

LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Néstor Pedro Sagiés*

1. INTRODUCCIÓN: LA DIMENSIÓN NORMATIVA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

En anterior oportunidad hemos abordado algunos de los desafíos que presenta el tramo normativo del derecho procesal constitucional¹, región por cierto peculiar en el mundo jurídico, donde el derecho informal (derecho consuetudinario, derecho repentino, usos, costumbres y *conventions*), delineado por los operadores jurídicos (en particular, los judiciales), es con alguna frecuencia de mayor superficie que el derecho formal propiamente dicho (leyes, reglamentos)². Esto provoca que desde el punto de vista metodológico, y aún en países de herencia jurídica continental, el estudioso de la materia deba situarse mentalmente en una suerte de barrio más propio del *common law* que del derecho romanístico.

Aquí se aborda una problemática conexas: la cuestión de la codificación del Derecho Procesal Constitucional, vale decir, del tratamiento normativo orgánico y sistematizado de las reglas que disciplinan los distintos procesos y recursos constitucionales, así como las concernientes a la magistratura constitucional. La codificación propone dar una estructura concentrada a normas de distinto nivel, generalmente dispersas, sancionadas sin plan prefijado, elaboradas a borbotones y en distintas épocas, desde luego que -también- por distintos legisladores.

El Derecho Procesal Constitucional está conformado no sólo por leyes positivas, sino también por la costumbre jurídica (derecho consuetudinario), derecho repentino, usos, costumbres y conventions. Por ello, enfrentarnos a una disciplina como ésta, implica, muchas veces, la necesidad de internarnos en una maraña normativa, que dificulta el estudio y la práctica de esta materia fundamental para el respeto de la Constitución y el Estado de Derecho.

Sobre la base de esta realidad, el autor analiza las ventajas de una sistematización de la materia, en un cuerpo de leyes orgánicamente estructurado, así como los argumentos que postulan la necesidad de continuar con la dispersión normativa, analizando los pros y contras de estas posturas, para concluir con su propia propuesta.

* El presente trabajo se incluye dentro de los proyectos de investigación del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

¹ Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Los desafíos del derecho procesal constitucional." En: BAZÁN, Víctor (coordinador). "Los desafíos del control de constitucionalidad" Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1996. p. 27 y siguientes.

² Llama la atención, en este punto, que la mayor parte de las normas reguladoras del recurso extraordinario federal, en Argentina, no emerjan de las leyes reguladoras del instituto, sino de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de tal modo que el abogado que pretendiera manejarse solamente con las primeras, ignorando las segundas, a todas luces perdería el caso. Nos remitimos al respecto a nuestro "Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario." Tomo I. 3era. Edición. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992. p. 301 y siguientes.

2. ESCENARIOS DIVERSOS

La necesidad de la codificación del Derecho Procesal Constitucional varía de país a país. Como regla general, podría tal vez insinuarse la siguiente: a mayor multiplicidad de leyes sobre el tema, mayor conveniencia de codificarlas, dado que la posibilidad de respuestas jurídicas incoherentes o inarmónicas se encuentra en relación directa con la proliferación de aquellas normas.

Un caso paradigmático puede ser el de la República Argentina, en el ámbito del derecho nacional y federal. Existen, en efecto, las siguientes normas, solamente en lo que respecta a recursos y procesos constitucionales:

1. Ley 16.986, del amparo contra actos de autoridad pública.
2. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, regulatorio de la Acción de Amparo contra actos de particulares (artículos 321º y 498º, principalmente).
3. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (19.549, sus modificatorias y normas complementarias), que instrumenta el Amparo general por mora de la administración pública.
4. El Recurso de Amparo por demora de la Dirección General Impositiva (hoy, Administración Federal de Impuestos), previsto en su momento por la Ley de Procedimientos Tributarios 11.683.
5. Otro Amparo por mora, similar al anterior, injertado en el Código Aduanero, en este caso contra la Dirección Nacional de Aduanas.
6. Dos Amparos Electorales, contemplados por el Código Nacional Electoral (Ley 19.945 y modificatorias).
7. Los Amparos Sindicales, normados por la Ley 23.551, de asociaciones profesionales.
8. La reciente Ley de Hábeas Data, 25.326, que regula parcialmente a este instituto, subtipo de Amparo en tutela de los datos personales.
9. La Acción de Hábeas Corpus, contemplada por la Ley 23.098.
10. La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad, tratada por el artículo 322º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
11. El Recurso Extraordinario federal (el Recurso de Inconstitucionalidad más relevante del derecho

argentino nacional), reglamentado principalmente por la Ley 48, la Ley 4055, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la Ley de Coparticipación Federal 23.548, entre otros.

12. El Recurso de Inconstitucionalidad aludido por el Código Procesal Penal (Ley 23.984, y modificatorias), que se resuelve por la Cámara Nacional de Casación en lo Penal.

Otro dato que hace variar la posibilidad y la conveniencia de la codificación procesal constitucional es el sistema de control de constitucionalidad vigente en un Estado. En los países con régimen concentrado y especializado en un Tribunal o Corte Constitucional (o con una Sala Constitucional, dentro de una Corte Suprema), la posibilidad de sancionar una ley reglamentaria de dicha Corte o Sala aparece casi como una exigencia natural, y del mismo modo se impone la conveniencia de determinar de modo claro y orgánico qué procesos y trámites podrán plantearse ante ella.

En las naciones adscriptas al modelo difuso o desconcentrado de control de constitucionalidad, donde por lo común todo juez puede ejercer tal revisión, las acciones y procesos constitucionales tienden en cambio a nacer y desarrollarse más libre y desordenadamente, según las urgencias del momento y los variables criterios de los operadores del sistema (jueces, legisladores, etc.), cosa que tiene sus ventajas pero también sus problemas. En estos países, en conclusión, no abundan los códigos en lo procesal constitucional, pero hay excepciones, y el panorama está cambiando en ese sentido³.

Demás está decir, que cuando un Estado adopta la fórmula federal, la cuestión de la codificación se multiplica por cada Estado, provincia o cantón que conforme la federación (salvo que la judicatura esté unificada, como ha ocurrido por ejemplo en Venezuela). A los países unitarios esa multiplicidad de sistemas jurídicos (y de correlativos y eventuales códigos procesales constitucionales) puede llamarle la atención, pero ello es natural con el régimen federativo, donde reina la legitimidad de la diversidad. Hasta es posible que en un Estado federal, un Estado miembro adopte un régimen difuso o desconcentrado de control de constitucionalidad, mientras que otro instaure un sistema mixto, o concentrado⁴.

³ Así, por ejemplo, la Ley 8369 de la Provincia de Entre Ríos, Argentina, que de hecho es un código, y el Código Procesal Constitucional (Ley 6944), de la Provincia de Tucumán, también de Argentina. Existen, asimismo, iniciativas legislativas en el orden nacional para dictar un código similar (proyecto del Diputado Jorge H. Gentile, v. gr.).

⁴ En el sentido que se indica en el texto, la Provincia de Tucumán, de Argentina, ha incorporado en su Constitución de 1990 un Tribunal Constitucional (que todavía no ha entrado en funcionamiento), con ciertas funciones concentradas de control de constitucionalidad. El sistema es mixto, porque los jueces ordinarios conservan atribuciones de control de constitucionalidad para los litigios concretos que les toca resolver. En las restantes provincias argentinas no existen Tribunales, Salas o Cortes Especializados en lo Constitucional.

3. ARGUMENTOS EN PRO DE LA CODIFICACIÓN

Los motivos en favor de la codificación del Derecho Procesal Constitucional son parecidos a los que se esgrimen para propiciar cualquier codificación.

Existen, primero, consideraciones básicas de seguridad jurídica. Es de suponer que la codificación permitirá un tratamiento normativo y armónico de los diferentes institutos del caso, eliminando respuestas legales insuficientes o disímiles en los distintos procesos constitucionales (salvo, desde luego, que las modalidades y objetivos de cada uno de ellos exijan variaciones acordes con su propia naturaleza), impidiendo lagunas normativas, o evitando ambigüedades y desconcertos.

La codificación puede asimismo simplificar los subtipos de Amparo y de Hábeas Data, sistematizarlos idóneamente, reducir adecuadamente su trámite, derivar algunos de ellos erróneamente calificados como tales a otro sector del mundo jurídico, o incorporar con perfil propio figuras especiales, como es el caso del derecho de réplica, tal como lo diseña, por ejemplo, la Ley 7135 de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica.

Al mismo tiempo, la codificación del Derecho Procesal Constitucional repercute en la cotización jurídica de la disciplina; no es lo mismo una materia desperdigada en un rosario de preceptos que la legislan cada uno con su estilo y alcances, que otra estructurada científicamente en un cuerpo de leyes orgánicamente constituido y con vocación de autosuficiencia.

Desde el ángulo ideológico, la codificación del derecho procesal constitucional alerta que la defensa de los derechos personales (algo íntimamente conectado con la suerte del constitucionalismo) alcanza una jerarquía jurídica singular, y se perfila como una pieza vital para la operatividad del Estado de derecho.

4. EL CUESTIONAMIENTO DE LA CODIFICACIÓN

Naturalmente, la codificación del Derecho Procesal Constitucional tiene sus aristas conflictivas.

a) Un primer obstáculo puede estribar en la falta de un desarrollo académico suficiente de esta joven rama del mundo jurídico, y en el hecho de haber pocas obras jurídicas especializadas sobre ella. La superficie del Derecho Procesal Constitucional, por

lo demás, no está suficientemente amojonada, como tampoco hay consenso sobre su profundidad.

Tal crítica, cierta hace unos años atrás, hoy pierde fuerza. En verdad, en la actualidad media un acuerdo mínimo sobre los contenidos fundamentales de la disciplina (por ejemplo, en torno a que ella tiene que asumir los procesos básicos que defienden la supremacía de la Constitución). También asombra el número de obras jurídicas últimamente dedicadas a la disciplina, como que nadie discute su trascendencia práctica para la vigencia del Estado de Derecho (no se concibe, en efecto, que éste pueda existir sin un vigoroso y real ejercicio del Derecho Procesal Constitucional).

- b) Una segunda observación se centra en el grado de maduración de la disciplina. ¿No parecería conveniente dejar que ella evolucione y se desarrolle algo más, que sedimente ideas y autocríticas, que reflexione y medite sobre sí misma respecto de cómo mejorar y coordinar los diferentes procesos que hoy abarca, a la par que delimitar más pausadamente sus objetivos, enlaces e instrumentaciones? ¿No es más aconsejable dejar en estos momentos un desenvolvimiento suelto y distendido de la especialidad, fundamentalmente a través de los fallos judiciales, en lugar de encorsetarlo normativamente en un código rígido?
- c) Otra faceta ríspida en la codificación puede estribar en los costos de su debate. No será difícil, por cierto, que una empresa codificadora reviva asuntos hondamente polémicos en cada uno de los institutos procesales del caso, como por ejemplo el rol subsidiario o principal del Amparo, la multiplicación de fines y de subtipos del Hábeas Corpus, la legitimación procesal (sobre todo la activa) en la tutela de los derechos e intereses difusos y del derecho a réplica, con la clásica duda de pergeñar o no las Acciones Populares, etc.

En ese sentido, cabe reconocer que el grado del debate lleva algunas veces a provocar escisiones y conflictos que en lugar de mejorar, son eventualmente aptos para torpedear el feliz curso de la materia procesal constitucional.

- d) El riesgo de la manipulación ideológica de la codificación es otro fantasma que no tarda en aparecer⁵, Como en todo operativo jurídico, no

⁵ La dimensión ideológica en la propuesta de la codificación aparece ya en el célebre debate entre Thibaut y Savigny, donde afloran inevitablemente posiciones conservadoras y progresistas de la época. Ver: SAGÜÉS, Néstor Pedro "Los ingredientes políticos en la polémica Thibaut-Savigny." En: "Revista de Ciencias Sociales." N° 22. Universidad de Valparaíso, 1983. p. 173 a 184.

cabe descartar, sino en cambio prever, su posible desnaturalización ideológica. Y en ese quehacer es factible que la codificación sirva para coagular al Derecho Procesal Constitucional, si se la emplea regresivamente para disminuir la eficacia de los procesos constitucionales, y aun para anestesiarlos, como fue el caso del amparo argentino, a través de las reglas de la Ley 16.986, irónicamente llamada ley de desamparo. En casos extremos, la codificación podría hasta pervertir aquellos procesos, transformándolos paradójicamente en engranajes de convalidación de normas inconstitucionales, tal como ocurrió con el Tribunal Constitucional del Perú durante la década fujimorista⁶.

Una manipulación distinta, pero asimismo peligrosa, que puede perjudicar la codificación, es que se la maniebre con un sentido híper garantista, de tal modo que, so pretexto de tutelar a los individuos, el Estado pueda terminar maniatado por una serie de dispositivos antisistémicos que lo bloqueen apenas alguien desee objetar alguna norma o acto suyo. Una legitimación imprudentemente aperturista, la concesión gratuita y automática de medidas cautelares cuya revocación puede llevar mucho tiempo, durante el cual la administración pública queda inerte, o la presunción poco feliz de que todo el que plantea un amparo tiene en principio razón, importan excesos que en definitiva poco hacen al Estado de derecho, ya que lo deterioran en su gestión exitosa.

5. LAS RUTAS DE LA CODIFICACIÓN

Existen dos variables en materia de codificación, una de mínima, y otra de máxima.

La hipótesis de mínima es la consolidación. El operativo aquí se reduce a aglutinar las diferentes normas vigentes, limando sus asperezas, superando sus contradicciones y haciéndolas encajar con la mejor armonía posible. En el mejor de los casos, podrá cubrirse algunas lagunas y despejarse la confusión existente en ciertos artículos legales.

La hipótesis de máxima es la codificación propiamente dicha, ya que presenta la oportunidad de replantear la temática procesal constitucional, sustituyendo el apa-

rato normativo en todo lo que fuese menester. Ello importa imaginar nuevas garantías, remodelar las anteriores, eliminar las que se reputen obsoletas o perniciosas y renovar el ritmo ideológico de la materia, tornándolo más constitucional en todo lo posible.

6. EVALUACIONES

a) En Derecho, generalmente, no hay dogmas. No existe ningún precepto divino que establezca que el Derecho Procesal Constitucional deba estar codificado. Tampoco existe, obviamente, ninguno que postule la no codificación. Aunque en pura teoría la codificación aparezca en el horizonte normativo como la mejor solución (en aras, sobre todo, de la seguridad jurídica), la respuesta final al interrogante de si nuestra materia tiene que estar o no codificada, depende más bien de creencias y circunstancias contingentes, que varían de tiempo en tiempo y de país en país.

El *quid* del asunto está, entonces, en asumir las realidades de cada comunidad.

b) En términos de mercado jurídico, cabe interrogarse sobre aquella situación específica, típicamente local. Una primera encuesta podría limitarse a consultar el grado de satisfacción o de insatisfacción que media en el mercado forense sobre el actual estado de cosas.

Por ejemplo: si no hay codificación, ¿cómo se percibe por parte de los operadores del sistema jurídico (jueces, abogados, fiscales, justiciables) la dispersión normativa existente? Para ellos, ¿esa desconcentración es sinónimo de diversidad o de anarquía? La diseminación legal, ¿es impedimento significativo para conocer adecuadamente el orden normativo aplicable? ¿El sistema procesal constitucional en vigor, apreciado globalmente, padece de desajustes y contradicciones graves o está relativamente amalgamado? ¿Motiva o no confusiones en su aplicación cotidiana? ¿Cuenta con lagunas normativas importantes, o es aceptablemente pleno, a pesar de su inorganicidad?

c) Siempre en la dimensión sociológica del mundo jurídico, otras preguntas clave giran sobre la pre-

⁶ Así, la Ley 26.435 del Perú, que exigió seis votos (sobre siete miembros que componen el Tribunal Constitucional), para declarar la inconstitucionalidad de una ley. Con este maquiavélico sistema, la voluntad de dos vocales del Tribunal Constitucional se imponía a la de los otros cinco, legitimándose de tal modo, como constitucionales, a preceptos inconstitucionales. En efecto, si no se lograba la referida mayoría de seis, la norma era formalmente declarada constitucional (a pesar, como se indica, de que cinco vocales la reputasen inconstitucional).

El temor a que una ley reglamentaria corrompa a los procesos constitucionales ha motivado que, algunas veces, el constituyente prohíba la regulación legislativa del Amparo y del Hábeas Corpus. Ello ocurre con las constituciones de Salta y de Jujuy, en Argentina.

sencia o la ausencia de una cierta demanda social de codificación, en el sentido de averiguar si hay en la comunidad forense -o en la sociedad toda- un requerimiento de que esa codificación se concrete. Simultáneamente, parece imprescindible determinar también si media una consistente oferta calificada de codificación.

Dicho en otras palabras: si no se reclama codificación, el operativo codificador se asemejará generalmente a una empresa intelectual y académica, pero no a una gestión legislativa. Y al revés, por más que haya demanda social de codificación, de no existir quien la responda idóneamente, la iniciativa concluirá seguramente mal. En definitiva, parece preferible una situación de no codificación a otra de mala codificación.

d) De haber un consenso apreciable en favor de la codificación, y la actuación de buenos codificadores, toca auscultar la dimensión política de la

codificación, esto es, evaluar los riesgos de su posible instrumentación negativa por posiciones ideológicas que intenten lucrarse con ella. Si ese peligro es cierto, y la codificación se aleja del bien común para servir a los intereses de tales grupos, o del elenco gobernante, la empresa codificatoria deberá asumirse con suma cautela, o posponerse.

e) Finalmente, la codificación puede ser muy ambiciosa o modesta en sus metas. Optar por una alternativa de consolidación o por otra de codificación es un asunto discrecional que depende, como se advirtió, de muchas variables. Es una cuestión de oportunidad y de conveniencia, aunque como directriz inicial puede sostenerse que si la legislación en vigor no es muy cuestionada, la consolidación parece atractiva; mientras que si tal derecho positivo actual resulta evaluado como poco provechoso, la nueva codificación resulta más aconsejable.