

El Derecho Procesal Constitucional y su configuración normativa*

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE**

La mesa redonda que nos convoca hoy día está dedicada a la «naturaleza del Derecho Procesal Constitucional», que en términos clásicos significa buscar lo que es, sus características, para qué sirve y sobre todo donde se ubica. Implica un concepto y además un contenido. En términos generales abarca lo que podríamos llamar control constitucional, o sea, supervisión y vigilancia de la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico. Que en rigor, solo existe desde que nace el concepto moderno de Constitución, o sea, desde fines del siglo XVIII y principios del XIX.

Por cierto que es fácil encontrar ejemplos en los siglos anteriores —y podríamos remontarnos a los griegos— para comprobar de que no solo se daban ordenamientos que encauzaban conductas —llamémoslo derecho o como fuera— sino que existían escalonamientos y determinadas formas o autoridades que vigilaban que ciertas normas o valores estuviesen por encima de otras. Es decir, desde siempre ha habido una especie de control dentro del entramado normativo, compuesto en su origen por normas morales y religiosas.

Ahora bien, para entrar en nuestro tema digamos algo sobre lo que es el «derecho procesal constitucional» y la manera cómo se le concibe modernamente. Y esto es tremendamente complejo, pues no existe una tendencia o doctrina pacífica en

* Reconstrucción de la ponencia presentada en el VII Encuentro de Derecho Procesal Constitucional (Santo Domingo, República Dominicana, 2-4 de marzo de 2011). Texto revisado en mayo de 2011.

** Secretario General Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

cuanto a su ubicación, estructura y naturaleza, que son, si se quiere, el soporte de la disciplina y su razón de ser. Y tampoco unanimidad ni total coincidencia en apreciar la manera como actúa y para qué sirve, especialmente en lo relacionado con los procesos, que son la manera moderna de resolver los conflictos en la sociedad actual. Pero aquí nos centramos sobre todo en la primera parte.

Su «naturaleza», pues, no es pacífica. Y esto por cuanto los dos grandes modelos inspiradores de todo lo que ha venido después, como son el modelo americano y el modelo europeo, no tuvieron ideas claras al respecto, ni mucho menos de lo que ello significaba. En el primero, nacido en el célebre caso «*Marbury vs. Madison*», el juez Marshall se encontró con un tremendo problema que tenía un claro matiz político, que gracias a su indiscutible genio supo manejar exitosamente. Y para él el problema era muy simple: distinguir que era superior, si una Constitución o una ley. Y como lo era la Constitución, entonces alguien tenía que hacer esa constatación y declarar que esa ley que atentaba contra la Constitución no era aplicable. Y ese «alguien» no podía ser otro sino el Poder Judicial. Marshall lo que hizo fue poner en claro el principio de la supremacía constitucional, o sea, que la Constitución tenía un valor jurídico y no un valor político, como pensó la Europa del siglo XIX y gran parte del XX. Y además otorgó esa facultad al Poder Judicial, que lo podía hacer en cualquier circunstancia. Por eso, nada que se parezca al «derecho procesal constitucional» existe en los Estados Unidos, en donde lo que preocupa es el respeto a la Constitución y cómo hacerlo efectivo. Y esto en todos los niveles y en todas las áreas. Y así ha sido desde entonces.

Por su parte, el gran teórico del modelo concentrado que es Kelsen, llegó a las mismas conclusiones —a inicios del siglo XX— pero le dio una solución distinta y así fue como surgió la figura del Tribunal Constitucional, que luego otros imitaron. En su gran escrito teórico de 1928 no ve el problema de ubicación, lo que se comprueba con dos hechos: por un lado, sostiene que toda su argumentación se basa en su «*Teoría General del Estado*», que había publicado en 1925, o sea, poco antes. Y además, que dicho Tribunal Constitucional era un legislador negativo, es decir, un complemento del parlamento y no su rival. Por cierto, Kelsen, entonces magistrado del Tribunal Constitucional austriaco, conocía de procedimientos y de ciertas figuras procesales por su práctica diaria, pero no más que eso. Y todo su empeño se inspira en la idea de la supremacía constitucional.

Vemos, pues, que los creadores de los dos modelos clásicos de jurisdicción constitucional, uno en 1803, otro en el período 1920-1928, no tenían clara idea de lo que hacían desde un punto de vista de su ubicación y de su naturaleza conceptual. Y lo mismo puede decirse de los demás modelos e hibridaciones que surgieron a

partir ellos, ya muy avanzado el siglo XX. Y esto puede explicar porqué el tema sigue siendo materia de discusión y de razonamientos muy variados y no necesariamente coincidentes.

Para afrontar algo mejor la situación, conviene quizá remontarnos a ciertos conceptos básicos, que nos son comunes a quienes vivimos en sistemas jurídicos de carácter o impronta romanista (el problema del *common law* es algo que dejamos para otra ocasión). Y es lo siguiente: el Derecho Romano nace lentamente antes de nuestra era y se consolida y unifica recién en los primeros siglos del cristianismo con una culminación, por así decirlo, en el *Corpus Juris Civile* (529 d.C) divulgado o estudiado en el *Digesto* y en las varias *Institutas* que se conocen. En la práctica, el Derecho Romano se organiza en el siglo VI, y luego tendrá una larga difusión y sistematización en la Edad Media y así llega a los Estados modernos (del siglo XVII en adelante).

El Derecho Romano como tal fue una unidad... es cierto que se distinguía a su interior el Derecho público del Derecho privado, que aun cuando cuestionado en nuestros días, sigue prestando utilidad. Pero, en rigor, todo era Derecho dentro del gran *corpus juris*. En cierto sentido, tan solo el Derecho Mercantil —con diversas leyes como las de Amalfi— y el Derecho Internacional —a partir de Suárez— tienen una vida y desarrollo independientes, si bien toman mucho del Derecho Romano clásico. Pero en términos generales el Derecho Romano —y los derechos nacionales que le siguieron— eran una unidad, un todo inescindible. Y así lo fue por mucho tiempo.

Las cosas cambiaron notablemente en el siglo XIX, con la aparición de la codificación moderna —antes la hubo, pero con otros alcances— y más en concreto con los códigos napoleónicos, de los cuales el más importante fue el Código Civil de 1804, de tan larga influencia en Europa y en la América Latina. Precisamente este Código originó una inmensa literatura en grandes y numerosos volúmenes y creó una importante escuela: la de la Exégesis, que prácticamente copó todos los medios académicos europeos —y latinoamericanos— durante el siglo XIX. Este Código creó en rigor el Derecho Civil como rama autónoma dentro del Derecho general. Y luego el Derecho Penal, como otra rama que partió del Código Penal de 1810: el primero dentro del Derecho privado, el segundo dentro del Derecho público. Fueron los primeros en aparecer como tales —con algunos antecedentes, por cierto— y siguen siendo los más representativos, si bien hoy la proliferación

de ramas jurídicas ha ido en aumento constante, lo cual a veces hace olvidar que a la larga el Derecho es uno solo, si bien con multitud de matices.

Ahora bien, el Derecho Romano consideraba dos tipos de normas —entre otras más que aquí no detallamos— unas que establecían una facultad, una prerrogativa o una atribución (por ejemplo, como propietario de un bien inmueble) y otra la manera cómo defenderlo frente a terceros (o sea, si existe alguna invasión a mi bien o es afectado por medidas adoptadas por terceros) y en este caso empleo ciertos medios o acciones destinadas a defender mi propiedad. No obstante, gran parte del siglo XIX consideró que el Derecho seguía siendo sólido y sin más divisiones que las que existían. Así, gráficamente se decía que el Derecho era una persona en descanso, sentada, que representaba lo que hoy llamamos derecho sustantivo. Y cuando defendía su propiedad, era la misma persona la que se ponía en pie y actuaba.

Tan solo a mediados del siglo XIX y más en concreto en 1868, es que Oscar Bülow en su famosa obra «La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales» proclama la autonomía de la «acción», si bien antecedido por la polémica Windscheid - Muther. O sea, el hombre que se paraba no era el mismo que el hombre que actuaba. Y distinguió un derecho sustantivo, que era el hombre sentado, de un derecho adjetivo, que era el hombre en acción. Y es a partir de ahí que se inicia esa diferencia entre «tener algo» y «defender ese algo». Lo que se confirma a fines del siglo XIX (sobre todo en Adolf Wach) y principios del siglo XX en Italia (Chiovenda y sus discípulos).

Por cierto, la independización de la Acción como algo propio, se aceptó muy lentamente. Por un lado, había el problema de derechos que no tenían acción, o sea, forma de defenderse —si bien esto fue fácilmente superable en el tiempo— y por otro, había acciones que no tenían nada que defender, es decir, acciones vacías que no prosperaban porque no tenían ninguna pretensión válida (diríamos hoy en términos modernos).

Sin embargo, esta diferenciación fue aceptada muy lentamente. Todavía a fines del siglo XIX y principios del XX, existían códigos y manuales que incluían dentro del Derecho Civil, a las acciones judiciales destinadas a defender esos derechos. Esa tendencia a considerar las acciones conjuntamente con los derechos —en el ámbito civil y penal sobre todo— ya no existe más. Se ha impuesto lentamente la idea de la existencia de un derecho aparte, con su propia dogmática y sus propios principios que la rigen, que es el Derecho Procesal, que con el tiempo pasa de ser «adjetivo» a ser «instrumental». Por cierto, el hecho de que tenga su respectiva independencia, no significa que deje de ser parte del Derecho como conjunto

normativo. Lo que sucede es que se ha abierto una nueva área dentro del gran todo, que se mueve con sus propias reglas.

Y todo eso dio nacimiento no solo a la independización de varias áreas dentro del mundo del Derecho, sino al tratamiento científico del Derecho como tal, que se inicia con Savigny y con Ihering y que culmina Kelsen, a principios del siglo XX. Es decir, nuestro Derecho de bases romanistas, tiene su partida de nacimiento hace más de dos mil años. Pero el Derecho como ciencia solo nace en rigor en el siglo XIX, al compás de la codificación y su expansión y crecimiento.

Todos los autores están acordes en que aun existiendo el Derecho Procesal como disciplina autónoma, hay que tener presente que:

- a) Es parte o rama del mundo jurídico.
- b) Necesita y se complementa en forma irremediable con el Derecho sustantivo.

En efecto, si tenemos una propiedad (derecho sustantivo) y no tenemos como poder defenderla (derecho procesal) es obvio que estamos ante una inconsecuencia y una debilidad del sistema. O ante un derecho inútil.

Nadie, pues, ha negado que las disciplinas procesales requieren del derecho sustantivo. Y este no funciona, no opera y no sirve sin aquéllas. Hay pues un reclamo mutuo, pues ambas se necesitan. Pero unión no es confusión. Aun así, pueden mantener su autonomía y de hecho la tienen, como se ve en el caso del proceso civil y el proceso penal, que son los procesos clásicos por excelencia. Y se confirma viendo la doctrina y los correspondientes códigos de cada cual. Dice acertadamente Carnelutti: «el proceso es un método para la actuación del derecho: sirve al derecho (y a su vez) el proceso es servido por el derecho, por lo cual la relación entre derecho y proceso es doble y recíproca».

Un problema aparte, que aquí no desarrollamos, es el problema de la constitución y contenido del Derecho Procesal. Es decir, el Derecho Procesal se desdobra en varias ramas, como hemos dicho, pero existió y en parte existe la tendencia a considerarlas, a veces, como autónomas. Pero lo que se acepta cada vez más, es que el Derecho Procesal es uno solo, es autónomo y tiene varias ramas que de él se desprenden. Existe, pues, una Teoría General del Proceso (o una teoría general del Derecho Procesal), que sirve para explicar todo ello y del cual se desprenden varias ramas o parcelas con sus propias peculiaridades (tesis de la unidad del proceso).

Ahora bien, en cuanto al tema que nos ocupa, cabe anotar que el concepto «derecho procesal constitucional» aparece por vez primera en 1944, en una publicación de carácter compilativo que hace Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, entonces en duro exilio en Buenos Aires. Y lo desarrolló más explícitamente en una reseña bibliográfica que publicó en 1945 en la «Revista de Derecho Procesal» que dirigía Hugo Alsina. Y la confirmó en 1947, en un importante volumen que publicó en México, a donde se trasladó y en donde vivió más de treinta años. El concepto, pues, quedó así fijado y de ahí se trasladó a otros lugares. Pero su primer desarrollo teórico y sistemático lo hace uno de sus discípulos en 1955 (Héctor Fix-Zamudio) en la tesis de licenciatura que presenta ese año en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y que defendió en enero de 1956, con la correspondiente aprobación. Es decir, si queremos centrar el periodo fundacional de la disciplina de manera compacta podríamos decir que es el periodo 1944-1947, o si se quiere más ampliamente de 1944 a 1955. Después de 1955 vino mucha literatura y muchos matices, que aquí no podemos desarrollar.

Alcalá-Zamora y Castillo encontró y detectó varias cosas: que había una disciplina que estudiaba los procesos constitucionales, que no podía ser otra cosa que el «derecho procesal constitucional», que era una rama del Derecho Procesal. Y esta fue la concepción del fundador de la disciplina, y varios más lo siguieron en esto (que comparte Fix-Zamudio, pero quien luego ha tenido una evolución peculiar que toca otros temas y otras perspectivas).

Evidentemente, si tenemos algo que defender —principios y valores constitucionales— y lo hacemos siguiendo un *iter*, un camino con sus propias estaciones, que al final termina en una decisión que obliga a las partes y eventualmente a terceros con ordenes claras (de persona o ente que tiene jurisdicción) estamos ante un proceso, que lógicamente pertenece al Derecho Procesal, pero que tiene matices propios. Así fue de claro Alcalá-Zamora y Castillo, si bien por razones difíciles de entender, se desentendió del tema muy pronto y solo volvió a él esporádicamente.

Esta, pues, es la primera tesis que entra en circulación.

La otra tesis que entra en la liza, es la del constitucionalista alemán Peter Häberle que sostiene que el «derecho procesal constitucional» es parte del Derecho Constitucional (sobre todo a partir de 1973) y que continúa y amplía en ensayos posteriores (1976-1978). Su basamento es el siguiente:

- a) Los preceptos constitucionales se concretizan, se hacen realidad, a través del proceso constitucional. Es decir, el «derecho procesal constitucional» no es más que derecho constitucional concretizado. Häberle sostiene que para esta tesis ha tomado en consideración aquella que sostiene que el derecho procesal penal no es más que derecho constitucional concretizado.
- b) Porque el Derecho Procesal Constitucional es la continuación de lo constitucional, y es lo que hace el Tribunal Constitucional cada vez que resuelve con cierta libertad los problemas que se le presentan. Y que le permiten no seguir necesariamente lo que señala el resto del ordenamiento procesal.

La tesis de Häberle ha sido luego desarrollada por juristas italianos, como lo veremos más adelante, pero en realidad olvida muchas cosas. Como son:

- i) Que todos los procesos son siempre concretizaciones de un derecho sustantivo... así, y con ese criterio podemos concluir que el Derecho Procesal Civil es parte del Derecho Civil y el Derecho Procesal Penal es parte del Derecho Penal, tesis que por cierto hoy nadie defiende.
- ii) Que el Derecho es una unidad, pero que permite a su interior divisiones o ramas, como son por ejemplo en el lado sustantivo, la creación del Derecho Laboral, que se desgajó del Derecho Civil, o el Derecho Procesal Administrativo que se independizó del Derecho Procesal Civil. Aun ahora, existen algunas legislaciones civiles que tratan el Amparo y algunos códigos penales que legislan el *Habeas Corpus*, olvidándose que son típicos procesos constitucionales.
- iii) Que todas las ramas del Derecho pueden separarse y eso no afecta al conjunto.
- iv) Que toda rama procesal, cualquiera de ellas, depende siempre de un derecho sustantivo, que es el único que puede hacerlas efectivas, o sea, que se conviertan en realidad, sobre todo frente a agresiones del exterior.
- v) Que hace más de cien años, con la independización de la acción y la concreción de una teoría de la acción, existe una disciplina procesal con autonomía, si bien su destino es servir de complemento al derecho sustantivo. Y viceversa, sin Derecho Procesal, los derechos sustantivos no sirven de nada.

Por otro lado, no deja de ser llamativo que Häberle defienda su tesis con base a jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, y destaque sus giros en esos procesos, que curiosamente los adjudica al mundo constitucional.

* * * * *

Luego de la concepción «procesal» y explicada con más detalle la concepción «constitucional» del Derecho Procesal Constitucional, veamos la que, al parecer, tiene bastante acogida en nuestro medio latinoamericano. Es la tesis mixta que en 1981 formula por vez primera Néstor P. Sagüés, basándose en el argumento de la dependencia de ambas. Es decir,

- a) El Derecho Procesal Constitucional no puede desligarse del Derecho Constitucional, en donde encuentra su sustento.
- b) El Derecho Procesal Constitucional vive y se alimenta de ambos, o sea del Derecho Procesal y del Derecho Constitucional.
- c) El Derecho Procesal Constitucional defiende la Constitución directamente y está entremezclado con ella.
- d) No pudiendo ser enteramente ni la una ni la otra, y teniendo de ambas, debe ser mixta sin que esta hibridación la desfigure ni le afecte. Más aun cuando su contenido —órganos y procesos— no son separables.

En fecha más reciente, Pablo L. Manili ha intentado una fundamentación adicional precisando que la «acción» no puede desligarse del «derecho tutelado», o sea, el «proceso de amparo», en cuanto defensor de un «derecho» como la propiedad, no puede separarse de esta última, que precisamente se encuentra en la Constitución. Acción y derecho son, pues, inescindibles y por eso la disciplina es mixta: la tesis «procesalista» significaría una ruptura que no es posible. Por tanto: «sostener que el Derecho Procesal Constitucional es meramente procesal significa negar esa interacción» (sic).

Hubo una época en la cual se hablaba de disciplinas mixtas, pero en relación con su ubicación en el Derecho Público o en el Derecho Privado. Así, aquellas nuevas disciplinas que no entraban en el esquema dicotómico de público-privado, las alojaban en un *tertium quid* que era el derecho mixto. Pero esta tendencia, que surgió allá por los años treinta del siglo pasado, prácticamente ha desaparecido de los manuales y textos de teoría o ciencia del Derecho, pues se piensa que con todas

sus imperfecciones, la teoría romana sigue prestando sus servicios. Y sin olvidar que ella es un producto histórico y tiene un uso y un sentido convencional.

Por otro lado, la descripción de la «mixtura» puede también aplicarse al Derecho Procesal Civil, como es fácilmente comprobable. Y defender la no independencia de la «acción» es olvidarse de más de un siglo de legislación y doctrina que sostienen lo contrario y que han hecho posible el Derecho Procesal Civil, entre otros.

Con esta tesis de la mixtura se resucita al parecer una postura decimonónica, y que además se basa en argumentos no muy consistentes. De hecho, no ha tenido mayor desarrollo, si la comparamos, por ejemplo, con la tesis unitaria que defiende Häberle y que ha desarrollado la doctrina italiana.

Ahora bien, el Derecho Procesal Constitucional tiene una parte genérica y otra específica. Me pregunto ¿dónde está lo constitucional? Algunos dirán: en el derecho que defiende. Pero eso que es constitucional, pertenece a la Constitución y al Derecho Constitucional, y no existe ni en las leyes ni en los manuales de Derecho Procesal Constitucional que conocemos.

La mixtura tiende a ser una postura cómoda para una disciplina nueva y nos ayuda a pisar mejor el terreno. Pero teóricamente no se sostiene. Demuestra desconocimiento de lo que es la teoría procesal e incomprensión de lo que es un proceso, y en especial un proceso constitucional. A favor de esta tesis puede darse un argumento profesional: quien intente iniciar un proceso constitucional, no puede ignorar los fundamentos constitucionales de su pretensión, y en tal sentido se da una mixtura en la defensa o en el patrocinio a un cliente. Pero lo mismo puede decirse de las demás ramas: el que tiene un problema civil (propiedad, sucesiones, etc.) no puede avanzar con éxito si no conoce la doctrina civil así como el proceso civil. E igual podríamos decir del proceso penal: no se le puede llevar a cabo si desconocemos el Derecho Penal. Por tanto, si este planteo lo llevamos al extremo, tendríamos la conclusión —inevitable por cierto— de que todos los derechos procesales son mixtos, lo que no deja ser un absurdo. El Derecho es uno solo, y todas sus ramas se ayudan y benefician mutuamente. Pero en virtud de lo que se persigue, es que en el siglo XIX se inició esta separación en ramas o disciplinas jurídicas, que continúa hasta el presente. Y que no podemos desconocer.

Existen otras posturas de orden menor, aisladas y sin mayor predicamento, que son por así decirlo peculiares. Así, algún sector de la doctrina brasileña señala que el Derecho Procesal Constitucional no es otra cosa que la parte «constitucional» que existe en toda doctrina procesal. Con lo cual nuestra disciplina sería solo un conjunto de principios orientadores del proceso y nada más que eso. Y los temas constitucionales serían defendidos por las clásicas disciplinas procesales: civil y penal.

Lo anterior no deja de ser interesante, pero deja de lado un problema importante: lo que desde la década de los sesenta del siglo pasado, Favoreu denominó como «constitucionalización del derecho», fenómeno típico sobre todo de mediados del siglo XX, y diríamos que se inicia en el periodo de la primera posguerra.

Como todos sabemos, la primera Constitución del mundo se dio en los Estados Unidos en 1787 y fue un texto relativamente breve. Luego la siguieron otras iguales o más extensas, pues se limitaban a regular solo dos aspectos: los poderes del Estado y el estatus de los ciudadanos. Pero esto cambió a partir de 1918 en que advino el constitucionalismo social —hoy sin embargo sujeto a revisión— y entonces los textos se alargaron de forma cada vez más frecuente. La vigente Constitución de la India de 1949 inaugura la serie de textos extensos, a la que se agregaron la de Yugoslavia de 1963 y otras más. Entre los textos recientes latinoamericanos resalta el brasileño de 1988, el venezolano de 2001, ambos bordeando los 400 artículos, y el ecuatoriano de 2008, con más de 500 artículos. Y sin considerar divisiones internas y disposiciones finales (que son tan constitucionales como las que van al interior) así como el preámbulo (cuando lo hay).

Ahora bien, la amplitud de las constituciones, o mejor dicho su extensión obedece a un fenómeno de crecimiento del Derecho, de aumento de las expectativas, de desconfianza del legislador y del deseo de que todo esté reflejado en la Constitución, sino en su totalidad, por lo menos en sus aspectos fundamentales. Y así hoy en día las constituciones no se limitan a un largo catálogo de derechos —que viene de atrás— sino a aspectos financieros, mercantiles, de comercio interior y exterior, turismo, aspectos internacionales, principios de orden penal, principios del mundo procesal, organización interna de los poderes del Estado, etc. De manera tal que en la Constitución, hoy más que nunca, es cierto lo que Pellegrino Rossi señaló en sus conferencias parisinas (década de 1840), o sea, que ella encierra los títulos de todos los capítulos que conforman el ordenamiento jurídico. El mundo jurídico, como señala Favoreu, termina «impregnado» de las ideas o principios constitucionales. Y esto en niveles que varían de texto a texto, en especial desde la década de 1960.

Por lo tanto, es inevitable, por esa característica que tiene la constitución actual, que la doctrina procesal encuentre sus fundamentos e incluso sus desarrollos básicos en el orden constitucional, al igual que lo tiene el mundo penal o financiero. Es decir, existe una fundamentación constitucional del proceso, que da origen a que el proceso hoy en día tenga, de manera inequívoca, una base o fundamento constitucional (lo cual fue visto pioneramente por Couture) y actualmente es criterio bastante extendido entre los procesalistas (así, Luiz Guilherme Marinoni).

Es decir, el Derecho Procesal tiene hoy un necesario fundamento constitucional del que antes carecía y eso obliga al procesalista a conocer ese mundo constitucional que antes ignoraba. Y ello ha llevado a algunos (como es el caso de Fix-Zamudio) a pensar que existe una disciplina que denomina «derecho constitucional procesal», que sería una rama del Derecho Constitucional que estudia lo que de procesal existe en las constituciones. Este planteo bien podría dar nacimiento a una disciplina con autonomía «didáctica», o sea, con fines de enseñanza, pero no a una autonomía «científica» que no se sostiene. Y aun didácticamente tampoco se le ve mayor utilidad. Es decir, perfectamente puede un procesalista estudiar los fundamentos constitucionales de su disciplina, sin que por ello su enfoque deje de ser procesal. Y por otro lado, el constitucionalista no puede dejar de estudiar la parte procesal que figura en la Constitución, sin que por ello deje de ser constitucionalista (así Jose Afonso da Silva en relación con la carta brasileña de 1988).

Por tanto, la separación del Derecho en varias ramas debe obedecer a dos criterios: uno es la perspectiva con que se le aborda y otro es el objeto de estudio, ambos debidamente combinados y llegado el caso matizados. Pero la existencia de una disciplina «mixta» no pasa de ser una solución ingeniosa, como para salir del paso y quizá de utilidad transitoria, ya que tarde o temprano debe buscar su sitio dentro del resto del ordenamiento y su sistemática. En nuestra opinión, consideramos al Derecho como sistema, no sabemos en donde se puede alojar a una disciplina «mixta» que curiosamente tiene en su denominación la palabra «proceso».

* * * * *

¿Cuáles son las críticas que se han hecho al enfoque «procesal» del Derecho Procesal Constitucional? Han sido varias y de diverso calado, como veremos más adelante. Pero lo más lamentable es que la postura «mixta» y la «constitucional» tienen en común ignorar el mundo procesal y carecer de una óptica epistemológica que les permita ver bien el ordenamiento y su sistemática y quizá, no tener interés

en hacerlo. Por otro lado, los procesalistas se han desentendido del problema y para efectos prácticos no les interesa y probablemente ni lo entienden. De tal manera que ambos mundos, el constitucional y el procesal, que son necesarios para el manejo de la nueva disciplina, se ignoran mutuamente sin plantearse seriamente el problema al cual podrían aportar mucho.

* * * * *

Un caso interesante que conviene analizar es la experiencia italiana, que se ha desarrollado grandemente y además ha tenido aportaciones originales. El problema se lo planteó la doctrina procesal en fecha tan temprana como 1950 (30 de septiembre - 3 de octubre) a raíz del Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil celebrado en Florencia, a donde concurrieron figuras muy destacadas del mundo procesal de entonces y lo mejor que tenía Italia en la vitrina (Carnelutti, Redenti, Calamandrei, etc.). Pero pasado el tiempo, y dejando a salvo las incursiones de Calamandrei y su discípulo Mauro Cappelletti, todo volvió a lo que era antes.

Italia, como sabemos, carecía de un control constitucional, que lo incorporaron por vez primera en su Constitución de 1947 a través de su Corte Constitucional, que solo empezó a funcionar en 1956 y con competencias tasadas. Aun más, el control era privativo de la Corte Constitucional y por tanto los manuales de Derecho Constitucional empezaron a incluir, dentro de su tratamiento, a la Corte como órgano constitucional.

Y así fue hasta mediados de los años sesenta del siglo pasado, en donde dando un paso adelante, algunos de los más importantes manuales usaron el membrete de «jurisdicción constitucional» (Mortati, Biscaretti di Ruffia, Spagna Musso, Virga, Themistocle Martines, Lavagna, Crisafulli) sin mayores precisiones. Pero es en esta década que empieza a imponerse el concepto de «justicia constitucional» para referirse a todo lo que hace o dispone la Corte Constitucional y así figura en diversos manuales (Paladin, Pegoraro, Barbera y Fusaro, Bin y Pitruzzella, entre otros). Es decir, así como hay una justicia civil o una justicia penal, también debe haber una justicia constitucional, usando un término bastante arcaico. Y así ha sido desde entonces, con la diferencia que la «justicia constitucional» se ha ido ampliando y han aparecido cursos dedicados únicamente a la justicia constitucional (incluso doctorados) y manuales con el mismo fin. Entre estos últimos, el de más envergadura es el publicado por Zagrebelsky (primera edición, muy pequeña, en 1977 y segunda y última edición en 1988, prácticamente rehecha y

muy ampliada). Zagrebelsky, quien más tarde sería magistrado y presidente de la Corte Constitucional, tuvo una única intervención en unas jornadas en 1989 en la cual se planteó el problema del «derecho procesal constitucional», de manera aguda y en cierto sentido intuitiva, pero luego se desentendió del tema. Le han atraído más los problemas teóricos del Derecho y de la democracia y anda por esos derroteros. Y su manual, o mejor dicho, su pequeño tratado, sigue siendo una obra de muy altos quilates, pero envejecida por el paso del tiempo.

A fin de subsanar este vacío, hay otros que se han lanzado a la tarea de cubrirlo y existen varios manuales, de diversa magnitud y proporciones, sobre la «justicia constitucional» y sus temas (Augusto Cerri, Federico Sorrentino, Stefano M. Cicconetti, Alfonso Celotto, Luca Mezzetti —de especial interés por su amplitud de miras— Roberto Romboli —gran propulsor, analista y difusor de los «procesos constitucionales» a través de una publicación trienal— Alessandro Pizzorusso, Lucio Pegoraro, etcétera.

Sin embargo, el gran manual de justicia constitucional que circula con profusión en Italia en los últimos años es el conjunto preparado por Antonio Ruggeri y Antonino Spadaro (*Lineamenti di giustizia costituzionale*, cuarta edición, Torino 2009) que prácticamente ha pauteado el ritmo de estudio de la disciplina en dicho país. Pues bien, si revisamos con calma el índice de su manual, vemos que desarrolla temas como los siguientes: composición y funcionamiento de la Corte Constitucional, antecedentes, tipo de resoluciones, tipos de procesos o juicios, etc. Es decir, todo está centrado en un órgano jurisdiccional que se encarga básicamente de procesos de carácter constitucional (salvo la facultad de la Corte Constitucional de enjuiciar al presidente de la República por determinados delitos, que hasta ahora no ha hecho y que en realidad lo debe hacer usando el Código Penal y Procesal Penal, por razones obvias).

Es decir, en el manual de Ruggeri y Spadaro, así como en todos los demás, se trata básicamente de la estructura de una corte constitucional (que es jurisdiccional) y de todo lo que ella hace y puede hacer (que son procesos, de distinta composición y estructura) así como la variedad de sus pronunciamientos. Entonces valdría la pena preguntarse: ¿Por qué llamar «justicia constitucional» al estudio de un órgano jurisdiccional y de los procesos que resuelve? En el fondo, tales manuales desarrollan y exponen el «derecho procesal constitucional» tal como se da en Italia. Y nada más que eso.

Ahora bien: ¿Qué postura se ha adoptado en Italia sobre el concepto de «derecho procesal constitucional»?

Podríamos señalar algunas, que son las principales:

- a) La primera postura, que corresponde a un buen número de publicistas, es la abstención. El tema no les interesa o lo desconocen. Saben que existe la Constitución y unas cuantas normas sobre el funcionamiento de la Corte y eso les basta. Esto se ve claramente en el jurista práctico o abogado en ejercicio.
- b) Otros como Ruggeri y Spadaro —pero sobre todo el primero— sostienen la tesis haberliana: o sea, la justicia constitucional es parte del Derecho Constitucional, una de sus ramas, al igual que el Derecho Parlamentario. Aun más, «justicia constitucional» y «derecho procesal constitucional» son nombres equivalentes, pero más vale usar el primero.
- c) La postura singular de Pizzorusso, que tras algunas vacilaciones, ha optado por el de «justicia constitucional» que lo considera fungible con el de «derecho procesal constitucional», o sea, como algo que por su parecido o similitud lo puede reemplazar, enunciado que no ha desarrollado.
- d) Un planteo importante es el de Lucio Pegoraro, quien sostiene que el concepto de «derecho procesal constitucional» es muy estrecho, pues se limita a los procesos constitucionales (privilegio del procedimiento y de la forma) y por tanto mejor es usar el de «justicia constitucional» que es más amplio y comprensivo y abarca otros temas. Por cierto, decir que el «derecho procesal constitucional» solo se preocupa de los procesos, es lo mismo que decir que el «derecho procesal civil» solo se ocupa de los procesos civiles, lo cual es de una absoluta inexactitud. Y un desconocimiento de lo que es la doctrina procesal y de sus relaciones con el derecho sustantivo.

Quizá convenga decir algo sobre lo que es el Derecho Procesal como disciplina, tal como lo entiende hoy la Teoría del Derecho y la doctrina procesal más acreditada. Y es que el Derecho Procesal tiene, si se quiere, dos grandes partes: la primera de carácter teórico, de fundamentos, y que normalmente incluye una referencia histórica; la segunda es el eje alrededor del cual se mueve la disciplina, y que son tres conceptos, discutidos es cierto, pero válidos, como son la acción, la jurisdicción y el proceso que dan origen a múltiples desarrollos. Todo esto es parte del Derecho Procesal, que a su vez puede desdoblarse en varias ramas según el objeto a tratar; si es civil, pues saldrá de ahí el Derecho Procesal Civil y así sucesivamente. Y en cada una de estas ramas puede distinguirse a su vez una parte aplicada: por ejemplo, si el Derecho Procesal Civil se aplica a la Argentina, tendremos el «derecho procesal civil argentino», que tratará lo que sucede en ese

nivel en el respectivo país. Así las cosas, es fácil advertir que estos elementos hay que tenerlos presentes a fin de poder afinar bien nuestra postura de cara a lo que debe ser o donde debe estar ubicado el Derecho Procesal Constitucional. Y que lamentablemente muchos parecen desconocer.

La postura italiana es decididamente rica, muy matizada y digna de estudio. Por otro lado, igual criterio se sigue en Francia y en España, en donde no se ha dado —hasta donde sabemos— ninguna de estas interesantes disquisiciones que hemos visto en Italia, y de las que esperamos nuevos planteos en el futuro.

Resumiendo lo anterior podríamos decir que tenemos dos situaciones: por un lado la diferencia entre la América Latina que prefiere el término «derecho procesal constitucional». Y por otro el de Europa, que en términos generales opta por el de «justicia constitucional», como es el caso de los países mencionados anteriormente. Y al parecer, no habrá entre ellos ningún acercamiento, ya que nadie se atreve a dar el primer paso y menos aun a plantearse teóricamente el problema en cuanto tal ni tampoco en estudiarlo. Y en cuanto a la naturaleza del primero, existen básicamente las posturas reseñadas, de las que prefiero la «procesal», a la que me adhiero.

En lo que a nosotros se refiere, o sea, en la problemática y ámbito latinoamericanos, es curioso que recién en este Séptimo Encuentro se aborde la temática en forma independiente y en el cual se han señalado diversas posiciones, pero en el que no se ha contemplado un espacio para el diálogo y el contraste entre las diversas perspectivas existentes. Pero esto, con seguridad, será materia de otros encuentros. Lo importante es haber dejado sembrada la inquietud y que despierte el interés de los colegas y de las nuevas generaciones.