica de controlar la constitucionalidad de las leyes.

Para comprender suficientemente el emplazamiento, habrá de recordarse que las modalidades de procedimiento y las potestades que se ejecutan difieren según el sistema aplicado. Es decir, son desiguales, no porque tengan finalidades distintas sino porque el modelo procesal es asimétrico. Esto supone comenzar desde un punto de partida diferente, teniendo en cuenta que en Europa los tribunales constitucionales nacen como resultado de la "desconfianza en los jueces ordinarios"; y en América se ha perseguido continuar una línea sinuosa que pretende "confiar en los jueces".

Decimos "pretende" porque no hay, estrictamente, un sistema americano; toda vez que el precedente madre del modelo: "Marbury vs. Madison", está diseñado para la técnica judicial de Estados Unidos de América y, más precisamente, para el *common law*, donde el valor del

precedente *(stare decisis)* condiciona la labor de interpretación de los jueces al marcarles un camino del cual no se podrán apartar.

Por eso, el mentado sistema o arquetipo, en realidad es una "revisión judicial" *(judicial review)* que tiene la impronta de permitir que todos los jueces (método difuso) fiscalicen la supremacía constitucional, aunque el margen de actuación sea acotado por el procedimiento que aplican.

En cambio, Latinoamérica ha confundido el esquema, y por lo tanto los serpenteos son recurrentes. Utilizó el espacio de la "confianza en los jueces" para sostener que el sistema americano era difuso, cuando en los hechos la práctica siguió a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que es uno de los modelos más claros de la obligación judicial de aplicar la ley sin poder interpretarla.

Dicho en forma contundente: la misión del juez solo fue aplicar la ley, jamás interpretarla, sencillamente porque allí se desconfiaba de ellos.

Pero como no fue esta la idea americana, mucho tiempo llevó darnos cuenta de que el pretendido sistema, con insistencia preocupante, declinaba sus objetivos: *confiamos en los jueces, sí, pero la herramienta (procedimiento) fue un obstáculo permanente para hacer realidad la esperanza dispuesta para creer que la justicia sea un Poder, y no un simple ejercicio de administración.*

De ahí la perplejidad que muestra con claridad que no existe un sistema americano, o al menos latinoamericano.

Dice García Belaunde que dicho modelo difuso es tan complicado que resulta confuso. El término "difuso" tiene ya sus años, y se empieza a usar desde los años 30, y es frecuente su utilización en la doctrina hispánica desde los años sesenta. Consiste en un calificativo que se da al sistema o control de constitucionalidad que tiene su origen en los Estados Unidos y en donde se conoce técnicamente como revisión judicial. Continúa diciendo este autor que 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–. Este sistema de control todavía existe en los Estados Unidos y por su influencia ha pasado a otras partes del mundo.[4]

4. García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Lima, Grijley, 2000, p. 45 y ss.

Damos crédito, entonces, a la propuesta del maestro peruano García Belaunde para interpretar con él que el valor que tiene la clasificación tradicional (sistema europeo concentrado y sistema americano difuso) se resuelve por su carácter *originario*, pues nacieron con una relativa autonomía, fruto de especiales circunstancias, y se desarrollaron siguiendo una lógica interna, dentro de su contexto.[5]

Lo cierto es que hay una desvirtuación absoluta y, en consecuencia, aparecen explicaciones necesarias para esclarecer cuál es el real sistema americano.

García Belaunde propicia llamarlo:

> ... "sistema dual o paralelo", que advierte la existencia en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, de los dos sistemas –americano y europeo–. Otros prefieren llamarlos "modelos derivados", es decir –explica García Belaunde– los que partiendo de estos, han ido más lejos y han creado una nueva realidad, no tan sugestiva ni tan novedosa, pero no por ello menos útil...[6]

En verdad, hay una mixtura de modelos y procedimientos que receptan las realidades y necesidades de cada lugar, dando lugar así a variantes bien diferentes.

Fundamentos, principios y valores

El principio de supremacía constitucional elabora tras sí una idea común para los sistemas de control. La Constitución es una Norma Fundamental, y contiene fundamentos, principios y valores que se transmiten orientando al resto del ordenamiento jurídico. García de Enterría ha señalado que la supremacía de la Constitución se fundamenta en varias razones:

> Primero, porque ella define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución, una ley será válida o un reglamento vinculante. En este sentido, es la primera de las normas de producción, la norma *normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es

5. García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional, op. cit.*, p. 133.

6. García Belaunde, Domingo, "El sistema dual o paralelo", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo (coord.), *Proceso y Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 30 y ss.

> la expresión de una intención funcional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia o duración, lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante, limitada a objetos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido.[7]

Es una norma superior y por eso subordina jerárquicamente la producción legislativa, incluso a las sentencias judiciales que deben acatar las finalidades dispuestas por la Constitución.

Como rápidamente se advierte, se trata de una regla pensada hacia adentro; es decir, entroniza la idea de la soberanía del Estado y se aísla del contexto externo que la circunda.

No quiere decir esto que el Estado se encierre en un sistema propio dominado por la idiosincrasia y el principio de legalidad; vale expresar, que quede mensurado en los límites del modelo social y de las normas que se dicten bajo la tutela de la Norma Fundamental.

En realidad, el principio de la supremacía responde a un tiempo histórico superado, o al menos así lo creemos, porque anida en ese concepto un destino permanente donde la ley se iguala con la certidumbre y la seguridad jurídica; y en la cual la Constitución es la ley de leyes, pero siempre rígida e invulnerable.

Bien señala Sagüés que

> … para que sea posible ejercer un control sobre la constitucionalidad de las leyes, es preciso que la Constitución sea rígida total o parcialmente, ya que ese carácter hace que no sea como las leyes ordinarias, porque es suprema. Dicho en otros términos: la Constitución rígida es la súper ley.[8]

Este entendimiento constituye un baluarte de cuatro siglos que ha pergeñado la noción del estatismo y la legalidad, en la cual el poder administra y controla y los ciudadanos gozan y disfrutan en la medida de los derechos disponibles, los que están escritos y asentados en un orden cerrado al ser impermeable a otros valores.

---

7. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1995, p. 35 y ss.

8. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 3ª edición, 1992, T. I, p. 13.

Más adelante veremos que este paradigma del derecho constitucional es uno de los argumentos centrales para aseverar la autonomía científica del derecho procesal constitucional, cuyos fundamentos teóricos diferentes a los del derecho procesal venimos planteando en estas secciones.

El paradigma afinca en lo que Zagrebelsky denomina la "soberanía de la Constitución",[9] donde insistiendo en su conocida tesis sostiene que esto se ha desmoronado porque la soberanía no es actualmente un rasgo característico.

Agrega el profesor de Turín que las sociedades pluralistas actuales –es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado–, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional.

Esta división entre la *ley* y los *derechos* supone traer un techo diferente al concepto de *supremacía*, una suerte de súper legalidad constitucional que obliga a quienes concretan el control de constitucionalidad a mirar hacia esos principios y valores antes de lo que se ha concretado por escrito en el marco de la legalidad disciplinada.

De algún modo, sostiene Zagrebelsky, esta idea está implícita en las Declaraciones americanas que fundamentan los derechos en una esfera jurídica que precede a los derechos que pueda establecer el legislador. Antes los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las posibles amenazas, primero de las externas provenientes del Parlamento inglés y luego de las internas que hubiesen podido nacer de

9. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, op. cit.*, p. 13.

una legislación omnipotente [...]. Los derechos, en cuanto patrimonio subjetivo independiente, constituían a los individuos en sujetos originarios y soberanos y de este modo hacían posible el acto de delegación constitucional, fundando el *Government* y, en él, el poder legislativo. La ley, cabe decir, derivaba de los derechos, justamente lo contrario de lo que sucedía en Francia, donde eran los derechos los que derivaban de la ley. Aquí, la soberanía de la ley; allí, la soberanía de los derechos.

Actuación jurisdiccional y política

Efectuadas las advertencias que preceden, cabe anotar cuáles son los modelos que activan el compromiso por fiscalizar el cumplimiento de los fines constitucionales. Originariamente, los modelos obedecieron a necesidades políticas diferentes, donde el eje pasó por la intervención del parlamento, o de tribunales especiales que resistieron en Europa a los jueces comunes como vía para articular la función de control. Por su parte, Estados Unidos prefirió que fueran todos los jueces quienes actuaran dicha misión, de manera que se han generado funciones y modelos, a saber:

a. Político
b. Jurisdiccional
    Tribunales constitucionales
    Jueces ordinarios / constitucionales

Luego, los que desplazan la actividad en jueces, suelen llamarse esquemas: Concentrados y Difusos.

Ahora bien, esta clasificación tradicional solo tiene valor para mostrar cuál es el órgano encargado de la tarea constitucional, pero poca utilidad presta al motivo de resolver cómo practican esa función.

Por eso, suele preguntarse ¿realmente la distinción entre control sobre disposiciones y control sobre normas es lo más importante de todo? ¿O más bien la circunstancia de que el control opere antes sobre un texto normativo que sobre la disposición aplicada (la norma) influye más que la extensión y la fuerza (o valor o "rango") de las normas objeto (o parámetro) del control? ¿Tal diferenciación es, sobre todo, más importante a efectos clasificatorios del hecho que se controlen competencias de entes y de órganos, o más bien (o también) lesiones de situaciones jurídicas de

los ciudadanos? La respuesta podría ser afirmativa –sostiene Pegoraro–, pero asumir tales elementos como criterio único y exclusivo de diferenciación parece limitativo, y útil tan solo para esbozar en sus grandes líneas la tipología (siempre más rica) del control de constitucionalidad.

Por lo tanto, una división cabal debe atender el sistema procesal que se aplica de modo que los ordenamientos son los catálogos principales merced a las posibilidades y alcances que en cada caso se admiten, ofreciendo dentro de un mismo modelo (por ejemplo, difuso), extensiones y limitaciones que los distinguen y hacen diferentes a pesar de estar en un mismo grupo clasificatorio.

En el modelo político se interpreta que la voluntad del pueblo se expresa a través de sus representantes en la asamblea parlamentaria; en consecuencia, es peligroso permitir la discrecionalidad judicial que adapte cada caso que analiza a una peculiar forma de interpretación.

El "gobierno de los jueces" a través de las sentencias se pretende evitar de manera *objetiva*. Solo deben aplicar la ley, jamás interpretarla, que equivale a decir que no pueden darle una inteligencia particular.

Descifrar la ley está prohibido porque la soberanía del parlamento es invulnerable toda vez que en ella radica la legalidad y legitimidad delegada por el pueblo.

La expresión "gobierno de los jueces" fue introducida en Francia por Eduardo Lambert, quien la hace figurar en el título mismo de su obra (1921). Él califica de ese modo el papel de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Dice Troper que la fórmula se utiliza en nuestros días, generalmente, con una connotación peyorativa, cada vez que se desea criticar el poder excesivo de los jueces, particularmente, aunque no de manera exclusiva, tratándose de las cortes constitucionales. Existe en Estados Unidos una expresión equivalente: *Government by the Judiciary*, pero su uso es mucho menos extendido, lo que se explica porque en el contexto del *common law* no es sorprendente que los jueces creen derecho y, por ello, constituyan una parte del Gobierno, mientras que en Francia, Montesquieu mediante, la función del juez no constituye un poder, porque consiste en obtener la conclusión de un silogismo, del cual la ley es la premisa mayor y el hecho la menor.[10]

10. Troper, Michel, "Del gobierno de los jueces al gobierno por los jueces" (traducción de Bernardo Bolaños), en *Jueces y Derechos (Problemas contemporáneos)*, México, Porrúa - UNAM, 2004, p. 177 y ss.

El trasfondo de esta línea conductiva se emplaza en la "desconfianza hacia los jueces", tal como se ha propuesto diferenciar al modelo respecto al sistema difuso de control de constitucionalidad.

La particularidad está en que, propiamente, no hay un encargado de vigilar el cumplimiento de los mandamientos de la Constitución porque el parámetro es puramente objetivo. Las leyes, cualquiera sea su origen, se aplican, nada más.

Históricamente, es producto de las ideas que consolidó la época posterior a la Revolución Francesa, es decir, al tiempo de la codificación que señala y concreta los derechos subjetivos, con un fuerte acento en el derecho de propiedad individual; y el tiempo del constitucionalismo, que a través de las Normas Fundamentales orientaron, de una vez y para siempre (esa era la idea central) los derechos básicos de las personas físicas.

Es el mismo temperamento que afinca en el Código Procesal francés de principios del siglo XIX, dando reglas de protección únicamente a quienes podían acreditar la titularidad del interés reclamado.

También se corresponde con el tiempo dogmático del principio de legalidad. Lo escrito domina sobre lo inmanente; la ley es lo seguro, ofrece certeza. Cuando el juez aplica la ley dice lo justo; por eso cuando interpreta a voluntad comete la más pecaminosa aberración, porque se aparta de lo que el pueblo quiere. El juez, recordemos, "es la boca de la ley".

Este esquema está abandonado actualmente, porque en esencia, es el "anticontrol", no existe fiscalización alguna, y ha tornado en Francia tras la formación del "Consejo Constitucional" que, adaptado, sigue siendo una forma de control político.

Explica Zagrebelsky que se trata de un control *a priori* que confronta entre textos normativos, con independencia de su aplicación puntual a casos concretos, y, aunque haya habido aperturas a la exigencia de un juicio contradictorio, no contempla la representación de las razones de los titulares de los derechos frente a las razones de los "señores" de la ley. En el estilo de la doctrina francesa sigue prevaleciendo la idea de un derecho "de una sola vertiente", un derecho como legislación (ordinaria o constitucional), y la ciencia del derecho es aún, de entre todas las tendencias existentes en los distintos países europeos, la más ligada a actitudes iusprivatistas de estricto servicio al derecho establecido.[11]

11. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, op. cit.*, p. 66.

Es un control preventivo susceptible de ser activado, exclusivamente, por autoridades políticas. Por ejemplo, si se trata de leyes ordinarias, solo pueden impugnar –antes de la promulgación– el presidente de la república, el primer ministro, el presidente de la Asamblea nacional y el presidente del Senado.

Dice Favoreau que entre los años 1970/1973 el Consejo Constitucional dictó cuatro fallos que operaron una verdadera revolución, al reconocer fuerza jurídica al Preámbulo de la Constitución. Así, de una sola vez, se ha conferido valor de derecho positivo a la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, del 26 de agosto de 1789 y al *Preámbulo de la Constitución* de 1946 que contiene dos elementos: por una parte, la remisión a los "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República", y por otra parte, la enumeración de una decena de apartados de nuevos derechos o principios, habitualmente designados como *principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios en nuestro tiempo.*

De todos modos, siendo que en este capítulo corresponde observar el procedimiento constitucional del modelo, solo cabe agregar que el sistema político ha evolucionado hacia una *jurisdiccionalización* que se advierte al agregar un estándar nuevo en la vigilia del cumplimiento de las leyes.

La novedad aparece con el llamado "bloque de constitucionalidad" (el Preámbulo de la Constitución y la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, recién citados), que determina una variante importante en el control *a priori*, porque admite ser un control *a posteriori* ocasional.

Modelo jurisdiccional es aquel que destina en los jueces el control de la supremacía de la Norma Fundamental y de las demás disposiciones que se consideran aplicables merced a su valor implícito, habitualmente encolumnadas en lo que la doctrina española ha llamado "bloque de constitucionalidad" (*v. gr.*: art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional argentina).

Hay dos sistemas ya comentados. Uno que se denomina *concentrado* porque asigna a *Tribunales Constitucionales* dicha función, y otro nominado como *difuso*, que permite a todos los jueces (ordinarios y constitucionales), cualquiera sea el grado donde actúen, ejercer la mentada fiscalización.

Capítulo VIII
El control difuso y concentrado

El control difuso en acción

La sentencia pronunciada por la Corte Suprema de EE. UU. en el famoso caso "Marbury vs. Madison" (1803) afirmó que si una ley resulta contraria a la Constitución, o hubiere conflicto entre la norma legal y la constitucional que obligue a desestimar una u otra, era deber de ese cuerpo superior de justicia determinar el derecho aplicable, por ser una función esencial del poder de la jurisdicción.

De este modo, sin crear ninguna justicia especializada, permitió a todos los jueces concretar en cada proceso la fiscalización de la supremacía de la norma fundamental.

La característica común de ellos es que activan un control *a posteriori*, a diferencia del control *a priori* o preventivo que permiten otros modelos.

De esta forma, una vez decidida la cuestión de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada, se pueden dar tres tipos de actividades:

a. *Control de la norma a través de un proceso planteado directamente por el interesado (control directo, o por vía de acción).*
b. *Control de la norma promovido en una instancia abierta, de manera que actúa como incidente de inconstitucionalidad o excepción.*
c. *Control de la norma resuelto de oficio, sin que las partes lo pidan, permitiendo una declaración de inaplicabilidad (efecto individual válido solo entre partes litigantes), o de inconstitucionalidad (efecto erga omnes), esto es, aplicable a todos a quienes la norma va dirigida.*

En Argentina no existe un sistema común para el control de la constitucionalidad de las leyes, toda vez que cada provincia (Estado) cuenta con una estructura judicial piramidal que se encarga de resolver en su ámbito los conflictos constitucionales que suceden.

También en estas provincias coexisten códigos procesales y normas fundamentales (constituciones locales) que desenvuelven mecanismos diferentes entre ellas para realizar la misma tarea de fiscalización.

Además, no hay sistema alguno de cooperación para la armonía o unificación constitucional, de modo tal que se puede afirmar que el carácter federal lleva a que en cada jurisdicción el control esencial de constitucionalidad es para el cumplimiento de las leyes supremas locales; luego, si la cuestión constitucional contrae alguna de las llamadas cuestiones federales (es decir, los conflictos donde se encuentra vulnerada la Constitución Nacional) puede llegar a intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ahora bien, el sistema difuso amplía las potestades de intervención e interpretación hacia todos los jueces, pero hay que tener mucho cuidado para entenderlo como "sistema americano", en la medida que Latinoamérica no tiene el esquema procesal de Estados Unidos.

Es cierto que en toda América prevalece la doctrina de la *confianza en los jueces* con todo lo que ello implica y trasciende al sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes; pero en el *common law* se presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones del *civil law* que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

La fuerza del juez americano está en sus potestades, antes que en las leyes. Tiene un sistema donde el poder se tiene y se ejerce, sin limitaciones obstruccionistas afincadas en principios estancos (como la bilateralidad y la contradicción) o en solemnidades inútiles que solamente sirvieron para hacer del proceso una regla de comportamientos y actitudes, de acciones y reacciones, de alegatos y réplicas, en los cuales la verdad de los hechos quedó bastante difuminada.

Tengamos en cuenta que si nuestra idea latinoamericana tiene origen o pretende asentarse sobre el modelo anglosajón, habrá que señalar que no es el sistema procesal dispuesto en nuestros códigos. En definitiva, el control difuso que se pretende acomodar a nuestra idiosincrasia es distinto al proceder de los jueces americanos. *Primero* porque tienen un sistema desigual; *segundo*, porque el respeto institucional sugiere una confianza diferente; *luego*, porque perviven conceptos que trasuntan ideologías del positivismo jurídico donde anidan concepciones jurídicas que se creen inmutables, operando como resabios de una concepción otrora dominante, hoy ausente de contenidos reales.

Con ello queremos anticipar que los requisitos comunes que se encuentran para requerir el control de constitucionalidad, o en su caso, para actuarlo de oficio, pueden ser absolutamente desiguales.

Valga como ejemplo el valor del precedente, que en el *common law* es jurisprudencia vinculante; mientras que en el *civil law* heredado de Europa admite una revisión constante que actúa jerárquicamente hasta llegar al más alto tribunal de justicia, el que en definitiva se convierte en el último bastión del control de constitucionalidad.

Control concentrado en ejercicio

La instalación de los tribunales constitucionales austríaco y checo en 1920 y, tiempo después, el español –incorporando el recurso de amparo como principal herramienta–, muestra una variación notable con respecto al principio afincado en el control político, al reposar en la Constitución la estabilidad de todo el sistema.

De este modo, el control de constitucionalidad abandona su inactividad formal, para convertirse en una vía específica. No una herramienta disponible de contenido puramente técnico, sino una auténtica garantía procesal.

La función se presta a través del proceso, pero la dinámica del procedimiento tiene singularidades que permiten clasificarlos.

La nominación como "control concentrado" proviene de la aceptación formal que destina la tarea de controlar la supremacía de la Norma Fundamental en un órgano creado para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, que se sitúa fuera del aparato jurisdiccional clásico (la magistratura ordinaria).

De este modo, "las cortes o tribunales supremos pueden ser jurisdicciones constitucionales pero no son, en sentido estricto, tribunales constitucionales. Esta noción se identifica con el modelo europeo de Tribunal Constitucional".[1]

La divulgación del método se expandió por Europa apelando al criterio de asignar a estos órganos especiales la tarea fundamental de tutelar los derechos de las personas. Sin embargo, en esa propagación

1. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Querétaro (México), Fundap, 2002, p. 28 y ss.

no se establecieron modelos comunes para el funcionamiento, determinando mayores o menores limitaciones en el acceso, o diferentes esquemas para orientar el desarrollo.

También muchos sufrieron la influencia política del Estado, sea en la constitución del tribunal, o por la interferencia legislativa que reglamentó el procedimiento, características que han llevado a sostener que estas cortes se muestran carentes de los requisitos principales para que puedan constituirse en un juez de la legitimidad constitucional, o más sencillamente, un órgano supremo de garantía.[2]

No obstante, hay un criterio general que hace que todos los medios de control estén orientados en un solo sentido, y que respondan, objetivamente, a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos. Por eso, sostiene Aragón Reyes que

> Una de las características del control jurídico, y por ello del control jurisdiccional, es que el parámetro lo constituyen normas abstractas, predeterminadas, que le vienen impuestas al órgano controlante y que este se limita a aplicar en cada caso. Dicho en otras palabras, el parámetro está formado por normas jurídicas, o más exactamente, por el derecho en su expresión objetiva: el ordenamiento jurídico (que incluye no solo normas, sino también "principios" jurídicos). El carácter objetivado del control se corresponde, pues, con el carácter objetivado del parámetro. Sin embargo, tal "objetivación" (indisociable de la "abstracción" y "generalidad" del derecho) no significa la homogeneización total de los distintos elementos que pueden componer el parámetro. Es bien sabida la diferencia entre "normas" y "principios" y su distinto papel en el ordenamiento, así como la capacidad de la costumbre (que no deja de ser una norma, aunque no esté escrita) para operar, bajo determinados supuestos, como fuente, o, en fin, el papel de la jurisprudencia (como fuente directa, indirecta, interpretativa, complementaria, etcétera, según el *status* de que goza en los diferentes sistemas jurídicos).[3]

Los tribunales constitucionales tienen tres esquemas originarios y adaptaciones que se han desarrollado a partir de ellos.

2. Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 45 y ss.

3. Aragón Reyes, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 113 y ss.

El primer caso es Austria, cuyo Tribunal Constitucional nace del ideario de Hans Kelsen con dos fechas claves: 1920 que constituye la introducción formal en la Constitución, y 1929 con el perfeccionamiento efectuado tras la experiencia procesal.

La misión del órgano es compatibilizar entre dos normas abstractas dando preferencia y aplicación a la que esté mejor conectada con la Ley Suprema del Estado. La sentencia del Tribunal tiene efectos *ex nunc*, no *ex tunc*, por eso es constitutiva.

Desde sus orígenes actúa *a priori*, verificando la compatibilidad de la ley antes de ser promulgada. La actuación se deduce a través de un recurso que suspende inmediatamente la aplicación de la norma.

Luego, con las adaptaciones que le formula Kelsen, tiene tres actividades principales: es un *tribunal electoral* (con competencia en elecciones políticas, administrativas y profesionales; así como también interviene para resolver cuestiones de procedencia en "iniciativas populares"); es un *tribunal de conflictos*, con poca actuación en casos concretos; y además es un *tribunal federal*, es decir, que se encarga de velar por el respeto del equilibrio federal.[4]

El estudio constitucional no tiene en cuenta el caso donde se han de aplicar los resultados, porque la concordancia se realiza en abstracto.

Suele decirse que la sentencia convierte al tribunal en un "legislador negativo" en el sentido de innovar sobre una ley vigente haciéndole perder vigencia.

Este modelo tiene gran predicamento después de finalizada la Primera Guerra Mundial, siendo diferente el alcance tras la segunda conflagración, cuando los tribunales que se crean optan por convertir al "legislador negativo" en una fórmula diferente convirtiendo la fuente normativa que ahora descansará en la Constitución.

Las características más importantes están en la *legitimación para solicitar* la intervención del Tribunal Constitucional, en la medida que el principal propulsor es el Gobierno y sus representantes, antes que las personas afectadas directa o indirectamente.

Informa Favoreau que desde 1975 los individuos pueden impugnar la constitucionalidad de una ley federal, con la condición de que sus

4. Favoreau, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 49.

derechos hayan sido violados por la ley en cuestión, y que esta ley sea aplicable sin la intervención de una decisión judicial o administrativa.[5]

El recurso lo pueden promover los Gobiernos provinciales, los tribunales administrativos, el Superior Tribunal del Estado y los diputados del Consejo nacional (se necesita la tercera parte de ellos).

También se admite la actuación "de oficio" cuando haya dudas sobre la constitucionalidad de las leyes.

En principio, el Tribunal sólo resuelve dentro de los límites de las conclusiones de los demandantes: no puede pronunciarse *ultra petita*. Esto es válido incluso cuando promueve de oficio la inconstitucionalidad de una ley o de una disposición legislativa. De hecho, al Tribunal le resulta muy difícil respetar estas reglas –dice Favoreau–, sobre todo cuando las anulaciones parciales cambian el sentido de la ley. En este último caso, podrá dar un plazo al legislador para rehacer dicha ley. La revisión constitucional de 1975 le ha dado poder para resolver *ultra petita* en caso de que la ley haya sido dictada por un órgano legislativo incompetente o si la ley se ha publicado de manera irregular.[6]

El segundo modelo es la Constitución italiana de 1947. Se establece un Tribunal Constitucional con la misión de juzgar las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de la ley del Estado y de las Regiones; los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y los conflictos entre el Estado y las Regiones y entre las Regiones; las acusaciones promovidas contra el presidente de la República, con arreglo a las normas de la Constitución.

El Tribunal es polifacético al incorporar magistrados, académicos y abogados en ejercicio profesional. La necesaria independencia del cuerpo se asegura con ciertas prerrogativas, especial inmunidad penal (art. 3, Ley Constitucional de 1948) y la imposibilidad de ser perseguidos por opiniones expresadas en el ejercicio de su función (art. 5, Ley Constitucional de 1953).

A su vez el artículo 136 establece que

> Cuando el Tribunal Constitucional declara la ilegitimidad constitucional de una norma de la ley o de un acto con fuerza de ley, la eficacia de la norma cesa desde el día siguiente al de la publicación de la resolución, luego es notificada a las Cámaras y a los Consejos Regionales. El efecto

5. Ibídem.

6. Ibídem, p. 55.

> de las decisiones del tribunal se debe considerar como una anulación, no admitiéndose ningún recurso contra la decisión del tribunal.

No obstante el cuadro normativo, el funcionamiento comenzó recién en 1955 (30 de noviembre) y la primera sesión fue celebrada el 23 de abril de 1956, siendo el primer fallo del 14 de julio de 1956.[7]

Esquemáticamente, el tribunal actúa: a) antes de promulgar la ley, a modo de *control preventivo*, limitando esa actuación a las leyes regionales que puedan estar en conflicto con normas superiores; y b) después de sancionada la ley, con actuaciones *a posteriori*, en las siguientes vías: por *acción* a través del incidente de inconstitucionalidad (prejudicialidad); por *excepción* en casos que se han debido reglamentar por su incesante acumulación.

El siguiente modelo es el Tribunal Constitucional Federal Alemán que conoce:

> 1. De la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otros interesados dotados de derechos propios por la presente Ley Fundamental o por el reglamento interno de un órgano supremo de la Federación; 2. En las diferencias de opinión o dudas relativas a la compatibilidad formal y sustantiva de la legislación federal o de los Lander con la presente Ley Fundamental o la compatibilidad de derecho federal a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de la tercera parte de los miembros del Bundestag. 3. En las diferencias de opinión sobre los derechos y deberes de la Federación y los Lénder y el ejercicio de la vigilancia federal. 4. En otras controversias de derecho público entre la Federación y los Lénder, entre los Lénder o dentro de un Land, siempre que no esté abierta otra vía judicial; de los recursos que puedan ser interpuestos por cualquiera que se crea lesionado por el orden público en uno de sus derechos fundamentales [...], de los recursos interpuestos por Municipios y Agrupaciones Municipales con la alegación de que el derecho a la autonomía administrativa [...] ha sido violado por una ley...[8]

El mecanismo procesal trabaja sobre el deber de la jurisdicción ordinaria de suspender todo procedimiento donde se debería aplicar una norma sospechada de inconstitucionalidad.

7. Ibídem, p. 85.

8. Ley Fundamental de Bonn, relacionada con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Alemán.

La remisión la ordena el juez más allá de la opinión de las partes, aunque se admite el recurso directo cuando se interpone dentro del año de haberse sancionado la ley que se impugna.

Las potestades del tribunal son muy amplias, destacándose el poder discrecional para seleccionar las causas, y una vez en ellas, determinar los motivos que se analizarán aunque las partes hubieran efectuado pretensiones distintas.

La sentencia tiene efectos retroactivos cuando decide por la anulación.

Ciertos fallos llamados de "anulación parcial cualitativa" consisten, sin amputar el texto, en declarar que la ley es nula en la medida en que se aplica a dicha situación. Así, por ejemplo, una legislación sobre el transporte de personas se declaró nula en lo relativo a los taxis y los coches de alquiler, pero sigue vigente para los demás medios de transporte. A partir de 1958, el Tribunal Constitucional ha imaginado una variante en la declaración de nulidad: *la declaración de inconstitucionalidad* sin anulación subsiguiente. Última técnica es la *anulación diferida*, se trata de casos en que la ley no es inconstitucional en su origen, pero progresivamente lo va siendo, debido a la evolución de los hechos o del derecho: el Tribunal Constitucional no anula la ley, sino que la pone en precario al indicar al legislador que ya solo es constitucional "provisionalmente", por razones que se explican en la exposición de motivos, y le ordena que modifique la ley, fijándole en ocasiones un plazo concreto.[9]

El modelo español continúa en el análisis. La Constitución de 1931 trae la impronta kelseniana, y en el artículo 121 establece un Tribunal de Garantías Constitucionales con jurisdicción en todo el territorio, con competencia para entender en:

a. El recurso de inconstitucionalidad de las leyes.
b. El recurso de amparo de garantías individuales cuando hubiese sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.
c. Los conflictos de competencia legislativa y cuantos otros surjan entre el Estado y las Regiones Autónomas y las de estas entre sí.
d. El examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República.

9. Favoreau, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Madrid, Ariel, 1994, p. 87.

e. La responsabilidad penal del Jefe de Estado, del Presidente del Consejo y de los Magistrados del Tribunal Supremo, así como del Fiscal General de la República.

Este sistema solamente funcionó entre 1931 y 1936. La Constitución de 1978 modificó sustancialmente el sistema, creando una poderosa jurisdicción constitucional que avanzó sobre los modelos –igualmente tenidos en cuenta– de los ordenamientos italiano de 1947 y alemán de 1949 (este último manifiestamente rector sobre el mecanismo creado en España).

Se reconoce explícitamente el valor normativo de la Constitución, pero pone sobre la mesa de estudio un ingrediente antes no considerado: la actuación de los jueces comunes en el control de constitucionalidad.

El control por el respeto a los derechos fundamentales le corresponde a las autoridades administrativas y jurisdiccionales, las que tienen potestad suficiente para entender en los recursos de amparo.

Según Favoreau se excluye el amparo contra una ley, pero es posible contra los actos no legislativos de las asambleas parlamentarias, el que entonces carece de carácter subsidiario, y debe intentarse dentro del plazo de tres meses desde la sanción. El amparo contra los actos o comportamientos administrativos solo puede intentarse tras el agotamiento de las vías de recurso ordinarias, y en un plazo de veinte días a contar desde el último fallo relativo a un recurso ordinario. Por último, es posible el amparo contra un acto u omisión de un órgano judicial desde el momento en que este acto u omisión está en el origen inmediato y directo de una lesión de los derechos y libertades contemplado en los artículos 14 a 30 de la Constitución, y a condición de que se hayan agotado las vías de recurso, como la apelación o la casación.[10]

Esta supuesta interferencia ha llevado a reflexiones comparativas que pueden sintetizarse en observar que la premeditada "desconfianza en los jueces", que fue el bastión para crear tribunales constitucionales o de garantías constitucionales, no es tan certera como se presumió originalmente.

Lo mismo se puede decir en la otra parte del mundo, porque la "confianza" americana en sus jueces podría afirmarse que solo dio resultados en Estados Unidos, mientras que Latinoamérica se ha volca-

10. Ibídem, p. 95.

do, por ahora mayoritariamente por Estados –no en población–, hacia el modelo concentrado.

Muy oportuna es la atinada explicación de Canosa Usera cuando dice que, en esta cuestión, la solución se ha buscado no en la reproducción del modelo estadounidense sino en la evolución del modelo centralizado –en Europa– o del modelo del control difuso con la introducción de mecanismos de control centralizado –en América–. Pero estas soluciones, por lo menos del lado europeo, no cierran todas las cuestiones abiertas desde que las Constituciones se proyectan, con su indiscutida supremacía, sobre todos los poderes públicos, incluyendo a los jueces. Quizás los complejos sistemas que se están constitucionalizando en Iberoamérica resuelvan los problemas planteados, sobre todo cuando el mismo órgano, la Corte Suprema que se encarga de resolver en última instancia en los casos de control difuso, es también el órgano al que se encomienda protagonizar el control centralizado. Este proceder ataja los problemas, muy graves, de articulación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria.

En Europa, sin embargo –agrega–, dicha articulación no se ha consagrado, está en el aire, irresuelta, y el caso español es paradigmático e ilustrativo de las contradicciones a las que la nueva manera de concebir la Constitución y su relación con la jurisdicción ordinaria conducen.

Porque, de un lado, la Constitución es también aplicada por los jueces, y de otro, los Tribunales Constitucionales interpretan y aplican la legislación infraconstitucional. Se ha diluido la rígida separación entre la esfera de la constitucionalidad y la mera legalidad, siendo así que tanto el Tribunal Constitucional como los Tribunales ordinarios aplican indistintamente normas de ambas esferas. El juez ordinario es ya, también, juez constitucional, por cuanto aplica la Constitución.[11]

Síntesis

Como se ve, la diferencia entre los modelos previstos para el control de constitucionalidad de las leyes admite una lectura común respecto al objeto que tienen, y difieren en el orden temporal como actúan.

11. Canosa Usera, Raúl, "Dificultades para la articulación de la Justicia Constitucional y la Jurisdicción ordinaria en España", en Castañeda Otsu, Susana Inés (coord.), *Derecho Procesal constitucional*, Lima, Jurista, 2ª ed., 2004, T. I, p. 153 y ss.

La distinción más simple está en señalar:

Control "*a priori*" (preventivo) (abstracto)	Control "*a posteriori*" (sucesivo) (concreto)
Control preventivo/sucesivo (ocasional)	

Sin embargo, esta diferencia no es sustancial porque el sistema europeo concentrado, al verse desbordado por la acumulación de causas, debió recurrir a formas procesales del sistema difuso americano, de modo tal que las cuestiones de legitimación, el interés a tutelar, la oportunidad del planteo y la trascendencia de la causa han sido incorporados en muchos países.

Por eso, las *formas* comenzaron a tener una importancia antes inadvertida; así se encuentran:

Vía directa	Incidente de inconstitucionalidad	
	Recurso de inconstitucionalidad	control abstracto

Prejudicialidad	Cuestiones de inconstitucionalidad	control concreto

Incluso, el modelo concentrado tiene fisonomías que lo particularizan; así, hay tres modelos posibles, uno de los cuales es producto de la penetración del sistema europeo en América, que altera profundamente al control difuso, ofreciendo una perspectiva propia que deja a la *judicial review* en tercería o como modelo propio para el control de constitucionalidad en Estados Unidos de América.

Teniendo en cuenta esa característica, existen tribunales:

- *Concentrados:* España, Italia, Bélgica, Rumania, etcétera.
- *Semi concentrados:* Alemania, Austria.
- *Desconcentrados:* es decir, que permiten concretar la fiscalización constitucional a todos los jueces, pero actuando en última instancia la Corte Suprema de Justicia de cada país; *v. gr.:* EE. UU. y Argentina.

En la justicia latinoamericana se observa una característica que no puede pasar inadvertida, que es la constitución política de cada

Nación y la autonomía que se otorga a los Estados que las componen, porque así como en México y Argentina se admite que cada región, provincia o departamento tenga su propia Norma Fundamental local, en otros países de la región rige el centralismo o el concepto unitario que registra en una sola Constitución, la del Estado nacional, la supremacía absoluta del orden jurídico establecido.

De este modo, el emplazamiento del control de constitucionalidad es muy diferente y conflictivo, porque si bien es cierto que las autonomías regionales y sus normas deben estar adaptadas a las disposiciones de la Constitución Nacional, también lo es que las interpretaciones de ellas pueden diferir según quién les otorgue inteligencia y aplicación.

A sabiendas de esta problemática, México ha optado por dejar en la Suprema Corte de Justicia la actuación (diríamos concentrada, o como si fuera un Tribunal Constitucional) exclusiva para fiscalizar el respaldo al principio de la supremacía; mientras que Argentina, en un sistema complejo y entramado que muestra singularidades en cada provincia, deja la palabra final a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero es un sistema que visualiza esta intervención como extraordinaria y contingente, merced a las dificultades que tiene el acceso a este tribunal.

Esta diversidad también aparece en toda América latina, mostrando una clara tendencia a la conformación de tribunales constitucionales –aunque no sea un sistema puro como el continental europeo–, desde que presentan particularidades donde los sistemas participan de un juego de armonías entre poderes de todos los jueces y control final de las Cortes o salas especializadas, como veremos ejemplificativamente a continuación.

Explica Ferrer Mac-Gregor que

> Uno de los fenómenos más representativos del constitucionalismo y procesalismo contemporáneo constituye la tendencia hacia la creación de tribunales constitucionales, entendiendo como tales a los órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consista en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional. Esta tendencia cobra relevancia en el ámbito iberoamericano, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, al surgir o consolidarse órganos de esta naturaleza con distintos matices y modalidades:

a) Sean como tribunales o cortes constitucionales ubicados fuera del aparato jurisdiccional ordinario (Chile, Ecuador, España, Guatemala, Perú y Portugal);
b) sean como tribunales o cortes autónomas dentro de la propia estructura del poder judicial (Bolivia y Colombia);
c) sean como salas especializadas en materia constitucional pertenecientes a las propias cortes o tribunales supremos (El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela), o
d) sean como cortes o tribunales supremos ordinarios realizando funciones de Tribunal Constitucional, aunque no de manera exclusiva (Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay).[12]

La experiencia nos indica que el modelo americano originario *(judicial review)* sedujo a buena parte del continente americano, pensando que el poder difuso para la interpretación constitucional fortalecía la única institución no electiva del sistema democrático.

Con esa confianza depositada en la intervención puntual, precisa y oportuna, se dejó en manos de todos los jueces una potestad muy amplia, sin advertir que el sistema procesal donde ese señorío se entregaba estaba muy lejos de tolerar alguna función que no fuera la de aplicar la ley, nunca interpretarla.

Nuestros códigos latinoamericanos fueron recipiendarios de la doctrina española emergente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881, siendo en ambos casos un modelo estanco que trabajó sobre la base de un juez presencial, poco activo, cuya única función era que la ley rigiera en el caso concreto en análisis, y donde los tribunales de apelación fueron los formadores de la ideología o doctrina legal.

Como se ve, un modelo bien diferente al poder del juez de primera actuación, como tiene el *common law* americano, que hace prevalecer la autoridad de la sentencia *(stare decisis)* por sobre la declamación doctrinaria.

Por eso, el modelo americano bien pronto se redujo a una ilusión perdida, y clara demostración de ello fueron las dictaduras que aparecieron en toda América sin posibilidad de frenos o resistencias a través de la justicia ordinaria.

12. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica, op. cit.*, p. 37 y ss.

En los años 80 del siglo XX América Latina comenzó un proceso de democratización que aun en los Estados así constituidos con anterioridad significó un cambio en los modelos para lograr que la Constitución se aplicara y rigiera los destinos de cada lugar.

La dispersión de ideas y la ausencia de unidad integradora entre los países llevan a crear modelos distintos, idealmente pensados para cuestiones internas, casi –diríamos– de propia identidad cultural e idiosincrasia.

Por eso, cada lugar pensó "hacia adentro" sin observar la influencia que tendrían poco tiempo después las sentencias, recomendaciones y opiniones consultivas provenientes de los órganos del sistema interamericano, que crearían todo un mecanismo de valores y principios superiores a las Cartas Fundamentales, que complementarían e integrarían la defensa efectiva de los derechos humanos.

Esta realidad muestra el porqué de la desigualdad registrada en el control de constitucionalidad latinoamericano. Probablemente, el peso del presidencialismo sea un obstáculo para generar un sistema de fiscalización estricto (véase para este ejemplo lo sucedido con el presidente de Perú Fujimori y el Tribunal Constitucional despojado de autoridad cuando resuelve en contra de intereses creados), y por qué no, una especie de resignación sobre la ambigua "confianza en los jueces", que en los hechos no existe.

De todos modos, hay un sistema "confuso" de control de constitucionalidad americano que tiene como guía el modelo kelseniano sin darle tantas atribuciones.

En síntesis, existen los siguientes sistemas:

a. Órganos creados extrapoder (es decir, sin adscribir a ninguno de los poderes constituidos, de manera que el conflicto que tienen es acerca de la naturaleza jurisdiccional de sus resoluciones): Guatemala (1985); Chile (1980); Ecuador (1998); Perú (1993).
b. Órganos creados dentro del Poder Judicial (la controversia principal que tienen es articular su relación con el Tribunal Supremo del Estado): Bolivia (1994); Colombia (1991).
c. Salas Constitucionales dentro de las Cortes Superiores (se debate el problema de la instancia única para debatir las cuestiones constitucionales): El Salvador (1983); Nicaragua (1987/95); Costa Rica (1989); Paraguay (1992); Venezuela (1999).

d. Funciones constitucionales de la Corte Suprema del país (en este caso hay dos tendencias: una que deja los conflictos abstractos de inconstitucionalidad en la órbita exclusiva y excluyente del Superior Tribunal de Justicia –*v. gr.* México–, y otros que permiten que las cuestiones constitucionales se debatan en instancias ordinarias locales y federales, dejando la interpretación final y definitiva en la Corte Suprema de Justicia de la Nación –*v. gr.* Argentina y Brasil–).

Capítulo IX
Interpretación constitucional

La interpretación como fuente de la autonomía del derecho procesal constitucional

Coinciden en este tramo de la exposición dos actividades que son, en esencia, la labor más importante que define la autonomía del derecho procesal constitucional. Nos referimos al constitucionalismo, que produce una innovación trascendente en la ideología del poder, y en la función procesal que se asigna a los jueces para que puedan interpretar la ley.

Recuérdese que este fenómeno, tiempo después, fue la causa que dio origen a los tribunales constitucionales.

Con el constitucionalismo sucedió algo eventualmente inesperado como fue la dimensión que adoptó el concepto de soberanía y la asunción de garantías y derechos "hacia dentro", en el sentido de tomar cada Estado para sí un conjunto de deberes y libertades que se consagraron como normas fundamentales.

Las normas se instalaron con destino de permanencia y la estructura fue asumida como arquetipo de equilibrio en la estructura del poder. La idea primera fue que la ley (la Constitución era la Ley Suprema) debía aplicarse sin retórica alguna, como lo explicaba la escuela exegética. La forma de preservarla fue entronizando el principio de la supremacía constitucional.

Es verdad que la construcción no fue asimétrica porque en todos los casos la limitación al ejercicio del poder fue el eje donde centraron las ideas; de allí que el pensamiento preconstitucional de Montesquieu, al difundir la necesidad de fraccionar el ejercicio del poder en tres actividades independientes, fue tomado a pie juntillas por los ordenamientos constitucionales, pero no fueron tan acordes con los modelos de realizar el control.

Las formas constitucionales fueron predominantemente escritas, de tipo codificado (acorde con la tendencia de la época), permitiendo

renovaciones (constituciones flexibles), o procurando que ellas fueran estándares inalterables (constituciones rígidas).

La fuerza de la historia se constata en las cartas constitucionales al punto que, en el caso de Argentina:

> … no es fácil describir en dos palabras la tipología tradicional-historicista. Quizás nos baste recordar que la Constitución de un Estado no es mero producto o creación de las normas jurídicas, ni acaso organización prevista racionalmente, sino estructura apoyada en la costumbre, en la tradición, en la realidad histórica de un pueblo. Que tal estructura esté descripta en normas escritas, y aun codificadas, poco tiene que ver con el problema, porque en tal caso, la Constitución escrita no hace más que formular y expresar la organización históricamente insertada en la singular circunstancia fáctica de una comunidad.[1]

La atinada reflexión deja al descubierto el peso de los hechos para comprender el modelo o sistema que cada cual fue adoptando para el control de constitucionalidad.

¿Cómo influye este espacio del derecho constitucional en nuestra ciencia? Una vez más, es necesario recurrir al vínculo entre la Constitución y el proceso para ver si ambos solamente se relacionan y articulan, o dicho programa de acción, que está en las normas fundamentales para ponerse en práctica, necesita organizar el mecanismo jurisdiccional (o político) y las herramientas que a tal fin serán aplicadas.

Es este aspecto donde las garantías comienzan a ser presentadas en las Cartas Superiores, y dinamizadas por la actividad de jueces y tribunales. En ambos casos, el rol de la interpretación es básico y esencial, entendiendo esa función como una parcela de estudio del derecho procesal constitucional. Pero la interpretación constitucional sucede después del modelo tradicional aplicado para la interpretación de las leyes que diseñó Kelsen al fomentar los tribunales constitucionales. El magnífico resumen de García Belaunde puede ser extractado a grandes líneas, de modo que, siguiendo sus reflexiones, hay que tener en cuenta que

> … durante mucho tiempo solo se utilizó un tipo de interpretación para todas las ramas del derecho, y en forma tardía, sobre todo a mediados del siglo XX, se puso en evidencia la necesidad de la interpretación cons-

1. Bidart Campos, Germán, "La tipología de la Constitución Argentina", en Sabsay, Daniel (dir.); Manili, Pablo Luis (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, T. I, p. 74.

> titucional como tarea específica [...] Esto se acentúa en el caso de leyes especiales que regulan determinados procesos constitucionales [...] Otro aspecto a considerar es cuáles son los órganos que interpretan y cómo lo hacen, de acuerdo a su conformación, competencias y formas o maneras de reclutamiento de sus miembros.[2]

Lo cierto es que los estudios constitucionales europeos no tomaron a la interpretación de las normas constitucionales sino después de haber desarrollado la llamada "jurisdicción constitucional", a diferencia del caso americano que desde 1803 ("Marbury vs. Madison") lo toma como punta de lanza del sistema difuso de control constitucional.

> Este desinterés inicial cambia rotundamente para invertir la relación después que se instalan en Europa los tribunales constitucionales. De todos modos, la génesis adquirida con la interpretación legal tenía importantes aportes como el alemán encabezado por Federico Carlos de Savigny con su "escuela histórica del Derecho", o la más progresista y audaz de Germán Kantorowicz denominada como "escuela de derecho libre", hasta llegar a la monumental y conocida obra de François Geny.
> En América, en cambio, se dio un desarrollo menos formal, al punto que autores calificaron las tesis europeas como "bizantinas". Roscoe Pound sostenía ello y fue puntal de las teorías del realismo y del sociologismo jurídico, en cuyo campo destacan las figuras de Oliver Wendell Holmes, Benjamín Cardozo, Jerome Frank y Karl Llewellyn, entre muchos otros.[3]

Por eso, la tesis de Kelsen es tomada como base científica del derecho procesal constitucional, aunque no estuviera en la mente del jurista checo esta creación.

Las dos ideas que soportan la tesis constitucional que se lleva al campo de lo procesal son: a) que la Norma Fundamental es el vértice superior de la pirámide jurídica como se construye todo ordenamiento legal; b) la defensa de las violaciones que se hagan de ella deben hacerse a través de un órgano *ad hoc,* que es el Tribunal Constitucional.[4]

---

2. García Belaunde, Domingo, "La interpretación constitucional en Latinoamérica", en Sabsay, Daniel (dir.); Manili, Pablo Luis (coord.) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial,* T. I, *op. cit.,* p. 104.

3. Fix Zamudio, Héctor; Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado,* México, Porrúa, 2009, 6ª edición, pp. 151-152.

4. García Belaunde, Domingo, "La interpretación constitucional en Latinoamérica", *op. cit.,* p. 105.

Intérpretes de la Constitución

El tema de la interpretación jurídica fue objeto de distintos niveles de enfoque (filosofía, teoría del derecho, derecho constitucional, derecho privado, etc.) y con un altísimo grado de exponentes (Savigny, Betti, Cossio, Carnelutti, García Maynez, Recaséns Siches entre muchos más), pero asentado en el derecho constitucional fue cobrando interés preferente y expuesto como uno de los centros neuronales de la ciencia.

En verdad, el desarrollo se debió a la "justicia constitucional", pues siguiendo el argumento de Pierandrei:

> … la interpretación de las normas constitucionales debe adecuarse a la naturaleza fundamental de las disposiciones de la ley suprema y tomar en consideración los motivos políticos y los principios esenciales que se encuentran en la base de estos preceptos.[5]

Bien dice Fix Zamudio que

> … la interpretación constitucional se ha transformado paulatinamente en una labor altamente técnica que requiere de sensibilidad jurídica, política y social y, por tanto, ha sido inevitable que desembocara en el establecimiento de una justicia constitucional, de manera que actualmente impera el principio de que son los jueces ordinarios (en el sistema llamado indirecto o difuso) o los magistrados constitucionales (en el régimen concentrado o de los tribunales constitucionales) los capacitados, por la índole de sus funciones, para interpretar con mayor precisión las disposiciones fundamentales y hacerlas vivir realmente en el medio social para el que fueron dictadas.[6]

Es evidente, entonces, que la interpretación se convirtió en una tarea esencialmente jurisdiccional, y cuando ella afincó en la lectura de las normas constitucionales fue preciso hurgar métodos y sistemas que lo aislaran de la interpretación jurídica de la ley.

Jueces del sistema difuso, o tribunales constitucionales han conseguido desde las sentencias constitucionales conformar un cuadro de resultados que no ensamblan en la teoría general del proceso ni en

5. Pierandrei, Franco, "L' interpretazione delle norme costituzionali in Italia", en *Scritti di diritto costituzionale,* Ed. G. Giapichelli, Turín, 1964, T. II, pp. 54 y 655.

6. Fix Zamudio, Héctor; Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado, op. cit.,* pp. 167-168.

las facultades constitucionales regladas por la organización suprema de un Estado.

Han sido leyes las que esclarecieron alcances, pero fue más el activismo judicial desenvuelto en valores, principios y relaciones con los derechos humanos los que formaron un nido propio que solo tomó del derecho constitucional la fuente donde abrevar; y del derecho procesal la técnica de laboreo; pero su contenido es independiente y forma parte del derecho procesal constitucional. Según Fix Zamudio:

> La interpretación que realizan los jueces constitucionales tiene un contenido muy extenso de valoración jurídica, si se toma en consideración que las disposiciones fundamentales poseen un alto grado de abstracción que llega a su máxima amplitud respecto de las normas de principio o de carácter programático, y por ello las decisiones judiciales integran el contenido de estas disposiciones, que en su mayor parte formalizan principios y valores que el órgano constituyente (originario o reformador) ha considerado esenciales para la comunidad política.[7]

Las técnicas de interpretación

La interpretación es una tarea destinada a esclarecer, a poner en claro los dichos de una norma que va a insertarse en la realidad. Significa desentrañar el contenido que el texto tiene con relación a esa realidad.[8]

En la búsqueda de una intelección correcta, pueden seguirse distintos caminos. Uno de ellos conduce a la denominada *interpretación auténtica*, que responde al verdadero concepto de la interpretación, porque proviene del mismo sujeto que emite la disposición;[9] en otro se puede derivar la lectura a terceros que prestaran su opinión particular sobre el alcance que puede asignarse. De este tipo son la *interpretación judicial* y la *doctrinaria*.

A su vez, cada una de estas posibilidades tiene un sistema que se aplica de maneras distintas. Puede analizar el espíritu de las normas (fin querido); deducirlo del sentido gramatical; o derivando sus

7. Ibídem, p. 174.

8. Couture, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, T. III, Depalma, 1979, p. 15.

9. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 65.

conceptos de la lógica empleada en cada uno de los elementos, pudiendo entonces corresponder a los antecedentes que le dieron origen (interpretación histórica) o a la comparación con otras similares para concluir consecuencias semejantes (interpretación sistemática) que correspondan a la unidad del orden jurídico.

Esta enumeración, lacónica y concisa, reseña particularidades para interpretar cualquier tipo de normas; por ello puntualizan en la teoría general del derecho.

El problema es que cuando la técnica se emplea en el proceso, es necesario confrontar las disposiciones en estudio con las normas procesales, que como tales son habitualmente descriptivas del proceso; solo tienen utilidad cuando a este referencian y precisan. Por lo tanto:

> ... por su propia naturaleza, solo tienen razón de ser en cuanto son aplicadas al proceso, salvo escasas excepciones susceptibles de producir efectos indirectos en el derecho material (por ejemplo, las normas relativas a la valoración de las pruebas, que, pese a su carácter procesal, pueden, indirectamente, por su simple existencia, conducir a un arreglo o transacción que evite el proceso y modifique la relación jurídica entre las partes.[10]

La diferencia descriptiva que tiene la norma procesal respecto de la civil impide que se apliquen iguales sistemas de interpretación. No obstante, sean sustanciales o adjetivas, las normas se interpretan por los jueces como una misión más en la tarea de decir y crear el Derecho. Esto es justamente lo que debe distinguirse: de un lado, la interpretación de la norma procesal que si bien asienta en los principios generales que pondera el valor de toda normativa, cuenta con particularidades que diseñan una metodología propia; por otro, la interpretación judicial de las leyes, vale decir, la interpretación en el sentido más puro de adecuar la sensibilidad de las normas con el medio donde va a insertarse y en el cuadro coordinado de todo el ordenamiento jurídico.

Serra Domínguez considera que es en esta última donde adquiere relevancia la labor del juzgador, porque al aplicar la ley en un caso concreto, forzosamente debe preguntarse cuál es el sentido, significación y alcance de la norma.[11]

10. Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Ariel, 1969, p. 11.
11. Ibídem, p. 12.

Divididas las cuestiones, analicemos lo que ocurre cuando el juez interpreta una norma procesal. Es en este campo donde el intérprete realiza una función eventualmente técnica pero sin rigideces en la aplicación de las normas en juego. En efecto, precisamente es en el área de la interpretación donde se debe insistir acerca del rol funcional de la jurisdicción, propiciando una lectura abierta de las normas, sin privarles el sentido que llevan. Una orientación a la justicia antes que a la aplicación simplificada.

No ha de extrañar, por consiguiente, que el menoscabo de la verdad jurídica objetiva quede patentizado si el tribunal de grado deja de resolver sobre el mérito en razón de la insuficiencia de las constancias de la causa, circunstancia que, reunida con otras conclusiones jurisprudenciales, construye una verdadera obra de interpretación que persigue evitar los apartamentos equívocos del juez al motivar sus pronunciamientos.

> Se privilegia el norte esencial del quehacer hermenéutico cuando se postula que la sentencia lo menoscaba: a) ante el evidente apartamiento de las circunstancias comprobadas de la causa; b) si se hace prevalecer la interpretación de las normas procesales sobre la necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva, que es concorde con el adecuado servicio de la justicia y compatible con la garantía del art. 18 de la CN; c) cuando se violenta por irrazonable y mecánico acatamiento a las formas o a la rigidez operativa de la técnica procesal, el plafond propio con que juegan esas disposiciones, circunscribiendo su margen de maniobra. Entonces se recae en un exceso ritual manifiesto que destruye al fallo del fundamento suficiente para sustentarlo.[12]

En este contexto se incluye la obligación del juez de estar a las realidades que lo circundan, dando preeminencia a los fines que informan las leyes más que a la letra fría del precepto que, no obstante su consagración, introducen una limitación angustiante que frena la posibilidad de realizarla.

12. Morello, Augusto Mario; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación*, Buenos Aires, Platense-Abeledo Perrot, T. I, 1982, p. 499.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina tiene dicho que

> ... por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, la conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no debe prescindir, por cierto, de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere.[13]

Como agudamente lo destaca Puig Brutau:

> ... puede tener más fuerza creadora el valor persuasivo que se desprende de los fundamentos de unas decisiones justas que el autoritarismo abstracto de una disposición legal cuya razón de ser se haya olvidado.[14]

La interpretación de la norma procesal da cuenta de una relación inmediata entre quien aplica, crea y recrea las normas que utiliza. Si las normas procesales abastecen la movilidad del proceso, lo diseñan y estructuran, el destinatario de ellas resulta el órgano que las realiza. Es cierto que la adjetivación en los procedimientos registra transformaciones creativas o mutantes según quién las aplique, por lo que resulta criterioso establecer el control de aplicación a través del mecanismo de los recursos (*v. gr.* nulidad, casación, etc.).

Por lo demás, la autonomía que persuade la dicción de las normas procesales no priva la utilidad de cualquier sistema para investigarla. En verdad, es común observar en este esquema un método que va recorriendo, secuencialmente, cada aspecto de la norma.

La relación o nexo de la actividad interpretativa dentro de un proceso constitucional moviliza ambas cuestiones. Se estudia la compatibilidad constitucional de la norma cuestionada y operan, al mismo tiempo, el juego funcional de las normas procesales que permiten llevar a cabo esa función.

Ambas son parte de nuestra ciencia, porque la interpretación constitucional es parte de ella como ya se explicó, y porque las normas procesales que actúan dentro de los procesos constitucionales ponderan en el desempeño de jueces y tribunales especiales una diferencia evidente con la del juez ordinario. No se trata ya de dividir la razón

13. Fallos CSJN: 241:227; 244:129; 263:230, entre otros.

14. Puig Brutau, José, *Introducción al derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1981, p. 257.

entre quien vence y queda derrotado, sino de racionalizar si la norma tiene posibilidades de aplicación sin menoscabar la Ley Superior.

Con afán de síntesis podemos señalar en la interpretación constitucional una de las principales fuentes de la autonomía del derecho procesal constitucional. César Landa sostiene que

> … la autonomía procesal no es un dogma, sino un medio para la realización de la Constitución y para que el Tribunal Constitucional no acabe sumergido en la sobrecarga procesal, sino que se convierta en una magistratura garante de la libertad. Por ello, el Derecho procesal constitucional también requiere partir y remitirse a principios generales del derecho procesal, pero que no sean contradictorios con la justicia constitucional, sino que se desprendan de la Constitución.

Por ello, el autor peruano precisa que

> El derecho procesal constitucional debe forjarse en concordancia con los aportes de la teoría constitucional, en materia de derechos fundamentales e interpretación constitucional; por cuanto sólo a partir de la praxis del estado constitucional y del desarrollo de dichos derechos y su interpretación, la teoría constitucional se convertirá en un factor principal de reflexión y de movilización del Derecho procesal constitucional.[15]

Influencia del derecho supranacional

Los sistemas europeo e interamericano de promoción y defensa de los derechos humanos generan un nuevo mecanismo procesal de asistencia a los derechos del hombre. No se trata de una inmiscusión de tribunales supranacionales en el derecho interno de cada Estado, sino de organismos que cada Estado parte reconoce y admite como entidades autorizadas a revisar el comportamiento habido en la jurisdicción local, respecto al cumplimiento de los derechos humanos consagrados en pactos y convenciones internacionales que se han incorporado, oportunamente, al derecho interno.[16]

15. Landa Arroyo, César, *Teoría del derecho procesal constitucional*, Lima, Palestra, 2004, p. 13.

16. La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina sostiene que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, en su caso, la de la Corte Europea de Derechos Humanos, constituye una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (disidencia parcial

En América Latina, cuando un Estado es denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la acción no pretende que se revise la cosa juzgada lograda ante los tribunales soberanos, porque la petición se promueve con la finalidad de poner en evidencia lo que se cree ha sido una conducta contraria a los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otra norma similar.

En un procedimiento contencioso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe no solo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si estos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado parte, sino también, si fuera del caso, disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hechos para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica.[17]

Los Estados no comparecen ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos como sujetos de un proceso penal, pues esta no impone penas a los culpables de violar los derechos humanos, ya que su función es proteger a las víctimas y determinar la reparación de los daños ocasionados por los estados sujetos a la responsabilidad internacional que se deriva de la violación.[18]

Si después del trámite ante la Comisión se resuelve promover una demanda ante la Corte Interamericana, la jurisprudencia que esta emita deberá ser acatada por el Estado parte, toda vez que la única

---

de los doctores Fayt y Petracchi) (CSJN, 1995/11/23, "Viaña, Roberto", *LL* 1997-E-1004). Al haber ingresado la República Argentina al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, y más aun a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994 –Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 75, inc. 22 Constitución Nacional–, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una imprescindible pauta de interpretación, cuya significación, así como la de las directivas de la Comisión Interamericana, ha sido reconocida reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (voto del doctor Petracchi) (CS, 2003/08/21, "Videla, Jorge R.", *LL* 2003-F-87).

17. Corte IDH, 1983/09/08, "Opinión Consultiva 3/83", *LL* 1999B- 232.

18. Corte IDH, 2000/08/16, "Durand y Ugarte", *LL* 2001-F-977. En este caso, se denunció al Estado peruano por el uso excesivo de fuerza en la represión de un motín carcelario que provocó la muerte de los reclusos.

limitante sería no haber aceptado la jurisdicción del tribunal supraestatal al tiempo de incorporarse al sistema interamericano.[19]

Lo mismo sucede con los informes que realiza la Comisión, cuando concreta observaciones y formula recomendaciones.

La labor interpretativa que debe cumplir la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su competencia consultiva, busca no solo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan efectivamente sus obligaciones internacionales en la materia.[20]

La conclusión llega del principio de progresividad de los derechos humanos que ha modificado el sistema de interpretación del derecho dando lugar a una regla preferente: *pro homine*, que significa que cada Estado parte asume el compromiso de *respetar* los derechos y deberes habidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y *garantizar* su pleno ejercicio, acatando en situaciones de conflicto interno la jurisprudencia interpretativa que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¿Cuál es el problema que tiene el sistema? El fenómeno copernicano que ha revolucionado dicha interpretación judicial encuentra claras resistencias en los tribunales supremos de cada Nación. Es cierto que, como ocurre en Argentina, se admite la influencia y aplicación del sistema en el derecho interno, pero también lo es que cada vez con mayor prevención se tiende a poner trabas a la ejecución de los informes y decisiones transnacionales.

Las resistencias tienen distintas motivaciones. Algunas de ellas argumentan que el sistema interamericano, y en líneas generales todos los mecanismos que provocan jurisprudencia tras fronteras (*v. gr.* justicia comunitaria), socavan las libertades de gestión del Poder Ejecutivo, y resienten la creación legislativa al ponerle a ambos

19. Si un Estado se somete a la cláusula facultativa de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana –consagrada en el art. 62.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos–, queda vinculado a la integridad de esta, y comprometido con la garantía de protección internacional de los derechos humanos, pudiendo sustraerse a la competencia de aquella mediante la denuncia del tratado como un todo (Corte IDH,1999/09/24, "Tribunal Constitucional de Perú", *LL* 2000-B-72, con nota de redacción – RU 2000-1-9).

20. Corte IDH, 1994/12/09, "Opinión Consultiva 14/94", *LL* 1999C-272.

condiciones establecidas en la interpretación dada para un derecho humano en particular (*v. gr.* derecho de rectificación o respuesta; derecho a la vida; resistencia a la opresión, etc.). Otros sostienen que se otorga un poder demasiado lato y muy genérico a un tribunal especial (*v. gr.* la Corte Interamericana de Derechos Humanos) exacerbando las potestades clásicas de la jurisdicción.

No obstante, el sistema funciona. Cambia las reglas de la interpretación judicial o, al menos, las amplía. Modifica presupuestos y condiciones procesales que anidan en la teoría general y que sufren el embate del cambio (*v. gr.* legitimación procesal, carga de la prueba, alcance y condiciones de la sentencia, cosa juzgada, ejecución de las decisiones, etc.).

La aplicación de los derechos humanos en el derecho interno puede analizarse en la perspectiva del mecanismo local previsto para el control de constitucionalidad,[21] porque en definitiva el criterio de interpretación depende de quien sea el último intérprete para definir la orientación.

Entre el modelo europeo de control de constitucionalidad, en esencia dominado por tribunales constitucionales que ejercen jurisdicción concentrada, genérica y en abstracto, y el control americano con el sistema de la *judicial review* y la jurisdicción difusa, hay diferencias que influencian la interpretación judicial conforme vimos con anterioridad, pero siempre en orden a poner en práctica la supremacía fundamental.

Obsérvese que no decimos *supremacía de las normas constitucionales* sino de aquellas que están en un escalón más arriba, es decir, las *normas fundamentales sobre derechos humanos*.

En este espacio actúa la jurisprudencia supranacional. No tiene en cuenta el hecho en sí (aunque lo estudia y sitúa en su circunstancia), sino la dimensión que tiene la violación de los derechos humanos, para considerar si son actuaciones aisladas que encuentran un caso particu-

21. Recuérdese, como dice Ayala Corao, que la persona humana como sujeto de derechos fundamentales está hoy en día doblemente protegida por el derecho constitucional democrático y por el derecho internacional (cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional, op. cit.*, p. 603 y ss.), de modo tal que la interpretación de estos juega en la dimensión de influencias para determinar los criterios a seguir.

lar, o son quebrantamientos sistemáticos que pervierten la aplicación en el Estado de las garantías judiciales y los derechos del hombre.[22]

El ordenamiento jurídico aplicado es común al sistema (*v. gr.* Pactos y Convenciones), y la lectura que de este se ha hecho está señalado por los órganos de aplicación y ejecución del régimen mencionado.

22. La Corte Interamericana de Derechos Humanos puede efectivamente examinar, en el contexto de un caso concreto, el contenido y los efectos jurídicos de una ley interna desde el punto de vista de la normatividad internacional de protección de los derechos humanos, para determinar su compatibilidad (Corte IDH, 1998/09/03, "Cantoral Benavides, Luis A.", *LL* 1999-E-111). No es facultad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de su función consultiva, interpretar o definir los ámbitos de validez de las leyes internas de los Estados partes, sino respecto de su compatibilidad con la Convención u otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y siempre y cuando medie un requerimiento expreso por parte de alguno de esos Estados (Corte IDH, 1994/12/09, "Opinión Consultiva 14/94", *LL* 1999C-272).

Capítulo X
El control de convencionalidad

Concepto de convencionalidad

La incorporación a un sistema jurisdiccional supone contraer obligaciones que surgen del mismo Pacto o Convención celebrada. Cuando la inscripción se realiza por adhesión, se acepta que el adherente formule reservas que dejen fuera alguna de las disposiciones o efectos que el Tratado conlleva.

La recepción en el derecho interno de normas internacionales proviene de dos modalidades. Algunas veces se acuerda entre Estados o grupos de ellos dando lugar a un régimen consensuado, que suma al ordenamiento jurídico local normas privadas o públicas según el caso. En otras ocasiones, la admisión es producto de una resolución soberana que por ley interna del Estado decide sumarse a un orden jurídico de carácter transnacional, como en el caso del derecho internacional de los derechos humanos proveniente de la Convención Americana.

De este modo, el control de convencionalidad puede ser analizado como un deber implícito en la Convención Americana, y alojarse entre lo indisponible para los Estados parte; o bien quedar interpretado como una actividad de los tribunales locales, que tendrán que orientarse con las decisiones adoptadas por los órganos del Sistema IDH, sin que ello derive en un régimen de acatamiento absoluto.

Para el jurista venezolano Carlos Ayala Corao,

> … los Estados partes de los tratados sobre derechos humanos como es el caso de la CADH, asumen la obligación internacional de "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna". Estas obligaciones de respeto y garantía de los derechos reconocidos en la CADH, se complementa con la obligación internacional

> específica de cada Estado, de adoptar las disposiciones necesarias en su derecho interno, para que tales derechos sean efectivos. En este sentido, de conformidad con la CADH, si en el ejercicio de esos derechos no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes "se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".
>
> Se trata por tanto, de una obligación *totalizante*, ya que comprende y compete a todos los órganos del poder público del Estado, ello es, tanto legislativos, como de gobierno, administrativos y judiciales. De esta manera, todos los órganos del Estado deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos, como es la CADH. Pero además, si por cualquier razón no lo han hecho así (ya sea que por acción errada, por negligencia, omisión o ineficacia), los Estados deben entonces adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos dichos derechos.
>
> Estas medidas, necesarias para asegurar los derechos convencionales, pueden ser por tanto de diversa naturaleza, ya sean constitucionales, legislativas, reglamentarias, administrativas, electorales, judiciales o de cualquier otra, dependiendo del reparto competencial contenido en las constituciones de cada Estado. Se trata por tanto de una obligación de resultado, es decir, de "hacer efectivos tales derechos", que debe emprender el Estado de buena fe en el marco de sus compromisos internacionales.[1]

La posición de este experto jurista presenta una visión propia de quienes enfocan el tema desde el derecho internacional, asumiendo como punto de partida que el concepto de soberanía está aislado del criterio tradicional.

El problema radica en que las constituciones, y especialmente la argentina, afinan el principio de autodeterminación; la Constitución Nacional la consagra en el artículo 31 de la Carta Fundamental, el principio de supremacía constitucional.

De ello se deriva que los jueces deben resolver caso por caso; interpretar en cada uno la teoría del mejor rendimiento a los preceptos constitucionales, y en cuestiones no reguladas, regirse por los derechos implícitos y de cuanto surge del conjunto de derechos fundamentales que se incorporaron en el artículo 75.22 como un bloque de constitucionalidad.

1. Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013, p. 104 y ss.

Ahora bien, dentro del conjunto normativo sumado en este acumulado están los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, que tienen un sistema propio de interpretación mediante los organismos que lo componen (Comisión y Corte IDH), ofreciendo al mismo tiempo, la posibilidad que sean los tribunales locales los que realicen, también, una lectura propia adaptada a cuanto dicen las normas o los órganos que le dan inteligencia de aplicación a lo convencional.

En consecuencia, entre el control constitucional local y el control de convencionalidad se puede encontrar un conflicto de jerarquías y de opiniones eventualmente contrarias.

Evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos es producto de una convención internacional que crea organismos de ejecución e interpretación a los que cada Estado parte puede, o no, reconocerles jurisdicción.

Precisamente, como es un ordenamiento jurídico que se agrega al derecho interno por adhesión, quien lo toma sólo puede formular reservas sobre aspectos muy puntuales, sin que ello pueda llevar a obstruir el conjunto normativo dispuesto.

El control de convencionalidad es una forma de proyectar la obligatoriedad del sistema adscripto, pero al ser una función consecuencia de la actividad que los organismos cumplen, se plantea el dilema de aceptar cuanto ellos dicen y aplican, en toda la extensión que resuelven.

La Corte Interamericana, a sabiendas de este compromiso, ha dicho:

> Es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de *"control de convencionalidad"*

> entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[2]

La voz "control de convencionalidad" fue aplicada por vez primera en 2003, en el caso "Myrna Mack Chang", a través del voto razonado del juez Sergio García Ramírez.[3] Es cierto que lo hace como "al pasar", porque el jurista mexicano quiere significar la importancia de encontrar un criterio coincidente para que las reparaciones sean acordes con el mejor sistema de justicia para el hombre. El párrafo que aludimos dice:

> Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

Tiempo después, en el citado caso "Almonacid Arellano vs. Chile", la Corte IDH refiere a una "especie" de control de convencionalidad, poniendo entre las obligaciones del derecho interno, la actuación conforme al Pacto de San José y de cuanto de ella haya interpretado la jurisprudencia del tribunal.

Pero no va a ser sino hasta el caso "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú", cuando el voto de García Ramírez explica el significado y contenido del control de convencionalidad. Esta vez lo hace con fundamentos ampliados, claros y concretos:

---

2. Corte IDH, Caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C, N° 154, párr. 124; Corte IDH, Caso "Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia", considerando 66.

3. Corte IDH. Caso "Myrna Mack Chang vs. Guatemala", sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101.

En la especie, la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris convencional* de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para este determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.
Es perfectamente conocida la cadena jurisdiccional de medios de control de actos de autoridad, que bajo diversos criterios competenciales –y no siempre conforme a un sistema de instancias que represente nuevas etapas de un mismo proceso–, procura ajustar a derecho los actos de las autoridades. Esto se hace, en el ámbito que ahora me interesa invocar, cada vez que se realiza un juicio de legalidad (en el sentido de adhesión del acto analizado a la norma que debe presidirlo, en los diversos planos de la jerarquía normativa): por el órgano de alzada en relación con el órgano de primera instancia; por la autoridad de casación acerca de la decisión judicial cuestionada; por el Tribunal Constitucional a propósito de actos de diversas autoridades nacionales, y por el tribunal internacional en lo que respecta a hechos atribuibles a un Estado que ha reconocido la competencia de aquel para resolver asuntos contenciosos surgidas en el ámbito interno.

[...] En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores –principios y valores del sistema democrático– que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).
De manera semejante a la descrita en el párrafo anterior, existe un "control de convencionalidad" depositado en tribunales internacionales –o supranacionales–, creados por convenciones de aquella naturaleza,

> que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.
>
> [...] "Este "control de convencionalidad", de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener –como ha sucedido en algunos países– carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando estos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos. Esto permitiría trazar un sistema de control extenso –vertical y general– en materia de juridicidad de los actos de autoridades –por lo que toca a la conformidad de estos con las normas internacionales sobre derechos humanos–, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus juris* regional. Me parece que ese control extenso –al que corresponde el "control de convencionalidad"– se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos".

El razonamiento aportado se aleja de aquella comparación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad que se había hecho en el caso "Tibi vs. Ecuador".[4]

El 7 de diciembre de 2004 en el caso "Tibi",[5] García Ramírez volvió a poner la pica en Flandes sobre esta problemática, sosteniendo, con buen tino, que la tarea de los jueces trasnacionales se asemeja a la de los Tribunales Constitucionales, ya que estos últimos inspeccionan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las reglas, los principios y valores de las leyes fundamentales.

> La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera,

4. Hitters, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Estudios Constitucionales*, año 7, N° 2, 2009, p. 109 y ss.

5. Corte IDH, Caso "Tibi vs. Ecuador", Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, Nº 114.

> si los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la convencionalidad de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.[6]

La especialidad del control no supone trazar un paralelo con el Tribunal Constitucional, porque la Corte IDH no puede, ni lo debe pretender, traer ante sí todos los casos en que se cuestione la supralegalidad de actos y normas.

> Un tribunal internacional de derechos humanos no aspira –mucho menos todavía que el órgano nacional– a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento.[7]

En suma, concluye Hitters, señalando que cuanto expresa, significa que en el ámbito regional el país debe tener en cuenta *la jurisprudencia* de ese órgano supranacional y poner en marcha tales criterios en el campo doméstico.

El uso de la jurisprudencia transnacional para resolver aplicando el control de convencionalidad, no se puede apartar de la complejidad del asunto, siendo importante en este sentido que se verifique la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención.

En el caso "López Álvarez vs. Honduras",[8] fue señalada esta contingencia, advirtiendo que a veces se puede comprobar que el análisis

6. Corte IDH, caso "Tibi vs. Ecuador", *op. cit.*, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

7. Ibídem, párr. 4.

8. Corte IDH, caso "López Álvarez vs. Honduras", sentencia del 1° de febrero de 2006 (Fondo, reparaciones y costas), serie C, N° 141.

jurídico es relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio; pero estos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquellos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes.

Asimismo, será preciso considerar el número de relaciones que concurren en el litigio: a menudo no se trata de una sola, sino de múltiples relaciones que acuden a la controversia y que es preciso explorar, desentrañar. Igualmente es preciso tomar en cuenta el número de participantes en las relaciones materiales y en la tramitación procesal, con sus respectivas posiciones, sus derechos, sus intereses llevados a juicio, sus razonamientos y expectativas. Y habrá que considerar las condiciones en las que se analiza la causa, que pueden hallarse bajo presión de contingencias de diverso género, desde naturales hasta sociales.

Alcance del control de convencionalidad

Una vez instalado el tema del control de convencionalidad, la Corte se encontró con un fenómeno de impacto que quizás no había imaginado. Si bien era lógico suponer que la protección de los derechos humanos debía ser fomentada y alentada en cada Estado parte; y que para ello no era suficiente acomodar el derecho interno con las normas convencionales, lo cierto fue que se abrieron varios frentes de ataque contra el alcance que significaba tener que cumplir la Convención tal como la jurisprudencia supranacional lo dijera.

El caso "La Cantuta vs. Perú" replantea lo dicho en "Almonacid Arellano vs. Chile" ampliando conceptos sobre el deber de cumplimiento y la responsabilidad emergente para el Estado. Allí la Corte sostiene:

> En la Convención, este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de

> ser efectivas (principio de *effet utile*). Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.
> El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.[9]

La obligación que difunde desde estos fallos, le genera un deber de esclarecer la idea que surgía de abrir en el derecho interno un poder jurisdiccional de aplicación antes que de interpretación. De algún modo se despojaba de aquella mención doctrinaria sobre el diálogo jurisprudencial orientativo, para comenzar a imponer cuanto ella sostenía.

Tal como había ocurrido en su tiempo cuando Kelsen y Schmitt discutían si la Constitución debía ser defendida evitando que sus disposiciones fueran interpretadas; o en su caso, si el control de aplicación permitía al tribunal constitucional tener una lectura especializada de las normas fundamentales, ahora el control de convencionalidad provoca el espejismo de una cuarta instancia.

Pero la Corte IDH no tiene competencia para convertirse en una "nueva y última instancia" para resolver los planteamientos originales de las partes en un proceso nacional. Esto lo tiene claro el Tribunal Interamericano como no puede ser de otra manera. Cobran relevancia las lúcidas reflexiones de un destacado juez interamericano al referirse precisamente sobre esta cuestión.[10]

9. Corte IDH. caso "La Cantuta vs. Perú". Sentencia del 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, N° 162.

10. Párr. 3 del voto razonado formulado por el juez Sergio García Ramírez, a propósito de la sentencia emitida en el caso "Vargas Areco vs. Paraguay". Sentencia del 26 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, Nº 155.

La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el "control de convencionalidad" fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende –jamás lo ha hecho– convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en este, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos.

El voto razonado de Eduardo Ferrer Mac Gregor en el caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México"[11] comprende el encuadre formulado, explayando en forma didáctica la doctrina y posiciones que por su importancia sugerimos leerlo expresamente.

En consecuencia, el alcance que definimos desde el título pretende razonar la actuación que tiene la Corte IDH cuando resuelve un caso. En primer lugar no es un órgano que participe del proceso originario tramitado ante los jueces del Estado que corresponda. El tribunal no es una alzada y su margen de incidencia se reduce al correcto ejercicio del "control de convencionalidad", que supone realizar el test de compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional.

El artículo 33 de la CADH precisa el límite para conocer "de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes" y en general, tiene el objetivo de aplicar e interpretar las normas del Pacto de San José con carácter obligatorio para los Estados Partes que se hayan sometido a su jurisdicción.

Esta obligación, o deber de acatamiento, se extiende a todos los poderes del Estado, y es por esto que Ferrer Mac-Gregor indica:

> Cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, conse-

11. Corte IDH, caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México". Sentencia del 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

> cuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.[12]

Características del control de convencionalidad

El control de convencionalidad comprende varias actividades que se deben realizar como deberes implícitos en el control de constitucionalidad. El primero y más importante es la actuación *ex officio* por parte de los órganos del Poder Judicial, "evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes". En ese sentido:

> … esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.[13]

Además es de aplicación también en un eventual contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales. De modo tal que el mensaje es muy claro: el deber de realizar control de convencionalidad no se puede excusar por el uso de indisposiciones del derecho interno.

Pero es importante separar la doctrina que emana del control de convencionalidad respecto del control de constitucionalidad, porque

12. Cfr. caso "Ximenes Lopes vs. Brasil". Sentencia de 4 de julio de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, Nº 149, párr. 172; y caso "Baldeón García vs. Perú". Sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, Nº 147, párr. 140.

13. Todos estos conceptos surgen de los casos: "La Cantuta vs. Perú"; al año siguiente, en 2007, del caso "Boyce y otros vs. Barbados"; en 2008, en la sentencia del caso "Heliodoro Portugal vs. Panamá"; y en 2009, en "Rosendo Radilla Pacheco vs. México".

si bien es cierto que en un primer momento la Corte IDH sostuvo que su actuación era una "especie" de fiscalización sobre el principio de supremacía, después debió cambiar lo afirmado en la medida que entre una y otra forma de control, hay diferencias de métodos y sistemas, tanto como los hay en orden a los derechos que se tutelan.

Una asimetría manifiesta aparece con la mención del destinatario, toda vez que el control de constitucionalidad es función judicial, mientras que el control de convencionalidad se dirige a todos los niveles del poder.

Otra disparidad se suscita en algunos sistemas de control de constitucionalidad que impiden trabajar sobre ello si no hay petición expresa de partes; mientras que el control de convencionalidad se dispone como un deber propio del oficio de cualquiera que aplique derechos humanos.

Otra manifestación a resolver, que se proyecta desde el mensaje de actuar por *todos los jueces*, escala en la organización política del Estado. Por ejemplo, si la Constitución dice que los jueces deben actuar solamente en casos concretos estando prohibido que declare la inconstitucionalidad normativa, desde que sólo pueden resolver la inaplicabilidad de la ley cuestionada: ¿qué pasa con el poder de intervención en cuestiones de convencionalidad donde la contradicción entre una norma local y otra proveniente de la CADH permitiría declarar la inconvencionalidad?

Incluso, en legislaciones que afincan el control de constitucionalidad en Tribunales concentrados parecería contradictorio darles a todos los jueces un poder que desde la Norma Fundamental no tienen.

En "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", el voto razonado de Ferrer explica:

> Una de las manifestaciones de este proceso de "internacionalización" de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del "control difuso de constitucionalidad" en contraposición con el "control concentrado" que se realiza en los Estados constitucionales por las altas "jurisdicciones constitucionales", teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el "control concentrado de convencionalidad" lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias,

> sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este "control concentrado" lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un "control difuso de convencionalidad" al extender dicho "control" a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de "intérprete última de la Convención Americana" cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.[14]

Obligación de acatamiento general

Entre los antecedentes jurisprudenciales de nuestro país, el caso "Giroldi"[15] advierte que el grado de influencia de la Convención, aun admitiéndole jerarquía constitucional, lo era en las condiciones de su vigencia, que significa dar preferencia a la interpretación jurisprudencial de los tribunales internacionales competentes.

Ahora bien, esta lectura no ensambla la obligación de actuar con el acatamiento absoluto, sino que más bien trabaja la cuestión con estándares diferentes de articulación y cooperación, en lo que puede llevar a cierta confusión entre el control constitucional propiamente dicho y el control de convencionalidad.

Dicho esto porque la función tiene particularidades distintas aunque laboren con un material de similar contexto. Los derechos humanos tienen esa fisonomía transversal que evita interpretaciones unilaterales o aplicaciones desiguales, desde que la unidad de intelección está en la igualdad para todos.

> La protección internacional se configura como una protección complementaria que no sustituye a la nacional sino que ambas se presentan como parte de una compleja maquinaria de garantía de derechos en una sociedad abierta y global. Estas dos dimensiones (nacional e internacional) de la protección de los derechos humanos determinan los nuevos entendimientos entre el derecho constitucional e internacional que re-

14. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Fix Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188.

15. Fallos CSJN: 318:514.

> quieren necesariamente de una "rehabilitación" del Estado en el escenario mundial, así como del fortalecimiento de las instancias supranacionales.[16]

Ahora, cuando la técnica de interpretación deduce una conclusión en la sede supranacional, la aplicación no tiene fronteras, sino intelectos que deben seguir ese criterio, u orientarse con el mismo. Quizás algunos hasta disientan con esas conclusiones, dando al control de convencionalidad una suerte de acertijo que va a depender, en mucho, de la política de integración que el Estado resuelva.

La dificultad, entonces, pone énfasis en las cuestiones que se deben resolver como operativas. Algunos podrán colegir que todos los jueces adquieren un poder inesperado de interpretación que puede llegar a ser superior al que tienen los tribunales superiores de un Estado.

En la sentencia "Radilla Pacheco vs. México", sobre el control de constitucionalidad y convencionalidad, en conjunto con las disposiciones que ahora establece el artículo 1 constitucional, la SCJN determinó que este artículo debe leerse junto con el artículo 133 constitucional para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad.

> El marco en que debe realizarse el control de convencionalidad es el mismo que utiliza un juez al aplicar el control difuso de constitucionalidad, pues realiza una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad y si este se encuentra conformado por el bloque de convencionalidad, en el mismo ejercicio el juez realiza el control difuso de convencionalidad. En otras palabras, el control de constitucionalidad debe atender el control de convencionalidad, esto es, que las normas constitucionales sobre derechos humanos deben interpretarse también de conformidad con los tratados internacionales y con la jurisprudencia convencional.[17]

Otros no le darán tanto vuelo al juez ordinario ni al tribunal constitucional obligándolos a seguir la jurisprudencia de la Corte IDH.

---

16. Del Toro Huerta, Mauricio, "La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 38, N° 112, enero 2005, pp. 325-363.

17. Bustillo Marín, Roselia, *El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*, Ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal, 2012, pp. 1-75.

En Colombia, la Corte Constitucional afirma que no es juez de convencionalidad, esto significa que no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los Tratados Internacionales que obligan al Estado.

> En efecto [...] La confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución. Como se indicó, el fundamento normativo de las disposiciones internacionales que se integran al bloque se deriva de cláusulas constitucionales expresas en las que se efectúan remisiones directas a dichas normas y principios, incorporándolos al ordenamiento interno con rango constitucional para efectos de precisar y complementar el sentido de las mismas.[18]

Así, la cuestión será resolver si la jurisprudencia es una guía o un régimen a seguir sin más alternativas. También podrán darse supuestos de resistencia que lleven a desconocer la regla de convencionalidad.

Es evidente así que la oscilación o alternancia en seguir la interpretación de la CADH por los órganos encargados por el sistema para cumplir esa misión pone en juego la eficacia de la protección general a los derechos humanos.

Claro está que la afirmación no significa creer en la infalibilidad de la Corte, ni sostener que ella tiene una injerencia directa en el derecho interno. Pero, al mismo tiempo, no confiar en un mecanismo al que se llega voluntariamente supone obrar en contra de los propios actos, constituyendo para el Estado una acción que se expone en abierta contradicción con la confianza que en otros despierta con su actitud de incorporarse a una supremacía que, en el caso, proviene de la propia convención.

La doctrina promueve una inteligencia depuradora de conceptos, tanto como la unificación de criterios en orden a como leer y aplicar los Tratados y Convenciones que, en conjunto, constituyen el derecho internacional de los derechos humanos.

Es cierto que hay dificultades, pero también lo es que no se puede actuar conforme estándares de conveniencia o acomodados a intereses particulares. De hacerlo, se estaría violando el principio fundamental de igualdad.

18. Sentencia C 941/2010 (Colombia).

Por otro lado, en la opinión consultiva sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional,[19] la Corte IDH precisó que los diversos órganos del Estado deben realizar el control de convencionalidad sobre la base de lo que ella señale:

> … en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

A mayor abundamiento, se explica que

> … a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.l) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos" y, así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos. [20]

19. Opinión consultiva OC-21/14.

20. *Manual autoformativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de Justicia*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos con el apoyo de Real Embajada de Noruega, 2015, p. 56 y ss.

Capítulo XI
Órganos encargados del control de convencionalidad

Formas de realizar control de convencionalidad

El control de convencionalidad es interpretación normativa antes que un precedente jurisprudencial. Esta lectura se ajusta al progreso reseñado por la doctrina, cuando señala que del diálogo jurisprudencial se va al control de convencionalidad.[1]

Claro está que no hay resentimiento de la soberanía política de los Estados, a quienes la aplicación de criterios les llega para facilitar la ejecución del Pacto, antes que para imponerles obligaciones.

Tampoco se trata de unificar con la creación indirecta de un *corpus iuris commune*, sino de compatibilizar el derecho interno poniendo los mejores esfuerzos para que se consiga, al menos, un estándar de plenitud y eficacia para los derechos humanos.

De allí que no se pueda ver en la sentencia transnacional una ejecución forzosa del pronunciamiento, el que en todo caso, se circunscribe a las modalidades dispuestas para la reparación dejando lo puramente normativo en el cuadro de lo indefectible o vinculante.

La particularidad del control de convencionalidad surge de dos situaciones diferentes. Por un lado, cuando la Corte IDH ha realizado la interpretación, y por otro, cuando no lo ha hecho.

En el primer caso, se trata de la más pura realización del principio de autoridad jurisdiccional, porque la decisión obliga a los jueces y tribunales internos a seguir el sentido asignado al precepto, que en caso de contradicción manifiesta con la normativa local pone en cabeza de las autoridades del Estado el deber de compatibilidad.

1. Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2013.

En la segunda situación, ante la inexistencia de pronunciamientos concretos sobre la norma del Pacto que se debe aplicar, la Corte IDH autoriza a que sean los jueces locales quienes realicen el "control difuso de convencionalidad". Incluso, argumenta que esa es la función primera porque su intervención solamente es subsidiaria.

> Cabe advertir que la Corte Interamericana aclara que los jueces y tribunales ordinarios deben ejercer el "control de convencionalidad" "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes", con lo que les otorga un margen de discrecionalidad judicial limitado por el ordenamiento jurídico interno o local. Obviamente, en los sistemas iberoamericanos que cuentan con una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, esto es, adscrita al Poder Judicial o una Corte Suprema de Justicia, encargadas del control de constitucionalidad, es evidente que el concepto de jueces y tribunales alcanza a tales Salas Constitucionales y Cortes Supremas. La duda podría surgir cuando el sistema jurídico tiene un Tribunal Constitucional independiente de la estructura y organización del Poder Judicial, por cuanto, podría entenderse, pese a la exhortación de la Corte Interamericana de ejercer un control de constitucionalidad –que resulta válido en un modelo difuso o desconcentrado– y de convencionalidad, que no se refiere, explícitamente, a los Tribunales Constitucionales de carácter independiente o autónomo.[2]

Cuando es el tribunal nacional quien celebra el control de convencionalidad, sus definiciones no tienen alcance *erga omnes*. Es decir, puede fijar criterios provisionales, *inter partes*, sujetos a control nacional inmediato (a través de un régimen de "cuestiones de inconvencionalidad", que constituye una alternativa atendible, entre otras) e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales.[3]

De este modo, existiendo interpretación, el control de aplicación del sentido acordado le corresponde a todos los poderes del Estado encargados de dar operatividad y ejecución.

2. Jinesta, Ernesto, "Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales", en Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad (Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces locales)*, Querétaro - México, Fundap, 2012, pp. 269-288.

3. García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", Puebla, *Revista IUS*, vol. 5, N° 28 julio/diciembre de 2011, pp. 123-159.

En el caso "Gelman vs. Uruguay",[4] se consideraban las leyes de amnistía dispuestas por el Gobierno, que impedían investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos sufridas por las víctimas y sus familiares. Uruguay debió derogar dicha normativa.

> A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Parte tienen el deber de adoptar providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención y, una vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2 de la misma, adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como son las que impiden la investigación de graves violaciones a derechos humanos puesto que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad de los hechos.
>
> La incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe solo a las denominadas "autoamnistías" y ello en atención, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

La interpretación no es contraria a la Constitución, como algunas veces se arguye para desconocer cuándo se debe aplicar. En todo caso, el dilema es articular la deducción practicada en sede internacional con las disposiciones del derecho interno.

Las formas de aplicar el supuesto alcanzado por la Corte IDH, se desenvuelve en acciones concretas de los poderes encargados de llevarlo a cabo. Puede ser la *administración pública*, cuando es advertida sobre un déficit normativo que genera desigualdad o violación directa en alguno de los derechos del hombre; o tiene que hacerlo el *legislador*

4. Corte IDH, "Caso Gelman vs. Uruguay". Sentencia del 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).

directo (el Congreso) o indirecto (por decretos, reglamentos, etc.) cuando se trata de disposiciones de carácter general.

A veces, es la propia Corte IDH quien delega la actuación correspondiente en el Estado, indicando cual si fuera una sentencia normativa por exhortación del tipo que pronuncian los tribunales constitucionales.[5]

El tribunal se ha pronunciado otras veces sobre ordenamientos que pudieran entrar en conflicto con las disposiciones de la Convención, tomando en cuenta que es deber de los Estados Parte, conforme a los artículos 1 y 2 de la propia Convención, respetar los derechos y libertades contenidos en ese instrumento internacional, garantizar su libre y pleno ejercicio y adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos. Asimismo, es deber de dichos Estados abstenerse de adoptar medidas que contradigan el objeto y fin de la Convención.[6] Estas consideraciones se refieren, desde luego, al ámbito del Derecho internacional, no a los efectos de la norma local en el orden interno del Estado interesado.[7]

Sergio García Ramírez ha dicho:

> Sobre este asunto, considero que la decisión de la Corte no implica, en modo alguno, el desconocimiento de la conveniencia y necesidad de dictar normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz, en condiciones de libertad y justicia, al cabo de conflictos internos que se pretende resolver con medidas de esta naturaleza, entre otras. Por el contrario, es plausible que se lleve adelante un esfuerzo de este género, encauzado por los principios aplicables del Derecho internacional y nacional, alentado por la participación de los sectores involucrados y asumido en el marco de las instituciones democráticas [...].
>
> En suma, he considerado pertinente señalar que, en mi concepto, el pronunciamiento de la Corte en el presente caso no pugna con los esfuerzos que se hagan para favorecer la paz interna y la reconciliación entre sectores de la comunidad nacional, aun cuando desde luego toma en cuenta

5. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Teoría de la sentencia constitucional*, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional (en prensa).

6. CIDH, Opinión Consultiva OC–13/93 del 16 de julio de 1993, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie A, N° 13, párr. 26; Opinión Consultiva OC–14/94 del 9 de diciembre de 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie A, N° 14, párrs. 32, 33, 50 y 58.1.

7. Cfr. OC-14/94, *op. cit.*, párr. 34.

> las características que el Derecho internacional, la jurisprudencia y la doctrina recientes consideran indispensables para que ese propósito se obtenga en forma compatible con el respeto a los derechos humanos, causa común de los Estados Parte en la Convención Americana.[8]

En el *Manual autoformativo* editado en 2015, se formulan criterios a partir de interpretar que existe una regla de control primario de convencionalidad aplicado en sede nacional, que es un signo inequívoco de la soberanía estatal. El control referido alude al ejercicio de fiscalización que ha de cumplir toda autoridad pública de un determinado Estado, lo cual incluye a operadores de justicia de todos los niveles de la jurisdicción interna.

El accionar de ellos significa la verificación de la compatibilidad entre las normas y actos internos y la Convención Americana y demás tratados del *corpus iuris* interamericano, Tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto de los cuales el Estado en cuestión ha consentido libre y soberanamente, ya sea a través de su firma, ratificación o adhesión.

La puesta en práctica del control de convencionalidad hace imperativo conocer a los responsables de su aplicación, los actos internos sujetos a dicho control, el referente normativo internacional respecto del cual se realiza, las características del mismo y sus manifestaciones.

Esto es importante en la medida que el deber de aplicar el control de convencionalidad deriva de las obligaciones estatales contenidas en la propia Convención Americana, y no corresponde hacer diferencia entre los Estados parte que han aceptado o no la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

Basta con verificar la condición de Estado parte de la Convención para confirmar que el mismo se encuentra vinculado a la aplicación de tal control.

> Cabe precisar que la eventual estructura federal de un Estado parte es inoponible para efectos de aplicación del control de convencionalidad. De acuerdo con el artículo 29 de la CVDT "un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de

8. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en relación con la sentencia de reparaciones dictada por la Corte IDH. Corte IDH "Castillo Páez vs. Perú". Sentencia del 3 de noviembre de 1997 (Fondo).

> otro modo". Al respecto, y en atención al artículo 28 de la CADH, la jurisprudencia constante de la Corte IDH ha establecido que "un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional". Así, debe quedar en claro que "las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria".
> Asimismo, corresponde señalar que, según el principio de Derecho Internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad de este [...] subsiste para todos sus poderes y órganos con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquel en que esta es declarada.
> Por tanto, conforme al derecho internacional que ha sido democrática y soberanamente aceptado por el Estado, es inaceptable que una vez que la Corte Interamericana haya emitido una sentencia con autoridad de cosa juzgada, el derecho interno o sus autoridades pretendan dejarla sin efectos.[9]

Sujetos que deben realizar el control

Otra proyección sobre el interrogante acerca de cuáles son los órganos encargados de aplicar y realizar el control de convencionalidad estriba en ciertas situaciones que sólo admiten la intervención judicial.

En este caso, solamente les corresponde a jueces y tribunales (ordinarios o constitucionales) y se suscita según la interpretación se realice de manera genérica, o en algún caso concreto.

En los primeros tiempos la Corte IDH afirmaba que no podía interpretar un texto de la Convención que no se hubiera alegado en el derecho interno; de este modo, pedía que la posibilidad de articulación

9. Corte IDH, Caso "Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela", supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, considerando 39; Corte IDH, Caso "Gelman vs. Uruguay", supervisión de cumplimiento de sentencia, considerando 90.

deba ser introducida en el proceso local y desde allí generar la revisión por el proceso transnacional.[10]

La tendencia fue cambiando y en el caso "El Amparo vs. Venezuela"[11] el voto en disidencia de Cançado Trindade abrió una brecha en la sólida jurisprudencia precedente, donde dejó en claro que la infracción convencional se produce por el solo hecho de que la norma doméstica esté vigente (aunque no haya sido aplicada).[12]

Después del caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", fue señalado que

> Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.[13]

La función tiene riesgos inevitables cuando no hay disposiciones claras de la Convención, o sobre ellas u otras, no exista jurisprudencia esclarecedora.

---

10. Corte IDH, caso "Genie Lacayo vs. Nicaragua", Excepciones Preliminares, serie C, N° 21, párr. 50.

11. Corte IDH, caso "El Amparo vs. Venezuela". Sentencia de 14 de septiembre de 1996, serie C, N° 28, Voto Disidente del Juez Cançado Trindade, párr. 3. Agregó dicho magistrado que "un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas" (párr. 5).

12. Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, La Ley 2009-D-1205.

13. Corte IDH, caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú". Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

El activismo que se promueve con el control difuso de convencionalidad permite a todos los operadores dar una lectura particular a las normas del Pacto. Inteligencia que, como en todos los sistemas de control difuso, puede generar alternancia, diversidad de enfoques, sentimientos contradictorios y tantas cuestiones más, propias de un mecanismo poco previsible.

Aun con el control de revisión interno, en modelos constitucionales como el Argentino que tiene en la Corte Suprema de Justicia de la Nación el órgano de cierre de la interpretación final y única de la Constitución Nacional, la gravedad es mayor, porque la interpretación de la CADH quizás no llegue a la máxima instancia, y la solución acordada en instancias menores tendrá aplicación *inter partes*, es cierto, y no tendrá efectos *erga omnes*, también es verdad, pero habrá construido una doctrina legal de tipo convencional que no creemos que sea del modelo que el Sistema IDH aspira a tener.

Dice García Ramírez:

> El control de convencionalidad entraña la aplicación del orden supranacional, nacionalmente aceptado y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden. El control se acoge a lineamientos que le confieren congruencia en el examen de todas esas cuestiones. Además, representa esto mismo: congruencia, no ocurrencia con propósito puramente innovador o protagónico; puede ser el fruto de un activismo bien entendido, pero no podría (no debería) comprometerse con un activismo desbocado. Así las cosas, el control de constitucionalidad no dispersa ni atomiza, sino reúne y sistematiza.
>
> En su propia vertiente, el control que ahora examino se halla al servicio de la justicia y la seguridad jurídica. Parece innecesario decirlo, pero es conveniente insistir en ello: no debe culminar en siembra de injusticia ni de inseguridad general o particular. Existe el riesgo de que así ocurra cuando se carece de encaminamiento razonable, preciso, sistemático, y aparecen, sin concierto, ensayos de control que no obedecen a un conocimiento profundo y una conducción armoniosa de la interpretación jurisdiccional en esta materia.
>
> Diré, finalmente, que el control de convencionalidad, desplegado con seriedad, competencia y acierto, favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial (o bien, jurisdiccional) interno e internacional. Contribuye a erigir,

detallar, enriquecer, e impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público.[14]

Pero también es alarmante que el control de convencionalidad se permita a todos aquellos que ejerzan una autoridad pública reglamentaria. Esta apertura que se concreta en el caso "Cabrera García - Montiel Flores vs. México" agrega en la obligación de realizar el control, además de *todos* los jueces, a cualquier órgano vinculado a la administración de justicia en todos los niveles (quienes están obligados a actuar de oficio).

La ampliación puede encontrar lecturas polivalentes. De algún modo lo que se trata de indicar es que cuando están en juego derechos humanos, el órgano encargado de resolver la situación práctica (que se puede dar en un caso concreto, o ante una situación hipotética) tiene que aplicar los estándares convencionalizados. Si estos han sido interpretados por los órganos del Sistema, habrá que guiarse por estos postulados; si no lo han hecho, tendrán que actuar haciendo interpretación conforme al Pacto, dejando de lado el derecho interno.

Por ello, algunos podrán colegir que "lo convencional" es aquello que los jueces o funcionarios competentes del derecho local interpreten, pudiendo así desvirtuar el contenido.

Las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación establecidas en la Convención Americana vinculan al Poder Ejecutivo y, en consecuencia, a todas las autoridades y órganos comprendidos en dicho poder del Estado. Entre los Estados Parte de la CADH, el Poder Ejecutivo suele comprender al presidente de la República, los vicepresidentes, los diferentes despachos ministeriales y a las diferentes personas, órganos e instituciones al interior de tal poder.

El control de convencionalidad –dice el *Manual autoformativo*– es exigible a todas las autoridades y órganos administrativos, en cualquier nivel, de manera que en el ejercicio de sus funciones aquellos deberán verificar la conformidad de las normas y actos internos con lo establecido en la Convención y demás tratados del *corpus iuris* interamericano. En lo que concierne al Poder Ejecutivo, cabe destacar el rol de ciertas autoridades administrativas que realizan funciones de carácter materialmente jurisdiccional. Al respecto, la Corte IDH ha establecido que

14. García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", *op. cit.*, pp. 123-159.

una autoridad administrativa –colegiada o unipersonal– que determine derechos y obligaciones de las personas a través de sus resoluciones, debe respetar y garantizar las garantías judiciales y la protección judicial en el ejercicio de dichas funciones, ya que si bien formalmente no es un juez o tribunal judicial, actúa como tal. De esta manera, pese a que a dichas autoridades públicas administrativas no les son exigibles todas las garantías propias de un órgano jurisdiccional, "sí deben cumplir con las garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria".

Consecuentemente, la actuación de dichos órganos y autoridades con funciones de carácter materialmente jurisdiccional, "tiene límites infranqueables, entre los que ocupa un primerísimo lugar el respeto de los derechos humanos, por lo que se torna necesario que su actuación se encuentre regulada", precisamente para evitar cualquier arbitrariedad. Así, el rol de estas autoridades y órganos administrativos con competencias materialmente jurisdiccionales es equivalente al de un operador de justicia y, en esa medida, sus interpretaciones cuasi-judiciales deben adecuarse a los principios establecidos en la jurisprudencia interamericana.

En el caso de autoridades legislativas que realizan funciones de carácter materialmente jurisdiccional, la Corte IDH sostuvo que una autoridad así, que cuenta con el poder de determinar derechos y obligaciones de las personas a través de sus resoluciones, debe respetar y garantizar las garantías judiciales y la protección judicial en el ejercicio de dichas funciones, ya que si bien formalmente no es un juez o tribunal judicial, en tales supuestos actúa como tal. De esta manera, pese a que a dichas autoridades públicas legislativas no les son exigibles todas las garantías propias de un órgano jurisdiccional, deben, no obstante, cumplir con todas las garantías destinadas a asegurar que las decisiones no sean arbitrarias.[15]

Planteado como está el mecanismo, por "autoridad pública" se comprende toda actividad jurisdiccional ejercida por instituciones democráticas que garantizan el Estado de derecho. No importa la función que ocupen, pues se involucra al Ministerio Público, Fiscalías,

15. Corte IDH, caso "López Mendoza vs. Venezuela", *op. cit.*, párr. 228; Corte IDH, "Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile", *op. cit.*, párr. 284.

órganos de control, etcétera, sin importar cómo están organizados a nivel nacional (centralismo o federalismo).

Consecuentemente, la actuación de los órganos y autoridades con funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene límites infranqueables, entre los que ocupa un primerísimo lugar el respeto de los derechos humanos, por lo que se torna necesario que su actuación se encuentre regulada. Así, en dichos casos, el rol de estas autoridades y órganos con competencias materialmente jurisdiccionales es equivalente al de un operador de justicia y, en esa medida, sus interpretaciones cuasi-judiciales deben adecuarse a los principios establecidos en la jurisprudencia interamericana para evitar cualquier abuso de poder.

Si no se verifica la actuación de un juez competente, independiente e imparcial se compromete o desacredita el control interno de convencionalidad. Esto, adicionalmente, incrementa los puntos cuestionables en el supuesto que un caso llegue a la jurisdicción supranacional de la Corte IDH, a saber:

> … la confrontación entre el acto combatido y la norma internacional, y luego inoperancia del juzgador que se avino a ejercer, de oficio, un control de convencionalidad, cuyo primer tema es la incompetencia de quien preside la investigación y el proceso.

Por otro lado, para una correcta aplicación del control de convencionalidad, las autoridades públicas concernidas deben tener una adecuada formación jurídica. Conforme lo destaca Jimena Quesada, dicha formación "comporta un notable esfuerzo profesional en un claro ambiente de inflación jurídica, tanto a escala nacional como internacional". Por tanto, "la praxis del juicio de convencionalidad radicará en el conocimiento de la jurisprudencia [interamericana] y en el grado de discernimiento de la [autoridad] nacional" a la hora de ponderar la norma o acto interno con la Convención Americana y demás tratados del *corpus iuris* interamericano. La mejor formación jurídica de la autoridad pública garantizará un "mayor grado de voluntad jurisdiccional para operar el control de convencionalidad".[16]

16. Jimena Quesada, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Navarra, Aranzadi, 2013, p. 25; *Manual autoformativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia, op. cit.*, p. 68.

¿Qué se fiscaliza en el control de convencionalidad?

El interrogante se relaciona con la diferencia entre hacer control de constitucionalidad y practicar control de convencionalidad. Recordemos que la Corte IDH habló de cierto paralelo entre ambas funciones, considerando que lo actuado en la instancia supranacional era una "especie" de control constitucional.

En este tiempo, toda norma contraria al Pacto de San José se considera violatoria y opuesta a los derechos humanos consagrados, debiendo el Estado dictar normas de adecuación conforme el mandato impuesto en el artículo 2 de la CADH.

En el caso de la exposición del film *La última tentación de Cristo*, se había probado que en Chile había un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la difusión de la película, y luego, al recalificarla, permitió que se hiciera sólo para mayores de 18 años. Esta censura era contraria al Pacto, y la Corte dijo:

> Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de este, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso esta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.[17]

La disposición contraria, primero pensada como confrontación simple entre una norma y la contenida en la Convención, no tuvo en cuenta las reservas que el Estado podía formular al adherir al Sistema y reconocer la jurisdicción de la Corte.

17. Corte IDH, caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile". Sentencia del 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Era posible que esas reservas pudieran esconder el uso de normativa opuesta al sentido tuitivo que el Pacto genera.

La Corte sentó criterio en cuanto a la interpretación de reservas a la Convención.[18] Primero, consideró que se debía aplicar un análisis estrictamente textual. Segundo, había que considerar debidamente el objeto y propósito del tratado correspondiente[19] que, en el caso de la Convención Americana, implica "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos".

Además, se debe interpretar la reserva de conformidad con el artículo 29 de la Convención, según el cual no se debe interpretar una reserva a fin de limitar el goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención a un mayor alcance que aquel dispuesto en la reserva misma.[20]

En el caso "Boyce vs. Barbados" la Corte tiene que resolver esta situación y proclama una ampliación sobre el contenido comparatista que antes se efectuaba:

> Textualmente, el primer párrafo de la reserva en cuestión específicamente refiere al artículo 4.4 de la Convención, el cual excluye la aplicación de la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. En este sentido, el Estado expresó en forma explícita en el texto de su reserva el propósito y el alcance de esta, declarando que "desea hacer una reserva sobre este punto, ya que en ciertas circunstancias podría considerarse que la traición es delito político y cae dentro de los términos del [artículo 4.4 de la Convención]. El segundo párrafo de la reserva se enfoca, del mismo modo, a la preocupación especial del Estado sobre el artículo 4.5 de la Convención respecto de la aplicación de la pena de muerte a personas menores de 16 y mayores de 70 años.

18. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), serie A, N° 2, párr. 35; Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie A, N° 3, párr. 60-66.

19. Cfr. art. 75 de la Convención Americana y artículo 19 de la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados (en el cual se indica que las reservas a un tratado deben ser compatibles con el objeto y el propósito del tratado).

20. Opinión Consultiva OC-3/83, *op. cit.*, párr. 66.

> La Corte ha considerado, en otras ocasiones, que una reserva a la Convención "no reserva más de lo expresado textualmente en la misma".[21] En este caso, el texto de la reserva no afirma, explícitamente, si la imposición de pena de muerte es obligatoria para el delito de homicidio y tampoco expresa si la legislación de Barbados permite la imposición de otras penas u otros métodos para llevar a cabo la pena de muerte en relación con dicho delito. En este sentido, la Corte considera que una interpretación textual de la reserva hecha por el Estado de Barbados al momento de su ratificación de la Convención Americana claramente indica que el propósito de la reserva no fue excluir de la competencia de la Corte el análisis de la naturaleza obligatoria de la pena de muerte ni su forma particular de ejecución por medio de la horca. Por lo tanto, el Estado no puede acogerse a su reserva para tales efectos en el presente caso.

El avance que promueve este caso va delineando la distancia entre hacer control de constitucionalidad interno, donde la tarea de confrontar tiene como espejo donde reflejarse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de modo que si la norma no coincide con los parámetros convencionales es inconstitucional. Y lo es porque se considera al Pacto y a los demás tratados sobre derechos humanos dentro del bloque de constitucionalidad expresamente agregado a la Constitución con igual jerarquía (como el caso de Argentina a través del artículo 75.22).

La inconstitucionalidad es producto de la inconvencionalidad, que en este período se toma como un cuerpo intangible e inmodificable, porque sus cláusulas se coligen de una vez y para siempre.

El desarrollo jurisprudencial progresivo y constante fue cambiando la fisonomía. La protección de la CADH en términos de comparación no permitía la flexibilidad de criterios o la insinuación de un perfil necesario en orden a las circunstancias donde los derechos se debían aplicar. Es decir, cuando en "Boyce" se aventura un panorama más amplio que confrontar lo que se tiene en el derecho interno, permitiendo proyectar lo que este necesita para adecuar su regulación a las normas convencionales, se instala un permiso para inaplicar toda norma opuesta. Esto se consagra en "Almonacid Arellano" y avanza en "Trabajadores Cesados" cuando la Corte admite el control de convencionalidad de oficio. Es dable afirmar que permite a los jueces locales

21. Opinión Consultiva OC-3/83, *op. cit.*, párr. 69.

invocar la CADH como fundamento de sus decisiones, sin necesidad de que las partes lo pidan.

Con el mencionado caso "Radilla Pacheco", y sobre todo en el voto razonado de Eduardo Ferrer Mac Gregor en el caso "Cabrera García - Montiel Flores vs. México", se construye la teoría del control de convencionalidad dejándolo emplazado.

De este modo, el objeto que fiscaliza la actuación se razona sobre tres pilares que la propia jurisprudencia supranacional fue elaborando. Primero, el principio de la *pacta sunt servanda*, proveniente del derecho internacional, según el cual cuando un Estado asume compromisos internacionales, contrae el deber de cumplirlos aunque su derecho interno le oponga reparos.

Segundo, se introduce el *efecto útil* de la Convención propiciando que los Estados partes pongan sus mejores esfuerzos por darle eficacia al Sistema Interamericano.

Y tercero, se subraya la importancia de conseguir un *corpus iuris* americano, que se visualiza con mayor acierto cuando vemos que los fallos de la Corte IDH rara vez se apoyan en las decisiones de su homónimo Tribunal Europeo, dando entender que el control de convencionalidad es una posición propia y elaborada sobre fundamentos y razones debidamente establecidos. Para Sagüés:

> … el juez local tendría que comenzar su análisis de la norma nacional a partir del *Pacto de San José* y de la aludida jurisprudencia, antes que iniciar el entendimiento de ella con los insumos jurídicos nacionales (*v. gr.* antecedentes y propósitos de la cláusula bajo examen). Eso se explica por el realmente muy importante proceso de adaptación y de conformación con la regla interna con los parámetros externos, que deben iluminar y guiar la comprensión y la efectivización de las normas locales.
>
> Por último, pareciera que el juez nacional, ya como órgano represivo, ya como órgano constructivo, en cualquiera de estas dos facetas actúa fundamentalmente como *aplicador* de directrices previamente enunciadas o por el Pacto de San José, o por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Y es cierto que, con frecuencia, así ocurrirá.[22]

22. Sagüés, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo", en *El control difuso de convencionalidad (Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces locales), op. cit.*, pp. 421-453.

Síntesis y algunas conclusiones

Como una ayuda para toda autoridad que deba actuar el control de convencionalidad, se ha elaborado una serie de referencias sobre:

a. La relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho interno, lo cual implica una correcta aproximación al sistema de fuentes del Derecho, sistemas de incorporación y de jerarquía de las normas de derechos humanos en el derecho interno, y demás formas de apertura al Derecho Internacional. Específicamente, en cuanto a los tratados, dicha formación debe comprender el proceso de adopción de los mismos y el rol central del consentimiento estatal en lo que concierne a las obligaciones y derechos respecto de los cuales queda vinculado el Estado. Este conocimiento es el que permitirá comprender la lógica detrás de los tratados de derechos humanos y las consecuencias en términos de responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento.
b. La lógica del funcionamiento del Sistema Interamericano, destacando la comprensión del principio de complementariedad o subsidiariedad como eje transversal que exige que eventuales situaciones de violaciones de derechos humanos sean resueltas en primer lugar a nivel interno, por las propias autoridades del Estado involucrado.
c. Las obligaciones estatales y derechos humanos reconocidos en la Convención Americana y demás normas del *corpus iuris* interamericano, y la interpretación de las mismas realizada por la Corte IDH, de manera que toda autoridad pública conozca el contenido y los alcances de los compromisos estatales en materia de derechos humanos, y
d. las correspondientes exigencias del control interno de convencionalidad ya precisadas.[23]

La formación básica en esas materias "hace emerger la generalización de una actitud positiva que conduce a las autoridades públicas a asumir con normalidad la operatividad del control de convencionalidad". De esta

23. *Manual autoformativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de Justicia, op. cit.*, p. 69.

> manera, dicha formación representará una suerte de "empoderamiento" de la autoridad nacional "como evaluador[a] de la juridicidad de los actos que involucran derechos humanos, a la luz tanto del orden nacional como del internacional", lo que "bien vale como estrategia preventiva de litigios internacionales, de modo que acentúa el principio de subsidiaridad del sistema, y no lo contrario". Naturalmente, en el marco de dicha formación cumplen un rol trascendental las escuelas, universidades y diferentes centros de formación y capacitación, los que progresivamente deberán incluir en sus currículas las materias centrales sobre el respeto y garantía de los derechos humanos y el control de convencionalidad como ejes transversales de la línea educativa. Con la debida formación a todo nivel, no solo serán las autoridades y órganos públicos los que apliquen de oficio los conocimientos pertinentes en materia de derechos humanos, sino que cualquier individuo, representante procesal o parte en un proceso, estará en condiciones de exigir la aplicación de los respectivos estándares de respeto y garantía de los derechos humanos en beneficio de todo el sistema.[24]

Las materias que se trabajan en este control específico son las constituciones políticas de cada Estado, leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, resoluciones y la jurisprudencia.

En cuanto al *corpus iuris* americano que aplica el derecho convencional de los derechos humanos, está conformado por:

a. el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador);
b. el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte;
c. la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura;
d. la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas;
e. la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará);

24. Ibídem, pp. 70-71.

f. la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad;
g. la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia;
h. la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia; y
i. la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

La consideración de otros tratados en la aplicación del control de convencionalidad supone, siempre con respeto a la soberanía y al consentimiento estatal, que el Estado en cuestión sea parte de los mismos. Por tanto, sólo los Estados Parte de los demás tratados del *corpus iuris* interamericano quedarán vinculados por las interpretaciones realizadas por la Corte IDH en lo que concierne al contenido y alcance de las obligaciones y derechos humanos reconocidos en ellos.

Capítulo XII
Teoría del proceso constitucional

Teoría del proceso y desajustes con los procesos constitucionales

Aquí abordaremos la distancia entre la teoría del proceso y la teoría del proceso constitucional. Comencemos por la siguiente afirmación: el debido proceso es un contenido del derecho procesal constitucional. En efecto, hay voces que con sólo pronunciarse adquieren significados. No se necesita aclarar sus contenidos porque ellos se presuponen, se dan por sabidos. Son conceptos abiertos, de cierta abstracción y generalidad que proyectan mensajes implícitos, los cuales perduran y se consolidan sin discusión.

La moral y buenas costumbres, la buena fe, el buen padre de familia, el orden público son algunas de estas representaciones comunes de la interpretación automática que los aplica con una simplicidad absoluta. Ellos están allí como una guía, constituyen un derecho positivo sin definiciones ni enunciados concretos, pero continúan incólumes en la tradición vernácula.

Sin embargo ¿son actualmente ordenadores valederos? ¿Acaso la moral no ha trascendido las fronteras antes dispuestas?; ¿es de buena costumbre callar y no contradecir la autoridad de los mayores? Por ejemplo: ¿sigue siendo buen padre de familia el sostén del hogar, exclusivamente?; ¿el orden público no significa, a veces, el sometimiento y la resignación al autoritarismo despótico?

Son interrogantes que se abren en un mundo que ha cambiado sustancialmente las consignas de los deberes y obligaciones. Obsérvese, entre tantos matices, cómo la fuerza expansiva de la ley, pensada como voluntad divina del pueblo y por tanto indiscutible, inmodificable y perenne, tal como fue concebida por el pensamiento revolucionario de la Francia de 1798 (así lo expusieron Montesquieu en el *Espíritu de las leyes* y Rousseau en el *Contrato social*), hoy apenas trasciende y es cíclica, porque se legisla para la ocasión, se dicta lo necesario y urgente,

y la voluntad del pueblo queda sustituida por la aspiración de las mayorías, la fuerza de los grupos, la influencia de los *lobbies*, o cuando no, por la corrupción negociada que fomenta una consagración normativa.

En su tiempo, la ley era igual a la certeza, ofrecía seguridad en las relaciones y continuidad en las actividades. Por eso, el juez del siglo XVIII cuando aplicaba la ley hacía lo justo. La ley implicaba la justicia del caso.

En este contexto, era natural que no se permitieran extralimitaciones. No podía magistrado alguno decir otra cosa que no estuviera afirmada en la norma; y si era esta la Ley Fundamental, menos aun podía contradecir.

Explica Monroy Gálvez con solvencia habitual que

> … en el caso concreto de la Francia revolucionaria de 1789, por ejemplo, las espórtulas y la desconfianza social fueron la expresión típica que determinaron que se considerara a los Parlamentos –nombre del grupo social encargado del servicio de justicia– como expresión directa y concreta de la corrupción del Antiguo Régimen, razón por la cual fueron abolidos. Como sustituto de ellos, no sólo se formó un nuevo servicio de justicia, sino que, en nuestro tema concreto, se exigió que las decisiones judiciales estuviesen sustentadas en la norma jurídica.[1]

Para interpretar la Constitución se crearon Tribunales especiales, que aun teniendo jurisdicción, pensaron que debían ser jueces con capacitación diferente merced al grado de responsabilidad que debían asumir.

El constitucionalismo significó, también, fortificar de una vez y para siempre los derechos de las personas, los cuales continuaban la línea impuesta desde el Código Civil de Napoleón, glorificando las potestades individuales y la filosofía liberal.

En el espíritu de la Revolución francesa –afirma Zagrebelsky–, la proclamación de los derechos operaba como legitimación de una potestad legislativa que, en el ámbito de la dirección renovadora que tenía confiada, era soberana, es decir, capaz de vencer todos los obstáculos del pasado que hubieran podido impedir o ralentizar su obra innovadora. La idea –o mejor, la ideología– de la codificación, esto es, la idea de la fundamentación *ex novo* de todo el derecho en un único sistema positivo de normas precisas y completas, condicionado solamente por la coherencia de sus principios inspiradores, es la primera y más

1. Monroy Gálvez, Juan, *Introducción al proceso civil*, Bogotá, Temis, 1996, p. 36 y ss.

importante consecuencia de la *Déclaration*. Al final, cualesquiera que pudiesen haber sido las intenciones de los constituyentes de 1789-1791, la idea, teóricamente muy prometedora, de la ley como codificación del derecho, no podía más que revelarse enemiga del valor jurídico de la *Déclaration*, arrojada al limbo de las genéricas proclamaciones políticas, carentes de incidencia jurídica por sí mismas e insusceptibles de aplicación directa en las relaciones sociales.

Los códigos procesales fueron tributarios de estas raíces, y respondieron en América con modelos plenamente adaptados a las leyes de enjuiciamiento españolas de 1855 y 1881, especialmente esta última.

Esta visión acotada de un fenómeno histórico no puede dejar de advertir esta incongruencia que ha llevado a la mitología procesal, en el sentido de dar por aceptadas instituciones y principios que no se adaptan a nuestros requerimientos.

No referimos a dos órdenes en particular. Por un lado, Latinoamérica legisló los procedimientos teniendo como ejemplo las leyes españolas, sin advertir que allí (y en casi toda Europa) la tarea jurisdiccional no era exactamente igual, desde que su actuación tenía diseños diferentes según el procedimiento sustanciado. En cambio, nosotros tomamos íntegramente la ley de enjuiciamiento y la adaptamos con sus reglas y solemnidades para resolver todo tipo de cuestiones. El juez americano es, a un mismo tiempo, juez de causas comunes, constitucionales, administrativas, y eso provoca que la función jurisdiccional pensada se deforme y se entorpezca al confundir permanentemente la tarea primordial que cada situación tiene (*v. gr.* no se puede adoptar iguales reglas procesales y menos aun homogeneizar la tarea de interpretación cuando se trata de confrontar en causas eminentemente privadas o públicas de contenido constitucional).

El control constitucional ante la teoría del Estado

Por otra vertiente aparece el problema del control de constitucionalidad. Este se ha tratado siempre como un deber de los jueces para respetar el principio de supremacía constitucional. Cada Norma Fundamental le dio posibilidades a sus órganos jurisdiccionales para que pudieran llevar a cabo esta función, explicando sus contenidos dentro de la teoría del Estado.

Recién en las últimas décadas se han efectuado cambios al modelo tradicional del control difuso, donde tienen potestad y deber de fiscalización todos los jueces. Se sublimó "Marbury vs. Madison" sin percatarse de que el *stare decisis* (doctrina del precedente obligatorio) americano daba un tinte singular a la actividad política del juez. Latinoamérica hizo caso omiso a esta nota peculiar del sistema y derivó en los inconvenientes conocidos de no poder controlar desde la Ley ni desde la Constitución toda una época oscura e ingrata de dictaduras y gobiernos de facto.

El concepto de debido proceso tiene una historia similar a lo comentado porque teniendo en sus orígenes una descripción de las reglas básicas a las que debía someterse el derecho de defensa (que se observa nítidamente en las Constituciones americanas), siguió en su desarrollo las innovaciones que introdujeron las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América.

El debido proceso responde, en el constitucionalismo argentino, al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad.

El adverbio "debido" no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge de forma inmediata cuando se habla del "debido proceso". El origen aceptado es la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso*.

Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopten.

El carácter bifronte que mencionamos tiene otra fuente en el derecho anglosajón, que a través de la frase *due process of law* –que es una variación de la contenida en la Carta Magna inglesa de 1215 *per legem terrae, by the law of the land*– ha desarrollado un alcance no solo procesal, sino incluso informador de todo el ordenamiento jurídico.

El concepto tiene así un condicionante diferente al modelo donde nace (*common law* anglosajón), porque el *civil law* tiene presupuestos distintos. Por eso, aunque la adquisición supone progresar en la práctica de todos los derechos que se aplican en un proceso, para que sean satisfechos inmediatamente en sus alcances e intereses, los medios para hacer efectiva la práctica difieren.

Es cierto que en sus comienzos el *due process of law* tuvo un valor fundamental que fue señalado en el capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, donde se desarrolla este derecho de los barones normandos frente al rey "Juan sin Tierra" a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal.

> Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación.

La primera idea de estas garantías fue evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Al mismo tiempo orientó a los jueces hacia un juicio justo y honesto. Creaba y protegía inmunidades que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatárselas.

El contenido original de la Carta –se explica– era mucho más específico y restringido, como salvaguarda para asegurar un juzgamiento por árbitros apropiados, compuestos por los propios poseedores, por los barones mismos o por los jueces reales competentes. La cláusula no pretendía acentuar una forma particular de juicio, sino más bien la necesidad de protección ante actos arbitrarios de encarcelamiento, desposesión e ilegalidad que el rey Juan había cometido o tolerado. Pero con el tiempo, las apelaciones a otras libertades fueron o sustantivas, o procesalmente orientadas hacia fines sustantivos, motivo por el cual la Carta Magna inglesa se convirtió en uno de los documentos constitucionales más importantes de la historia. No en vano recibió más de 30 confirmaciones de otros monarcas ingleses; las más importantes, de Enrique III en 1225, de Eduardo I en 1297, y de Eduardo III en 1354.

Orígenes del debido proceso

Con el tiempo, el proceso debido fue llevado al plano de la ley, e incluso sin tener mención expresa se consagró en las constituciones de los Estados. No hubo indicaciones sobre contenidos o funciones de un proceso tipo o modelo, sino precisiones sobre la defensa, especialmente referidas a los casos de atención en procesos penales.

Nace así el llamado *debido proceso constitucional*, que fue más importante por las implicancias supuestas que por las declaraciones realizadas. En Argentina, por ejemplo, se extrajo del artículo 33 (cláusulas implícitas) la necesidad de tener un proceso debido sujeto a las condiciones de la ley, evitando la discreción judicial y los abusos de autoridad.

La última etapa refleja un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa usanza se conoce como *debido proceso sustancial –substantive due process of law–*, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional.

La razonabilidad estableció límites a la potestad judicial, y constituyó un llamado o advertencia al Estado en el sentido de que debe ajustarse no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Por eso se ha dicho que las leyes –y en general las normas y los actos de autoridad–requieren para su validez no sólo haber sido promulgadas por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etcétera, que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su

conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura no solo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.

En resumen, se coincide en que el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos apuntados:

a. el del *debido proceso legal*, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;
b. la creación del *debido proceso constitucional* o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal; y
c. el desarrollo del *debido proceso sustantivo* o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del derecho de la Constitución.

Concepto de debido proceso

El devenir del debido proceso poco aclara para una definición; podemos colegir la misma vaguedad e imprecisión conceptual que tienen los preceptos expuestos al comienzo, como la importancia que tiene para establecer un dogma jurídico.

La historia y las referencias que pasan por el horizonte de los Estados Unidos de América marcan en la normativa la consagración de los

derechos y las garantías. A un primer tramo, etapa o período de "iusnaturalización" caracterizado por la simple "declaración" de los derechos junto a los principios básicos del Estado, sigue una segunda etapa en la que los derechos y garantías se ven convertidos en "derechos fundamentales", positivizados con rigor y afán de cubrirlos con una coraza de operatividad, y concretar resultados efectivos. La tradición inglesa y el criterio manifiesto del juego real de las libertades recorta el perfil de esa clara distinción que potencia el plafón del ciudadano, que al seguir la línea de sentido americana también vio el desarrollo que asumió desde Francia, mediante la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 27 de agosto de 1789.

En rigor, la idea pilar originaria que tuvo el "debido proceso" fue de limitación al poder, porque el mentado principio de legalidad que se constituyó por el desarrollo constitucional del siglo XVIII y buena parte del siglo XIX, le otorgaba una autoridad soberana a las Cámaras legislativas, que se valieron del "imperio de la ley" para subordinar las acciones del gobierno y de los jueces.

Fue consecuencia de esa política de sometimiento al principio *dura lex, sed lex,* que el Poder Judicial dejó de ser tal para quedar informado únicamente como "administración de justicia".

La autoridad de la ley era la expresión suprema de la hegemonía, y el debido proceso legal no podía ser otro que el que las leyes modelaran, especialmente cavilando en el proceso penal.

Así pues, las leyes, al ocupar la posición más alta, no tenían por encima ninguna regla jurídica que sirviese para establecer límites, para poner orden. Pero no había necesidad de ello. Jurídicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo. En él se contenían las razones de los límites y del orden, sin necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos. El derecho entra en acción para suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, y no era este el caso. Una sociedad política "monista" o "monoclase", como era la sociedad liberal del siglo XIX, incorporaba en sí las reglas de su propio orden.[2]

Como ya se expresó, con los códigos se pretendió fijar el contenido dogmático de la ley; y con las Constituciones se exaltó el valor de los

2. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, op. cit.*

principios superiores a la norma. Mientras el primer aspecto se consagra en el positivismo jurídico; el restante asume vocación de eternidad fijando reglas y organizando las instituciones.

La ley actúa sobre la generalidad, haciendo abstracción de los hechos, sistematizando las acciones y asignando plenitud al cuerpo orgánico del sistema; en cambio, las normas fundamentales, las cartas magnas, o simplemente las Constituciones, especifican los derechos y crean el sentido de los deberes. Por eso tienen más elasticidad y admiten creaciones flexibles donde la supremacía de los intereses admiten adaptaciones al tiempo y las circunstancias, aunque se sepa de antemano que ello será para situaciones de excepción.

Pero el "debido proceso", como tal, no está ni en las leyes ni se define en las Constituciones. Y hasta fue lógico que no estuviera, porque si en Europa el denominado *sistema de la desconfianza* ha privado a los jueces de la posibilidad de interpretar la ley y darle armonía con el contexto donde aplicarla, pensando que solamente los Tribunales Constitucionales pueden llevar a cabo esa tarea; con esa prevención, precisamente, la noción de proceso debido se constituye más como un refuerzo a la mentada desconfianza, evitando que la discreción judicial se torne irrazonable o arbitraria.

De este modo, los códigos procesales de la época limitaron absolutamente el rol del juez en el proceso, elevando por encima de todos los demás principios, al dispositivo según el cual el proceso es cosa de partes y sólo estas tienen interés en el desarrollo y solución del conflicto. Son los litigantes quienes deben respetar las consignas del procedimiento que, para ser debido, debía estar emplazado entre partes, en igualdad de condiciones y trato, reconociendo en el juez el equilibrio de la balanza en esa lucha entre fuerzas opuestas.

Recuérdese que nuestro modelo instrumental fue tomado con estas características, y en consecuencia, debe quedar impresa en la memoria esta conclusión primera: *El debido proceso legal se sostiene en los principios de bilateralidad y contradicción; ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez que interviene en el conflicto.*

Pero esto es un suceso de Europa, y como antes se mencionó, el debido proceso nos llega e influye desde la doctrina americana, donde las cosas son muy diferentes. En América prima la doctrina de la *confianza*

en los jueces con todo lo que ello implica y trasciende al sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes.

El *common law* presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones europeos que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

La fuerza del juez americano está en sus potestades, antes que en las leyes. Tiene un sistema donde el poder se tiene y se ejerce, sin limitaciones obstruccionistas afincadas en principios estancos (como la bilateralidad y la contradicción) o en solemnidades inútiles que solamente sirvieron para hacer del proceso una regla de comportamientos y actitudes, de acciones y reacciones, de alegatos y réplicas, en los cuales la verdad de los hechos quedó bastante difuminada.

Zagrebelsky advierte que, en América, el poder judicial encontraba las bases de su expansión en aquello que faltaba en Inglaterra: un *higher law*, la Constitución, en la que los derechos se conciben como realidad presupuesta para el derecho legislativo. Acudiendo a ese notable *thesaurus*, los jueces pueden continuamente pertrecharse de argumentos constitucionales que no pueden ser contradichos por un legislador cuya autoridad está subordinada a los derechos.[3]

Ahora bien, si nuestra idea latinoamericana de debido proceso tiene raigambre en el modelo anglosajón, habrá que rememorar que no es el sistema procesal dispuesto para nuestros códigos.

De allí, entonces, el temor de precisar el alcance que tiene el debido proceso legal, el que termina siendo una referencia al juez para evitar transgredir la vida, la propiedad o la libertad si no es en función de actuar una controversia entre partes.

En definitiva, el *due process of law* que se pretende acomodar a nuestra idiosincrasia es distinto al proceder de los jueces americanos. Como mencionamos en el capítulo VIII, *primero* porque tienen un sistema desigual; *segundo*, porque el respeto institucional sugiere una confianza diferente; *luego*, porque perviven conceptos que trasuntan ideologías del positivismo jurídico donde anidan concepciones jurídicas que se creen inmutables, operando como resabios de una concepción otrora dominante, hoy ausente de contenidos reales.

3. Ibídem, p. 54.

El debido proceso constitucional

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto del debido proceso. De ser un proceso legal pasó a estimarse como un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

A partir de esta concepción, el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar.

Como señala Gelsi Bidart, no debe creerse que por ser el proceso un instrumento que se construye para una finalidad que le es extrínseca, él mismo (la garantía) no tenga una propia finalidad. Ello es así en la medida en que un mismo fin puede lograrse por diferentes caminos o medios, lo cual pone de relieve que el fin no integra la consistencia del medio, aunque esta debe ser adecuada para alcanzarlo. Por ende, cada medio ha de utilizarse según su propio modo de ser, respetándolo y cambiándolo para que mejor llegue al fin perseguido. Cabe modificar el medio siempre que se mantengan sus aspectos fundamentales, pero no cambiando alguno de estos, de tal manera que se pierda la forma de ser o consistir del instrumento. Si ello se hace, estamos ante un medio diferente, mejor o peor, pero no ante el mismo.[4]

Con ello no decimos que el proceso abandone el rol que permite ejercer los derechos materiales, ni que haya perdido su condición de modelo técnico; se trata simplemente de advertir que su fisonomía debe resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, de forma tal que no sea un mero procedimiento, sino una garantía esencial para los derechos humanos.

En definitiva, el proceso jurisdiccional tiene suprema importancia para el derecho procesal constitucional porque es la auténtica protección de las garantías. Desde este punto de vista, hasta podría afirmarse que es la única garantía.

4. Gelsi Bidart, Adolfo, *De derechos, deberes y garantías del hombre común, op. cit.*, p. 77 y ss.

En la teoría procesal este pasaje es de suma importancia, porque supone dar vida a una posición distinta al concepto popular que idealiza al proceso como parte vital en la trilogía estructural del derecho procesal como ciencia (jurisdicción, acción y proceso), para dar lugar a una *interpretación constitucional* sobre el modo que debe tener un procedimiento litigioso para respetar los derechos humanos y otorgar adecuadamente el derecho a la protección jurídica que se promete en los Tratados y Convenciones Internacionales.

Con la constitucionalización del proceso se evade y se posterga la noción de exigencia individual o derecho subjetivo público. Queremos significar así que el proceso debido es aquel que no tiene fronteras ni características por Estado. Es una noción unívoca que obliga a adaptaciones singulares y a estándares propios que afincan, al unísono, en la garantía procesal por excelencia.

La influencia de la Constitución en el proceso no ha de verse solamente en la cobertura que ofrece una norma fundamental de un Estado cualquiera respecto de la conformación de una estructura mínima de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un litigio.

El sentido trasciende los espacios propios; va más allá de las soberanías resignadas al papel penetrante que tienen los Tratados y las Convenciones sobre Derechos Humanos. Se abandona el señorío de la voluntad y se postergan las conveniencias particulares del Estado. La voluntad que se protege no es particular sino universal, del hombre que quiere para sí y por sí, con independencia de los particulares contextos de la relación, es decir, del hombre que actúa para la realización de sí mismo como sujeto absoluto.

Este pasaje tomado parcialmente de Zagrebelsky se completa con lo siguiente: la idea de los derechos como pretensiones de la voluntad concuerda, a primera vista, con una visión "defensiva" o negativa de estos, es decir, con su concepción como instrumentos de defensa frente a la arbitrariedad del poder. Pero este es solo un punto de arranque. A partir de ahí es muy posible que se produzcan desarrollos en sentido "positivo", como pretensión frente a quien dispone de recursos necesarios o útiles para hacer eficientes los derechos de la voluntad. Esto puede tener lugar en un sentido intensivo, la efectividad, o en un sentido extensivo, la generalización de los derechos. Las pretensiones en las que se sustancian los derechos orientados a la voluntad son, por

ello, inagotables, como inagotable es la voluntad de poder o de fuerza a cuyo servicio se orientan.

En suma, la constitucionalización del proceso supone crear condiciones para entender lo que "es debido". No se trata, ahora, de un mensaje preventivo dirigido al Estado; ni de asegurar los mínimos exigibles en el derecho de defensa; hay una construcción específica que comienza desde la entrada al proceso y continúa a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia suficientemente motivada, que pueda ser ejecutada y cumplida como los jueces han ordenado.

No obstante, puede haber al mismo tiempo otra lectura para el mismo acontecimiento fundamental. El "debido proceso constitucional" se puede observar desde la plataforma de los más necesitados, obligando a sustanciar un sistema tuitivo, de carácter proteccionista, donde se puede referenciar la miseria humana, las ofensas en la dignidad, las carencias manifiestas de pobres y abandonados, la situación de los niños o las mujeres vejadas, los marginados sociales, los perseguidos, los ancianos, etcétera.

En este aspecto, el debido proceso se vislumbra como la necesidad de restaurar los derechos perdidos, donde no se pueden aplicar conceptos del procesalismo formal, porque la necesidad de reparación es más importante que el formalismo. Sería ni más ni menos que el derecho a tener un proceso sin resignaciones ni egoísmos adjetivos.

En la concepción antigua, los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, porque esta, de por sí, es origen de arbitrio y desorden. Por el contrario, en opinión de Zagrebelsky, sirven para reconducirla a su justa dimensión. Su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse, al bien común. Por lo tanto, la visión que se ofrece de ellos es esencialmente de derecho objetivo: los derechos como consecuencia o reflejo de un derecho justo; los derechos como tarea a realizar por los gobernantes, como deber de los poderosos en favor de los más débiles. Así pues, también en esto se da una contraposición. Mientras que para la tradición moderna los derechos son el complemento de la naturaleza positiva del hombre, para la tradición antigua, en cambio, son el remedio contra su maldad y contra los males que derivan del ejercicio de su voluntad.

En resumen, la gran alteración que sufre el concepto repetido del debido proceso se relaciona con el tiempo cuando se expresa. Mientras

la tradición ideológica lo muestra como un concepto abstracto que persigue la perfección de los procedimientos evitando la arbitrariedad o la sinrazón; el ideal moderno lo emplaza con una dinámica que diluye la fijación de contenidos. Tiene, en consecuencia, un carácter o una condición progresiva, donde lo trascendente es destacar su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos.

La modificación sustancial se da, asimismo, en el *ethos* dominado por los deberes, antes que por las exigencias individuales o propias del derecho subjetivo. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones de una ley, o en los preceptos de un código; se proyecta más que en los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo.

En definitiva, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaron a una simple cobertura del derecho de defensa en juicio. No estaremos hablando más de reglas, sino de principios.

El debido proceso en la actualidad

La perspectiva reformadora, quizás, tuvo en cuenta que los principios constitucionales sobre la jurisdicción y el proceso necesitaban de reafirmaciones y progresos, antes que de reglas y leyes dictadas en consecuencia.

Con ello, el respaldo que sostiene los contenidos esenciales del "debido proceso" proviene de apoyos casi *iusnaturalistas*, en el sentido de prometer un derecho para todos por la sola condición humana. Y eso es muy útil, mucho más cuando se quieren ver diferencias en el modo de actuar el control de constitucionalidad.

En efecto, en un marco procesal sesgado como tienen los Tribunales Constitucionales (sistema jurisdiccional concentrado, abstracto en la causa y genérico en las derivaciones), la interpretación es casi filosófica, se argumenta con principios antes que con razones, y se piensa en el *bienestar* general antes que en la solución pacífica del conflicto; en cambio, el juez del control difuso (concreto porque debe emplear la potestad de interpretar y aplicar la ley a un caso en particular, y singular en cuanto al alcance de la sentencia, por eso se afirma que no hay

inconstitucionalidades eventuales sino inaplicación de la ley al caso específico) debe resolver la cuestión propuesta y deducir las implicancias de la ley en el problema en ciernes; la sentencia no trasciende y se cobija en el manto de lo puramente individual y casi anecdótico.

Mientras la función jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales piensa en lo general, el juez del sistema americano sabe que su sentencia, para llegar a ser *trascendente*, deberá superar las escalas jerárquicas y valorativas de la pirámide judicial, donde la llegada al máximo tribunal encargado de velar por la supremacía de la Constitución, habitualmente es condicionado, excepcional y extremadamente solemne.

Una vez más recurrimos a la ayuda de Zagrebelsky para compartir con él que

> … la analogía entre los principios constitucionales y el derecho natural –que acabamos de referir– no se basa sólo genérica y superficialmente en una cierta correspondencia de contenidos, como los derechos del hombre y la justicia. La "positivización" de contenidos "morales" afirmados por el derecho natural que se opera en el máximo nivel del ordenamiento jurídico, y que es de grandísima importancia para la historia del derecho, sólo es una circunstancia históricamente contingente que en el futuro podría ser sustituida por elaboraciones materiales diferentes, tanto del derecho constitucional como del derecho natural. Cuando se habla de que el primero se acerca al segundo a través de los principios constitucionales, lo que se quiere poner de manifiesto es, por el contrario, una semejanza funcional no contingente que hace referencia al modo ordinario de operar en la vida práctica del derecho.[5]

De lo dicho se desprende el cuidado que se ha de tener para adoptar y adaptar las explicaciones que en Estados Unidos se dan para el *due process of law* e, inclusive, de pensar que se trata de reglas previstas para un modelo general de defensa efectiva.

En nuestra opinión, la diferencia está en que el modelo europeo comienza como una proyección de la desconfianza en los jueces, y por eso las exigencias primeras se destinaron a poner frenos a los arrebatos e intemperancias del Poder Judicial. Las prevenciones fueron especialmente aplicadas al proceso penal y, en consecuencia, el debido proceso fue antes que un principio, una regla que limitaba la función jurisdiccional ("nadie puede ser condenado sin ser oído" evitaba los

5. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, op. cit.*, pp. 78 y 92.

juicios sumarios; "juez independiente e imparcial" concretó el aislamiento de la administración y el Parlamento con quienes debían aplicar la ley, entre otras manifestaciones).

Además, los sistemas procesales continentales exacerbaron la importancia de los tribunales de alzada, considerando que ellos debían, a través de la casación, formalizar un criterio purificador de la jurisprudencia, con una clara tendencia hacia la uniformación. No era aconsejable que el juez desviara a su antojo el criterio de interpretación, el cual, por otra parte, estaba limitado y restringido (*v. gr.* por la variedad de presupuestos de prejudicialidad, como también aquellas que obligaba a intervenir a los Tribunales Constitucionales). De hecho, *el iura novit curia* no fue más que una libertad de elección en la ley aplicable, y pocas veces una apertura a cambiar los esquemas predispuestos.

La evolución se constata con el llamado "derecho a la jurisdicción" que se consagra en la *tutela judicial efectiva* desde el cual, el debido proceso comienza a integrarse en cada etapa del procedimiento, con exigencias autónomas. Por ejemplo, acceso irrestricto, asistencia legal de confianza e idónea, derecho a ser oído y a probar con libertad las afirmaciones, solidaridad y compromiso de las partes en la búsqueda de la verdad, sentencia razonada, derecho a los recursos, a la ejecución de la sentencia o prestación judicial útil y efectiva, etcétera).

Este desarrollo modificó las reglas de otrora con principios de raigambre constitucional, al punto que los Tribunales Constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia al explicar los alcances del debido proceso constitucional como representante del derecho que tiene toda persona a la tutela judicial efectiva.

Este plano se ha transmitido a nuestros ordenamientos y se integró con los enunciados de Pactos y Convenciones continentales que ordenaron el nuevo emplazamiento para el juicio justo y equitativo.

El problema está en el modelo constitucional, porque como antes se dijo, el juez del sistema difuso es una autoridad con poder de controlar la administración (eficacia y legalidad administrativa) y de fiscalizar la supremacía de la Norma Fundamental (control de constitucionalidad). Condiciones de suma practicidad en la *common law*, pero severamente restringido en la *civil law*, donde se ponen condiciones hasta para la misma actuación del juez (*v. gr.* pedido de parte, caso concreto, actualidad del perjuicio, demostración del perjuicio, afectado directo, alcance de la sentencia, etc.).

En consecuencia, afirmar que el debido proceso es una regla para la conducta de los jueces puede constituir un desatino, porque así fue pensado en las enmiendas constitucionales que seguimos como fundamento y razón de nuestro derecho de defensa en juicio, pero aplicado en un contexto totalmente diverso, similar el europeo, donde el juez no es *poder* sino a*dministración de justicia*.

Entonces vinieron las cuestiones enojosas y hasta baladíes, en las cuales difieren los llamados *garantistas* que quieren a rajatabla que el debido proceso se constituya como un respeto absoluto a la regla de bilateralidad y contradicción, a la independencia absoluta del juez, y para asignar a este únicamente la función dirimente del conflicto; respecto de quienes persiguen el *decisionismo judicial*, valorando la autoridad del juez en el proceso, la búsqueda de la justicia a través de la verdad, la entronización del principio de igualdad, la colaboración en la prueba, etcétera.

En los hechos, ambos sectores tienen parte de razón y una cuota excesiva de obsesión sobre reglas que no son tales.

En efecto, el diseño de los *garantistas* es justo y apropiado para el proceso penal, pero no se adapta al proceso civil, pese a los valiosos estudios que señalan científicamente que existe una teoría unitaria del derecho procesal, o en otros términos, una teoría general del proceso que muestra coincidencias de principios sin distinción de procedimientos.

Por su parte, establecer en el juez deberes de actividad trastrocó el pilar fundacional del debido proceso actuado como límite o frontera de la función judicial.

Una vez más estamos en el fango que nos llega de sistemas distintos para resolver la justicia en sus diversas manifestaciones. No es igual implementar el debido proceso en un régimen de autoridad y confianza en los jueces, respecto de quienes restringen su accionar por desconfiar de sus poderes.

Nuevos principios para el debido proceso

La transformación de lo existente puede suceder si el debido proceso se considera como un conjunto de principios incanjeables que operan en cualquier tipo de procedimiento como una suerte de orientación, o directamente como un deber.

Es importante, para ello, evitar que los principios actúen como accesorios o consignas supletorias, en la medida en que se propicia darles operatividad cual garantía inmediata y no como un revalúo del derecho de defensa en juicio.

De este formato se deriva que los nuevos principios se orquestan con autonomía y fundamentos propios sin necesidad de acotar ni amoldarse a la realidad donde se han de insertar. Actúa así como un valor implícito en las fórmulas, que por su propia calidad imponen una toma de posición.

Esta conclusión, desde luego, es coherente con una premisa con la que es fácil estar de acuerdo: de los juicios de hecho sólo pueden derivar otros juicios de hecho; de los juicios de valor, sólo otros juicios de valor. El paso de unos a otros presupone que se introduzca en los primeros un juicio del segundo tipo, o en los segundos un juicio del primer tipo. Más o menos es el razonamiento de Perelman al desarrollar la lógica jurídica.

La primera exigencia a interpretar llega del artículo 2, primer párrafo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que alude al compromiso de las partes signatarias a adoptar "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias" para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en el Tratado, lo que implica un deber a cargo no sólo del órgano legislativo sino, al mismo tiempo, de los restantes poderes del Estado.

En este aspecto se debe tener presente que la obligatoriedad de los pactos y convenciones internacionales dependen de dos condiciones: a) la situación jurídica respecto al acatamiento de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, y b) el orden jerárquico que tiene cada Constitución en la interpretación de los Tratados.

El primer tema se vincula con el efectivo cumplimiento del artículo 27 de la "Convención de Viena" según el cual "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado". El segundo se relaciona con el debido proceso, donde se observa que en general las Normas Fundamentales más relacionadas con la primera etapa del constitucionalismo (fines del siglo XVIII), como la de los Estados Unidos de América y aquellas que siguiendo ese modelo no han sido sustancialmente reformadas, han establecido las garantías jurisdiccionales pensando en el proceso penal (principio de inocencia, defensa en juicio, juez natural, hábeas corpus).

Esto no es intrascendente, porque el actual emplazamiento del debido proceso supera holgadamente el modelo del proceso penal, y su adaptación a las distintas legislaciones depende del valor jerárquico que se otorga a los pactos y convenciones en el sistema constitucional.

Es evidente que los Tratados sobre Derechos Humanos adquieren una dimensión especial, criterio que se refleja a partir de mediados del siglo XX en las sucesivas reformas constitucionales de Latinoamérica, que otorgan jerarquía constitucional como en nuestro país, o incluso superior, haciéndolos prevalecer respecto del derecho constitucional interno, como sucede en Guatemala. Dice Loianno que

> ... si bien esta modificación debiera resultar sustancial para el enriquecimiento de las garantías judiciales o del debido proceso legal ya plasmadas en la Constitución, es sabido que el nivel de acatamiento ha sido y es desparejo, siendo ésta la principal razón por la que los organismos de control supranacional han desarrollado en los últimos años una enorme tarea de adaptación e interpretación que ha ido elaborando un nuevo marco de garantías mínimas para delinear el debido proceso legal en la actualidad.[6]

Ahora bien, relegando esta problemática que en la perspectiva analizada puede carecer de incidencia, lo cierto es que el debido proceso tiene condiciones y principios. Las primeras dependen del procedimiento donde se aplicarán, las segundas constituyen el esquema base de los nuevos principios de debido proceso.

Si lo investigamos desde una evolución o progresión de los derechos humanos, sería una tercera etapa del debido proceso, que se asentaría hoy en lo que llamaríamos "debido proceso transnacional". Es, con adaptaciones, la línea argumental que expone en el trabajo abajo citado Augusto Mario Morello, posicionando etapas que comienzan en el debido proceso legal arraigado en el cumplimiento estricto de la ley; siguiendo con las exigencias propias del derecho de defensa; continuando en una etapa más avanzada, o debido proceso constitucional; y llegando a este último tramo, donde se suma la protección nacional más la supranacional, recortando un paisaje prometedor que

6. Loianno, Adelina, "Los efectos de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno: habilitación de la instancia y acceso a la justicia", en Botassi, Carlos (dir.), *Temas de derecho administrativo. En honor al prof. Agustín A. Gordillo*, La Plata, Platense, 2003.

exige de los Estados pleno acatamiento y respeto, bajo el principio de que *sin garantías efectivas no hay derechos*.

El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene dos incisos que dividen claramente las garantías judiciales aplicables a todo tipo de procesos (primer inciso) y las que corresponden solamente al proceso penal (inciso segundo).

> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
> 2. Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
>
> a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
> b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
> c) Concesión al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa;
> d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
> e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un Defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
> f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
> g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
> h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
>
> 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
> 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Este conjunto no está aislado del bloque de normas que componen el cuadro armónico de principios sobre el debido proceso. Desde la Declaración Americana hasta las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los informes y recomendaciones de la Comisión, existe un plexo articulado de contenidos que constituyen el perfil moderno del debido proceso.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que *toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos*. Asimismo *debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente* (art. XVIII-Derecho de Justicia).

La Declaración Universal de Derechos Humanos, por su parte, contiene varias disposiciones. Entre ellas, se dice que *toda persona tiene derecho a un recurso efectivo (art. 8); que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (art. 9); que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (art. 10); a que se lo presuma inocente mientras no se prueba su culpabilidad (art. 11)*.

El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en nuestro país por la Ley N° 23313, establece que *el país se compromete a garantizar a toda persona, cuyos derechos o libertades reconocidos por el Pacto, se hubieran violado, un recurso efectivo, que podrá presentar ante las autoridad competente en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege* (art. 2. apart. 3, incs. a, b y c). *El artículo 9º tutela los derechos a la libertad y a la seguridad personales, procurando evitar las detenciones arbitrarias o el juicio ilegal. El artículo 14 focaliza especialmente el punto que consideramos en el acápite, diciendo:*

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de

carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública; excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá, en plena igualdad, las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas.

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

e) A interrogar o hacer interrogatorios de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o

> descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
> 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

El resumen enumera en los contenidos del debido proceso los siguientes aspectos (principios):

a. *El derecho a ser oído*, que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas;
b. *El derecho al proceso*, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos; dentro de un esquema confiable y que le garantice seguridad personal y jurídica; a través de un abogado idóneo y de confianza, y amparado en la publicidad del proceso.
c. *El derecho al plazo razonable*, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso.
d. *El derecho al juez natural*, y a que este sea competente, independiente e imparcial, donde anidan proyecciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el derecho a que la sentencia sea fundada y razonable, dando soluciones apropiadas al objeto de la pretensión.
e. *El derecho a la utilidad de la sentencia*, que se enlaza con el último aspecto en el sentido de darle sentido al pronunciamiento judicial a través de una decisión justa y efectiva, que pueda ser cumplida también dentro de un plazo razonable.

En este contexto, quedan implícitas algunas aclaraciones provenientes de interpretaciones o sentencias provenientes de la Corte o de la Comisión. Por ejemplo, se ha dicho que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia, y que

> … esta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones

o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica.[7]

También la Comisión alegó que el debido proceso no puede entenderse circunscripto a las actuaciones judiciales; porque debe ser garantizado en todo trámite o actuación del Estado que pueda afectar los derechos e intereses de los particulares.

En el marco antes desenvuelto y sin entrar en las particularidades que cada principio tiene, existen otras proyecciones del debido proceso transnacional que se nutre del llamado *proceso con todas las garantías*.

Esta lectura puede ser genérica y comprender únicamente el *derecho al recurso sencillo y rápido* que presupone el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; o bien conectarlo con las etapas que transita un proceso cualquiera, imponiendo principios especiales en cada una de ellas (*v. gr.* derecho a la asistencia letrada, derecho a la gratuidad de la justicia, buena fe en el proceso, derecho a la prueba, derecho a que ella sea valorada adecuadamente, derecho a la sentencia útil, derecho a la ejecución, derecho al recurso, etcétera).

La Corte Interamericana ha señalado que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención, constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o por la ley, o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

Por eso no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.[8]

7. Caso "Bámaca Velásquez vs. Gautemala". Sentencia del 25 de noviembre de 2000 (Fondo), serie C, Nº 70, párr. 96.

8. Caso del "Tribunal Constitucional vs. Perú". Sentencia del 31 de enero de 2001 (Fondo, reparaciones y costas), serie C, Nº 71, párr. 89.

La Corte amplía los mínimos involucrados en este aspecto, al sostener:

> Los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado de la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial.[9]

Por implicancia, el derecho al recurso sencillo es una rogatoria para la justicia eficaz, de manera que si un Estado alega que tiene vías procesales para resguardar la seguridad que se requiere, debe acreditar con hechos que esa manifestación es auténtica y no simple declamación.

El recurso sencillo y efectivo supone simplicidad sin formalismos esotéricos, y cumplimiento satisfactorio del resto de deberes comprometidos (rapidez y ejecución del mandato judicial).

En cambio, el derecho al debido proceso en un recurso sencillo y eficaz tiene connotaciones distintas y hasta contradictorias.

Ello ocurre cuando las garantías se exacerban sin control ni dirección oportuna, provocando con el máximo de seguridades la peor de las crisis judiciales. Sucede así cuando el acceso irrestricto admite pretensiones estériles, abusivas, maliciosas o fraudulentas; o cuando se pretende aprovechar dolosamente la gratuidad de la justicia; o al exigir sin necesidad la asistencia letrada oficial; o generar una amplitud de pretensiones ambivalentes o ambiguas entre sí; etcétera. Todo este arsenal de posibilidades articula la necesidad de adecuar las nuevas extensiones del debido proceso con los poderes y deberes del juez en el proceso, haciéndolo tan responsable por los desatinos como por las omisiones de intervención oportuna.

Se repite en esta orientación que los Estados partes, a la luz de las obligaciones generales que consagran los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica, tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección

9. Caso "Ivcher Bronstein vs. Perú". Sentencia del 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y costas).

judicial y del ejercicio a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención.[10]

En el caso de los "Cinco Pensionistas vs. Perú", se agregó por Cançado Trindade que las obligaciones de protección judicial por parte del Estado no se cumplen con la sola emisión de sentencias judiciales, sino con el efectivo cumplimiento de las mismas (de conformidad con lo dispuesto en el art. 25.2 (c) de la Convención Americana). Desde el ángulo de los individuos, se puede aquí visualizar un verdadero *derecho al Derecho*, es decir, el derecho a un ordenamiento jurídico –en los planos tanto nacional como internacional– que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana.

La Corte Interamericana ha hecho evolucionar el concepto de "debido proceso" evitando acotarlo a los procesos penales, aunque es cierto que la mayor cantidad de casos contenciosos en los que se expide tienen relación con ellos.

Desde los primeros casos ("Velásquez Rodríguez", "Fairen Garbi" y "Godínez Cruz") se advirtió la necesidad de adoptar, por los Estados parte, un criterio tendiente a darle operatividad inmediata a las normas del Pacto, evitando egoísmos y retaceos en su práctica.

Sostuvo Cançado Trindade, en una intervención en los debates del 12 de marzo de 1986 de la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (que reproduce en su voto razonado en el "Caso Blake" del 28 de enero de 1998), que se deben señalar confusiones y advertir para la manifiesta incompatibilidad con el concepto de *jus cogens* de la concepción voluntarista del derecho internacional, la cual no es capaz siquiera de explicar la formación de reglas del derecho internacional general.

Urge que la doctrina contemporánea dedique mayor atención a un fenómeno curioso, con importantes implicaciones jurídicas: mientras el derecho de los tratados sigue condicionado por las manifestaciones de la concepción voluntarista del derecho internacional, el derecho consuetudinario se muestra mucho menos vulnerable a esta. Siendo así, no sería posible, por ejemplo, hablar de limitaciones *ratione temporis* de la competencia de un tribunal internacional (tal

10. Caso "Barrios Altos vs. Perú". Sentencia del 14 de marzo de 2001 (Fondo).

como la planteada en el caso Blake) en relación con normas del derecho internacional general. Tampoco sería posible hablar de resalvas o reservas a normas consuetudinarias. La *opinio juris sive necessitatis* (elemento subjetivo de la costumbre), como manifestación de la conciencia jurídica internacional, revela hoy día mucho más vigor que los postulados seculares del derecho de los tratados, cuando se trata de establecer nuevos regímenes jurídicos de protección del ser humano contra violaciones particularmente graves de sus derechos.

Transcurrido medio siglo desde la adopción de las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos, y después de tantos años de operación continuada de los sistemas existentes de protección internacional de los derechos humanos, ¿qué más espera la jurisprudencia internacional contemporánea para desarrollar el contenido y los efectos jurídicos de las obligaciones *erga omnes* en el presente dominio? Entre los elementos a ser tomados en cuenta, desde el inicio, están la aplicabilidad directa de las normas internacionales de protección en el ámbito del derecho interno de los Estados, y la adopción de medios que aseguren la fiel ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos existentes (las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos).

La jurisprudencia, entonces, parte del entendimiento de que cada Estado tiene un deber de cumplimiento, y que ese deber supone acciones positivas, donde las omisiones son causales de responsabilidad (por ejemplo, no investigar adecuada o plenamente una causa), tanto como lo constituyen las violaciones a los principios que, sin enumerar, va indicando sucesivamente.

Capítulo XIII
Principios y presupuestos del proceso constitucional

Introducción

La ciencia procesal clásica no responde a las adaptaciones que exigen los principios y presupuestos del proceso constitucional. También, de alguna manera, esquiva los nuevos roles que se asigna a los jueces, al no advertir la dinámica que tiene actualmente la función jurisdiccional.

Hay numerosos ejemplos que verifican el desajuste de la teoría del proceso con los principios y presupuestos que requiere un debido proceso constitucional. Quizás todo parte de un nuevo concepto para elaborar la relación jurídica que se entabla, pues en lo tradicional el proceso siempre se estudió como una lucha entre partes, mientras que en la actualidad impera el principio *pro homine*.

Este principio es guía y rector en la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Con él se da preferencia a la mejor aplicación y alcance de un derecho que tenga como sujeto al ser humano, por lo cual, es inaceptable que pueda tomarse de los textos de la convención y de cualquier otro tratado sobre derechos humanos una interpretación contraria a este principio.

Como todo parámetro, es un indicador que orienta hacia el mejor camino, sin que ello signifique obligar a una lectura totalmente espejada en el modelo. Sin embargo, fácil es concluir que si la predilección es por el uso del derecho interno, lo que vale es el resultado que produce. En este sentido, si el derecho sufre reducciones, carece de validez y no puede producir efectos jurídicos. Sin embargo, un Estado puede desarrollar una interpretación de los derechos humanos, originados en una fuente del derecho internacional, utilizando para ello su derecho interno, si el resultado de tal interpretación conduce a una opción mejor.

El principio *pro homine* es una expresión del artículo 29, inciso b) de la CADH, de acuerdo con el cual:

> Ninguna disposición convencional puede ser interpretada en el sentido de: [...] limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes, o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados...

Resulta así que las normas establecidas en las convenciones de derechos humanos suponen estándares mínimos, susceptibles de ser ampliados por otras convenciones o bien por la legislación interna.

Aquí el principio tiene dos facetas que no se contradicen. Permite actuar con activismo ampliando la gama de derechos protegidos (*v. gr.* con la tutela de los datos personales también se puede alcanzar y comprender aspectos de la vida privada, el derecho al honor y la propia intimidad); o proclamar algunas restricciones cuando se trata de limitar o suspender el ejercicio del estándar (*v. gr.* en caso de suspensión o emergencia, el sujeto no pierde la posibilidad de tener acceso a dos procesos constitucionales básicos: amparo y hábeas corpus).

Con esta perspectiva, se puede afirmar que requerir en los procesos constitucionales legitimación procesal con los estándares de la teoría del proceso configuraría un contrasentido con el derecho a ser oído; o también trabajar con solemnidades y ritos que vuelcan su ficción al litigio eludiendo el derecho a que se busque la verdad, o también obligar a los sujetos afectados a que hagan tantos juicios como sentencias para el caso se deban resolver, pues la eficacia *erga omnes* de la sentencia no es propia para este modelo decimonónico.

Asimismo el derecho a la jurisdicción se elabora sobre la eficacia de la actuación, permitiendo al juez desplazarse sin limitaciones (ni excesos) en el marco de la congruencia, pero sin que este principio lo atenace. Dicho en otros términos, actualmente se vislumbra la posibilidad de hacer justicia fuera del marco de lo pedido, y aun sin haberlo planteado el interesado. Afirma Morello que

> Si bien es cierto que el juez está obligado a ajustarse a la bilateralidad del contradictorio, a la audiencia que facilite oír a todas las partes y, concurrentemente, a ser imparcial preservando la igualdad, la paridad en el trato; también lo es que esto tiene una significativa restricción que obsta al accionar sorpresivo del órgano vedado a que de improviso incorpore, desvíe, retrotraiga o altere de modo repentino, desprevenidamente, las exigencias legales de la tramitación, devolviendo (produciendo indefen-

> sión) la descolocación en la posición de la parte y la adquisición y firmeza de lo actuado al cobijo de las reglas establecidas [...]. La neutralidad del juez cobra así un nuevo significado con valor intrínseco de verdadera matriz de un derecho de naturaleza procesal, potenciando al derecho de defensa. Mas sin ocultar que es una de las piezas claves, sensible, activa, no ser prescindente en el propósito de que lo que hace en el proceso debe ser útil y valioso, para lo cual no han de consumarse abusos, nulidades, tratamientos desparejos ni sorpresivos, quebrantar la igualdad de trato, impedir el acceso a la verdad jurídica objetiva o consentir faltas de cooperación o la observancia de una conducta que menoscabe en lugar de preservar los principios, valores y metas del proceso justo.[1]

Es más, el consabido principio de bilateralidad que determina la existencia del proceso judicial únicamente cuando hay dos partes iguales enfrentadas por un conflicto, puede quedar inerte si la urgencia de soluciones autoriza al juez a tomar medidas rápidas y expeditas, aun sin oír a la parte afectada.

Así como el derecho de fondo emplaza la revisión de sus criterios, lo mismo sucede en el derecho procesal cuando persigue abandonar su condición de técnica pura para fomentar un sistema de discusión y debate más próximo con la realidad del conflicto y con un lenguaje más apropiado a lo cotidiano. En vías de lograr la preciada eficacia y confianza en la sociedad, la relación entre el derecho procesal y el derecho material deja basarse en la pura aplicación mecánica, donde el primero presta la herramienta para que el segundo trabaje con sus dogmas; para argumentar sobre las necesidades inmediatas que requiere el derecho material. La urgencia cobra vida en el proceso desde diversas manifestaciones, donde especialmente se mencionan las medidas cautelares; sin embargo, no es igual la tutela cautelar que la urgencia de tutela.

Es decir, la actuación del juez en el proceso permite que resuelva cuestiones de urgencia sobre la base de lo cautelar (con las medidas específicas que disponga, *v. gr.* embargo, secuestro, etcétera) o anticipándose a la sentencia definitiva (en cualquiera de las formas de tutela, *v. gr.* medidas autosatisfactivas, medidas provisionales), logrando autonomía respecto al modelo clásico de confrontación entre partes.

1. Morello, Augusto Mario, *Constitución y Proceso*, Buenos Aires, Platense - Abeledo Perrot, 1998, p. 169 y ss.

Esta es la base que inspira una alteración esencial en los principios y presupuestos, los que bien se señalan en el Código Procesal Constitucional del Perú, en cuyo artículo III (Principios Procesales) dice:

> Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación y socialización procesales.
> El juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código. Asimismo, el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.
> Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.
> La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas conforme a lo previsto por el presente Código.

Principios procesales en los procesos constitucionales

Los principios procesales constituyen una suerte de máximas inalienables que se dan para ordenar el desarrollo de un litigio, por eso, la variedad de procedimientos permite formular reglas particulares.

No se quiere afirmar que los principios sean distintos por los intereses a desentrañar, sino que las estructuras procesales admiten modificar la reglamentación puntual del proceso para darle una eficacia mayor a la que tendría de aplicar un patrón común.

En el caso, la actividad principal de los procesos constitucionales es fiscalizar la ejecución de los mandamientos fundamentales, de modo tal que el conflicto principal está en la norma a interpretar antes que en la controversia entre partes.

La función judicial es diferente (como lo es, también, el sistema donde tenga funcionalidad porque las posibilidades de los jueces constitucionales del modelo difuso son distintas de los tribunales constitucionales) y se adapta al estándar de aplicación.

Sostiene Couture que

> … la enumeración de los principios que rigen el proceso no puede realizarse de forma taxativa, porque los principios procesales surgen natu-

> ralmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Pero la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio. En otras oportunidades, es el propio legislador el que cree necesario exponer los principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones.[2]

En definitiva, al hablar de principios procesales para los procesos constitucionales, tenemos que mostrar aquellos que informan todas las instancias, hasta alcanzar la sentencia definitiva.

No son reglas del debido proceso porque forman parte de él, sino aplicaciones necesarias y precisas que se han de cumplir en las etapas secuenciales de los trámites para que ellos tengan validez.

Evidentemente, así presentados, estos principios constituyen presupuestos políticos y en esa dimensión han de interpretarse.

No obstante, no debe olvidarse que también el proceso significa garantía. Como tal, su función institucional contrae un notable compromiso hacia el deber de tutela. Si es garantía y reserva de los derechos fundamentales del justiciable, no podremos hablar de principios flexibles, adaptados a una dinámica de conjunto atrapada en el conjuro de ciertas coyunturas. En verdad, el proceso como garantía constitucional, inspira una serie de principios propios, estables, de esencia. Ellos son los principios del proceso y, de alguna manera, se vinculan con las seguridades que preserva la jurisdicción. El proceso tiene, entonces, un contenido bifronte que lo explica a partir de su significado y de su desarrollo. Unos reposan en la síntesis del proceso como respuesta al reclamo del individuo; otros, refieren a las reglas técnicas que estructuran el ordenamiento procesal.

La presentación del espacio que le corresponde a los principios procesales (del proceso y del procedimiento) desde esta óptica, obedecen a nuestro criterio acerca de que el proceso no es solo técnica, sino antes bien, un fundamento de vínculos que atraviesan el clásico conflicto entre el derecho material y el derecho procesal.

Por ser un método único, particularizado, de singulares proyecciones hacia la unidad del orden normativo, estos principios manifiestan mucho más que la razón de una estructura, o de una motivación de política procesal o económica. Hay principios establecidos para todo tipo de procesos. Se instalan como presupuestos del debido proceso

2. Couture, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 19 y ss.

y desde allí controlan la eficacia de la gestión que se cumple. En este aspecto se encuentran: el principio de igualdad entre las partes; el principio de autoridad en el proceso; y las reglas del juez natural. En cambio, cuando se trata de ordenar los procedimientos, los principios son más flexibles. Se deben cumplir, pero pueden sufrir adaptaciones mientras no afecten el derecho de defensa en juicio.

Son *principios del procedimiento:* la forma como se deben cumplir los actos procesales; el modo de expresión; la instrucción progresiva de la causa (preclusión); la sustanciación de peticiones (contradicción necesaria); la proximidad de las actuaciones con el órgano que resuelve (inmediación); el sistema de aportación de los medios y fuentes de prueba; la valoración de esta; el saneamiento por el juez de los actos viciados; y el impulso de la causa, entre otros más que limitan el modelo de trámite.

De todos ellos, cuando se trata de aplicarlos al proceso constitucional hay algunos que no caben en el molde cotidiano. Por ejemplo, la regla de bilateralidad no es tan severa; la contradicción no se establece como un paradigma; la autoridad jurisdiccional se eleva merced al deber constitucional que tiene al realizar su misión; la carga probatoria no pesa rígidamente sobre el que afirma, ni los medios dependen únicamente del actor; la sentencia, a veces, constituye un acto de motivación política que, sin afectar el derecho de los contradictores, resuelve hacia toda la sociedad el conflicto colectivo; etcétera.

En síntesis, los principios en el proceso constitucional difieren sensiblemente de los principios del proceso civil y, por eso, deben explicarse por separado.

¿Principios o sistemas?

Un sector de la doctrina clásica dice que son *principios procesales* los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera.[3]

Este criterio fue aceptado por la mayoría de los cultores de la ciencia y, en definitiva, incorporaron la afirmación. Por ejemplo, Palacio sostie-

3. Díaz, Clemente Aníbal, *Instituciones de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, Parte General, T. I (Introducción), p. 212.

ne que "se denominan principios procesales a las directivas u orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal".[4]

Sin embargo, la simplicidad del argumento exigió mejorar la fundamentación, porque al admitirse que los principios eran "presupuestos políticos", fácilmente se llegaba a convalidar que ellos podían variar por razones "políticas".[5]

Fue así que otros autores, anticipándose al dilema, optaron por referir a "sistemas", dando la idea de que el proceso se ejecutaba mediante una serie de actos que se cumplían de manera ordenada (sistemática), estableciendo principios que le daban unidad al mecanismo.[6]

Con estos parámetros, en lugar de referir a principios, razonaron sobre la base del método adoptado por un Estado cualquiera para desarrollar sus procedimientos. De algún modo, esta duplicidad en la orientación estaba ya en los orígenes de la ciencia, cuando Chiovenda argumentó que la finalidad del proceso era la actuación de la voluntad de la ley, pretendiendo así señalar que lo verdaderamente importante era conseguir que el Estado aplicara el derecho objetivo sin importar los condicionamientos formales.[7]

Frente a este criterio, sin embargo, aparecía una concepción diferente, que veía en el proceso una lucha entre partes en la cual el Estado

4. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed. 1ª reimpresión, 1979, T. I, p. 301.

5. El mismo Palacio dijo que los principios procesales, en la medida en que se extraen de un determinado contexto normativo, expresan valoraciones de la respectiva comunidad, y deben interpretarse, por lo tanto, en un sentido armónico con las necesidades propias del tiempo y del lugar en que han de aplicarse. En su mayor parte, los principios procesales no revisten carácter absoluto. Difícilmente, en efecto, la ley que adopta un determinado principio no prevé, respecto de ciertas situaciones, la necesidad de hacer prevalecer, en mayor o menor medida, un principio distinto y aun opuesto. El principio dispositivo, por ejemplo, es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces en materia de iniciativa probatoria, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa ni comprometa la igualdad de las partes (Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 251).

6. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediar, 1957, T. I, p. 448.

7. Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, México, Cárdenas, 1989, T. I, p. 51. Agregando: "Ni siquiera la circunstancia de que el juez civil proceda únicamente a instancia de parte, puede conducir a un criterio distinto. Pues no hay que confundir la *naturaleza* de una función con el interés de su desenvolvimiento *en el caso concreto*. El primer interesado en pedir la actuación de la ley es el particular; pero esto no impide que lo que él solicita sea la actuación de la ley…".

sólo intervenía con sus jueces para evitar que las reglas del debate fueran cambiadas en beneficio de uno de los contradictores, vulnerando así los principios de bilateralidad, contradicción, carga de la prueba, alcance y efectos de la cosa juzgada, etcétera.

Desde entonces, la polaridad ideológica comprometió la interpretación de los principios procesales, porque cada una de las posiciones tenían (tienen) diferencias significativas, y establecieron distancias considerables entre una u otra opción.

En la actualidad, este enfrentamiento pervive y se repite en las acciones que se toman para analizar la validez de los actos procesales. La singularidad de la hora está en el debate que genera el problema de resolver si los principios son incanjeables o pueden admitir morigeraciones basadas en la libre interpretación judicial.

En suma, la discusión se entabla entre admitir que el proceso es solo cosa entre partes que debaten con reglas conocidas e invariables; o bien, que en la búsqueda de soluciones justas y efectivas, pueden los jueces aligerar las rigideces técnicas y hasta dogmáticas.[8]

Garantías, principios y reglas

En nuestra opinión deben diferenciarse las *garantías*, los *principios*, y las *reglas*.

En efecto, el desarrollo del proceso permite observar un conjunto de principios y presupuestos que estructuran las denominadas reglas adjetivas del procedimiento. Es el ritual propiamente dicho. El reflejo

8. Montero Aroca sostiene que "frente a la idea de que las partes son dueñas del proceso, a lo largo del siglo XX se ha ido desarrollando como idea opuesta, la que suele conocerse como publicización del proceso civil. Aunque esa publicización se ha articulado con matices diferentes, como es natural que fuera, todos ellos tienen una misma raíz que atiende al aumento de los poderes del Estado dentro de la sociedad, por lo que se trata siempre de una cierta base autoritaria, por lo menos si entendemos la palabra autoritario en sentido general, en el que equivale a aumento, exageración, desarrollo anómalo, deformación de la autoridad. Autoritario o autoritarismo son siempre formas exageradas, deformadas de la autoridad, y por ello persona con autoridad es algo muy distinto de persona autoritaria..." (Montero Aroca, Juan, "El proceso civil llamado "social" como instrumento de 'justicia' autoritaria", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Nº 6, 2004, pp. 15-50. También en *Proceso civil e ideología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 144 y 145).

de cómo se hace un proceso a partir de la orientación que fundamenta cada sistema jurídico procesal.

Se trata de una cuestión técnica pero también dogmática, porque aun siendo cierto que el conjunto de principios no impide introducir en ellas algunas ideas políticas,[9] consiente el establecimiento de imposiciones que no se deben perder bajo ninguna circunstancia.

Se llama *garantías* a los derechos constitucionales o fundamentales que siempre deben estar presentes para que se pueda litigar en el marco de un proceso debido.

Este sería el género, mientras que las reglas y los principios serían proyecciones que no pueden opacar la luz que aquel establece. Menos aún dejarlas de lado, y sería nulo cualquier procedimiento que no aplicara a pie juntillas las garantías establecidas.

En esta senda transitan el derecho de defensa en juicio, comúnmente razonado con el principio de bilateralidad procesal, o de contradicción; para lo que habrá de tenerse presente que este postulado resulta útil, únicamente, en los procesos controvertidos. También, la independencia e imparcialidad judicial, la igualdad de las partes, el derecho a ser oído y la razonabilidad judicial, entre otras.

Los *principios* no son reglas técnicas, sino imperativos que guían el procedimiento de jueces y abogados. Por eso, también se pueden presentar como garantías procesales. Dicho en otros términos, constituyen los resguardos y reaseguros que tiene el justiciable para confiar en el sistema al que recurre cuando peticiona protección jurisdiccional.

Se pueden encontrar principios en la *acción*, o al tiempo de entrar al *proceso* (acceso a la justicia); cuando se debate en el proceso (buena fe, lealtad, probidad, moralidad); y en la propia *función jurisdiccional* (sentencia debidamente fundamentada).

En este terreno anidan como principios el *dispositivo* (según el cual el proceso se inicia a petición de parte); la *legalidad* de las formas (formalismo o informalismo en los actos procesales); la *publicidad* (el proceso no debe ser secreto para las partes aunque pueda serlo para el público);

9. *V. gr.* la entrada al proceso se puede o no restringir desde la legitimación en el proceso, la cual se puede analizar con la admisión de la demanda o al resolver las excepciones, pero siempre en un tiempo anterior al juicio propiamente dicho; o bien relegando la cuestión para cuando se dicte sentencia definitiva, permitiendo así el derecho al proceso en términos cabales.

la *lealtad, probidad* y *buena fe* (que se puede resumir en el principio de moralidad; o en la prohibición de abuso procesal); la *autoridad del juez* en el proceso, y el *respeto por la dignidad profesional* ("En el desempeño de su profesión el abogado será asimilado a los magistrados en cuanto al respeto y consideración que debe guardársele", dicta el art. 59 CPCC).

No obstante, la doctrina es bastante versátil para encolumnar en la categoría de principios a reglas del procedimiento (por ejemplo, cuando se pone dentro del primero a la oralidad y la escritura); o bien para adoptar como principios auténticas garantías constitucionales, como la independencia judicial y el derecho de defensa en juicio.

Las *reglas*, a su vez, se convierten en el sistema previsto para ordenar el debate dialéctico entre las partes. Dentro de dichas reglas existen agrupamientos diferentes, como son las pautas para la producción probatoria en el juicio escrito, o la actuación de las partes en el litigio que se sustancia con oralidad. También las imposiciones que se establecen para la introducción de los hechos en el proceso, o para impugnar las sentencias.

En líneas generales, son los reglamentos señalados para el lugar, tiempo y forma de los actos procesales. Por ello son de esta categoría, la *eventualidad* (distribución de los tiempos del proceso, es decir, que consiste en pedir de las partes que todos los actos de postulación, ataque y defensa, respondan a las etapas preclusivas del proceso);[10] la *economía procesal* (que significa establecer o no la gratuidad del proceso; y también disponer la secuencia del procedimiento, la acumulación de actuaciones, y la periodicidad o preclusión de los actos); el derecho a los *recursos* (con la discusión abierta si desde una regla se puede violar un estándar del debido proceso constitucional); y en definitiva, todas las demás cuestiones que significan dar criterios para el desarrollo del trámite contencioso y voluntario.

Los presupuestos procesales

Los presupuestos procesales son las condiciones que deben revestir los actos y las actuaciones que el proceso desarrolla. Son condiciones de regularidad y eficacia que anidan en las etapas preclusivas por las que avanza el procedimiento.

10. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil*, T. I, vol. 1, *op. cit.*, p. 360.

Cada exigencia instala los presupuestos y distingue entre los que son necesarios para entrar al proceso (acción y derecho de acción); los que permiten estar y continuar en el mismo (derecho a la jurisdicción y derecho al debido proceso), y los que asientan en la eficacia misma del juicio como elemento de creación del derecho a través de la sentencia.

En cambio, los principios, las reglas y las garantías se relacionan con otros aspectos, que se simplifican en lo siguiente:

Los *principios* establecen las formas ineludibles como se debe desarrollar un procedimiento judicial; las *reglas* imponen normas de procedimiento para el juez, las partes y sus abogados; y las *garantías* se convierten en los fundamentos objetivos y subjetivos que salvaguardan los derechos inalienables de toda persona que esté en juicio.

Llevada a la práctica, cada exigencia puede encontrar aplicaciones disímiles, lo que conduce a tener que explicar por qué las variaciones se producen sin originar nulidades del procedimiento.

Por ejemplo, la garantía de defensa y el derecho a ser oído no puede ser vulnerado; sin embargo, hay alteraciones que dan testimonio de cuántas veces se afecta; por ejemplo, con el llamado "enjuiciamiento *prima facie*",[11] donde la bilateralidad se atenúa aturdiendo, por vía de principio, el derecho de defensa. Otro caso es la simple formalidad de cumplir con el derecho a la contradicción que se ejecuta dando oportunidad de oír aunque en los hechos sea imposible hacerlo (*v. gr.* notificaciones mal practicadas, también al permitir emplazamientos que no son tales, notificación por edictos, etcétera); o bien, la sentencia motivada suficientemente se tiene fundada con remisión a precedentes que, a veces, ni siquiera están relacionados adecuadamente.

Hay innumerables cuestiones que pueden mínimamente calificarse como contradictorias, como ocurre con el derecho a la doble instancia y la restricción de recursos; el derecho a ser oído y las medidas autosatisfactivas, etcétera. En fin, cada una y todas a la vez son manifestaciones incongruentes que, para convalidarlas, necesitan ser explicadas con nuevas argumentaciones.

Pero donde se reúne el mayor conflicto es en la consideración de la *autoridad judicial*, donde se plantea el debate entre el ejercicio con autori-

11. Cfr. Nieva Fenoll, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, Barcelona, Atelier, 2007, en especial p. 37 y ss.

dad (director del proceso), o con exceso de ella (autoritarismo), proyectando desde esta cuestión otras no menores en importancia y trascendencia, como resulta la aplicación del *principio de saneamiento procesal* (el control de oficio sobre los presupuestos procesales ¿desequilibra la igualdad de las partes en el proceso?); *la iniciativa probatoria del juez* (¿viola la imparcialidad?); *la aplicación de medidas conminatorias o sobre la conducta de las partes en el proceso* (¿es un acto de supremo condicionamiento al ejercicio del derecho de defensa?); *el poder cautelar* (¿cercena el derecho a ser oído?, ¿afecta la pauta constitucional del proceso bilateral y contradictorio?); entre muchas otras contingencias que regresan a la polémica tras muchos años (casi un siglo) de quietud intelectual (para algunos) o de evolución significativa en el derecho a un proceso justo (para otros).[12]

Del encuadre anterior surge una primera lectura. Los *principios procesales* disciplinan como ha de ser el debate (iniciado por la parte; dirigido por el juez; con formas legalmente establecidas; conductas honestas y de buena fe, etcétera); y las *reglas* conforman la regulación adjetiva con modalidades y efectos que pueden ser distintos de acuerdo con la naturaleza del conflicto, o de la finalidad inmediata que las partes persigan, o bien, por los intereses cuya tutela se pretende;[13] mientras que las *garantías* se ocupan de los presupuestos incanjeables y permanentes que la litis debe tener para salvaguardar el debido proceso.

Los principios se controlan desde la actividad jurisdiccional, sea como deberes (obligaciones) del órgano o como potestades (facultades) aplicadas. Lo mismo sucede con las garantías, que se instalan como presupuestos que pueden ser fiscalizados de oficio o mediante la deducción de excepciones y/o defensas de la contraparte. Por su lado, las reglas, son más permeables a la influencia de factores que determinan su vigencia; por ejemplo, la oralidad o la escritura, como método de debate, estructuran posibilidades de actuación diferentes.

Ahora bien, cada uno de ellos no puede desatender la finalidad implícita del proceso: él mismo es una garantía,[14] y como tal debe

12. Los interrogantes no significan que el autor comparta lo que se supone implícito.

13. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, vol. 1, p. 305.

14. Los primeros estudios de derecho procesal fueron siempre dirigidos a explicar el procedimiento. Esto es, la técnica como se desarrolla un instrumento que servía para aplicar los derechos subjetivos. Esta herramienta originaba el derecho a tener jueces y a peticionar ante ellos dando lugar a un sistema que debía resolver las pretensiones

comportarse en su paradigma. Pero, al mismo tiempo, es una herramienta que actúa como instrumento de protección de derechos sustanciales, que de acuerdo con las pretensiones y/o peticiones que se proponga, tienen modismos diferentes para obrar.

En consecuencia, una cosa es el proceso y otra diferente los procedimientos. Mientras el primero desenvuelve los límites y alcances de la actuación jurisdiccional y de las partes dentro de un conflicto planteado, ofreciéndole a cada uno garantías permanentes; el segundo no tiene solamente en el terreno de la contienda judicial su actuación plena (pueden existir procedimientos –administrativos– que no sean bilaterales ni contradictorios), en la medida en que se relaciona con las formas de proceder en determinadas situaciones. En suma, se trata de resolver la dinámica de la actividad procesal con sus límites y proyecciones.

Con ello se quiere señalar que el proceso, como garantía, se enrola en la categoría del derecho procesal constitucional, donde podemos encontrar reglas y principios generales y permanentes, en los que

---

que las partes en conflicto planteaban. Pero con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto.

De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales. A partir de esta concepción, el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar (cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 115).

No debe creerse –dice Gelsi Bidart– que por ser el proceso un instrumento que se construye para una finalidad que le es extrínseca, él mismo (la garantía) no tenga una propia finalidad. Ello así, en la medida que un mismo fin puede lograrse por diferentes caminos o medios, lo cual pone de relieve que el fin no integra la consistencia del medio, aunque esta debe ser adecuada para alcanzarlo. Por ende, cada medio ha de utilizarse según su propio modo de ser, respetándolo y cambiándolo para que mejor llegue al fin perseguido. Cabe modificar el medio siempre que se mantengan sus aspectos fundamentales, pero no cambiando alguno de estos, de tal manera que se pierda la manera de ser o consistir del instrumento. Si ello se hace, estamos ante un medio diferente, mejor o peor, pero no ante el mismo (Gelsi Bidart, Adolfo, *De derechos, deberes y garantías del hombre común, op. cit.*, p. 45).

Con ello no decimos que el proceso abandone el rol que permite ejercer los derechos materiales; ni que haya perdido su condición de modelo técnico; se trata simplemente de advertir que su fisonomía debe resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, de forma tal que no sea un mero procedimiento, sino una garantía esencial para los derechos humanos.

existen particularidades permitidas –sin menoscabar la regla general– que acuña cada proceso constitucional.[15]

En cambio, el proceso expuesto en su desarrollo debe atender las familias o grupos de intereses a los que destina su esquema para aplicar el derecho correspondiente; de este modo, la diversidad podrá sugerir formas y criterios diferentes de actuar en los principios (*v. gr.* la neutralidad absoluta del juez puede sufrir alteraciones actuando en la justiciabilidad de los derechos sociales); lo mismo cuando se trata de aplicar reglas (*v. gr.* la carga de la prueba en los procesos constitucionales no es igual a la que se aplica en los procesos comunes); o bien al reglamentar las garantías (*v. gr.* la cosa juzgada en los juicios de conocimiento es diferente de acuerdo con las posibilidades de cognición que el juez tenga en cada uno).

Esta distinción entre proceso y procedimientos ha puesto a la doctrina con opiniones heterogéneas sobre cuál de ambos es el género. Redenti no dudó que el primero fuera el "principio general",[16] teniendo en cuenta la integración de los actos secuenciales y progresivos que culminan en una resolución integral del conflicto. Más o menos igual fue el pensamiento de Calamandrei, para quien la voz "proceso" tenía un significado común que se relacionaba con la continuidad de una serie de operaciones vinculadas por la unidad del fin; por eso, afirmó que

> ... proceso y procedimiento, aun empleándose en el lenguaje común como sinónimos, tienen un significado técnico diverso. El procedimiento indica más propiamente el aspecto exterior del fenómeno procesal (en el curso del mismo proceso puede, en diversas fases, cambiar el procedimiento)...[17]

Carnelutti fue más complejo, pues no hizo de la relación *proceso-procedimiento* una cuestión visceral para determinar los presupuestos y condiciones de su regularidad, porque prefirió partir del concepto de la unidad o pluralidad de procesos respecto al tipo de litigios. Sobre esta base distinguió un proceso jurisdiccional, otro ejecutivo y uno más, cautelar. Mientras los dos primeros, con sus propias

15. Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al derecho procesal constitucional, op. cit.*, p. 187 y ss.

16. Redenti Enrico, *Diritto Processuale Civile*, T. 1 "Nozioni e regole generali", Milano, Giufrè, 1995, 4ª ed., p. 97 y ss.

17. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, vol. 1, p. 318.

modalidades, generaban una función distinta y una estructura desigual, tenían no obstante, reglas asimiladas para el litigio. Por su parte, el proceso cautelar, siendo un arreglo provisional del litigio, no excluyó de sus principios aquellos que tenían los otros dos tipos de litigio, que reclamaban una composición definitiva.[18]

En definitiva, si trazamos una línea divisoria entre el proceso como garantía constitucional y el proceso desenvuelto como herramienta –pasible de tener una diversidad de procedimientos–, será factible observar que las garantías, principios y reglas, tienen adaptaciones que sin resquebrajar la unidad de intelección, van tejiendo presupuestos y condiciones que exceden la simple regularidad formal, para afincar los requerimientos imprescindibles de la validez sustancial de la instancia.

En este sentido, la garantía que el proceso ofrece por sí solo, es suficiente para tener que afianzar el derecho de acceso a la justicia; a ser oído dentro de un plazo razonable; a tener todas las garantías de alegación, réplica y prueba, y a obtener una decisión razonable y fundada.

Es esta una visión ampliada de las garantías mínimas predispuestas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tiene dos incisos que dividen claramente las garantías judiciales aplicables a todo tipo de procesos (primer inciso) y las que corresponden solamente al proceso penal (inciso segundo).

El primero establece:

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.[19]

18. Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, México, Cárdenas, T. II, p. 615 y ss.

19. Este conjunto no está aislado del bloque de normas que componen el cuadro armónico de principios sobre el debido proceso. Desde la Declaración Americana, hasta las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los informes y recomendaciones de la Comisión, existe un plexo articulado de contenidos que constituyen el perfil moderno del debido proceso (cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso, op. cit.*, p. 37).

Por su parte, la Constitución Nacional (art. 18), y cada uno de los códigos procesales locales, culminan dándoles normatividad a estos presupuestos generales, los cuales, siendo "garantías", perviven en todo tipo de procesos sin que ningún procedimiento pueda alterar la plena vigencia de los principios establecidos.[20]

El proceso como única garantía

El resumen enumera como garantías inclaudicables del proceso las siguientes:

a. *El derecho a ser oído,* que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas.
b. *El derecho al proceso,* que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos; dentro de un esquema confiable y que le garantice seguridad personal y jurídica.
c. *El derecho al plazo razonable,* ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso.
d. *El derecho al juez natural,* y a que este sea *competente, independiente* e *imparcial,* donde anidan proyecciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el derecho a que la sentencia sea fundada y razonable, dando soluciones apropiadas al objeto de la pretensión.[21]

20. Peyrano, siguiendo a Guasp y Couture, reafirma que los principios generales del proceso civil son normas similares a las demás que integran un ordenamiento, "Desconocer la normatividad –afirma– de los principios procesales equivale a quitar obligatoriedad a su aplicación", por ello, "los principios generales del proceso civil son construcciones jurídicas normativas" (Peyrano, Jorge Walter, *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Buenos Aires, Astrea, 1978, pp. 40 y 41).

21. Este punto, en particular, tiene diferencias de criterios importantes y fundadas, porque establecer para los procedimientos la garantía de "independencia" puede ir en contra de la propia naturaleza del sistema (por ejemplo, en el procedimiento administrativo). De allí que autores como Montero Aroca afirmen que: 1) La función jurisdiccional se ejerce solo a través del proceso; 2) Jurisdicción y proceso son realidades correlativas e interdependientes; sin proceso no hay ejercicio de la función jurisdiccional; 3) Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimien-

e. *El derecho a la utilidad de la sentencia*, que se enlaza con el último aspecto en el sentido de darle sentido al pronunciamiento judicial a través de una decisión justa y efectiva, que pueda ser cumplida también dentro de un plazo razonable.

Por su parte, los procedimientos tienen, al igual que el proceso, principios y reglas (las garantías se resguardan desde el proceso) que estructuran una forma para desarrollar las actuaciones procesales. Cada uno de ellos no significa, propiamente, una cuestión reglamentaria cuyos defectos ocasionan la invalidez de los actos, porque puede ocurrir que, encontrándose previsto el trámite oral, la actuación se ejercite por medio de escritos; o que habiendo una secuencia lógica para la concreción de ciertos actos, ellos se cumplan con un orden diferente sin alterar las reglas del contradictorio.

En consecuencia, los principios del procedimiento resuelven situaciones de estructura o arquetipos (oralidad o escritura, legalidad o informalidad, carácter público o secreto de las actuaciones) y una vez hecha la opción, encontramos otras disposiciones para lo propiamente adjetivo (orden secuencial de los actos o libertad de aportación, inmediación del órgano o distancia absoluta con las partes), recalando en particularidades específicas que conforman el conjunto ritual (economía procesal, saneamiento, eventualidad, etcétera).

Fisonomía del proceso constitucional

La tendencia a preservar la unidad de los principios en la teoría general del proceso va a contrapelo de la evolución y desarrollo de la justicia constitucional. Es necesario perfilar las singularidades que adquiere la ciencia para asentar sus bases definitivas e incuestionables.

Con gran acierto dice Astudillo que

> ... la disociación entre lo sustancial y lo procesal no debe concebirse de forma rígida ante la necesidad de que las Constituciones dispongan de normas adjetivas de autogarantía que conformen su "constitución material".

---

to; 4) Existen procedimientos judiciales que no son la forma externa de un proceso (en aquellos casos en que el juez no actúa jurisdiccionalmente), y 5) Un solo procedimiento judicial puede ser la forma externa de dos o más procesos (cfr. Montero Aroca, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 59).

Su exigencia de unidad de principios constituye también una añeja aspiración de la doctrina constitucional desde la conocida prolusión de Santi Romano, en 1903, donde se explicó con autoridad que el derecho constitucional representa la unidad esencial de principios generales del derecho público sin que pueda considerarse solamente una rama de este, en virtud de que constituye su tronco mismo, a partir del cual emanan las demás ramas particulares del derecho. Anclada en esta exigencia, se ha señalado la importancia de que las normas procesales constitucionales tengan un tratamiento específicamente constitucional por constituir una especie de "derecho constitucional concretizado" y por servir a las jurisdicciones constitucionales para concretizar la Constitución.[22] El derecho procesal constitucional adquiere, desde estas perspectivas, una especificidad manifiesta que implica que su sistematización deba realizarse a partir de una metodología decididamente constitucional que coadyuve a redefinir el valor que se les reconoce como normas jurídicas de peculiaridades indiscutibles, que identifique sus particulares criterios de interpretación, e incluso, sus puntuales métodos de integración.

[...] la ausencia de un diálogo entre perspectivas ha motivado férreos posicionamientos teóricos que no hacen sino constatar la rigidez de los postulados en que se asienta tanto la ciencia procesal como la ciencia constitucional. Si para el derecho procesal la exigencia de abordar autónomamente lo adjetivo de lo sustantivo configura un presupuesto elemental, para el derecho constitucional esta separación es inviable ante la necesidad de integrar su derecho adjetivo y sustantivo en la unidad material del ordenamiento constitucional. Si para el derecho procesal la necesidad de reconstruir las categorías del derecho procesal constitucional sobre la certeza y predeterminación de las estructuras procesales es una exigencia que está en la base de su ideología, para el derecho constitucional es necesario que parte de esas categorías aparezcan bajo adecuadas dosis de ductibilidad o maleabilidad para que el guardián de la Constitución pueda hacer frente al conjunto de expectativas y vicisitudes que emanan de la complejidad intrínseca de los conflictos de naturaleza constitucional. Si el derecho procesal necesita a la jurisdicción como fuente de autoridad externa para garantizar la eficacia de sus normas, el derecho constitucional no requiere de otra autoridad para procurar su vinculatoriedad pues se ha dotado directamente de su jurisdicción, al margen y por encima de la jurisdicción ordinaria, su órgano de tutela y sus procesos y procedimientos de autogarantía.

22. Cfr. Häberle, Peter, *Nueve ensayos constitucionales y una lectura jubilar, op. cit.*, p. 23 y ss.

> Un panorama como este demuestra que difícilmente podrá existir una salida adecuada al antagonismo de perspectivas si no se confiere autonomía al objeto de estudio del derecho procesal constitucional, a fin de rescatarlo de los dos discursos que sólo limitan, constriñen y empobrecen su riqueza conceptual.[23]

La diferencia establecida entre garantías, principios y reglas admite una perspectiva diferente. Se trata de ver si cada uno es impermeable a contingencias externas que pueden alterar su modelo, o si tienen la posibilidad de aplicarse con cambios sin modificar su esencia. En su caso, el problema será encontrar el límite de la innovación y quién lo puede autorizar.

En el devenir de la cuestión es ineludible recordar que el origen de los principios procesales surge como una forma de limitar el abuso de la autoridad, de manera que más allá de la influencia que se le reconoce a la tradición romana sobre las instituciones procesales, la consagración normativa es producto del positivismo.

Desde las leyes, aparecieron las primeras consignas que antes eran "poco más que un arte de secretarios";[24] ellas afinaron los presupuestos para cumplir con las formas del procedimiento y sirvieron de fuentes para las reformas procesales que se suscitaron a fines del siglo XIX y en el curso del siguiente. Por aquella época, en pleno auge del constitucionalismo, los principios se trasladaron a las Normas Fundamentales.

El positivismo que caracterizó toda esta etapa impuso la necesidad del juicio previo a la condena (*nulla poena sine iuditio*), el derecho a ser oído (defensa en juicio), la presunción de inocencia, la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados, etcétera.

La ley se convirtió en un mito de soluciones "de una vez y para siempre", pensando en su razón eterna (fruto de la actividad racional), de modo que la emisión del mandato era un imperativo que no admitía modificaciones. El juez debía ser la boca de la ley; no estaba en su arbitrio la posibilidad de cuestionar sus alcances pues no era esa su función. Además, el famoso prolegómeno de la legalidad democrática ponía un manto de duda sobre la autorización a que ejerciera actividad discrecional.

---

23. Astudillo, César, "Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional", *op. cit.*, pp. 263 y 264.

24. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, vol. 1, p. 85.

Existe una impronta voluntarista del legislador que quiere imprimir su sello en todas las cualidades que modela para los actos jurídicos, por eso, era común a fines del siglo XVIII oír que la ley debía ser única, pública y sencilla, precisa y clara, abstracta y general, garante de la libertad y, sobre todo, expresión de la voluntad esclarecida del príncipe o de la soberana del pueblo que constituye el instrumento de la razón ilustrada para alcanzar la justicia y la felicidad de las sociedades.[25]

Inclusive la famosa expresión de Voltaire: "la libertad consiste en depender tan solo de las leyes",[26] explicó la trascendencia de la norma en estos tiempos y la uniformidad que de ellas se desprendió.

Esa confianza propia de la positivización del pensamiento se llevó a los códigos, que también portaron la tradición de las costumbres y de las reglas. Poco tiempo después, algunas de esas normas dispuestas se entronizaron en las Constituciones. La época de la constitucionalización promueve un espacio de derechos y garantías que se consideran inalterables e inmodificables.

Paulatinamente, dice Prieto Sanchís:

> … aquella armonía en apariencia perfecta entre razón y voluntad, entre ciencia y política, con que se inauguraba la experiencia legislativa del Estado liberal fue basculando a favor del segundo de los elementos anunciados. Desde luego, se seguirá postulando el respeto a la ley, pero ya no se apela tanto a la racionalidad de su contenido cuanto a la autoridad de su origen, el poder político estatal o el espíritu popular, que en todo caso se resiste a cualquier intento de comprensión científica.[27]

Las leyes y los códigos que se ocuparon de algunos principios procesales sirvieron de fuente para que las Constituciones siguieran sus preceptos y los fijara definitivamente en la letra de sus textos, esta vez dándoles la condición de "garantías". Otros principios llegaron de algunas reglas, tal como sucedió con el ritual del derecho romano[28] que tanto influyó en el diseño de los procedimientos.

---

25. Prieto Sanchís, Luis, *Ley, Principios, Derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 15.

26. Voltaire, "Pensamientos sobre la Administración Pública", en *Opúsculos satíricos y filosóficos*, Madrid, Alfaguara, 1978, p. 296.

27. Prieto Sanchís, Luis, *Ley, Principios, Derechos, op. cit.*, p. 17.

28. La regla, usada preferentemente por los postglosadores, se expresaba en forma de brocárdico, y era básica para el uso de la retórica. No es solo un destilado de

Se inicia entonces una suerte de "cláusulas generales" o "principios programáticos" que se convierten en patrimonio de las Cartas Magnas de cada nación, en las cuales la idiosincrasia de los pueblos no aparece desinteresada al impactar en ellas con sus usos y costumbres.

La ley pierde consistencia ante la Constitución. Se desacredita y admite ser interpretada. De alguna manera surge este primer fenómeno que trasciende en el aspecto que queremos mostrar.

Vale decir, la ley queda como producto del poder constituyente y de la iniciativa de la administración política. Se transforma en reglamentaria de la orientación que señalan las constituciones.

Las garantías se imprimen inclaudicables y permanentes; las leyes de procedimiento son guías a seguir, pero pueden ser descifradas por los jueces quienes pueden actuar, inclusive, *contra legem*.

El texto normativo mayor de un Estado funda el poder y lo limita. Establece deberes, derechos y garantías que definen y caracterizan una clase de organización política, y al mismo tiempo impone el principio de la supremacía constitucional.

El Estado constitucional suple al Estado de derecho, o como dice Alexy: "en el constitucionalismo contemporáneo hay más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más jueces que legislador; y más Constitución que Ley".[29]

---

conocimiento antiguo, sino que se transforma en una verdadera norma aplicable para resolver casos en los que la *ratio* es similar.

29. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del Derecho* (traducción de J. M. Seña), Barcelona, Gedisa, 1994, p. 160. Luis Prieto Sanchís apunta que "más principios (constitucionales) que reglas (legales) no significa que la solución de los conflictos jurídicos pueda ser encomendada en exclusiva a las directivas que emanan de los genéricos principios fundamentales, sino que estos han de ser tomados en consideración u que han de serlo, en primer lugar, para someter a juicio previo la propia validez de las leyes relevantes en el caso. Más ponderación que subsunción tampoco significa que esta deje de ser operativa, sino que en todo caso la aplicación de principios se acomoda a un esquema particular que llamamos ponderación donde dos criterios en conflicto (*v. gr.* la libertad de expresión y el derecho al honor…) no se anulan ni excluyen con carácter general, sino que han de buscar su peso relativo en cada caso mediante un juicio de razonabilidad o de balance entre argumentos y razones. Más jueces que legisladores no representa un llamamiento a prescindir de la tarea legislativa, que sigue siendo fundamental, sino una invitación al control de la misma por parte de quienes únicamente pueden hacerlo, que son los jueces. Y finalmente, como se comprenderá, más Constitución que ley no significa que la primera convierta en superflua a la segunda, sino solo que esta última carece de autonomía porque siempre habrá de rendir

La interpretación le dio protagonismo a la actuación de los jueces, y en orden a los principios procesales significó facilitar cierta permeabilidad que eludió la rigidez de sus preceptos. La supremacía de la Norma Fundamental permitió trabajar con normas de diferente registro, donde, por ejemplo, el derecho a la sentencia fundada en ley podía ser bastante con la motivación suficiente. Es decir, la sustitución de la ley por la razón, lo objetivo por lo razonable.

No pasó mucho tiempo hasta que el juicio de ponderación construyera nuevas "reglas" (*v. gr.* el debate litigioso en base a la lealtad, probidad y buena fe de las partes), las cuales regresaron el circuito a las leyes que las establecieron y a las garantías que se fijaron.

Bien dice Lorenzetti que la afirmación de las garantías ha sido un proceso histórico que insumió grandes debates que parecen no haber concluido,[30] cuestiones que remarcan la circularidad de la evolución.

Los *principios* surgen de las leyes, es cierto, lo cual significa que sirven o deben servir para delinear los presupuestos políticos de un ordenamiento procesal; a su vez, las *leyes* son producto de su tiempo, por lo que no pueden permanecer invariables evitando la modernización o la justa transformación. Por su parte, las *reglas* son cerradas e inmodificables porque indican cómo se juega a tal cosa, mientras que los principios son abiertos porque dependen de muchos contingentes (*v. gr.* principio de congruencia).

Clasificación de los procesos constitucionales

Siempre teniendo en cuenta el modelo constitucional al que cada Estado adscribe, se pueden trazar algunas líneas comunes en la caracterización de los procesos constitucionales.

Nosotros hemos de hacerlo siguiendo el objeto que persiguen, de este modo hay tres sectores de atención:

a. los que tienen como finalidad asegurar el principio de la supremacía constitucional;

---

cuentas ante la instancia superior de la Constitución" (Prieto Sanchís, Luis, *Ley, Principios, Derechos, op. cit.*, pp. 35-36).

30. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 157.

b. los que garantizan los derechos y garantías individuales;
c. los que tutelan y protegen los derechos colectivos y difusos mediante las llamadas acciones colectivas.

Inclusive podría haber un cuarto sector en los mecanismos de protección transnacional de los derechos humanos, pero nos parece que ellos se adaptan mejor al sistema donde actúan, admitiendo que constituyen una aplicación específica del *derecho procesal transnacional* (es decir, que tienen reglas diferentes a las del debido proceso constitucional, que hemos bosquejado a través de esta introducción al derecho procesal constitucional).

En el primer grupo se encuentran las acciones de inconstitucionalidad, sean *directas* (demanda de inconstitucionalidad; acción declarativa de certeza) o *indirectas* (excepción de inconstitucionalidad). En estas actuaciones no se trata propiamente de un proceso constitucional, salvo en los casos de control concentrado, porque en los sistemas difusos (Argentina y Estados Unidos de América) el objeto central resuelve la aplicación o inaplicación de la norma en el caso concreto. De todos modos, los requisitos particulares y las funciones del juez permiten observar estas actuaciones dentro del capítulo.

En el grupo siguiente están el amparo (también conocido como mandamiento de seguridad, recurso de protección, acción de tutela, etcétera), el hábeas corpus, el hábeas data (protección de datos personales), y las acciones de cumplimiento, entre otras.

Finalmente tenemos las acciones colectivas, que son procesos de masas donde interesa más observar la afectación de los derechos que verificar las personas que piden. Son derechos colectivos que ingresan en modelos diferentes según se pueda identificar a cada integrante del grupo (*v. gr.* Consumidores) o sea únicamente el derecho el que recibe protección y tutela (*v. gr.* patrimonio cultural).

Capítulo XIV
El amparo

El amparo como derecho a la tutela judicial

En general, el derecho comparado interpreta al amparo como un proceso constitucional. Lo derivan de las garantías judiciales que las Normas Fundamentales establecen y su finalidad es la protección efectiva de los derechos que ellas disponen.

Este modelo pensado para la defensa de los derechos constitucionales en Argentina está previsto en el artículo 43 de su máximo estatuto, que sostiene:

> Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.
> Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.
> Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.
> Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

La garantía puesta en práctica observa un modelo técnico que no es aplicado con los mismos parámetros. A veces se lo interpreta amplio y permisivo, siguiendo de alguna manera –pese a las distancias evidentes– el sistema mexicano. En otras, se reduce y simplifica la cuestión constitucional, limitando sensiblemente al instrumento, sobre la base de considerar que el amparo es un remedio subsidiario de otras vías judiciales más idóneas.

La cuestión, lejos de constituir una opción preferente para el juez o tribunal que debe entender en un juicio de amparo, representa mucho más que un dilema de naturaleza procedimental. En los hechos, configura un modelo a seguir para la tutela judicial de las garantías fundamentales, y en este sentido, es evidente que debe ponerse en línea con el sistema político e institucional del Estado.

No queremos afirmar con ello que el pensamiento político defina el accionar de los jueces; todo lo contrario, se trata nada más que de advertir cómo desde una garantía esencial para los derechos se puede vulnerar el acceso a la justicia y dejar sin control efectivo al poder discrecional de la autoridad.

Amparar es proteger y esa es la idea fuerza del instituto. El mensaje que le lleva a la jurisdicción persigue fomentar la protección al más débil, o a quien carece por su incapacidad de la posibilidad real de gobernarse por sí mismo. Los significados son técnicos, es verdad, pero actualmente estas nociones han variado y no afincan precisamente en los moldes dispuestos etimológicamente.

La consagración constitucional de un "derecho a la tutela judicial efectiva" que pregona, por ejemplo, el artículo 24.1 de la Carta Fundamental de España, muestra el nacimiento de un derecho propio, no asistencial, que radica en la persona y en la que el Estado, a través de los jueces y sus instituciones procesales, está obligado a contribuir al afianzamiento de ambas garantías. Estas no son otras que un derecho al servicio judicial efectivo, donde la herramienta técnica debe ser un procedimiento rápido y expedito. Y el amparo, no ya como instrumento técnico, sino como un derecho garantista de la persona.

La síntesis podrá mostrar al instituto en sus dos vertientes: como *derecho* y como *garantía*. Desde allí se podrá comprender por qué el amparo es el más importante proceso para la defensa y promoción de los derechos humanos, y fundamentalmente, se encontrarán las razones

por las que se deben asegurar los mecanismos constitucionales y procesales que afiancen la eficacia antes que su restricción.

El amparo como derecho constitucional

La protección del amparo se dirige hacia derechos fundamentales, sin importar si ellos están constitucionalizados (es decir, incorporados en las declaraciones y garantías de una Constitución), o provienen de derechos implícitos o impuestos por instrumentos de tutela supraestatal, como los Pactos y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos.

El concepto mismo de derechos fundamentales encuentra, actualmente, una concepción más abarcativa que la habitualmente acotada a los derechos y garantías constitucionales.

La defensa de los derechos se instrumenta desde los ordenamientos procesales, de modo tal que resulta necesario diferenciar el amparo como garantía procesal de los derechos humanos, del "derecho al amparo" que pertenece a toda persona que requiere la asistencia legal de sus derechos por medio de un recurso rápido y efectivo.

Esta distinción es necesaria para evitar que el amparo continúe siendo visto como un proceso excepcional y extraordinario, pues la esencia de su mensaje es la protección inmediata (amparar) y efectiva, contra cualquier amenaza o lesión a un derecho fundamental.

La continuidad del *amparo-proceso* sirve como excusa para evitar el juzgamiento, mientras que el *derecho al amparo* logra asegurar ese cauce mencionado para la tutela efectiva de los derechos humanos.

En Argentina, diversos artículos de la Constitución de 1853 avalaron la operatividad del proceso de amparo, aun cuando no estuviera definido con precisión. Tanto el artículo 18 que mencionaba la garantía del debido proceso, o el artículo 28 que estableció la inalterabilidad de los derechos a través de leyes reglamentarias; como el artículo 33 (derechos implícitos), fijaron el marco desde el cual la jurisprudencia encontró la vía para admitir el amparo.

Actualmente, el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional significa un cambio fundamental en el tratamiento del tradicional proceso de amparo. Ha dejado de ser una figura procesal para constituirse

en un "derecho" o "garantía" específico, cuya principal concreción es instalar el derecho al amparo.

Por ello, el amparo no es una vía subsidiaria o indirecta, sino la garantía por antonomasia; la única herramienta disponible para actuar los derechos fundamentales de inmediato.

Son varios los fundamentos que tiene esta lectura constitucional del fenómeno que manifiesta el amparo. Uno de ellos proviene de la interpretación transnacional. En efecto, el derecho a la celeridad en los procesos se pide a través de numerosas declaraciones internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, entre muchos más. Por lo tanto, el registro constitucional que reclama la "acción rápida y expedita" no puede tomarse sin referenciar este cuadro de aptitudes y posibilidades.

La conclusión significa apartar la idea de "amparo" como juicio de carácter contencioso donde se debe demostrar el acto lesivo inconstitucional, manifiesto y arbitrario; para instalar la noción en el concepto de "garantía", por la cual el proceso es una consecuencia necesaria de la protección procesal que se dispensa desde la Norma Fundamental.

El obrar como garantía (derecho al amparo) modifica el emplazamiento del proceso tradicional, pues además de reconocer en la letra expresa del texto fundamental ese cambio trascendente, requiere que la garantía se consolide en un proceso "rápido y expedito".

Este modelo, en Europa suele capturarse como una "garantía procesal cualificada", porque cuando se trata de la protección de los derechos fundamentales, existe una especie de determinación constitucional que tiene la forma de un mandato dirigido al legislador para que actúe en consecuencia de las promesas de tutela, y al mismo tiempo, una suerte de resistencia frente a la legislación inconstitucional.

El amparo como proceso o garantía específica

En nuestro país, salvando las características del derecho público provincial (con su control de constitucionalidad local), la Norma Fundamental del Estado recibe fiscalización jurisdiccional de todos los

jueces. El amparo constituye la única vía directa para solicitar la protección de los derechos fundamentales.

Es cierto, también, que algunas legislaciones provinciales cuentan con acciones declarativas de inconstitucionalidad, o con recursos de inconstitucionalidad; pero el fenómeno masivo deja en la acción de amparo el tránsito inicial para la defensa o tutela.

Los artículos 14, 18 y 43 de la Constitución Nacional permiten la interpretación. El artículo 14 señala "el derecho de petición a las autoridades"; el 18 fija las reglas que encolumnan la garantía constitucional de defensa en juicio; mientras que el 43 ingresa en el derecho al amparo. Las tres suman el derecho de acción, el proceso debido y la garantía de eficacia jurisdiccional.

El conjunto se compenetra de un piso de marcha común a todo tipo procesal, casi diseñado como un modelo que pretende individualizar las reglas y principios que, por su condición de "presupuestos generales", no pueden variar conforme el sistema al que adscriban.

Se trata, en definitiva, de ver cómo por medio del derecho al amparo "como proceso debido" se puede instruir una serie de principios transmisibles a cualquier ordenamiento adjetivo, a título de regulación universal.

La implementación de reglas genéricas solo es posible si ellas se instrumentan como auténticas "garantías", evitando de este modo interpretaciones variables o interesadas.

De todas maneras, conviene advertir que es muy distinta la situación en países que tienen Tribunales Constitucionales, respecto a los que extienden a todos los jueces el control de constitucionalidad.

En los primeros, el amparo tiende a limitarse para evitar el desborde de causas, pero coexisten otras vías o remedios para lograr la actuación fiscalizadora. Mientras que, en los sistemas difusos, el amparo convive con otros mecanismos jurisdiccionales que no resuelven plenamente su condición de procesos constitucionales, de forma tal que se interpretan bajo el concierto de reglas comunes que, habitualmente, confunden la finalidad perseguida y anulan ostensiblemente la defensa constitucional de los derechos.[1]

1. Sostiene López Guerra que hoy es posible afirmar que de los Tribunales Constitucionales efectivamente existentes, ninguno responde enteramente al modelo "típico" de la justicia constitucional que se expone en los libros de texto: al modelo "concentrado" o europeo como opuesto al "difuso" o americano. Desde 1920, fecha en que se

Justamente estas desigualdades en el trámite constatan que el proceso de amparo tiene asimetrías en las formas previstas para su desarrollo. El punto neurálgico de las diferencias aparece con las libertades que se otorguen a los jueces para actuar y de las posibilidades de concretar un trámite rápido y expedito que no siempre es la regla.

---

crearon los primeros Tribunales Constitucionales de Checoslovaquia y Austria, hasta la actualidad, la configuración de estos Tribunales en los países que los han adoptado, ha evolucionado, en lo que se refiere a sus funciones, hacia fórmulas mixtas, que reúnen características de ambos sistemas. Los modernos Tribunales Constitucionales han adoptado, del modelo americano, la protección de derechos individuales en casos concretos; y del modelo kelseniano la defensa y protección abstracta del orden constitucional. a) En el *modelo difuso o americano* de justicia constitucional, el análisis de constitucionalidad, por parte de los Tribunales ordinarios, de actuaciones públicas (legislativas o de otro tipo) se lleva a cabo con ocasión de un proceso concreto, en que se decide sobre derechos determinados de sujetos individuales identificables, que son partes en el procedimiento. En último término, el objeto del análisis de constitucionalidad sería la protección de esos derechos individualizados, y los efectos inmediatos de la decisión judicial se producen, pues, inter partes. Los efectos generales de las sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad no son resultado de un pronunciamiento formal de inconstitucionalidad, con efectos *erga omnes*, sino un resultado indirecto, derivado de la estructura de los Tribunales y del sometimiento de los Tribunales inferiores a los precedentes sentados por los Tribunales superiores. b) En el *modelo europeo/kelseniano*, (frente al modelo americano, centrado en la protección de derechos individuales) los procedimientos de justicia constitucional aparecen sobre todo como técnicas para proteger el orden constitucional mediante la resolución de conflictos o controversias entre poderes del Estado (o partes de esos poderes). No hay que olvidar que el precedente inmediato del Tribunal Constitucional austriaco diseñado por la Constitución "kelseniana" de 1920 fue el Tribunal imperial (Reichsgericht) que se configuraba esencialmente como un Tribunal de Conflictos. En estos procedimientos, pues, no se discuten pretensiones individuales, no se decide sobre derechos en juego de ciudadanos concretos, sino que se decide sobre la regularidad constitucional *in abstracto* de la actuación de los poderes públicos, buscando la protección del orden constitucional, y llevando, eventualmente, a la declaración de inconstitucionalidad y eliminación del ordenamiento de aquellas normas que se consideren contrarias a ese orden. Son los poderes públicos, pues, y no el ciudadano los protagonistas del procedimiento, y esos conflictos se resuelven mediante resoluciones con fuerza *erga omnes*; resoluciones que configurarían esencialmente al Tribunal Constitucional como un legislador negativo.
El desarrollo del *carácter mixto* de la configuración de los modernos Tribunales Constitucionales ha dado lugar a que lleven a cabo funciones que derivan tanto del modelo europeo como del americano. Es así posible distinguir por un lado, una serie de procedimientos que responden a la función de protección de derechos individuales; por otro, los procedimientos que pretenden una defensa *in abstracto* del sistema constitucional; y finalmente, aquellos procedimientos que responden a ambos objetivos, en mayor o menor medida.

De este modo, aparece por un lado el modelo mexicano, de formulación amplia y contenido abarcador, por el cual se conjugan una variedad de formas procesales específicas y autónomas que determinan particularidades que no pueden comprenderse si no es por conducto de un análisis particular.

Anidan en el cuadrante de protección del sistema cinco funciones, a saber:

a. la tutela de la libertad personal;
b. la declaración de inconstitucionalidad de leyes;
c. como medio de impugnación contra las sentencias judiciales;
d. como reclamo administrativo, y
e. como protector de los derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de la reforma agraria.

Por otro camino transita un modelo más acotado, que lo reserva como herramienta suplementaria o subsidiaria de los procedimientos comunes (administrativos o jurisdiccionales). Es el sistema que tenía en nuestro país la Ley N° 16986.

El punto que los diferencia es la posibilidad jurídica de actuar el derecho de amparo; mientras unos lo asumen como instrumento específico y principal, otros le asignan carácter extraordinario y de excepción.

Por su lado, Argentina establece las siguientes coberturas para el proceso de amparo:

a. Amparo contra actos u omisiones de autoridades públicas.
b. Amparo contra actos u omisiones de particulares.
c. Amparo contra la inconstitucionalidad de las leyes.
d. Amparos especiales según se trate de "cualquier forma de discriminación", "amparo ambiental", "derechos de la competencia", "derechos del usuario y consumidor".
e. Amparo colectivo, para los derechos de incidencia general que se encuentren afectados (derechos de pertenencia difusa).
f. Hábeas data.
g. Hábeas corpus.

El acto lesivo

El acto lesivo es el objeto del amparo. Allí dirige su foco para iluminar la amenaza en ciernes o el daño a reparar.

De acuerdo al sistema previsto para el control de constitucionalidad, y al modelo legislativo implementado, las posibilidades de acción varían. O son amplísimas como en México, donde el amparo es casi un proceso común de variadas opciones; o se enuncian los actos recurribles como en Costa Rica, donde la legislación determina la procedencia del amparo contra: a) los actos administrativos, b) las leyes denominadas autoaplicativas, c) los denominados actos de Gobierno, d) los actos legislativos y e) los actos de las Comisiones de Investigación legislativa; o se limita al máximo su procedencia dejando al proceso amparista como una garantía residual y extraordinaria.

En Argentina, la reforma constitucional conservó la redacción de la Ley N° 16986 para caracterizar el acto lesivo que es objeto de amparo. La defensa que el amparo dispensa se basa en actos que revisten una condición determinada (ilegalidad o arbitrariedad). Sin embargo, el término necesita alguna precisión adicional, porque los antecedentes normativos indican que en sus orígenes se prefirió conceder la protección contra toda "conducta", "hechos" u "omisiones".

En realidad, perseguir una definición precisa resulta bastante difícil porque los sectores dogmáticos del derecho tampoco están de acuerdo sobre una voz inequívoca que comprenda el significado de la "acción".

Acto es el género de una diversidad de manifestaciones posibles que van desde el hecho positivo que demuestra sin problemas de evidencia el daño potencial o efectivamente sufrido, hasta los hechos negativos que suponen una conducta deliberada, consciente y voluntaria para no hacer lo que debe hacerse. Con esta amplitud de criterio se eluden problemas innecesarios como son la distinción entre "hecho y derecho", o el esclarecimiento acerca del alcance que tiene la calidad de una conducta determinada.

La omisión se refiere a la falta de acciones tendientes a cumplimentar una obligación constitucional de expedirse o a la inejecución de conductas intrínsecamente agresivas hacia los derechos de una o varias personas. Suele explicarse este tipo de apertura al amparo como

una atención especial al "hecho negativo", es decir, las abstenciones o silencios que cercenan un derecho o una libertad determinada.

Con el proceso se logra poner de manifiesto esa ausencia de interés por el cumplimiento, y la sentencia probable que responda a la pretensión deducida se convierte en sí misma en un *mandamiento de ejecución* (que es el *writ of mandamus* del derecho anglosajón).

Ahora bien, la omisión puede resultar de una actitud voluntaria (por ejemplo, no dictar las normas reglamentarias de una ley declarativa de derechos), o ser producto de la negligencia o deliberada inacción de quien debe obrar en tal sentido (*v. gr.* no resolver las denuncias sobre un tema planteado oportunamente donde se afectan derechos o intereses particulares). Las posibilidades aumentan cuando se observa el problema desde el prisma de la intervención del Estado en los actos humanos que, por vía de principio, solo están sujetos a una autoridad moral. En estos casos, la actuación puede invadir la esfera de privacidad de alguien procurando, eventualmente de buena fe, resolver la crisis del grupo (*v. gr.* la permisión de cámaras ocultas para ordenar el tránsito). En suma, la omisión tiene distintas manifestaciones:

a. El amparo funciona cuando una persona pública o privada debe ejecutar un acto concreto y no lo hace a su entera discreción. La vía, en este supuesto, pretende lograr que la sentencia judicial ordene la ejecución del hecho omitido.
b. También procede cuando existe omisión en dictar una decisión oportuna, y la tardanza en concretarlo provoca un gravamen irreparable. Se trata aquí, del llamado "amparo por mora de la administración".
c. Una opción a debatir es si el amparo procede contra la omisión legislativa, esto es, contra la inactividad del poder legisferante en la producción de normas que la sociedad reclama para tutelar y defender sus derechos y libertades (*v. gr.* el clamor actual por una política de seguridad o la reglamentación de los nuevos derechos y garantías consagrados en la reforma constitucional que aún esperan las sanciones legales respectivas).

Sujetos alcanzados

En el derecho comparado el proceso de amparo admite como sujeto pasivo al Estado, representado en la autoridad pública que realizó el acto lesivo; o al particular que genera la afectación constitucional. Sin embargo, esta es la fórmula amplia, pues algunos solo lo admiten contra unos u otros.

La Constitución argentina permite oponer el amparo contra los actos provenientes de las "autoridades públicas y particulares", a quienes se imputa el gravamen a los derechos fundamentales.

El problema radica en la ambigüedad del término, y la distinta extensión con la cual puede interpretarse. Podrá ser cualquier funcionario de la administración pública, solo aquellos que tienen facultades decisorias, los jueces y funcionarios del Poder Judicial –en la medida que también son autoridades públicas–, o todo aquel que pertenece al aparato estatal. La amplitud puede llevar a extender el derecho a límites parecidos a los del amparo mexicano. Sin embargo, no es posible pensar en semejante holgura, porque la autoridad jurisdiccional es diferente, de manera que no podría confundirse la naturaleza de los actos públicos con los emitidos por la función judicial.

En cambio, se admite cuando los actos emitidos por los poderes legislativo y jurisdiccional resultan propios de sus acciones administrativas.

Por lo demás, conviene recordar que el artículo 43 de la Constitución interesa en la vía a tutelar a toda persona de los actos provenientes de autoridades públicas o de particulares que contraríen los derechos establecidos en la Ley Suprema, de forma tal que se evita el conflicto diferenciado que antes existía respecto a las formas procesales que se debían asignar a cada uno (amparo o proceso sumarísimo, respectivamente).

Cuando el acto lesivo no proviene de alguna "autoridad pública" en el sentido amplio antes comentado, la lesión constitucional trabaja por exclusión de los sujetos para dispensar una protección exclusiva al derecho afectado. Esto quiere decir que si la amenaza, restricción o alteración llega por la acción u omisión de una persona que no inviste autoridad alguna pero que ejerce por sí misma el acto privado ilegítimo o inconstitucional, el amparo se dirige contra el mismo con idénticas finalidades tuitivas.

El acto de particulares, en estos términos, pareciera inconfundible, bastando en consecuencia analizar el carácter del agravio para considerar o no la admisión del amparo. Sin embargo, existen personas privadas (jurídicas o físicas) que ejercen "autoridad" y pueden someter con sus propias decisiones a otros, afectándolos en similar medida que lo haría el Estado, y provocando alguna duda (hoy inexistente en virtud del art. 43) acerca de cuál es el mecanismo de protección a elegir.

Decimos que actualmente no existe esta incertidumbre, porque el amparo es una vía directa contra cualquier acto lesivo; pero puede traer complicaciones si queda establecida la necesidad de transitar por una vía concurrente o previa, en cuyo caso la relación jurídica que se entabla entre la "autoridad privada" y el sujeto afectado es diferente a la tradicional.

Carácter de la afectación

Todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares es materia objeto del juicio de amparo, siempre que esas actitudes "lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta" los derechos constitucionales reconocidos o implícitos, o provenientes de leyes y tratados.

Esta es la fórmula de nuestro país que se debe precisar al tiempo de promover la acción. La *lesión* significa un término genérico que abarca las derivaciones siguientes que corresponden a la alteración o la restricción. Lesionar supone ocasionar un daño específico; mientras que la *alteración* se vincula con cambios o transformaciones generados en el derecho fundamental; y *restricción* quiere decir reducir, disminuir, impedir o limitar el ejercicio de la garantía consagrada.

Estos comportamientos pueden ser directos y expresarse en actitudes positivas que las expongan manifiestamente, o provenir de la amenaza que tenga entidad suficiente como para resultar cierta y grave. En ambos casos, se agrega otro recaudo que es la *actualidad* del perjuicio, pues el gravamen debe existir al tiempo promover y resolver el proceso.

Los presupuestos de *ilegalidad y arbitrariedad manifiesta* aparecen en el artículo 43 reiterando las premisas conocidas en leyes de amparo precedentes. Ninguno de estos conceptos es sinónimo, pero aplicarlos

aisladamente puede originar graves desavenencias, naturalmente contrarias al sentido de unidad que tiene cualquier ordenamiento jurídico.

Ilegalidad supone algo que es contrario a la ley, y por lo tanto, ilícito. Para ser ilícito un acto o hecho jurídico requiere actividad y concreción, pero también puede surgir de la amenaza o ante la inminencia comprobada que manifiesta su posibilidad de agresión. La ilegalidad tiene así un rostro posible, y otro solapado, pero ambos se combaten a través del instituto del amparo.

Ahora bien, la ilegalidad por sí sola autoriza la defensa de la Constitución, por la cual se persigue retornar a un estado de Derecho, en tanto es ilegal, justamente, "lo contrario a derecho". Pero la ilegalidad puede ser manifiesta, es decir, evidente, indudable, absolutamente clara, ausente de incertidumbre alguna; o bien ser producto de una interpretación equívoca, irracional, de ostensible error, de palmario vicio en la inteligencia asignada, casos en los cuales dicha ilegalidad asume la forma de arbitrariedad.

Lo cierto es que la ilegalidad manifiesta, sea o no arbitraria, con la actual redacción en el derecho de amparo encuentra un nuevo integrante en la familia de actos lesivos posibles de provocar el gravamen constitucional.

El carácter de afectado (legitimación para obrar)

La calidad de "afectado" es el presupuesto que otorga legitimación para obrar. Ello encuadra el amparo como un proceso constitucional de derechos concretos, dejando en modalidades de su trámite a procesos similares como la acción abstracta de inconstitucionalidad, la acción popular, el amparo ambiental y el amparo colectivo, entre otros.

Cuando el artículo 43 constitucional otorga legitimación a *toda persona*, lleva a pensar que se habilita una vía difusa de acceso donde el interés para obrar no resulta condicionante de los pasos posteriores. En tal caso es preciso diferenciar este ingreso con la acción popular.

Ingresamos aquí en un capítulo diferente al de la acción individual, pues se trata de encolumnar en el acceso a la jurisdicción el derecho a tramitar en una instancia útil, donde los repliegues de la legitimación no produzcan denegación de justicia o impedimentos irrazonables

frente a la crisis manifiesta que se presenta, urgida de protección o respuesta. La legitimidad constitucional de una institución destinada a garantizar la independencia y la dignidad de quienes ejercen la función jurisdiccional no puede ser negada en la medida en que su estructura sea la adecuada a este objetivo, sin que en ningún caso pueda ser desvirtuada para convertirla en origen de privilegio público.

Ahora bien, la guía de análisis arranca de las actitudes individuales que portan intereses colectivos o generales. Característica común de todos ellos es que carecen de la restricción que supone la exigencia específica de legitimación personal basada en un derecho subjetivo o un interés directo, creando una categoría nueva de "legitimaciones por categoría" por la que se posibilita el acceso a los tribunales a cualquier persona mientras ella cumpla con los requisitos generales de capacidad procesal que la ley exige.

Otra condición es la pertenencia a un determinado ámbito social de mayor o menor amplitud. Ámbito social que, si todavía deja entrever una afectación individual por la crisis que se recurra o por las acciones que se ataquen, configurará el supuesto de "acción popular", o el más acotado de "acción vecinal" en los que el portante del interés moviliza voluntades masificadas.

En cambio, la acción popular o el amparo, cada uno en su campo, tiene una cobertura superior. En primer lugar, son garantías instrumentales del acceso a la jurisdicción. Al ser derechos, abstractamente considerados, no necesitan de titulares específicos, de un interés personal o de un daño efectivamente comprobado en quien presenta la demanda.

Admiten que cualquiera pueda solicitar tutela jurídica, en nombre de la sociedad, y requerir el reconocimiento de una determinada situación, la declaración de un derecho correspondiente y/o la condena respectiva a persona o personas determinadas.

En síntesis, así como la legitimación procesal requiere de un estudio sistémico, también el amparo debe tornar su angustia y restricciones para asumir la función tuitiva para la que fue pensada.

"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo", dice el artículo 43 al comenzar; luego, el párrafo inmediato agrega:

> … podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de

incidencia colectiva en general, *el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines...*

El hábeas data (párr. tercero del art. 43) también se otorga a "toda persona", mientras que el hábeas corpus concede legitimación al "afectado o a cualquiera que obre en su favor" (párr. cuarto del art. 43).

La correspondencia entre cada uno permite inferir que entre ellos existe autonomía. Es decir, que la legitimación para obrar difiere con respecto a las personas que pueden promover el amparo, aunque existe un hilo conductor basado en el carácter de "afectado".

El primer párrafo, pertinente con la "acción de amparo ordinaria", otorga posición en el proceso a quienes reclamen por la violación de un derecho o garantía, siempre que sean personas físicas o jurídicas que, actuando por sí o representadas, aleguen un gravamen directo. En el supuesto de asociaciones que no revisten el carácter de personas morales, pueden accionar si acreditan a través de sus estatutos que no contrarían una finalidad de bien público (art. 5, Ley N° 16986).

El párrafo segundo del artículo 43, en cambio, amplía el campo de la intervención posible. Además del *afectado*, se encuentran en condiciones de solicitar la tutela jurisdiccional *el Defensor del Pueblo y las asociaciones registradas* conforme a la ley que aún no se ha dictado.

En el hábeas data, a pesar de la amplitud del término "toda persona" con que empieza el párrafo tercero, entendemos que la acción solo es posible para quien acredite un interés directo y un daño potencial o cierto que lo habilite al reclamo.

Con el hábeas corpus no se producen modificaciones importantes. Finalmente, los artículos 86 ("El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal, dice sin más aclaraciones") y 120 ("El Ministerio Público tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad"), agregan legitimados para actuar en forma disyuntiva o concurrente.

El carácter de "afectado" significa tener una relación directa e inmediata con los perjuicios que provoca el acto u omisión. No está vinculado al hecho por pertenencia a un grupo o sector, sino porque él sufre las consecuencias dañinas de la lesión, alteración, restricción o amenaza en sus derechos o garantías.

También esta afectación puede ser directa o indirecta. La primera refiere a la mentada relación o identidad entre el derecho subjetivo le-

sionado y la persona que reclama; la restante interesa a toda situación relevante que merece tutela jurisdiccional.

En nuestra legislación es muy importante prestar atención a la forma en que se desenvuelve la calidad de afectado, que es distinta a la que se desarrolla en Europa. Entre nosotros, esa calidad se diferencia de los otros intereses. Además de ser titular del derecho, tiene aptitudes suficientes para pretender algo más (*v. gr.* una indemnización, el restablecimiento de una cosa o en un lugar, etcétera).

El acto lesivo debe afectar al demandante, debiendo este demostrar esa relación, pues el derecho a una sentencia favorable supone acreditar el vínculo entre quien pide y ante quien se pide, generando la omisión o deficiencia en el cumplimiento de este requerimiento, ineptitud para alcanzar el fin propuesto en el amparo.

El ser "afectado" no tiene que ver con la capacidad ni con la representación; son estos presupuestos procesales que anidan bajo las previsiones de la *legitimatio ad processum*, diferentes de la *legitimatio ad causam* que son exclusivamente categorías del proceso civil. Tampoco hace a la condición de "parte", aunque resulte una consecuencia inmediata del derecho que *prima facie* se acredite.

Estos conceptos acotan la noción de "afectado" al titular individualizado en el párrafo primero del artículo 43 de la Constitución, debiendo en consecuencia probar la arbitrariedad o ilegitimidad del acto cuestionado.

A su vez, este daño se debe causar en la forma y ocasión que requiere la procedencia del amparo, es decir, a través de un acto *positivo o negativo*, ilegítimo, emanado de autoridad o de particulares, en detrimento de derechos o libertades con rango constitucional.

Sin embargo, también es posible ampliar la legitimación procesal a partir del segundo párrafo del citado artículo, sosteniendo que la afectación no asienta en las personas sino en los derechos o garantías que toda persona tiene para defender una situación de tanta importancia, que dilata las fronteras tradicionales de las facultades para obrar en el proceso.

De este modo, el derecho o garantía que se defiende será la premisa mayor, y lo de "afectado" una ampliación de las coberturas asistenciales que parten del titular agraviado, sigue en el Defensor del Pueblo, continúa con las entidades representativas, y ocupa a quienes esfuercen la protección mediante la instauración de las acciones deducidas para la tutela de los derechos de incidencia colectiva y de pertenencia difusa.

Contenciosidad del proceso

Uno de los problemas más importantes que tiene la relación amparo-proceso llega por la idea de controversia que todo litigio supone. Esta cuestión significa creer que todo proceso tiene dos partes enfrentadas en posiciones diferentes. Una, reclamando por la amenaza o lesión a sus derechos fundamentales, frente a otra, que provoca el acto lesivo. La confusión radica en el concepto de "parte". Ocurre que, aun teniendo en claro que hablamos del sujeto del proceso, o de los sujetos que controvierten, muchas veces la noción se vincula con el derecho mismo que se ventila, es decir, se confunde al sujeto del litigio con el sujeto de la acción.

De esta deducción surge la idea equívoca de establecer identidades entre quien pide y quien actúa, porque la condición de parte corresponde a un aspecto puramente procesal, diverso de la capacidad y de la representación. Por tanto, desde una visión estrictamente procesal, al concepto de parte interesa más captar quién realiza y actúa en el proceso, que la pertenencia exclusiva del derecho en debate. Esta última ocupa la noción de "parte sustancial", diferente de la "parte procesal" que advertimos.

En el amparo, la legitimación, como vimos, tiene amplitudes que el proceso ordinario no admite. La doctrina suele referir a ciertas proyecciones importantes desde la perspectiva de las denominadas "legitimaciones extraordinarias" (es decir, de aquellas que sin pertenencia exclusiva del derecho, permiten ingresar al proceso en razón de un interés preferente). Es decir, el acceso se halla en la posibilidad de confirmar la condición de "parte" a quienes, aun sin resultar "dueños" del derecho subjetivo, sostienen un "interés" importante, que actúa de soporte para la legitimación.

De alguna manera es un retorno al problema que presentan los denominados "derechos difusos", o de "incidencia colectiva"; derechos pretendidos en vía de amparo constitucional, donde la individualización no resulta posible, pero está clara la masificación del interés en actuar.

De este modo se resuelve el primer aspecto de la cuestión: el del sujeto activo de la pretensión de amparo. Pero resta, ahora, encontrar al sujeto pasivo, pues aquí normalmente la demanda se dirige contra el autor responsable del acto lesivo, el cual puede coincidir o no con el autor material de la amenaza, lesión, cercenamiento o restricción del derecho constitucional.

La cuestión más importante, en consecuencia, es el objeto del proceso (qué se pide), para luego resolver desde la dinámica procesal, si la legitimación para obrar justifica el interés puesto de manifiesto, y en su caso, si la sentencia puede originar sobre quien pretende los efectos jurídicos propuestos.

No caben dudas de que el amparo es un proceso contradictorio. La controversia se entabla entre un sujeto que plantea la amenaza o lesión de sus derechos constitucionales, frente a una autoridad pública o un particular, que debe responder por el acto lesivo que produce.

Sin embargo, esta afirmación es demasiado simplista y deja sin responder, quizás, el problema mayor que refleja considerar que el amparo es un proceso bilateral y contradictorio.

En efecto, la premisa que tiene este proceso constitucional, precisamente, es proteger los derechos del hombre de las amenazas o agresiones directas o indirectas que el Estado o sus organismos centrales o descentralizados, autónomos o autárquicos, generen a través de sus actos.

Si el foco a resolver queda centrado en las alegaciones de las partes, únicamente, la función constitucional del juez del sistema difuso quedaría eludida por la probabilidad –que la jurisprudencia comprueba– de asignar al proceso las mismas reglas técnicas del proceso ordinario. Con lo cual, será más fácil rechazar sin más trámite que introducirse en la cuestión fáctica y jurídica y analizar si existe o no violación constitucional.

Lógicamente, como todo proceso, el derecho de defensa es un principio incanjeable, de manera que corresponde oír a las partes en sus respectivas alegaciones. Pero la controversia supone tener partes enfrentadas en posiciones diversas, donde el juez debe actuar como equilibrio entre las fuerzas en conflicto.

Si este presupuesto se sostiene a pie juntillas, probablemente otro principio procesal desajuste la finalidad del proceso de amparo: el principio dispositivo. Según este, el proceso es cosa de partes y el juez debe juzgar sin apartarse de lo propuesto en el marco de la demanda y la contestación, esto es, de la congruencia que reclaman los escritos constitutivos del proceso.

En el amparo es fundamental y hace a la esencia de su función, controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos de las autoridades –públicas y privadas–, de forma que la interpretación de los hechos

y del derecho no puede tener el condicionante de lo alegado por las partes. Es imperioso ver hacia adelante, los efectos, las consecuencias y las circunstancias que tiene el caso concreto frente a toda la sociedad.

Son los derechos de ella los que se protegen, pese al individualismo dominante que reporta todo procedimiento judicial. Ahora bien, el marco previsto en torno a las características del procedimiento repara que debe tratarse de un trámite rápido y expedito, sencillo y eficaz. La celeridad es primordial, es cierto, pero deben respetarse los demás principios y garantías del "debido proceso".

Por lo tanto, cuando se debate acerca de si la contestación a la demanda de amparo es o no un escrito por el cual se traba la *litis contestatio*, teniendo en cuenta que no lleva una negativa puntual de los hechos que se alegan, puede observarse la dificultad para hallar los puntos precisos a resolver, esto es: los hechos controvertidos y el derecho aplicable.

Bilateralidad del amparo

En líneas generales hay coincidencia en la bilateralidad del amparo, lo cual supone que, como en todo proceso, el conflicto enfrenta dos posiciones distintas: una que sostiene la ilegalidad o ilegitimidad del acto o la amenaza; y otra que defiende la constitucionalidad de dicho comportamiento. De todos modos, el punto no es este, sino la *contenciosidad*, es decir, si existe o no controversia.

Es evidente la bilateralidad del amparo, si tenemos en cuenta los argumentos desenvueltos y la claridad con que la ley argentina federal se expresa cuando se refiere a la "demanda de amparo" (art. 6), a las "partes" (art. 9), al "accionado" (art. 10), y a otras situaciones procesales que demuestran la duplicidad de intereses y opiniones que el juez debe esclarecer, que el amparo es bilateral.

Lo que no está claro es la forma como se debe concretar la dualidad de posiciones, porque en el esquema clásico de la *litis contestatio* se espera que quien ejerce la pretensión contra otra persona y frente al Estado reciba la resistencia del demandado y delegue la responsabilidad de interpretar las conductas denunciadas en el juez de la causa.

Mientras que los ordenamientos amparistas con los que cuenta nuestro país no son coincidentes en la forma como se señala la "traba

de la litis", en algunos casos, como sucede con la Ley N° 16986, se pide un *informe circunstanciado*; en otros supuestos se requiere la *contestación de la demanda*, siendo diferentes las posibilidades de llevar a cabo ambos emplazamientos.

En el amparo no hay propiamente una contestación de demanda, sino la producción de un informe que es una requisitoria del juez para que el órgano o la persona denunciada ofrezca las explicaciones de su proceder, o fundamente las razones de su comportamiento u omisión lesiva, o, en su caso, de los motivos que originaron la sanción de un acto o resolución de carácter administrativo.

No es necesario que el sujeto pasivo conteste todos y cada uno de los hechos que porta la pretensión. Solo debe dar explicaciones, porque el informe circunstanciado que se pide es un "deber de informar" al Tribunal, no funciona como "carga procesal".

De este modo, el proceso se integra con fundamentaciones fácticas y jurídicas que no resultan propiamente "hechos controvertidos". Es verdad que la dualidad de posiciones existe, pero no es técnicamente –como se dijo– un proceso controvertido.

Claro está que en los hechos la producción del informe opera como una verdadera contestación de demanda, porque se puede ofrecer prueba e, incluso, introducir nuevos hechos que amplían el campo de conocimiento jurisdiccional.

Sin embargo, es preciso acordar un efecto común a las consecuencias que parten desde la producción del informe o su ausencia, porque se deben corresponder con lo que sucede cuando la contestación de la demanda es inexistente, deficiente o no cumpla con el deber de expedirse respecto a la autenticidad de la documentación acompañada.

Una de las alternativas que se puede dar tras el emplazamiento jurisdiccional resulta la breve información que efectúe el demandado. La respuesta simple, sin otros datos que los objetivamente comprobables o relatados en la pretensión no tiene consecuencias para quien así lo practica, precisamente, porque no está obligado a reconocer ni a negar los hechos manifestados en la demanda.

La norma procesal dice que "producido el informe o vencido el plazo otorgado sin su presentación, no habiendo prueba del accionante a tramitar, se dictará sentencia fundada dentro de las 48 horas, concediendo o denegando el amparo" (art. 8 tercer párr., Ley N° 16986).

De este modo, la respuesta formal, lacónica y concisa, o simplemente breve sin demasiados agregados, lo único que provoca es la apertura a prueba de las verificaciones que el actor quiera efectuar, y en su defecto, el paso inmediato a la sentencia.

Al tomar conocimiento de los hechos y de la documentación que refiera a ellos, el sujeto pasivo del amparo tiene el deber de dar a la jurisdicción su versión sobre ellos o la fundamentación que tenga para explicar sus actos u omisiones.

El deber que mencionamos puede tener consecuencias en orden a la calificación del comportamiento de la parte en el proceso, y en su caso, considerar a la conducta como una pauta probatoria de su escasa o nula razón para actuar (art. 163, inc. 5, párrafo final del CPCC).

De esta manera, la versión del demandado sobre los hechos no es una obligación procesal, sino un deber hacia la jurisdicción para que esta pueda resolver. El déficit que acuse el *informe circunstanciado* no tiene consecuencias procesales, porque el derecho de defensa en juicio es una facultad que se puede o no ejercer, pero deja al magistrado sin la posibilidad de atender la fundamentación clara y concreta del acto lesivo cuando ella no aporta "los antecedentes y los motivos de la medida impugnada".

La contestación del amparo sin ofrecimiento de prueba no determina sin más la admisión de la demanda. Justamente, si el emplazamiento no fuerza al contradictorio, tampoco se puede pensar que la omisión deliberada de prueba sea motivo bastante para eludir esta fase cuando el actor tenga verificaciones pendientes.

En cambio, si la prueba del actor consiste únicamente en la documental acompañada, y no ha mediado objeción con respecto a la autenticidad de los documentos privados agregados, el juez debe dictar sentencia dentro de las 48 horas de presentado el informe o de vencido el plazo para hacerlo.

Asimismo, la prueba ofrecida por el actor no constituye para el juez la obligación de proveerla, toda vez que conserva la facultad de estimar la producción de aquella que considere pertinente y conducente al debido esclarecimiento de la cuestión.

También puede suceder que el informe no se produzca por omisión o renuencia voluntaria de quien ha sido emplazado. De seguir la posición del informe como contestación de la demanda, los efectos

debieran ser aquellos que corresponden a la rebeldía (si el actor lo solicita), o a la incontestación (efectos procesales inmediatos).

La rebeldía supone lograr el reconocimiento de los hechos pertinentes y lícitos a que la demanda se refiere, pudiendo el juez omitir la etapa probatoria si con el material que cuenta lo considera suficiente para dictar sentencia sin más trámite. La incontestación produce similares efectos, salvando aquellos que corresponden a notificaciones a practicar o medidas cautelares subsiguientes.

En ambas situaciones, obrar con tal extensión sería *contra legem* en la medida que la ley no lo establece; sin embargo, los efectos pueden resultar sin necesidad de expresar concretamente tal declaración. Es decir, el informe circunstanciado no producido genera la obligación judicial de proveer la prueba del actor o, en su caso, de dictar sentencia inmediata.

El incumplimiento del deber de informar constituye una acción contraria para quien así actúa, de modo tal que, aun sin resultar una presunción en su contra, el acto se puede valorar como un obrar imprudente que manifiesta la falta de colaboración en la búsqueda de la verdad y una prueba contra sí mismo.

Claro que si la omisión del informe resulta de la falta de requerimiento, la consecuencia es clara: al violarse el principio de bilateralidad requerida, "la omisión del pedido de informes es causa de nulidad del proceso" (art. 8, Ley N° 16986).

Una última consideración. Si el informe se produce vencido el plazo acordado por el juez, y teniendo en cuenta la perentoriedad y caducidad automática de los tiempos procesales, no se podría aceptar una incorporación extemporánea del escrito llegado fuera de término.

La etapa probatoria

La prueba es una de las actividades esenciales en cualquier tipo de procesos. Se establece como carga de las partes para que confirmen o verifiquen sus afirmaciones. La particularidad que tiene en los procesos constitucionales consiste en que el acto lesivo, en muchas oportunidades, está documentado, lo cual, sumado a la restricción de conocimiento que al juez se le impone –por la naturaleza sumaria del procedimiento–, permite atravesar la etapa probatoria con la sola reunión de la prueba instrumental.

No obstante, los tipos de amparo pensados para la diversidad de hechos que conforman la inminencia de lesión, o aquellos que deben restituir el derecho agraviado (por ejemplo: las demandas contra el acto arbitrario o ilegítimo; contra el acto ilegal sea por irrazonable o por incurrir en una omisión ilegítima, a veces, se admite el amparo contra cierto tipo de omisiones diferentes a las anteriores; y finalmente, el amparo contra amenazas) requieren de actividades probatorias específicas, que por la brevedad y sencillez que el proceso establece obliga a una fuerte concentración de los actos.

Interesa en cada caso probar la lesión actual o inminente al derecho fundamental; pudiendo ofrecerse para ello únicamente los medios de prueba más precisos y contundentes para alcanzar la certidumbre buscada.

La prueba documental es, en consecuencia, la más importante, y debe acompañarse al tiempo de formular la demanda. Cuando no existen testimonios escritos, y la crisis provenga de vías de hecho, la prueba admisible para acreditar tales extremos tiene una gran discrecionalidad judicial, toda vez que existe una clara tendencia a eliminar la vía amparista cuando se requiere mayor debate y prueba.

La prueba en el proceso de amparo sufre la restricción propia de la modalidad breve y concentrada que tiene el trámite asignado. Esto supone que los medios de prueba que se ofrezcan deben ser puntuales y precisos con el fin que se persigue obtener de ellos.

Sin embargo, el proceso constitucional no tiene por qué autolimitarse si con ello sufre el derecho constitucional a la prueba, de modo tal que, aun a sabiendas que cada uno de los medios a producir tiene que ser específico, no impide que se pueda recurrir a testimonios de mayor complejidad si con ellos se procura una mayor fuerza convictiva.

Tomemos por ejemplo el caso de la absolución de posiciones a la cual tradicionalmente se la excluye por considerar que viene sustituida por el informe circunstanciado que se produce al responder a la demanda; o, con otros fundamentos, se dice que es una prueba inútil porque razones de economía procesal aconsejan no oír al funcionario que emite el acto cuestionado, dado que él responde a una escala de jerarquías en la cual la responsabilidad del Estado, como regla, termina en el de mayor rango.

De aceptarse la confesión podría lograrse, al menos, el testimonio relevante de una de las fuentes de producción del hecho o del derecho que viene aseverado como lesivo del derecho fundamental.

Lo mismo ocurre con la limitación del número de testigos, porque la celeridad que tiene el proceso como impronta no puede cercenar el derecho a probar con la amplitud que la crisis constitucional requiere para una mejor eficacia en la decisión definitiva a adoptar.

El restriccionismo clásico que tiene el juicio de amparo debiera replantearse en la prueba, como en tantos otros aspectos, fundamentalmente porque nuestro país no tiene una vía específica como remediar la amenaza o lesión de los derechos fundamentales del hombre, como tampoco existe un efectivo control de constitucionalidad a través de los medios o recursos procesales.

En otras legislaciones la etapa probatoria es contingente porque depende del ofrecimiento que las partes hayan realizado. Y aun ofrecida, el juez tiene facultades para ordenar o no la producción de la propuesta, resolver sobre aquella que considere impertinente, o disponer concretamente sobre las medidas que estime útiles y conducentes para obtener el esclarecimiento de los hechos.

El artículo 9 de la Ley N° 16986 sostiene que el juez "deberá" ordenar la producción probatoria cuando ella se hubiera propuesto por las partes, lo que a nuestro criterio no obsta a la aplicación de los deberes y facultades jurisdiccionales que tiene el magistrado tomados del Código Procesal (ley supletoria en el amparo) y, en ese fundamento, resolver el paso por la instancia probatoria si las ofrecidas no son superfluas o meramente dilatorias. La utilidad de la prueba es el parámetro a considerar.

La principal tarea del juez en el amparo es la concentración de los actos de prueba. Al no perder ninguna de las facultades procesales que cuenta en los juicios de conocimiento, ellas pueden ser actuadas.

La sentencia en el amparo

La sentencia en el amparo es uno de los capítulos más conflictivos, toda vez que sus principios, formas, efectos y particularidades dependen del sistema constitucional donde se articule.

En efecto, en los sistemas políticos no hay específicamente una sentencia. Existe una declaración sobre el precepto normativo que no puede catalogarse como decisión jurisdiccional, precisamente, porque el consejo no tiene esas funciones.

En los sistemas jurisdiccionales, también difiere porque es distinto el método aplicado en el control difuso respecto al concentrado, y las confusiones aumentan cuando se observa un modelo dual que aplica internamente metodologías de uno y otro sin unificarlas.

En líneas muy amplias, y a los fines de presentar el meollo del problema, podemos destacar que la sentencia debe resolver estos planteos:

Cuando el modelo es concentrado (Tribunales Constitucionales) el debate se sostiene acerca de si es jurisdiccional o no el pronunciamiento. Como tal, los alcances objetivos y subjetivos dependen de la consideración que reciba el carácter de la sentencia, pues si fuera interpretada como resolución que permita aplicar o inaplicar una norma, los efectos se reducen a la validez misma de la ley. En otros términos, no existiría una decisión para las partes sino para toda la sociedad respecto a la validez o ilegitimidad de una norma jurídica.

En los sistemas difusos, el tema de la bilateralidad del proceso lleva a posiciones opuestas. O se justifica la sentencia en los términos como se expide en un proceso común, haciendo verdad el precepto que el juez debe fallar según lo alegado y probado por las partes; o se permite al tribunal resolver la cuestión de constitucionalidad sin mediar petición expresa de las partes, con el fundamento de que los procesos constitucionales llevan implícita esta misión jurisdiccional.

México, como hemos dicho, tiene uno de los sistemas más amplios para el desarrollo del juicio de amparo; no obstante Juventino Castro sostiene que

> … los jueces y tribunales de amparo están revestidos de atributos apropiados para resolver las controversias constitucionales de su conocimiento exclusivo, pero dentro de un campo delimitado que no debe cubrirse parcialmente ni rebasarse al dictar sus sentencias. O sea: tienen una circunscripción respecto a lo que para ellos es "sentenciable".

El proceso constitucional en la jurisdicción difusa comienza a petición de parte, se desarrolla a expensas del interés manifestado y culmina con un pronunciamiento acotado a lo pedido y probado por

las partes. Evidentemente, la técnica dispuesta como la apreciación judicial del foco litigioso, queda sometido en el principio dispositivo, por el cual puede afirmarse que "el proceso es cosa de partes" y el juez resolverá *secundum allegata et probata*.

Aparece aquí un problema similar al de la jurisdicción concentrada: si la sentencia es un acto procesal, el proceso es su origen y solo las partes sus interesados. En consecuencia, la decisión solo a ellos afecta y el efecto no trasciende a terceros para no agraviar el derecho de defensa y la extensión natural de la cosa juzgada.

En cambio, cuando la sentencia se analiza como un acto institucional, donde anida el problema de la declaración de inconstitucionalidad con su probable interferencia en la actividad de los demás poderes, el tema necesariamente cambia sus fundamentos. Los modifica porque una cosa es pensar en el amparo como proceso y otra es analizarlo como la única vía que tiene el justiciable para remediar la amenaza o restricción a sus derechos constitucionales.

Si la mirada se pone en la eficacia de la función y en la perspectiva del derecho de amparo que habilita el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, no debieran crearse restricciones para que el control de legalidad pueda llevarse a cabo.

En nuestro país, esa debiera ser una conclusión lógica, sobre todo cuando se comprueba que el amparo es la única herramienta disponible para remediar la tutela eficaz e inmediata de los derechos fundamentales. No obstante, el amparo sepulta su ilusión garantista cuando se lo constriñe a superar numerosos requisitos de admisibilidad.

La cosa juzgada

Dos cuestiones deben estudiarse en este terreno: 1) El alcance de la sentencia a partes y terceros, y 2) El carácter definitivo o reeditable del proceso de amparo. Son, en definitiva, los efectos subjetivos y objetivos de la cosa juzgada.

En Argentina, el párrafo segundo del artículo 43 constitucional admite promover el proceso a personas distintas del afectado, apertura que puede tener lecturas distintas. Desde las amplísimas que ven afirmada en la frase "toda persona puede interponer acción expedita y

rápida de amparo" la instauración de una acción popular; hasta las más acotadas que coligen de la norma categorías específicas de la pretensión (amparos especiales) que obligarían a cada persona o grupo a acreditar su pertenencia para superar las vallas formales de la admisión procesal.

En el medio queda otra interpretación por la cual el amparo permitiría la defensa de los intereses a quienes no son sus titulares específicos del derecho subjetivo, habilitando una categoría nueva de legitimados con un alcance diferente en la cosa juzgada.

Es evidente, entonces, que reducir los efectos de la sentencia a quienes hayan sido partes, solo puede aplicarse allí donde los hechos estén debidamente identificados y los derechos individuales suficientemente esclarecidos. Pero, cuando las cuestiones exceden el marco de "lo subjetivo" y trascienden a "lo colectivo" las respuestas tradicionales aparecen insuficientes.

El alcance de la sentencia solo a quienes hayan sido partes en el proceso se complica cuando aquella se proyecta inevitablemente hacia otros. La generalidad que tiene se observa, por ejemplo, en los llamados amparos colectivos, donde la defensa jurisdiccional comprende, entre otros, la tutela de la salud pública; la conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y de la flora, y la protección del medio ambiente; la preservación del patrimonio cultural y de otros valores estéticos, etcétera.

En estos casos, la sentencia afecta a la sociedad y particularmente a la comunidad donde ocurren los hechos que se persiguen defender. Por ello, el alcance de la sentencia debe, necesariamente, trasvasar la malla de la subjetividad que supone el amparo tradicional y dar un resultado que satisfaga al conjunto.

La cosa juzgada exclusiva para las "justas partes" adolece de imprecisiones muy tangibles cuando se reduce a los legítimos contradictores, pues la legitimación para obrar, desde el primer momento, estaba expandida con tal suerte que las posibilidades de accionar de unos se proyectaban hacia otros, y con la misma intensidad, el beneficio de los interesados se aplica también al conjunto.

El gran interrogante está en los procesos que resultan con sentencia desfavorable, en la medida en que la cosa juzgada puede llevar un antecedente que limite la revisión jurisdiccional. Por tanto, es común en la legislación comparada resolver la siguiente ecuación: *cuando el*

proceso tiene sentencia favorable, la sentencia afecta y beneficia a todos; si la demanda se rechaza, solo alcanza efectos de "res judicata" *entre partes.*

La fisonomía del amparo colectivo se caracteriza en dos aspectos: la legitimación procesal y el alcance de la cosa juzgada. La primera porque habilita a cualquier habitante (toda persona, dice la Constitución Nacional) pretender la defensa de un derecho que pertenece a todos; y la segunda, porque lógicamente, la sentencia no puede afectar únicamente a un derecho individual, porque este no le corresponde exclusivamente.

En orden a la primera de las cuestiones, corresponde aclarar que el carácter colectivo que se asigna no responde a la simetría con el derecho colectivo, en razón de que el amparo puede promoverse en la defensa de estos derechos, que la Constitución los establece como de "incidencia colectiva", sin dejar de lado los que están incluidos en la dimensión tuitiva como derechos de pertenencia difusa.

Por eso es posible afirmar que es verdad que las acciones colectivas no deben necesariamente ser promovidas por sujetos colectivos, pudiendo perfectamente ser ejercitadas por individuos cotitulares de los intereses comunes, pues lo importante no es la calidad del sujeto activo sino la dimensión del interés deducido.

Algo similar sucede con la cosa juzgada, donde aparece la misma problemática que presenta definir la legitimación *ad causam* y *ad processum.*

Antes que nada conviene aclarar que, si bien la sentencia dictada en los procesos sumarísimos, de los cuales es tributario el juicio de amparo, no hace cosa juzgada material, es decir, que permite la reiteración del *thema decidendum* en un proceso de conocimiento amplio posterior; también, en cuanto sea materia de conflicto y ocupe plenitud probatoria, la *res judicata* tiene efectos definitivos e impide su reiteración, pues a este respecto no ha existido restricción ni límites en la apreciación y valoración judicial.

Por lo tanto, el motivo central que motiva esta explicación se asienta en la extensión de la sentencia a terceros y las probabilidades de otorgarle al pronunciamiento carácter definitivo.

En nuestra legislación constitucional, el artículo 18 declara inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, de donde se deduce –al menos como norma– que la cosa juzgada no puede

oponerse al que no ha tenido oportunidad de estar en el proceso, alegar, probar y, esencialmente, ejercer su derecho de defensa.

La regla *res inter allios judicata allius nec nocere prodesse potest* ("lo que haya sido juzgado entre dos personas no aprovecha ni perjudica a los terceros") se justifica por el hecho de que el juez no decide más que el litigio que le está sometido y no tiene ni la intervención ni el poder de resolver a través de disposiciones generales o reglamentarias.

Capítulo XV
Hábeas corpus

Objetivo del proceso

De acuerdo con la fisonomía acordada, y la interrelación que surge de las normas dispuestas, el hábeas corpus aparece regulado en tres dimensiones distintas:

a. como derecho de amparo contra la libertad personal;
b. como garantía específica a través del remedio de hábeas corpus; y
c. como instrumento de la tutela diferenciada que determina el tipo procedimental a regir y su compostura con las reglas del proceso debido.

El norte esencial lo marca la Constitución Nacional y, en escala descendente, los pactos y convenciones relacionados con la materia, la ley reglamentaria que perdura y la jurisprudencia internacional y local que interpreta las cláusulas de cada cuerpo normativo.

No obstante, es menester señalar que la regulación dispuesta podría diferir en el sistema federativo que orquesta nuestro país, al permitir ordenaciones particulares que pueden ampliar la extensión tuitiva pero nunca restringirla. Así lo indicó la última parte del artículo 1 de la Ley N° 23098: "no obstará a la aplicación de las Constituciones de provincia o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan más eficiente protección de los derechos a que se refiere esta ley".[1]

La entronización de la libertad como derecho esencial de la persona que no podrá alterarse ni aun en estado de sitio, tiene para el derecho nacional una consecuencia trascendente porque cambia el sentido jerárquico de las normas. Ya no ha de buscarse la garantía en el contenido implícito de los artículos 18 o 33, sino en el nivel expreso previsto especialmente por el artículo 43, párrafo final, todos de la Constitución Nacional.

1. Sagüés, Néstor Pedro, *Habeas corpus*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 123.

Ubicar en el tramo de las pertenencias del amparo a la garantía que el hábeas corpus promete significa admitir que la libertad física tiene una consideración axiológica que pondera en primer lugar este derecho. Pero como se adiciona a este enclave la dimensión tuitiva que proviene de los Tratados, Pactos y Convenciones sobre Derechos Humanos, la importancia es mayor, al generar un sistema de armonías que no podrá vulnerarse por razones de oportunidad o conveniencia.

Un ejemplo de ello lo darían las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en la especie, han sostenido que el hábeas corpus es un proceso constitucional que actuando como garantía de la libertad no puede suspenderse en tiempo alguno. El eslabón creado es muy sólido y fomenta el precepto creativo de una estructura normativa desde la Constitución y para la Constitución. Se motivan elementos para un auténtico código de garantías y para el correcto emplazamiento y función de la justicia.

Esta operatividad directa de los "nuevos derechos y garantías", que no necesita de leyes reglamentarias más que para esclarecer el ámbito donde y el modo como han de desarrollarse, instala acumulativamente la experiencia histórica del instituto, la razón de obrar en situaciones de emergencia, y la aceptación proveniente de culturas distintas que tienen a la libertad, la vida y el derecho a la integridad física reunidos en torno de la misma prioridad.

La unión entre el amparo "como género" y el hábeas corpus, proyectado desde la garantía constitucional del artículo 43, tiene afinidad con la naturaleza que persigue la tutela, esto es obtener de un juez competente el reconocimiento pleno de un derecho o garantía violado o amenazado por la autoridad pública o un sujeto particular.

Entre ambos procedimientos no hay más especialidad que la dimanante del bien litigioso tutelado;[2] pero en la tónica de las respectivas pretensiones, mientras el amparo previsto en el párrafo primero piensa en la protección de los derechos y garantías en general, incluida la libertad en sus vertientes diversas, el párrafo final concreta las correspondientes al hábeas corpus como garantía y como procedimiento.

2. Bertolino, Pedro, "Hábeas corpus", en AA. VV., *Tutela procesal de las libertades fundamentales*, Platense, 1988, p. 105 y ss.

El segundo orden que manifiesta el fenómeno constitucional muestra al hábeas corpus en terreno de los procesos de protección de los derechos del hombre. Es la "garantía específica" que tiene el individuo para proteger su derecho a la libertad, y, en su caso, a la defensa en juicio por medio de un proceso justo, equitativo e igualitario.

Es una garantía instrumental, es cierto, pero bosquejada en trazos genéricos que no admite interpretaciones disímiles que la desvirtúe, sea por legislaciones locales o en la disquisición que adopte una jurisprudencia determinada.

La localización otorgada sugiere su compromiso garantista como "derecho subjetivo público" a la libertad, pero esta asume connotaciones distintas, de modo tal que debemos acertar sobre cuáles son estos destinos protegidos.

El hábeas corpus en Argentina

La Ley N° 23098 reglamenta en Argentina el procedimiento para actuar en el proceso constitucional de hábeas corpus. A diferencia de otras leyes (como la de amparo) la norma se aplica en todo el territorio nacional, pese a que la reglamentación no obstaculiza la aplicación de las constituciones de provincia o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan más eficiente protección de los derechos de la libertad.

La aplicación de esta ley corresponderá a los tribunales nacionales o provinciales, según el acto denunciado como lesivo emane de autoridad nacional o provincial. Cuando el acto lesivo proceda de un particular, la competencia se determina por el lugar o la persona aunque la regla es flexible. Aclara la ley que si inicialmente se ignora la autoridad de quien emana el acto denunciado como lesivo, va a conocer en la causa cualquiera de aquellos tribunales, según las reglas que rigen su competencia territorial hasta establecer el presupuesto del párrafo anterior que determinará definitivamente el tribunal de aplicación.

En cuanto sigue hemos de comentar esta ley que orienta el sentido general del mentado proceso constitucional.

El procedimiento de hábeas corpus procede cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique: a) limitación o

amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente; b) agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere.

Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el artículo 23 de la Constitución argentina, el procedimiento podrá tender a comprobar, en el caso concreto:

a. la legitimidad de la declaración del estado de sitio;
b. la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio;
c. la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas;
d. el efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del artículo 23 de la Constitución referida.

La denuncia puede ser interpuesta por la persona que afirme encontrarse en las condiciones previstas por la ley o por cualquier otra en su favor.

Esta amplitud de legitimados puede reclamar por los derechos de una persona que se encuentra en alguna de estas condiciones:

a. libertad física lesionada, restringida, alterada o amenazada (detención ilegal o posibilidad de perder la libertad ambulatoria);
b. desaparición forzada de personas, por autoridades o individuos desconocidos y, obviamente, sin causa sabida por medios fehacientes;
c. condiciones carcelarias justas y apropiadas con la garantía del párrafo final del artículo 18 de la Constitución en cuanto refiere que

> ... las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

d. garantías procesales vinculadas con los incisos detallados precedentemente, en cuanto refiera al debido proceso, o a la rapidez y expeditividad con que debe resolverse cualquier situación relacionada con las personas privadas de su libertad.

Los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad, cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional.

Las sentencias que dicten los tribunales superiores en el procedimiento serán consideradas definitivas a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema. El recurso procederá en los casos y formas previstas por las leyes vigentes.

Reglas particulares

Cuando el acto denunciado como lesivo emane de autoridad nacional conocerán de los procedimientos de hábeas corpus:

a. en la Capital Federal los jueces de primera instancia en lo criminal de instrucción;
b. en territorio nacional o provincias los jueces de sección, según las reglas que rigen su competencia territorial.

La denuncia deberá contener:

a. nombre y domicilio real del denunciante;
b. nombre, domicilio real y demás datos personales conocidos de la persona en cuyo favor se denuncia;
c. autoridad de quien emana el acto denunciado como lesivo;
d. causa o pretexto del acto denunciado como lesivo en la medida del conocimiento del denunciante;
e. expresará además en qué consiste la ilegitimidad del acto.

Si el denunciante ignorase alguno de los requisitos contenidos, proporcionará los datos que mejor condujeran a su averiguación. La denuncia podrá ser formulada a cualquier hora del día por escrito u oralmente en acta ante el secretario del tribunal; en ambos casos se comprobará inmediatamente la identidad del denunciante y cuando ello no fuera posible, sin perjuicio de la prosecución del trámite, el tribunal arbitrará los medios necesarios a tal efecto.

El juez rechazará la denuncia que no se refiera a alguno de los casos previstos. Si se considerara incompetente así lo declarará. En ambos casos elevará de inmediato la resolución en consulta a la Cámara de Apelaciones, que decidirá a más tardar dentro de las 24 horas; si

confirmare la resolución de incompetencia remitirá los autos al juez que considere competente. Cuando el tribunal de primera instancia tenga su sede en distinta localidad que la Cámara de Apelaciones solo remitirá testimonio completo de lo actuado por el medio más rápido posible. La Cámara a su vez, si revoca la resolución, notificará por telegrama la decisión debiendo el juez continuar de inmediato el procedimiento. El juez no podrá rechazar la denuncia por defectos formales, proveyendo de inmediato las medidas necesarias para su subsanación, sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

Cuando se tratare de la privación de la libertad de una persona, formulada la denuncia el juez ordenará inmediatamente que la autoridad requerida, en su caso, presente ante él al detenido con un informe circunstanciado del motivo que funda la medida, la forma y condiciones en que se cumple si ha obrado por orden escrita de autoridad competente, caso en el cual deberá acompañarla, y si el detenido hubiese sido puesto a disposición de otra autoridad, a quién, por qué causa, y en qué oportunidad se efectuó la transferencia.

Si en su caso el problema versa sobre una amenaza actual de privación de la libertad de una persona el juez ordenará que la autoridad requerida presente el informe a que se refiere el párrafo anterior. Si se ignora la autoridad que detenta la persona privada de su libertad o de la cual emana el acto denunciado como lesivo, el juez librará la orden a los superiores jerárquicos de la dependencia que la denuncia indique. La orden se emitirá por escrito con expresión de fecha y hora salvo que el juez considere necesario constituirse personalmente en el lugar donde se encuentre el detenido, caso en el cual podrá emitirla oralmente, pero dejará constancia en acta.

Cuando un tribunal o juez de jurisdicción competente tenga conocimiento por prueba satisfactoria de que alguna persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento por funcionario de su dependencia o inferior administrativo, político o militar y que es de temerse que sea transportada fuera del territorio de su jurisdicción o que se le hará sufrir un perjuicio irreparable antes de que pueda ser socorrida por un auto de hábeas corpus, pueden expedirlo de oficio, ordenando a quien la detiene o a cualquier comisario, agente de policía u otro empleado, que tome a la persona detenida o amenazada y la traiga a su presencia para resolver lo que corresponda según derecho.

La autoridad requerida cumplirá la orden de inmediato o en el plazo que el juez determine de acuerdo con las circunstancias del caso. Si por un impedimento físico el detenido no pudiere ser llevado a presencia del juez, la autoridad requerida presentará en el mismo plazo un informe complementario sobre la causa que impide el cumplimiento de la orden, estimando el término en que podrá ser cumplida. El juez decidirá expresamente sobre el particular, pudiendo constituirse donde se encuentra el detenido si estimare necesario realizar alguna diligencia y aun autorizar a un familiar o persona de confianza para que lo vea en su presencia. Desde el conocimiento de la orden, el detenido quedará a disposición del juez que la emitió para la realización del procedimiento.

La orden implicará para la autoridad requerida citación a la audiencia prevista por el artículo 14 de la ley en comentario (audiencia oral), a la que podrá comparecer representada por un funcionario de la repartición debidamente autorizado, con derecho a asistencia letrada. Cuando el amparado no estuviere privado de su libertad el juez lo citará inmediatamente para la audiencia prevista en el mismo artículo, comunicándole que, en su ausencia, será representado por el defensor oficial.

El amparado podrá nombrar defensor o ejercer la defensa por sí mismo siempre que ello no perjudique su eficacia, caso en el cual se nombrará al defensor oficial.

En el procedimiento de hábeas corpus no será admitida ninguna recusación, pero en este momento el juez que se considere inhabilitado por temor de parcialidad así lo declarará, mandando cumplir la audiencia ante el juez que le sigue en turno o su subrogante legal, en su caso.

La audiencia se realizará en presencia de los citados que comparezcan. La persona que se encuentra privada de su libertad deberá estar siempre presente. La presencia del defensor oficial será obligatoria. La audiencia comenzará con la lectura de la denuncia y el informe. Luego el juez interrogará al amparado proveyendo en su caso a los exámenes que correspondan. Dará oportunidad para que se pronuncien la autoridad requerida y el amparado, personalmente o por intermedio de su asistente letrado o defensor.

Si de oficio o a pedido de alguno de los intervinientes se estima necesario la realización de diligencias probatorias, el juez determinará

su admisibilidad o rechazo de acuerdo con la utilidad o pertinencia al caso de que se trata.

La prueba se incorporará en el mismo acto y de no ser posible el juez ordenará las medidas necesarias para que se continúe la audiencia en un plazo que no exceda las 24 horas. Finalizada la recepción de la prueba se oirá a los intervinientes de acuerdo a lo previsto.

En la audiencia se labrará acta por el secretario, que deberá contener:

a. nombre del juez y los intervinientes;
b. mención de los actos que se desarrollaron en la audiencia, con indicación de nombre y domicilio de los peritos, intérpretes o testigos que concurrieron;
c. si se ofreció prueba, constancia de la admisión o rechazo y su fundamento sucinto;
d. cuando los intervinientes lo pidieran, resumen de la parte sustancial de la declaración o dictamen que haya de tenerse en cuenta;
e. día y hora de audiencia, firma del juez y secretario y de los intervinientes que lo quisieren hacer.

Terminada la audiencia, el juez dictará inmediatamente la decisión, que deberá contener:

a. día y hora de su emisión;
b. mención del acto denunciado como lesivo, de la autoridad que lo emitió y de la persona que lo sufre;
c. motivación de la decisión;
d. la parte resolutiva, que deberá versar sobre el rechazo de la denuncia o su acogimiento, caso en el cual se ordenará la inmediata libertad del detenido o la cesación del acto lesivo;
e. costas y sanciones que deban aplicarse;
f. la firma del juez.

Si se tuviere conocimiento de la probable comisión de un delito de acción pública, el juez mandará sacar los testimonios correspondientes haciendo entrega de ellos al Ministerio Público.

La decisión será leída inmediatamente por el juez ante los intervinientes y quedará notificada aunque alguno de ellos se hubiere alejado de la sala de audiencia. El defensor oficial que compareciere no podrá alejarse hasta la lectura de la decisión.

Contra la decisión podrá interponerse recurso de apelación para ante la Cámara en el plazo de 24 horas, por escrito u oralmente, en acta ante el secretario, pudiendo ser fundado. Podrán interponer recurso el amparado, su defensor, la autoridad requerida o su representante y el denunciante únicamente por la sanción o costas que se le hubieren impuesto, cuando la decisión les cause gravamen. El recurso procederá siempre con efecto suspensivo salvo en lo que respecta a la libertad de la persona que se hará efectiva. Contra la decisión que rechaza el recurso procede la queja ante la Cámara que resolverá dentro del plazo de 24 horas; si lo concede estará a su cargo el emplazamiento previsto en el primer párrafo del artículo siguiente.

Concedido el recurso, los intervinientes serán emplazados por el juez para que dentro de 24 horas comparezcan ante el superior, poniendo el detenido a su disposición. Si la Cámara tuviera su sede en otro lugar, emplazará a los intervinientes para el término que considere conveniente según la distancia.

En el término de emplazamiento los intervinientes podrán fundar el recurso y presentar escritos de mejoramiento de los fundamentos del recurso o la decisión. La Cámara podrá ordenar la renovación de la audiencia oral en lo pertinente, salvando el tribunal los errores u omisiones en que hubiere incurrido el juez de primera instancia.

Presentada la denuncia, se notificará al Ministerio Público por escrito u oralmente, dejando en este caso constancia en acta, quien tendrá en el procedimiento todos los derechos otorgados a los demás intervinientes, pero no será necesario citarlo o notificarlo para la realización de los actos posteriores. Podrá presentar las instancias que creyere convenientes y recurrir la decisión cualquiera sea el sentido de ella.

El denunciante podrá intervenir en el procedimiento con asistencia letrada y tendrá en él los derechos otorgados a los demás intervinientes.

Cuando la decisión acoja la denuncia, las costas del procedimiento serán a cargo del funcionario responsable del acto lesivo, salvo el caso del artículo 6, en que correrán por el orden causado. Cuando se rechace la denuncia, las costas estarán a cargo de quien las causó, salvo el caso de improcedencia manifiesta declarada en la decisión en que las soportará el denunciante o el amparado, o ambos solidariamente, según que la inconducta responda a la actividad de uno de ellos o de ambos a la vez.

Sanciones

El artículo 24 de la Ley N° 23098 (Procedimiento de hábeas corpus) que se resume, dice:

> Cuando la denuncia fuere maliciosa por ocultamiento o mendacidad declaradas en la decisión se impondrá al denunciante multa de [...] o arresto de uno (1) a cinco (5) días a cumplirse en la alcaldía del tribunal o en el establecimiento que el juez determine fijadas de acuerdo al grado de su inconducta.

El pronunciamiento podrá ser diferido por el juez expresamente cuando sea necesario realizar averiguaciones; en este caso el recurso se interpondrá una vez emitida la decisión, la que se notificará conforme a las disposiciones del Libro Primero, Título VI del Código de Procedimientos en materia penal.

La sanción de multa se ejecutará conforme lo prevé el Código Penal, pero su conversión se hará a razón de doscientos pesos argentinos de multa o fracción por cada día de arresto.

Los jueces y los funcionarios intervinientes que incurran injustificadamente en incumplimiento de los plazos que la ley prevé serán sancionados con la multa determinada según el párrafo anterior, sanción que aplicará el juez en la decisión cuando se tratare de funcionarios requeridos y el superior cuando se tratare de magistrados judiciales sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 45 de la Constitución Nacional.

Capítulo XVI
Hábeas data

Objetivo del proceso

La calidad de proceso constitucional del hábeas data resulta discutible cuando la configuración normativa de origen no es la Norma Fundamental. Se debe recordar que la consagración de esta garantía puede ser *autónoma* como en la Constitución de Brasil; derivada como *especie* tal como resulta en Argentina donde se cataloga como subtipo de amparo; o *subsidiaria* de otros procesos menos específicos pero de mayor cobertura como el recurso de protección chileno, la tutela colombiana o el amparo del Perú.

Brasil fue el primero en introducir el hábeas data en su Carta Constitucional, y otros lo han seguido. Y lo han hecho como figura autónoma. Pero en otros casos, como lo es la reforma argentina de 1994, existe como un subtipo de amparo. Es decir, en la Argentina no existe el hábeas data, sino el amparo en su vertiente protectora del dato. Pero pese a no existir, la doctrina de manera dominante y cierta jurisprudencia, aceptando este hecho, tienden a denominarlo como hábeas data, ya que de esta forma es más específico y más preciso en su protección.

En cada caso la originalidad latinoamericana muestra paralelos en la condición constitucional que tiene la figura, pues casi todos los países coinciden en darle un lugar al proceso dentro del capítulo de garantías procesales.

La diferencia con Europa es evidente; aquí la protección sobre los datos personales se toma de la tutela fundamental al derecho de intimidad, donde los Tribunales Constitucionales y los jueces comunitarios tienen una cobertura normativa amplia y completa desde las directivas de la Unión y la legislación específica de cada nación (donde se destaca España entre todas las demás).

Por su parte, Estados Unidos sigue la línea de sus enmiendas en materia de derechos subjetivos y colectivos prefiriendo las acciones individuales cubiertas por una ley que defiende la privacidad de los hogares y las personas.

La posición legal donde el hábeas data se instala no es una cuestión menor. Siguiendo el esquema enumerado se podría afirmar que América ha creado un "proceso constitucional" propio (autónomo) o derivado (como modalidad del amparo); Europa tiene derechos y deberes a partir de las leyes de tratamiento de datos personales y Estados Unidos, una acción especial que difiere en poco de las pretensiones destinadas a la defensa de la intimidad.

Ahora bien, esta línea de presentación no es simétrica con la eficacia que cada uno acredita. América no tiene hasta ahora una experiencia valiosa para mostrar; Estados Unidos ha evolucionado en la tutela de la privacidad sobre los datos pero es regresiva en otros aspectos, mientras Europa orienta desde la comunidad económica una potencia arrolladora de normas y resoluciones que persiguen más ideales que protecciones concretas o particulares.

Sobre esta base, la naturaleza jurídica del hábeas data no varía al ser siempre un proceso constitucional, aunque las reglamentaciones pueden cambiar los procedimientos. No cabe duda que Argentina tiene un proceso constitucional propio logrado desde la interpretación amplia del artículo 43 de la Constitución. Pero además, el capítulo VII de la Ley N° 25326 incorpora una "acción de protección de datos personales" que se aleja del modelo amparista, pese a que el artículo 37 declara aplicable el procedimiento de este proceso constitucional.

Interesa reafirmar la conclusión para evitar disquisiciones sobre la jerarquía que tiene, toda vez que es diferente la ubicación y el rango de garantía según se interprete nacida desde la Constitución, legislada por una ley procesal o reglamentada con independencia de su ubicación normativa. La explicación de García Belaúnde al respecto es ineludible por su claridad y precisión. El prestigioso autor peruano sostiene que

> … si el hábeas data no está expresamente consagrado en la Constitución no es un instituto procesal constitucional, ya que para que existan figuras procesales es necesario que la institución no sólo se destine a la defensa constitucional, sino que tenga una ubicación constitucional expresa […], pero puede ser que el derecho sea defendido por un hábeas data que no es creación constitucional, sino creación de una ley procesal cualquiera, de naturaleza más bien civil. Pues simplemente estaremos al frente de una institución de naturaleza civil que protegerá derechos fundamentales […], nada impide que una institución como es el hábeas data, nazca al

> margen de la Constitución y por ley expresa, si bien es cierto que estará destinada a la defensa de determinados derechos con rango constitucional. Existe otro problema y es el relacionado con la reglamentación del hábeas data, que interesa con independencia a su ubicación normativa. Esto es, aun cuando el hábeas data nazca directamente en la Constitución, cabe la pregunta de cómo tiene que regularse. Y al respecto caben cuatro posibilidades: a) que el hábeas data sea regulado dentro de un código procesal cualquiera; b) [...] que sea regulado dentro de una ley cualquiera; c) [...] que sea regulado por una ley especial, y d) [...] que sea regulado por un código especial sobre procesos constitucionales.[1]

Frente a la probable dificultad para evitar el origen de la base de datos, se ha previsto la participación del involucrado permitiendo que sea este quien defina la calidad del registro que le concierne. Este control le posibilita corregir el dato equívoco o inexacto; suprimir la información incorrecta y, aun resolver la transmisión del mismo. Claro está que para ello existe un derecho natural al acceso a la información que debe preferirse en la dispensa de tutela con el fin de evitar la evasión del mencionado derecho al control sobre la base de datos.

La potestad que referimos suele nominarse como "autodeterminación informativa", en el sentido de dispensar al hombre un derecho de administrar la información personal que le atañe, propiciando que controle los datos registrados y, en su caso, resuelva cuáles son aquellos que admite transmitir a terceros.

En síntesis, es una garantía básica de la persona decidir por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a su propia vida.

La posibilidad que se concede tiene dos facetas a cubrir. De un lado el mecanismo que cada país resuelva adoptar en orden al cumplimiento de principios y garantías de mínima, necesarios para definir un esquema procesal para la protección de datos personales; y en segundo lugar, quizás lo más importante, precisar qué se entiende por datos personales y bajo qué condiciones son estos protegidos.

1. García Belaúnde, Domingo, "El hábeas data y su configuración normativa (con algunas referencias a la Constitución peruana de 1993)", en Fix-Zamudio, Héctor, *Liber Amicorun*, vol. I, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, p. 234 y ss.

El derecho a la intimidad como género que caracteriza la defensa de la privacidad, del honor, la imagen, la reputación, la identidad, entre otros de los derechos que se protege, es el fundamento de la garantía que tutela el hábeas data.

Al ser *garantía*, es la herramienta procesal que la Constitución dispone para afianzar el cumplimiento de los derechos fundamentales; por eso, a partir del derecho de amparo creado por la Constitución Nacional, se perfila este proceso constitucional específico de protección a la persona agredida o amenazada por los bancos de datos que aprovechan la información personal que le concierne.

La calidad de los derechos a proteger le otorga esa base constitucional que torna al hábeas data como un instrumento procesal irremplazable e incondicionado.

En América, la fortaleza del proceso constitucional se mide por la finalidad a cumplir como un derecho fundamental que a todos corresponde. Es decir, la libertad de controlar los archivos que contienen datos personales y disponer sobre ellos el destino de la información que utilizan, permite extender la figura a personas físicas e ideales, sin acotar la tutela al derecho consagrado en Europa como "autodeterminación informativa" que solo se interpreta como un derecho humano.

Datos que se custodian

¿Qué es un dato? La pregunta constituye el punto de partida para reconocer la preocupación constitucional y la pretensión objetiva que trae la garantía creada. El dato es una referencia. Puede ser descriptivo, indicador, dar una pauta, pero no se vincula a la información mientras el conocimiento no se transmita. Igual sucede con las noticias o las investigaciones. Afirma Puccinelli que

> … el vocablo "dato" se refiere a un elemento circunscripto y aislado (*v. gr.* nombre o nacionalidad), que no alcanza a tener el carácter de información, pues para que se transforme en ella se requiere la interconexión de esos datos de manera que, vinculados, se conviertan en una referencia concreta (*v. gr.* nombre y nacionalidad).[2]

2. Puccinelli, Oscar Raúl, "El hábeas data en Indoiberoamérica", en AA. VV., *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 187 y ss.

La misma voz "dato" es anfibológica: define varias cosas y mantiene incertidumbre. Por lo general muestra una característica parcial que se utiliza como indicio o fuente. El dato tiene referencia en algo o alguien, igual que la información. Sin embargo difieren.

El dato puede ser la representación de hechos, conceptos o instrucciones bajo una forma adaptada a la comunicación, a la interpretación o al tratamiento por seres humanos o máquinas; mientras que "informaciones" son aquellos datos que se toman para referirlos dentro de un contexto dado. Asimismo se interpreta por "sistemas de información", los ordenadores, instalaciones de comunicación y redes de ordenadores y de comunicación, así como los datos e informaciones que permiten conservar, tratar, extraer o transmitir, incluidos los programas, especificaciones y procedimientos destinados a su funcionamiento, utilización y mantenimiento.

Los datos de alguien son personales y tienen el derecho a la reserva y confidencialidad o a la cobertura mayor de la libertad de intimidad. Por su parte, el derecho a la información es una garantía de las sociedades libres y democráticas, lo cual supone no poner trabas a sus mecanismos de expresión y difusión.

Entre ellos impacta el fenómeno informático que toma los datos como fuentes de información para darles un uso determinado. El ejercicio dinámico del registro para actividades diferentes (*v. gr.* comercio electrónico o *e-commerce*); la transferencia de datos por medios de comunicación que no reconocen fronteras; la comunicación a través de redes, etcétera, muestra sin dificultades de qué manera la sociedad convierte en públicas las acciones privadas y, por ello mismo, la necesidad de encontrar un límite natural a esta invasión impensada en la intimidad de las personas. Hay que diferenciar estos tres conceptos, ya que, como dice Davara Rodríguez:

> … aunque es evidente que tratan distintas cuestiones, tienen una incidencia grande en el momento de analizar cualquier normativa sobre protección de datos. Si entendemos por dato el antecedente o noticia cierta que sirve de punto de partida para la investigación de la verdad y aceptamos que ese dato se encuentra en un documento o soporte –físico o lógico– con la calidad de testimonio, debemos distinguirlo de información, entendiendo por tal la acción de informar o dar noticia de alguna cosa. El dato es difícil que, por sí solo, pueda tener una incidencia

grande o grave en la llamada privacidad. Esto es, mientras el dato no resuelva una consulta determinada, no sirva a un fin, no dé respuestas o no oriente la posible solución a un problema, es el antecedente o punto de partida para la investigación de la verdad; pero, en el momento en que ese mismo dato da respuesta a una consulta determinada, o sirve a un fin, o se utiliza para orientar la solución de un problema, se ha convertido en información. En este sentido se expresa el apartado primero de la exposición de motivos de la ley española de protección de datos, indicando que: "… el conocimiento ordenado de esos datos (los de carácter personal) puede dibujar un determinado perfil de la persona, o configurar una determinada reputación o fama que es, en definitiva, expresión del honor, y este perfil, sin duda, puede resultar luego valorado, favorable o desfavorablemente, para las más diversas actividades públicas o privadas, como pueden ser la obtención de un empleo, la concesión de un préstamo o la admisión en determinados colectivos".[3]

El que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos protegidos son todos aquellos que identifican o permiten, al combinarlos, obtener un perfil individual del que se extraen conclusiones sobre ideología, raza, hábitos o costumbres de tipo sexual, actividades y desenvolvimiento económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituye una amenaza personal.

Se consideran datos personales:

- Nombre y apellidos, fecha de nacimiento
- Número de teléfono, dirección postal y electrónica
- Datos biométricos (huellas, iris, datos genéticos, imagen, raza, voz, etc.)
- Datos sanitarios (enfermedades, cirugías, intervenciones quirúrgicas, etc.)
- Orientación sexual
- Ideología, creencias religiosas, afiliación sindical, estado civil
- Datos económicos: bancarios, solvencia, compras, consumos (agua, gas, electricidad, teléfono…) suscripciones prensa, etc.
- Datos judiciales (antecedentes penales)

3. Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *La protección de datos en Europa*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1998, p. 34.

La breve descripción de relaciones entre información, dato y uso informático, releva de alguna manera cuál es la actividad que se piensa establecer para los jueces. La idea sugiere interpretar que el hábeas data tiende a dejar en manos del juez la información referida a una persona contenida en un soporte convencional o mecánico (base o banco de datos), para que pueda ordenar sobre su uso y destino.

En síntesis: *que el juez tenga los registros, o los datos, significa hábeas data.*

Luego, la función tuitiva abarca el control sobre las bases de datos (cumplimiento de principios mínimos para su constitución y funcionamiento); la estimación acerca de cuándo un dato debe ser protegido en el sentido de las acciones que el hábeas data recibe (acceso a los archivos, confidencialidad del dato o rectificación o supresión del mismo); la tarea de supervisar, a pedido de parte interesada, la forma como se recolectan los datos y el tratamiento que a ellos se asigna, donde aparecen otras manifestaciones como la cesión y las responsabilidades emergentes.

Datos sensibles

Dato sensible, según la ley argentina (art. 2, Ley N° 25326), es el dato personal que revela origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

El artículo 7 de la Ley N° 25326 establece una categoría de datos con reglas especiales:

> a) Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles.
> b) Los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares.
> c) Queda prohibida la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles. Sin perjuicio de ello, la Iglesia Católica, las asociaciones religiosas y las organizaciones políticas y sindicales podrán llevar un registro de sus miembros.
> d) Los datos relativos a antecedentes penales o contravencionales sólo pueden ser objeto de tratamiento por parte de las autoridades públicas competentes, en el marco de las leyes y reglamentaciones respectivas.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como testigo de reglamentos que también asumen la definición, se dice que son datos sensibles los mismos que señala la ley nacional, con el agregado que la protección se concede también a cualquier otro dato que pueda producir, por su naturaleza o su contexto, algún trato discriminatorio al titular de ellos (art. 3, Ley N° 1845).

Para sumar opiniones asimétricas, Colombia nada dispone sobre el dato sensible, pues la ley estatutaria divide entre:

a. *dato público*, que es el dato calificado como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución política y todos aquellos que no sean semiprivados o privados, de conformidad con la norma. De allí que son públicos, entre otros, los datos contenidos en documentos públicos, sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidos a reserva y los relativos al estado civil de las personas;
b. *dato semiprivado*, que es que no tiene naturaleza íntima, reservada, ni pública y cuyo conocimiento o divulgación puede interesar no solo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general, como el dato financiero y crediticio de actividad comercial o de servicios a que se refiere el Título IV de la presente ley; y
c. el *dato privado*, que por su naturaleza íntima o reservada solo es relevante para el titular.

Como se observa, el dato sensible se toma de acuerdo con un factor acordado (ideología, raza, privacidad, vida social y cultural, etcétera) pero no se define con precisión el significado aunque se otorgue dimensión en la órbita de cada situación a remediar.

Dicho esto, hay que advertir que poco importa saber cuándo existe un dato sensible si con él no hay afectaciones directas o indirectas en la persona concernida. Por el caso, un hombre o mujer de raza negra poco podrían ocultar su origen y, en realidad, sería intrascendente; pero si el dato se asume como un presupuesto para la desigualdad o la discriminación, evidentemente el correctivo es necesario.

De allí que la naturaleza del dato personal sea importante para resolver cuándo se puede tomar conocimiento de información individual, y cuándo el sujeto puede ocultar de la pesquisa el aporte de datos que por su propiedad secreta y confidencial quiera mantener oculta.

En Argentina se releva el caso de una persona de 40 años que, siendo portadora de HIV por mantener relaciones sexuales con otra portadora del virus, al ingresar a trabajar en una sucursal de Citibank Argentina –donde ganó muchos premios como ejecutivo de cuentas, y logró varios ascensos en poco tiempo–, fue despedida al enterarse la empresa de que era portadora de HIV. Las amenazas y el hostigamiento para lograr que renuncie se sumaron a la denuncia de que al ingresar al trabajo no había informado al departamento de personal sobre sus padecimientos de salud. La demanda, que se inició por discriminación laboral y fue favorable, estableció que no tenía deber de proporcionar información que fuera sensible.[4]

Los datos sensibles deben ser puestos en el ámbito de la dignidad personal; su información depende del consentimiento expreso del titular, y el orden de preferencia que las leyes le asignen puede variar la categoría donde se los instale. En líneas generales, son de "categoría especial" con un régimen más estricto que el que tienen los demás datos personales.

La clasificación depende de la disponibilidad y de la necesidad de formar archivos personales con datos de dicho carácter especial. La categorización no incide en la definición que comprenda la idea de prohibir la recolección y tratamiento de esta categoría de datos, porque se trata nada más que observar el énfasis de alguna información sensible sobre otra u otras; por ejemplo, sería más importante proteger el secreto del dato sobre costumbres sexuales antes que el dato revelador de una creencia religiosa; o bien, preferir acentuar la tutela en la información que puede ocasionar discriminación de la persona en lugar de aquella que se puede ocultar sin mayor relevancia.

En cualquier caso, los datos sensibles pertenecen a una categoría única que atiende esencialmente el derecho a la privacidad personal; son informaciones que afectan la esfera máxima de intimidad y que merecen un tratamiento particular.

La Directiva 95/46 CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al

4. Ver el caso "Meichtri, Marcos Jesús c/ Citibank NA s/ Daños y perjuicios" (Expte. N° 98461/2004).

tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, establece en el primer inciso del artículo 8:

> 1. Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad.

La enumeración de cuáles son puede llevar a un *numerus clausus* peligroso, porque no es pertinente establecer qué datos deben protegerse de acuerdo con su propia naturaleza o por el carácter secreto o confidencial que tengan, sin observar el ámbito concreto de su aplicación.

En cambio, se prohíbe expresamente la difusión de datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual, que solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.

La Ley argentina dice que quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual. Esto supone que si un dato considerado neutro o irrelevante, al ser utilizado se convierte en un elemento agresor de la intimidad o privacidad de la persona, ese dato se torna sensible por sus efectos.

Datos públicos y privados

La dualidad entre dato público (expuesto) y privado (secreto y/o confidencial) presenta la misma diatriba entre aquello que el público tiene derecho a conocer y lo que el hombre tiene derecho a conservar para sí mismo. Derecho a la información versus derecho a la privacidad son términos aparentemente contrapuestos en esta presentación.

Por otra parte, la intimidad personal antaño considerada como "el derecho a estar en soledad", permite inferir un término donde las acciones particulares obran determinantes para esa posibilidad de aislamiento, porque si es la misma persona quien ocasiona la publicidad de sus actitudes y comportamientos, puede existir una provocación a la exposición pública.

Al menos, la notoriedad, fama o el reconocimiento general, significa que respecto a ese alguien la gente conoce más, lo cual no autoriza a invadir la esfera de secreto, reserva o intimidad que el hombre público quiera preservar. El problema será si lo puede conseguir.

Pongamos como ejemplo la noticia de la internación de Diego Maradona en Cuba, en la cual la prensa efectuó un pormenorizado relato de las adicciones padecidas y el tratamiento que se aplicó. Evidentemente, una demanda eventual contra los medios de comunicación podría ser posible por la intromisión y divulgación de las acciones personales tomadas por el conocido futbolista, pero nunca sería factible por difamación, porque en los hechos que estudiamos importa más la exposición abierta de hechos privados de la persona pública que la veracidad de la información ofrecida.

Ahora bien, este caso es un supuesto de invasión a la privacidad, pero ¿cómo se aplica el principio respecto a datos personales?

Es necesario advertir que la persona pública, *lato sensu*, tiene un historial más conocido que las personas comunes. Se sabe y conocen detalles de su vida, sus actos, circunstancias caracterizadoras, etcétera. Es probable que cada uno de estos comportamientos se encuentre guardado en un archivo periodístico (que es, en definitiva, una base de datos).

Sobre esta base hipotética, ¿qué diferencia existe entre la noticia que versa sobre aspectos clínicos del tratamiento de Maradona, respecto a otro interno por similares adicciones? Parece claro que la exposición de uno (la fama) trasciende más que la del ignoto, aunque le afectación sea idéntica en el grado de bochorno que produzca la invasión a información tan sensible.

Por eso, sostener que existe un *dato público* cuando la persona *es pública* compromete seriamente la tutela prevista para el tratamiento de informaciones sobre la vida personal. De igual modo, no se podría afirmar que el *dato es privado* cuando la persona es común y su grado de exposición pública sea mínimo.

En ambos casos, la defensa de la intimidad es la misma, y el derecho a proteger los datos personales no cambia.

> Observado desde otro punto de vista, suele transportarse el problema a la distinción entre información pública e información privada. En efecto, la información pública sería aquella que es de público conocimiento. La privada, por el contrario, es la que permanece constreñida a la intimidad

> de las personas o al conocimiento de un círculo de personas limitado. El conocimiento de la información podría ser un criterio de delimitación de la información pública, dice Sánchez de Diego, pero a su vez, establecer el grado necesario para que una información sea calificada como pública presenta innumerables dificultades [...]. Se puede variar el enfoque y considerar que no son tan importantes los indicadores cuantitativos como cualitativos. En este sentido una información sería pública cuando se tiene conocimiento de ella por personas ajenas al origen de la información o cuando es de fácil adquisición o está a disposición del público. En definitiva, establecer un nivel de conocimiento público que determine con claridad cuando una información es pública es sumamente dificultoso. Lo cierto es que cuando un hecho es de conocimiento público, más que información pública se trata de *información publicada*. Y que, sin lugar a dudas, una información puede considerarse publicada cuando ha sido difundida por los medios de comunicación social.[5]

No obstante, una variable es considerar que existen *datos públicos* cuando la fuente de información es de fácil acceso; y *datos privados* cuando el sondeo tiene carácter confidencial o secreto.

Archivos y bases de datos

En la práctica no suelen clasificarse los tipos de archivos (manuales o informáticos), porque se pretende resolver la aplicación de los principios fundamentales de la denominada "libertad informática" sobre la calidad del dato que se guarda o transmite. A partir de allí se deriva su relación con el derecho a la intimidad y otras reglas y principios que se aplican a quienes trabajan sobre datos de las personas físicas y jurídicas.

No obstante la idea común es proteger la información que se resguarda en documentos informáticos, que pueden ser compilados en archivos, registros, bases o banco de datos. Las leyes suelen dar sinonimia a los conceptos, pero ellos son diferentes.

Archivar es guardar papeles o documentos en un *archivo*; y archivo significa el lugar donde se resguardan cosas importantes o curiosas. En otro sentido, pero vinculado, se dice de quien conserva secretos o intimidades que se le confían. Un archivo es la base general (*v. gr.* Ar-

5. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Hábeas Data. Protección de datos personales. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2011, 2ª ed. ampliada y reformada, p. 344.

chivo Histórico de la Nación), que puede abrir archivos menores que suelen registrar información clasificada.

Registrar es transcribir en los libros de un registro público las resoluciones de la autoridad o los actos jurídicos de los particulares. Se registra cuando se dejan señales de identificación de un lugar, cosa o personas.

Un *registro* es el libro en donde se apuntan datos o noticias, y tiene una diversidad de manifestaciones (*v. gr.* Registro Civil, Registro de la propiedad inmobiliaria, Registro de la propiedad intelectual, Registro de la propiedad industrial, entre otros). También constituyen *registros* las anotaciones informáticas que se incluyen en un soporte mecánico, y son las piezas que fundan los bancos de datos. Un registro puede formar parte de un archivo e integrar en su compilado observaciones o anotaciones puntuales.

Las *bases y bancos de datos* son el conjunto organizado de informaciones que han sido objeto de "tratamiento" o *datamining* ("minería" o "exploración" de datos), que permite realizar entrecruzamientos y prospecciones para interpretar los datos almacenados.

Estos son fragmentaciones de los registros y partes inferiores de un archivo. Por ejemplo: el mencionado Archivo Histórico puede tener "registros" por años, y bases que informan lo hecho por cada prócer dentro del período que se investiga.

Los *bancos de datos* son fuentes de información independiente. A ellos se recurre cuando se quiere comenzar a formar el archivo. Por ejemplo, si se desea implementar el Archivo Histórico, se recurre a los bancos de información sobre hechos, personas, acontecimientos, etcétera, que pueden estar en uno o varios bancos, y en un solo lugar o en varios, locales o transfronterizos.

Finalmente, se denomina como "tratamiento" a las operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permiten almacenar, grabar, elaborar, modificar, resguardar, disociar y eliminar datos de carácter personal, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

El artículo 2 de la Ley Nº 25326 define como "Tratamiento de datos":

> ... operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción y en general el

procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias.

Se puede observar que cuando se habla de protección de los datos, inmediatamente aparece la necesidad de dar seguridad a las personas que están contenidas en cualquiera de esas modalidades de anotación, con el fin de evitar invasiones en la intimidad de ellas.

La defensa de la privacidad tiende a instalar reglas y principios en la formación de los bancos de datos. Asimismo, se restringe la interconexión de registros, con el fin de anular la manipulación informativa que no tiene el consentimiento anterior del afectado.

La realidad de los registros evidencia que no todos tienen finalidades informativas, es decir, que sean transmisibles a terceros. Esta característica, en consecuencia, lleva a resolver cuál es la protección que la persona ostenta: si lo es para evitar que el archivo ingrese sus datos y con esa incorporación afecte, probablemente, la privacidad; o en su caso, si la tutela se vincula a la reserva y confidencialidad (y eventual supresión) que los datos deben conservar, evitando que se concrete una hipotética transferencia que violente la intimidad de la persona al hacer públicas sus características.

En los hechos, ambas son las actitudes defensivas que tiene un individuo. Solo que una vía se concreta desde la ley de protección de datos y la otra, a través del hábeas data y sus posibilidades concretas de demanda (*v. gr.* acceso, actualización, rectificación, confidencialidad, reserva o cancelación).

Límites y alcances del proceso

El fenómeno actual del *tratamiento de datos* debe ser analizado en consonancia con el tiempo en que transcurre y avizorando el futuro que nos llega, pues el derecho comparado del que se dispone en nuestros días probablemente está adecuado a circunstancias y necesidades de cada lugar, las cuales, proyectadas en otras sociedades, pueden ocasionar una modificación o una interpretación distinta a las reglas y valores del derecho.

En este sentido, es evidente que la era de las comunicaciones que se avecina y constituye hoy una realidad palpable, transforma algunos conceptos y derechos fundamentales. Por ejemplo, la noción de privacidad

a la que tanto espacio dedicamos en los capítulos precedentes, donde la idea de estar solos afinca el derecho individual, personalista y de profundo contenido singular (como derecho de propiedad), es evidente que torna hacia otra inteligencia, por la cual, ese mismo derecho a la soledad se refiere al libre desenvolvimiento de la persona en sus esferas privadas (propia y familiar) y públicas (actuación social y profesional).

Es el cambio que obliga a adecuar las normas y principios fundamentales. No para variar su finalidad, sino para darles posibilidad de eficacia evitando declamaciones que no puedan ser realidades.

En consecuencia, pensar que se podrá evitar que alguien pueda inmiscuirse desde la informática en el ámbito de lo personal, cuando la práctica cotidiana nos lleva a vivir en una sociedad plenamente informatizada, parece una utopía; sin embargo esto no impide que se formulen reglas y principios que lleven a la convivencia armónica entre la persona y los medios y, en definitiva, a obrar con sentido preventivo antes que reparador.

Nos parece que la regulación constitucional del hábeas data tiene dicho sentido garantista que actúa *ex post facto*, cuando la sensación de seguridad debe partir antes de que el conflicto suceda; razón por la cual, la garantía procesal necesita de una ley de protección de datos que tenga en cuenta lo trabajado en convenciones y tratados internacionales y las idiosincrasias particulares.

En esta materia, la tutela de la intimidad amenazada o violada por el uso de datos personales, no tiene en las normas constitucionales respuestas suficientes. La dignidad humana puede instalarse como punto de partida, para ocupar derechos como la identidad, el honor, la imagen, la reputación personal y el derecho a que la vida privada no sea alterada por invasiones informáticas no queridas.

Cuando el consentimiento para el uso de los datos no sea manifiesto, el principio a rescatar será el denominado por otras legislaciones como "autodeterminación informativa", base del proceso de hábeas data que facilita el acceso al banco de datos y permite formular las pretensiones consecuentes.

Con esta plataforma, ensanchada por la tutela amplia al derecho de intimidad, la persona ha de promover sus derechos a la información (a saber si está en la base de datos y para qué fines fue almacenado); a la privacidad (persiguiendo la eliminación de fastidios directos o indirectos a su vida familiar y personal); a exigir que

los datos consignados sean fehacientes y veraces; y a ejercer un control activo sobre los archivos que le conciernen.

La implementación de bancos de datos con archivos personales es un fenómeno difícil de impedir, de modo tal que, al menos, deben fijarse límites legales para su operatividad. El primer aspecto a considerar es la creación del archivo, y el potencial control que sobre él se puede ejercer.

El segundo, ha de establecer las reglas para autorizar su funcionamiento y fijar los derechos que tengan las personas para acceder y conocer las finalidades que tiene el almacenamiento de sus datos.

El tercer problema se refiere a los principios que debe respetar el banco de datos para la guarda, recuperación, conservación, secreto y seguridad de la información que contiene.

Cada ordenamiento legal tiene definiciones y preferencias sobre la interpretación de cuáles son los principios especiales que debe tener una ley de protección de datos, pero todos coinciden en señalarlos con el rótulo general de "principio de calidad", al que más adelante nos referiremos.

Asimismo, cualquiera sea el archivo, debe cumplimentar que los datos almacenados sean exactos y veraces, que tengan el consentimiento de la persona concernida y que sea esta suficientemente informada de cuanto significa encontrarse en esa base.

Cuando se trata de los llamados datos sensibles, se ha de resguardar una protección especial y segura, mientras que la transmisión de datos hacia terceros, en el orden local o transfronterizo, debe encontrar modalidades aplicables.

El principio general de "calidad de los datos"

Cuando el impacto informático comenzó a verse como un mecanismo de penetración en la intimidad personal mediante la afectación de datos personales, se promovieron reglas "mínimas" que, bajo el concepto general de exigencia global en la "calidad de los datos", diseñaron principios básicos a resguardar.

De este modo, se entiende al principio general de "calidad de los datos" como un bloque donde residen derechos mínimos que las legislaciones locales pueden ampliar, pero nunca restringir.

Un modelo de cuanto referimos son los principios elaborados por la Asamblea General de Naciones Unidas adoptados en la Resolución

N° 45/95 del 14 de diciembre de 1990. En esta se resuelven como exigencias "de mínima" los principios siguientes:

a. *Principio de la licitud y lealtad*: la información relativa a las personas no se debería recoger ni elaborar mediante procedimientos desleales o ilícitos, ni utilizarse con fines contrarios a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.
b. *Principio de exactitud:* Las personas encargadas de la creación de un fichero o de su funcionamiento deberían tener la obligación de verificar la exactitud y pertinencia de los datos registrados y cerciorarse de que siguen siendo lo más completos posible a fin de evitar los errores por omisión, y de que se actualicen periódicamente o cuando se utilice información contenida en un expediente, mientras se estén procesando.
c. *Principio de finalidad:* La finalidad de un fichero y su utilización en función de aquella deberían especificarse y justificarse y, en el momento de su creación, ser objeto de una medida de publicidad o ponerse en conocimiento de la persona interesada, a fin de que ulteriormente sea posible asegurarse de que: i) todos los datos personales reunidos y registrados siguen siendo pertinentes a la finalidad perseguida; ii) ninguno de esos datos personales sea utilizado o revelado sin el consentimiento de la persona interesada, con un propósito incompatible con el que se haya especificado; iii) el período de conservación de los datos personales no excede del necesario para alcanzar la finalidad con que se han registrado.
d. *Principio de acceso de la persona interesada:* Toda persona que demuestre su identidad tiene derecho a saber si se está procesando información que le concierne, a conseguir una comunicación inteligible de ella sin demoras o gastos excesivos, a obtener las rectificaciones o supresiones adecuadas cuando los registros sean ilícitos, injustificados o inexactos y, cuando esta información sea comunicada, a conocer los destinatarios. Debería preverse una vía de recurso, en su caso, ante la autoridad encargada del control o darse una vía judicial específica para el reclamo.
   En caso de rectificación, el costo debería sufragarlo el responsable del fichero. Es conveniente que las disposiciones de este

principio se apliquen a todas las personas, cualquiera que sea su nacionalidad o su residencia.

e. *Principio de no discriminación:* No debieran registrarse datos que puedan originar una discriminación ilícita o arbitraria, en particular información sobre el origen racial o étnico, color, vida sexual, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o de otro tipo, o sobre la participación en una asociación o la afiliación a un sindicato.

f. *Principio de seguridad:* Se deberían adoptar medidas apropiadas para proteger los ficheros contra los riesgos naturales, como la pérdida accidental o la destrucción por siniestro, y contra los riesgos humanos, como el acceso sin autorización, la utilización encubierta de datos o la contaminación por virus informático.

En Argentina, el principio de calidad de los datos se presenta en el artículo 4 de la Ley N° 25326, que dice:

> 1. Los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para las que se hubieren obtenido.
> 2. La recolección de datos no podrá hacerse por medios desleales, fraudulentos o en forma contraria a las disposiciones de la presente ley.
> 3. Los datos objeto de tratamiento no pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención.
> 4. Los datos serán exactos y deben actualizarse en el caso que ello fuere necesario.
> 5. Los datos total o parcialmente inexactos, o que sean incompletos, deben ser cancelados y sustituidos, o en su caso completados, por el responsable del archivo o base de datos cuando se tenga conocimiento de la inexactitud o carácter incompleto de la información de que se trate, sin perjuicio de los derechos del titular establecidos en el artículo 16 de la presente ley.
> 6. Los datos deben ser almacenados de modo que permitan el ejercicio del derecho de acceso de su titular.
> 7. Los datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recabados.

La ley española califica como adecuados y pertinentes los datos que se almacenan respondiendo a la finalidad y ámbito del fichero, agregando que tampoco podrán ser excesivos en relación con la causa explícita y legítima para las que se hayan obtenido.

Por citar algún ejemplo opuesto, Colombia entiende a la calidad dentro del principio de veracidad del dato, argumentando que así se interpreta la información contenida en los bancos de datos que debe ser cierta, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Se prohíbe el registro y divulgación de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error.

Ahora bien, para comprender el sistema de principios es menester aclarar las dos facetas que se ponderan. Por un lado, los principios comprendidos en la dimensión de los deberes que tiene que cumplir todo banco o base de datos que contiene información privilegiada referida a una persona; y por otro, los principios que se tienen que desplegar para que la persona concernida tenga derecho de acceso (saber si está en los archivos) y control (consentir o negar la actividad que se tiene con sus datos personales y, en su caso, resolver con ellos actualizar, suprimir o dar en confidencialidad).

Ambos, en forma conjunta pero al mismo tiempo con independencia, conforman el principio de calidad de los datos. Por este principio se establecen algunas reglas básicas:

a. Licitud en la recolección de datos.
b. Buena fe en la búsqueda de información, como en las etapas sucesivas de almacenamiento, tratamiento, interconexión, cesión y transferencia.
c. Lealtad hacia la persona que resulta concernida.
d. Participación del individuo en la incorporación al banco de datos (cuando fuese pertinente requerir autorización y consentimiento para tomar sus datos personales).
e. Exclusión inmediata de los datos sensibles.

Cada uno tiene un requisito particular a cumplir, y en conjunto representa la justificación del archivo contra eventuales acciones que le atribuya abuso o intromisiones ilegítimas.

Autonomía del proceso constitucional

La autonomía del hábeas data como proceso diferente al amparo se sostiene por la identidad propia que tiene el objeto a demandar. Se tiende a proteger los datos personales de la persona que se han ingresado en un archivo, registro o banco de datos.

El hábeas data reconocido en el artículo 43 constitucional de Argentina vincula el *conocimiento* o derecho de acceso, con la *finalidad* del archivo, circunstancia que demuestra la necesidad de acreditar algo más que un interés informativo.

El derecho de entrada al banco de datos se debe fundar en la presunción que se tiene respecto a la hipótesis de estar concernido y, en su caso, plantear la necesidad de conocer qué datos se registraron, con qué finalidades y para cuáles propósitos.

Tal como surge de la norma fundamental, la subsidiariedad del reclamo es posible, de modo tal que se podría solicitar el acceso y la información para que, una vez confirmada la presencia individual en el registro, se concreten las pretensiones consecuentes de actualización, rectificación, supresión o confidencialidad.

Pero ello no es así; al menos no resulta más que una hipótesis probable para formalizar la demanda.

La doble vía de ingreso a los archivos públicos o privados que contienen datos personales se puede concretar directamente al titular del registro, como requerimiento extrajudicial, o a través de la acción de hábeas data.

Sin embargo, el conocimiento también se puede lograr con diligencias preliminares, y particularmente por la medida que permite proponer al futuro demandado que *preste declaración jurada sobre algún hecho relativo a su personalidad sin cuya comprobación no pueda entrarse a juicio* (en cuyo caso, debería informar si es titular del archivo y si tiene registrado en el mismo al requirente).

Por otra parte, *el juez accederá a las pretensiones si estimare justas las causas en que se fundan, repeliéndolas de oficio en caso contrario.*

Legitimación procesal

¿Quién puede reclamar por sus datos personales?, ¿ante quién?, ¿se puede plantear en nombre de otro?, ¿tienen igual derecho las personas jurídicas?, ¿existe el derecho de representación del interés por familiares o allegados?

Todas son cuestiones que se vinculan con el derecho de acceso y control sobre los archivos. En cada caso se debe resolver quiénes

tienen posibilidades reales de actuar, así como saber quiénes son las justas partes o legitimados que pueden responder por los derechos y obligaciones emergentes.

Inicialmente, reconocer los sujetos procesales del hábeas data lleva la necesidad de asegurar la plenitud constitucional de protección a la intimidad o privacidad para quienes sean legítimos portadores del derecho que reclaman y frente a quienes deben asegurar el cumplimiento del mandato superior emitido por el artículo 43.

Sin embargo, no es suficiente partir del concepto que sirve de portada a esta norma constitucional. En efecto, la afirmación de que *toda persona* pueda interponer la acción de hábeas data respecto a los datos que a ella se refieren, no aclara la extensión ni el alcance que asigna a la legitimación activa; tampoco esclarece si los únicos obligados son *los titulares de archivos públicos, o privados destinados a proveer información*, y está ausente un criterio central sobre los derechos esenciales que tutela el hábeas data. Se sabe que son los datos personales, pero se debiera indicar cómo pueden ellos provocar una lesión en otros derechos sensibles de la persona (*v. gr.* honor, imagen, reputación, etcétera) y perseguir su restitución desde el proceso constitucional.

> El tema de por sí es opinable, por cuanto en el primer párrafo aparece claro que el hábeas data funciona respecto de los datos propios de quien lo articula. Sin desconocer los problemas que la ampliación de la legitimación activa en estos casos podría acarrear, cabe considerar que en el segundo párrafo se lo faculta al Defensor del Pueblo a articular amparos y también a determinadas asociaciones, teniendo en cuenta la gran cantidad de violaciones a los derechos humanos que se producen porque cuando la actividad dañosa involucra a cientos o miles de personas, una importante cantidad de afectados no accionan por mero desconocimiento, por temor, por el costo, etc.[6]

La finalidad del hábeas data es impedir que en bancos o registro de datos se recopile información respecto de la persona titular del derecho que interpone el proceso, cuando dicha información está referida a aspectos de su personalidad que estén directamente vinculados con su intimidad, no correspondiendo encontrarse a disposición del

6. Puccinelli, Oscar Raúl, *El hábeas data en Indoiberoamérica*, Bogotá, Temis, 1999, p. 23 y ss.

público o ser utilizados en su perjuicio por órganos públicos o entes privados, sin derecho alguno que sustente dicho uso.

La diferencia entre el secreto y la intimidad está presente en este capítulo. Obsérvese que quien deduce la demanda no es titular ni dueño del secreto que está registrado. Es el legitimado pasivo –el que opera el archivo– quien tiene el secreto, que al ponerlo en contacto con otros medios evita la ocultación y los expone ante otras personas, provocando, con ese acto de circulación, el perjuicio que habilita el hábeas data.

También la amenaza de difusión permite la vía. Por eso la intimidad le pertenece a un sujeto preciso y queda en él la reserva de sus derechos. En cambio, el secreto está proyectado a terceros que lo conocen y que se convierten en garantes de la confidencialidad. A este respecto, dice Quintano Ripollés que

> … la simple indiscreción no puede ser objeto de protección jurídica ni menos jurídico-penal, porque la criminalización de tal comportamiento daría al traste o dificultaría no pocos aspectos de la vida social. Lo que sí es claro es que no reviste tanta importancia saber si un secreto, para su titular, constituye realmente una materia digna de reserva, como saber si, efectivamente, ese secreto es digno de protegerse jurídicamente porque sea merecedor de tal protección. Naturalmente, siempre será digno de protección un secreto que, para la persona titular, sea digno de ella, habida cuenta de que la lesión produciría un perjuicio en la intimidad de dicha persona, si bien esta protección ya no alcanzaría la vía penal, sino la civil.[7]

Frente al derecho de las personas a conocer su inclusión en bancos de datos o cualquier archivo, se encuentra el derecho de los administradores o titulares de ellos, sean públicos o privados.

Palazzi diferencia según se trate uno u otro registro, responsabilizando al funcionario que está a cargo del mismo cuando sea público; y al representante legal cuando sea privado. Puede suceder que el mantenimiento del registro o base de datos esté a cargo de un tercero especializado –caso de empresas de computación–, que puede llevar a integrar la litis con este para que la resolución final le sea válidamente oponible, sobre todo en el caso de registros desactualizados o erróneos que hayan causado algún perjuicio económico o moral.[8]

---

7. Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la parte especial de derecho penal*, Madrid, 1972, p. 145.

8. Palazzi, Pablo, "El hábeas data en la Constitución Nacional (La protección de la privacidad en la era de la información)", en *Jurisprudencia Argentina* del 20/12/95.

Cada modalidad de hábeas data reconoce variables en los legitimados pasivos correspondientes. En Argentina, la Ley N° 25326 dice que "La acción procederá respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes".

El derecho de acceso

La norma constitucional argentina es clara: "Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad...", disposición que no excluye la aplicación de otros artículos de la ley fundamental que abarca en el concepto de *personas* a las entidades ideales (arts. 15, 22 y 23).

En consecuencia, quien promueve un hábeas data primero debe lograr el acceso a los registros del caso, para después plantear las acciones de control efectivo que contra el mismo quiera deducir.

Estas pretensiones son objetivas y el grado de afectación perturba por igual a personas físicas y morales. Si el registro es inexacto, la fidelidad de la información altera la identidad y la verdad objetiva que trasciende al dato almacenado. Si la información está desactualizada, cualquier afectado tiene derecho a que los datos transferidos que le conciernen sean actuales y concretos, y no especulaciones ni perfiles logrados tras el tratamiento. Si el archivo conserva datos secretos o confidenciales de la persona, esta –sin importar su cualidad física o jurídica– tiene derecho a plantear la reserva o supresión.

En suma, el tratamiento de datos personales es el control efectivo que la norma constitucional quiere asegurar y, por ello, cuando se informa que *toda persona tiene derecho*, se está diciendo que cualquiera sea el afectado existe un derecho a conocer y rechazar las informaciones y los razonamientos usados en los sistemas de almacenamiento cuyos resultados la perjudiquen; como para lograr una vía directa para rectificar, completar, esclarecer, poner al día, eliminar o requerir la confidencialidad y secreto de los datos que han sido recolectados.

El artículo 38 de la Ley N° 25326 divide la pretensión en etapas ofreciendo un modelo anómalo que puede tener varias dificultades. Dice la norma, en el inciso 2:

> El accionante deberá alegar las razones por las cuales entiende que en el archivo, registro o banco de datos individualizado obra información

referida a su persona; los motivos por los cuales considera que la información que le atañe resulta discriminatoria, falsa o inexacta y justificar que se han cumplido los recaudos que hacen al ejercicio de los derechos que le reconoce la presente ley.

Sobre esta línea de actuación, en consecuencia, el actor debe:

1. solicitar el acceso a los bancos de datos, archivos o registros, indicando las causas por las cuales presume que en ellos se encuentra;
2. demostrar que ha cumplido la etapa de requerimiento extrajudicial;
3. ha de motivar adecuadamente sus consideraciones sobre la calidad de información falsa, inexacta o discriminatoria que alega contra los datos almacenados, y
4. en su caso, podrá plantear en forma subsidiaria o posterior, las pretensiones de supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos personales.

El artículo 42 de la misma ley (ampliación de la demanda) establece:

Contestado el informe, el actor podrá, en el término de tres días, ampliar el objeto de la demanda solicitando la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos personales, en los casos que resulte procedente a tenor de la presente ley, ofreciendo en el mismo acto la prueba pertinente. De esta presentación se dará traslado al demandado por el término de tres días.

En los términos presentados, la ley propone dividir las etapas procesales:

a. una instancia administrativa, donde plantear el derecho de acceso y, en su caso, el reclamo de actualización, rectificación, supresión o confidencialidad;
b. negado el acceso o estimado insuficiente la cobertura otorgada, se deduce la demanda ante el juez competente persiguiendo tomar conocimiento de los datos que a él se refieren y lograr saber la finalidad que tienen como destino;
c. una vez que se ha evacuado el informe por el titular o usuario del archivo, se puede ampliar la demanda, concretando la pretensión (actualización, rectificación, supresión o confidencialidad).

Al quedar propuesta la demanda, el juez competente debe estudiar la procedencia formal y objetiva para resolver. Esto es, decidir si la acción es admisible en los carriles comenzados, rechazar *in limine* por carecer de fundamento o razonable proposición, o bien ordenar medidas de saneamiento destinadas a expurgar vicios del acto de pedir que, hacia adelante, pudieran llevar a nulidades del procedimiento.

La prueba

La prueba en el hábeas data se fracciona según se demande el acceso a las bases de datos, o se requiera una pretensión expresa de cancelación, actualización, supresión o confidencialidad.

En la petición dirigida para *tomar conocimiento* de la información que sospecha se encuentra en una base de datos, la presunción es la fuente adonde recurrir.

A su vez, si la demanda solicita la *exhibición* únicamente, el fundamento se razona en el interés que el afectado plantea. Si con la acción se persigue conocer la *finalidad* del archivo, es decir, para qué se tomaron los datos y para quién se realizó el registro, la cuestión no requiere de refuerzos argumentales porque la garantía se respalda en el derecho a la información. Mientras que en el hábeas data deducido con la intención de conocer al autor del registro que capturó información que le concierne, se debe satisfacer el requisito del interés suficiente.

En los casos de acceso a la información, más que probar el presupuesto de derecho que vincula con los hechos denunciados, se debe acreditar la insuficiencia de las peticiones precedentes.

En cambio, si las modalidades responden al control del archivo, cada pretensión se debe demostrar. En efecto, en el hábeas data destinado a *actualizar* la información, se deben aportar los documentos necesarios para producir ese acto innovador para la base de datos. También procede la prueba testimonial cuando se debe demostrar el cambio efectuado en la información que se encuentra almacenada.

En la *rectificación* por informaciones inexactas, de igual modo, ha de aportarse la prueba documental pertinente, siendo subsidiaria y eventual la prueba de testigos.

La sentencia

Lo expresado en el punto anterior deja en claro que en la mayor parte de las veces el proceso de hábeas data se resolverá sin necesidad de producir prueba, toda vez que la misma está preconstituida.

Ahora bien, al considerar al hábeas data como un típico proceso constitucional, le llegan a él los mismos problemas que contrae la sentencia en los sistemas en los cuales los jueces deben aplicar la ley, controlar la supremacía constitucional o, simplemente, derivar el conflicto a un órgano especializado (Tribunal Constitucional).

En líneas muy amplias, y a los fines de presentar el meollo del problema, podemos destacar que la sentencia debe resolver estos planteos:

Cuando el modelo previsto para el control de constitucionalidad es concentrado (tribunales constitucionales) el debate se sostiene acerca de si es jurisdiccional o no el pronunciamiento. Como tal, los alcances objetivos y subjetivos dependen de la consideración que reciba el carácter de la sentencia, pues si fuera interpretada como resolución que permita aplicar o inaplicar una norma, los efectos se reducen a la validez misma de la ley.

En los sistemas difusos, el tema de la bilateralidad del proceso lleva a posiciones opuestas. O se justifica la sentencia en los términos como se expide en un proceso común, haciendo verdad el precepto que el juez debe fallar según lo alegado y probado por las partes; o se permite al juez resolver la cuestión de constitucionalidad sin mediar petición expresa de las partes, con el fundamento que los procesos constitucionales llevan implícita esta misión jurisdiccional.

En uno u otro caso, vemos que el hábeas data es un proceso constitucional de ribetes muy particulares, con un objeto muy preciso y una libertad a custodiar que le facilita incursionar más allá de los límites que la pretensión y la resistencia (demanda y contestación) pueden acotar.

En definitiva, el juez deberá resolver si hubo o no afectación a la persona cuando se tomaron y procesaron sus datos personales; y en su caso, seguir –o no– las peticiones consecuentes respecto a actualizar, renovar, suprimir o guardar la información compilada en estricta reserva y confidencialidad.

Capítulo XVII
El derecho procesal transnacional

El derecho procesal transnacional forma parte del derecho procesal constitucional

El derecho procesal constitucional es una ciencia transversal que permite homogeneizar el lenguaje de comprensión de contenidos sin necesidad de recurrir a exégesis normativas. Cuanto explica se refiere a uniformidades de criterios (*v. gr.* garantías individuales; colectivas; debido proceso; etcétera) que no tienen lecturas ambivalentes. No sería posible sostener que hay un debido proceso distinto en cada país, como tampoco es verosímil pensar en garantías desiguales.

El concepto de lo propio se deja para las regulaciones específicas, en las cuales el amparo podrá ser reductivo o amplísimo, pero siempre protegerá derechos fundamentales de las personas.

En este orden sucede como con los derechos humanos, que tienen una cobertura general, sin miradas personales ni ropajes personalizados. Florece el *ius commune* con una fuerza de convicción aglutinante que tiene en los sistemas regionales, continentales y universales un mecanismo de asistencia tutelar distinto al que en cada Estado se genera.

El derecho internacional de los derechos humanos se constituye en un movimiento internacional de protección que surge con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Redactada como "un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse", la declaración propicia que los derechos individuales y colectivos básicos sean de naturaleza civil, política, económica, social y cultural, tengan un sistema de protección, respeto y promoción asistencial en casos de violencia o desconocimiento local.

Durante muchos años la Declaración Universal, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos, más el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales, formaron la llamada "Carta Internacional de Derechos Humanos".

> Una serie de tratados internacionales de derechos humanos y otros instrumentos adoptados desde 1945 han conferido una base jurídica a los derechos humanos inherentes y han desarrollado el conjunto de derechos humanos internacionales. En el plano regional se han adoptado otros instrumentos que reflejan las preocupaciones específicas en materia de derechos humanos de la respectiva región, y en los que se establecen determinados mecanismos de protección. La mayoría de los Estados también ha adoptado constituciones y otras leyes que protegen formalmente los derechos humanos fundamentales. Si bien los tratados internacionales y el derecho consuetudinario forman la columna vertebral del derecho internacional de derechos humanos, otros instrumentos, como declaraciones, directrices y principios adoptados en el plano internacional contribuyen a su comprensión, aplicación y desarrollo. El respeto por los derechos humanos requiere el establecimiento del estado de derecho en el plano nacional e internacional.[1]

Se trata de tener un acuerdo general por adhesión. Se diseñan los derechos, deberes y garantías que forman el núcleo esencial de los derechos humanos, al que cada Estado se vincula mediante el expreso reconocimiento de los textos que se agregan al derecho interno; o por la incorporación en los textos constitucionales que, de este modo, los obliga al acatamiento y respeto.

La sumisión significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. El compromiso de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. El juramento de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el desarrollo de los derechos humanos básicos.

La dura lucha por los derechos humanos fue un tránsito difícil que superó etapas críticas. En Europa, por la tragedia que dejó la Segunda Guerra Mundial que obligó a un arduo trabajo de reconstrucción social y económica; en América, por las desigualdades de mediados del siglo XX que fueron llevando a dictaduras militares recién despojadas en las dos últimas décadas de aquella era; en África, por el empobrecimiento cultural y social que hizo trizas el crecimiento humanitario.

1. Declaración de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

Sin embargo, los derechos se fueron acomodando a esa suerte de reclamo por la uniformidad al punto que las garantías individuales fueron transformándose en exigencias agrupadas. No era el derecho de uno solo, sino de todos, y en ese punto los derechos humanos se fueron fortaleciendo.

Después llegó la valoración de esos derechos como fundamentales, donde antes que la atribución dativa de la norma, se consiguió el reconocimiento de cuanto era personal por antonomasia. No fue necesario reclamar por lo que era propio, sino por el derecho de exigir que la violación sea como un derecho reparativo.

De este modo, el derecho procesal constitucional y los derechos humanos se unieron en la búsqueda de mecanismos particulares de resguardo y tutela.

> Los derechos humanos se vinculan íntimamente con los derechos constitucionales y con el derecho procesal. En efecto, tanto los derechos constitucionales clásicamente dispuestos en dos órdenes bien repartidos entre los que pertenecen a la sociedad como "garantías", y los que hacen a la estructura política del Estado; como los derechos procesales, orientados a dar efectiva tutela o protección a los derechos en crisis, encontraron en los derechos humanos un espejo donde podían reflejar simetrías. Cuando las figuras se mostraban diferentes, algo estaba fallando. O el orden interno consagraba bajo la figura de la supremacía constitucional, derechos y garantías que consideraba justos, pero en realidad estaban alejados del espíritu superior que ponderan los derechos igualmente captables "para todos"; o bien, en su caso, el proceso constituía una representación esquiva con los requerimientos de un nuevo orden social.[2]

El objetivo de conseguir que la Constitución se cumpliera quedó superado por una consigna mayor. Eran los derechos del hombre los que se debían asegurar, dando lugar a lo que Cappelletti llamó la dimensión constitucional del derecho del proceso y de la justicia,[3] entre los que figuraron como derechos inalienables, el debido proceso y garantías como la independencia e imparcialidad de los jueces, junto a la igualdad formal y real dentro de un litigio.

2. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos. Vínculos y autonomías*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 1995, p. 9.

3. Cappelletti, Mauro, "Acceso a la Justicia. Conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológica" (traducción de Juan Carlos Hitters), *JA* 1981-III, pp. 810-814.

La renovación trajo consigo el emplazamiento de un derecho nuevo: el derecho *procesal transnacional*, cuyos contenidos básicos encuentran al menos dos vertientes: a) el que se relaciona con la regulación de los procedimientos previstos dentro del sistema de protección internacional de los derechos humanos; y b) el que funda principios, valores y reglas de interpretación que están señalados para el debido proceso, pensado en este aspecto como jurisprudencia uniformadora.

Aun cuando a primera vista pudiera parecer extraño que un sector del Derecho Procesal Constitucional, que es predominantemente interno, posea proyección en el ámbito exterior del ordenamiento jurídico nacional, lo cierto es que un examen más cuidadoso nos lleva al convencimiento de que existen cada vez más relaciones, y por ello, conflictos, entre la aplicación de las disposiciones constitucionales y las que pertenecen al campo transnacional, algunas de las cuales forman parte directa, por medio de mecanismos de incorporación, del orden jurídico interno, y por ello deben considerarse normas nacionales de fuente internacional. Preferimos utilizar el término "transnacional", que es más amplio que el de derecho "internacional", en cuanto el primero comprende no sólo a este último sino también al creciente derecho de la integración, que establece normas comunitarias que son intermedias entre el derecho internacional en sentido estricto y los ordenamientos jurídicos nacionales;[4] por ejemplo, los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, entre otros, el sistema interamericano, en el cual uno de sus órganos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene como competencia interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en algunos casos ha declarado incompatible una ley con este tratado, por violación a los derechos humanos reconocidos en este. Se trata de un examen de confrontación (material) de la ley, el acto administrativo y la Constitución con la Convención Americana. Desde la óptica de la jurisdicción constitucional transnacional, estudiaremos una selección de casos resueltos por la citada Corte.

Para Hitters, esta perspectiva trae como consecuencia que el clásico control de constitucionalidad realizado dentro de los países –por órganos centralizados (concentrado), o fragmentariamente por cual-

4. Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Editorial Porrúa, 2005, pp. 99-100.

quiera de los jueces (difuso)– sea mucho más fascinante y abarcador, ya que se lleva a cabo por cuerpos transnacionales, por ejemplo, la Corte de Luxemburgo, en el área de la Unión Europea, o por los Tribunales de Estrasburgo, y la de Costa Rica en el sector de los derechos humanos, que conforman lo que se ha llamado la justicia o el proceso supranacional, con reglas adjetivas propias.[5]

El control de convencionalidad es la concreción efectiva de esa labor interpretativa, donde ya no se trata de considerar el principio constitucional de la supremacía, sino de confrontar la adaptación de ella con las normas sobre derechos humanos reconocidos e incorporados en Tratados y Convenciones.

Esta suerte de erosión sobre lo interno no es tal, porque retroalimenta la fuente de protección y promoción de los derechos humanos.

Rey Cantor sostiene que

> … se trata de realizar un examen de confrontación normativo con un tratado internacional, lo que consecuencialmente determina el sometimiento de la Constitución al tratado de derechos humanos y, la Constitución no es la única y exclusiva norma para confrontar leyes internas, en una escala de jerarquía normativa, al activar el control de constitucionalidad, porque los tratados de derechos humanos podrán ser utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes.[6]

Se origina entonces un fuerte impacto sobre la supremacía de la Constitución local que se encuentra profundamente retocada y domesticada por el derecho positivo internacional[7] y también la soberanía, el poder Constituyente y la división de poderes.

Nuevas fuentes para la interpretación de los Derechos Humanos

Lo interesante del fenómeno es la dimensión que adquiere el sistema de interpretación constitucional al agregar nuevas fuentes de

5. Hitters, Juan Carlos, "Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos", *LL* 2003-D-1373.

6. Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Biblioteca Porrúa de Derechos Humanos N° 26, México, Porrúa, 2008, p. 34.

7. Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 281.

constatación. La tarea no es solo de las cortes especializadas sino de todos los jueces, promoviendo un control difuso de convencionalidad que debe ser estudiado por una ciencia especializada como es el derecho procesal constitucional.

El principio de interpretación conforme suma la Constitución y los tratados internacionales, sin dar posibilidad alguna de ignorancia o soslayo de las sentencias que explanen los organismos del sistema.

En el caso americano, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos irrumpe obligatoria, tanto como orientan las recomendaciones e informes de la Comisión. En el orden interno, el juez o tribunal tiene obligación de expandir el principio *iura novit curia*, e incluso de aplicar las disposiciones pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente.

El principio *pro homine* es un resorte para la actuación promotora y tutelar de los derechos humanos, y el derecho procesal constitucional (en este aspecto, en su cobertura como derecho procesal transnacional) funge como ciencia al servicio docente de explicar razones y posibilidades para su aplicación.

Para Mónica Pinto:

> … las relaciones de la Corte Suprema nacional con el sistema internacional de derechos humanos son peculiares. La jurisprudencia permite concluir que la efectividad del derecho derivado de los órganos de control en materia de derechos humanos es mayor cuando se trata de interpretar las normas de uno o más tratados invocados ante el Tribunal. Por el contrario, la efectividad mengua cuando a la Corte se le requiere la ejecución de una decisión de uno de esos órganos. Y, en este punto, da lo mismo que se trate de un informe de la Comisión o de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte efectúa un salto que la coloca de pie en el lugar en que se encontraba antes de la reforma del 94: la jurisprudencia internacional es novedosa pero no es capaz de conmover la cosa juzgada, tal su conclusión. El Tribunal no puede asumir que sus decisiones firmes y definitivas puedan ser objeto de una revisión simplemente porque un órgano internacional de control así lo recomiende u obligue. La cuestión de la jerarquía de sus fallos en el orden jurídico vigente en el país es, para la Corte, una cuestión de Estado. Sería importante, pues, una reflexión sobre este sentimiento ya que la Corte sigue siendo un referente para la aplicación del derecho y que a ella incumba hacerse cargo de la implementación de las decisiones inter-

nacionales además de dar garantías permite avizorar un futuro en el que cada vez haya menos ocasiones de recurrir a las instancias internacionales de control en procura de respeto a los derechos humanos.[8]

Conceptos y contenidos básicos

El derecho procesal transnacional no se iguala ni relaciona con el derecho procesal civil internacional. Este se ocupa de cuestiones vinculadas con situaciones jurídicas de procedimientos que suceden con las relaciones entre Estados, sea por conflictos entre ellos o por compromisos de asistencia y reciprocidad.

El objeto son los problemas de internacionalidad procesal, pero el derecho, en sí mismo, es local. Esta perspectiva afronta y reconoce al menos dos órganos de ejecución: la del juez nacional que interviene y la de los justiciables u operadores, que necesitan reconocer un sistema procesal.

> Algunos sostienen que el derecho procesal civil internacional constituye un sector autónomo dentro del derecho procesal civil, no sólo en cuanto a su objeto, sino en cuanto a los principios estructurales que lo informan y las categorías dogmáticas que requiere. Es decir se trata de un sector con problemas, principios, categorías dogmáticas específicas que justifican su tratamiento científico como sector autónomo. Y este tratamiento autónomo es el que se pretende dar en el ordenamiento español, en el futuro, por medio de una Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil (LEC 2000, Disposición. Final Vigésima).[9]

Por su lado, el derecho procesal transnacional tiene procedimientos propios que se aplican a controversias entre Estados, o de estos con particulares. El órgano jurisdiccional no tiene su fuente en acuerdos de colaboración, sino en adhesiones voluntarias de las naciones a un sistema regional, continental o internacional cuyas decisiones serán

8. Pinto, Mónica, "El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", en Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, CELS-Editores del Puerto, 2007, pp. 119-152.

9. Virgós Soriano, Miguel y Garcimartín Alférez, Francisco, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Madrid, Thomson-Civitas, 2ª edición, 2007, pp. 35-36.

adoptadas para el caso concreto, pero ofreciendo al mismo tiempo interpretaciones *conforme* a los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que se entiendan aplicables. Esta jurisprudencia unificará criterios y servirá de base para encontrar una especie de *lex universalis*.

> Todo el desarrollo ha culminado en lo que se denomina por un lado la "justicia constitucional de las libertades", por medio de la cual se protegen –dentro de cada Estado– ciertos derechos fundamentales a través de normas supralegales; y por otro, lo que Cappelletti bautizó como "jurisdicción internacional de las libertades" como fenómeno de internacionalización o supranacionalización de las prerrogativas humanas, las que pueden, a partir de entonces, defenderse también fuera de las fronteras estaduales. Este trasvasamiento de lo interno a lo internacional necesitó, para su efectiva aplicación, de los procedimientos y remedios adecuados para tales fines, de ahí la denominación de derecho procesal transnacional.[10]

Los mecanismos asistenciales para la defensa de los derechos humanos fuera del ámbito local promueve que el título de derecho procesal transnacional o supranacional sea equiparado con el derecho internacional de los derechos humanos (del que sería parte como rama), o con una suerte de derecho procesal relativo a los derechos humanos, como lo llamó en forma pionera Niceto Alcalá Zamora y Castillo.[11]

Para Lucas Moroni:

> … el derecho procesal transnacional o supranacional implica el trámite ante un órgano jurisdiccional internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que conlleva el ejercicio del derecho de acción, con similares características –aunque también con diferencias– a las que se lleva a cabo ante los tribunales locales, es decir, tiene grandes similitudes con el derecho procesal interno y algunos rasgos diversos.
> En su contenido podemos reconocer dos grandes sectores: a) Por un lado, el que se ocupa del estudio sistemático de los mecanismos procesales encargados de la protección de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En lo que hace a nuestras latitudes, podemos destacar los procedimientos llevados a cabo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Corte

10. Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2006, T. I, p. 176.

11. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1975.

> Interamericana de Derechos Humanos. b) Por otro, decimos que se ocupa del análisis de los tribunales supranacionales como organismos especializados en la tarea de conocer, interpretar y aplicar las normas que se extraen de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Forman parte de este sector el estudio del funcionamiento y la estructura de la magistratura transnacional.[12]

Cualquiera sea la ubicación, los procedimientos son inigualables con el proceso interno y con los que se instan y promueven en instancias extranjeras. La desigualdad es tan notoria que las etapas por las que transcurre necesitan un espacio académico donde ser explicadas.

La dimensión del acceso a la instancia transnacional, el concepto de parte (víctima, sujetos afectados, legitimaciones concurrentes de ONG, Estado y funcionario responsable, etcétera), las excepciones posibles (*v. gr.* la cosa juzgada interna es un debate abierto sobre la eventual revisión o imposibilidad de hacerlo), la prueba y sus mecanismos de valoración, tanto como la calidad de la sentencia que, como sucede con las llamadas atípicas del proceso constitucional, encuentran una naturaleza jurídica singular (téngase presente que hay sentencias declarativas, y sentencias de reparación, así como un seguimiento especial en la ejecución y cumplimiento de ellas); todo ello es el espacio cubierto por el derecho procesal transnacional.

Destaca Hitters que

> … el fenómeno que concluyó con la aparición de esta nueva disciplina que enmarca la tramitación internacional y que controla elípticamente el proceso local, de la que –dice Gros Espiell– poco se ha escrito, y que es necesario abordar en forma autónoma, sin dejar de reiterar que ella no se diferencia esencialmente, de su rama madre, el derecho procesal, dado que se apontoca en los mismos principios, aunque, por supuesto, con algunas variantes, de las que más adelante nos ocuparemos. Esta rama del derecho adjetivo no recibe una denominación única, ya que algunos autores hablan de "derecho procesal internacional", mientras que otros la denominan, "derecho procesal relativo a los derechos humanos", y no pocos –entre los que nos incluimos– derecho procesal supranacional atinente a los derechos humanos. Lo cierto es que como con toda agudeza

12. Moroni Romero, Lucas, "El derecho procesal de los derechos humanos. ¿Una nueva disciplina?", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVI, Montevideo, 2010, pp. 337-388.

> remarca Alcalá Zamora y Castillo, el hecho de que se hayan puesto en funcionamiento tribunales internacionales no autoriza a pensar que los preceptos que lo regulan tengan una esencia distinta de los que se ocupan del rito local; por ende esta parcela –dice– no debe tener una total autonomía, como tampoco –por ejemplo– la jurisdicción militar. Además los derechos que custodia tal sistema, –añade– son los mismos que abarca cualquier juicio doméstico. En todo caso la autonomía –acota este autor– estaría dada porque opera fuera de las fronteras nacionales.[13]

La construcción teórica del proceso transnacional[14] se implementa con bases idénticas a las que tiene el derecho procesal constitucional; por ello esta adhesión que formulamos encuentra adscripciones notables.[15]

La acción o derecho de entrada al sistema interamericano es la punta del ovillo que se debe desenvolver. El trámite ante la Comisión y su naturaleza, tanto como los resultados que ella defina (solución amistosa, recomendaciones, informes, etcétera) son otro sector de los contenidos. La concreción de la demanda ante la Corte Interamericana abre un espacio de amplia cobertura técnica y sustancial, porque la formalización de las pretensiones, las defensas oponibles, la prueba y sus contingentes, más la producción intrínseca de los medios ofertados (que suscita cuestiones de capital interés por la modificación que realiza sobre principios procesales clásicos) contienen, en conjunto, la formación del proceso transnacional al que referiremos de inmediato.

Para el final, como anticipamos, estará la sentencia transnacional y sus modalidades. El *follow up* de ellas, y la incidencia que implican para el derecho interno, donde será preciso definir, con pretensiones de certidumbre, cuánto significa y proyecta el llamado control de convencionalidad.

---

13. Hitters, Juan Carlos, "Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos", *op. cit.*

14. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El proceso transnacional (Particularidades procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Buenos Aires, Ediar, 1995. También *Sistema Procesal Interamericano*, Buenos Aires, Ediar, 2016.

15. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La Corte Interamericana de derechos humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)", en *Panorámica del derecho procesal y convencional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2013, p. 209.