

## § I

### **EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (Antecedentes, concepto, contenido y perspectiva)**

1. Las inevitables limitaciones.....	5
2. El nomen iuris .....	6
3. Los orígenes del nombre.....	8
4. La guerra de palabras .....	10
5. Derecho procesal constitucional: ¿procesal, constitucional o mixto?.....	13
6. Otra posibilidad: el Derecho Constitucional Procesal .....	16
7. Los contenidos: acción, jurisdicción y proceso .....	18
8. Derecho procesal constitucional: a) jurisdicción constitucional .....	21
9. Derecho procesal constitucional: b) procesos constitucionales.....	28
10. Derecho procesal constitucional. c) órganos constitucionales.....	30
11. Orígenes y desarrollo de la disciplina en el Perú.....	32
12. Consideraciones conclusivas .....	34

## EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (*Antecedentes, concepto, contenido y perspectivas*)

**Sumario:** 1. *Las inevitables limitaciones.* 2. *El nomen iuris.* 3. *Los orígenes del nombre.* 4. *La guerra de palabras.* 5. *Derecho procesal constitucional: ¿procesal, constitucional o mixto?* 6. *Otra posibilidad: el Derecho constitucional procesal.* 7. *Los contenidos: acción, jurisdicción y proceso.* 8. *Derecho procesal constitucional: a) jurisdicción constitucional.* 9. *Derecho procesal constitucional: b) procesos constitucionales.* 10. *Derecho procesal constitucional: c) órganos constitucionales.* 11. *Orígenes y desarrollo de la disciplina en el Perú.* 12. *Consideraciones conclusivas.*

### 1. Las inevitables limitaciones

Los problemas teóricos de una disciplina, y más aún, si se trata de su naturaleza jurídica, tenemos que abordarlos con cautela, advirtiendo desde el inicio las limitaciones ante las cuales nos encontramos.

Precauciones que, como lo sabe todo aquel situado dentro de la familia romano-civilista, vienen de muy antiguo, nada menos que desde Roma, en donde nace el Derecho, si bien es cierto que la consolidación se da mucho después, en largo periplo que parte de la Edad Media, y llega al siglo XIX, que es

cuando se da su sistematización moderna. Por tanto, con tal arsenal de conocimientos, tenemos que saber por dónde andamos y cuánto avanzamos, y darnos cuenta si es que estamos dando vueltas en círculo. Por otro lado, tratándose del Derecho procesal, —y aquí asumimos provisionalmente que el Derecho procesal constitucional lo es, ya que más adelante lo analizaremos en detalle— la cosa se complica, pues no obstante que el proceso tiene raíces muy antiguas, su formulación moderna, en el sentido de la autonomía de la acción, se remonta a fines del siglo pasado, por parte de la doctrina alemana, y a su posterior desarrollo y afinamiento por ella misma y por la doctrina italiana. Esto es, se trata de una disciplina relativamente joven que aún no ha desarrollado todas sus potencialidades, sobre todo en relación con el derecho público interno. Por tanto, un enfoque como el que ahora pretendo, centrado sólo en los aspectos principistas o de partida, tiene que ser consciente de estas limitaciones.

## 2. El nomen iuris

Lo primero que tenemos que afrontar es el problema del nombre, toda vez que, según los países, los autores y las distintas tradiciones jurídicas, el nombre utilizado es muy variado y no siempre coincidente entre sí. Como se sabe, en los Estados Unidos la problemática procesal de la Constitución, en su parte medular, se conoce como *judicial review*, cuya traducción literal es *revisión judicial*. Pero como siempre sucede con las traducciones técnicas, su equivalente en castellano no significa gran cosa. Aun más, existiendo un cuerpo doctrinal y jurisprudencial en torno a la “revisión judicial” (cf. John H. Ely, *Democracy and distrust. A Theory of judicial review*, Harvard Univ. Press 1980), ella es objeto de estudio en los manuales de Derecho Constitucional, considerándose que este tema es propio de lo constitucional. Con el agravante de que el problema constitucional sólo lo ve en definitiva la Corte Suprema de los Estados Unidos, de manera incidental en juicios que versan sobre asuntos civiles, laborales, tributarios, penales, etc. y sólo

a partir de ellos y si el Tribunal Supremo lo considera imprescindible, se podrá hacer un enfoque o *aproach* constitucional. Y esto es así, por la especial estructura del derecho sajón, tan alejado de nuestra sistemática y muchas veces distinto del nuestro en cuanto a nombres, divisiones y pertenencias. Por tanto, la rica experiencia norteamericana no nos es de mucha ayuda en este planteo inicial.

Existen otros calificativos como: control judicial, defensa de la Constitución, control constitucional, justicia constitucional. De todos ellos, hay algunos que son muy amplios (como es el caso de control constitucional o defensa de la Constitución) y otros que pueden ser muy estrechos (como control judicial de la constitucionalidad). Más bien, los de “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional” son los que se han expandido más rápidamente. Así como se habla de justicia civil o justicia penal, se ha utilizado la expresión justicia constitucional. En igual sentido lo es jurisdicción constitucional, que, como decimos, coexiste muy ampliamente con aquella.

Podría decirse, teniendo en cuenta los congresos, las numerosas publicaciones, incluso las especializadas (libros y revistas), las mesas redondas, cátedras, etc., que las expresiones que más uso tienen son “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional”, tomadas generalmente como sinónimas.

Pero, es indudable que al hablar de una justicia o de una jurisdicción constitucionales, por la gravitación de las cosas, ello nos lleva a teorizar sobre su contenido, que se da a través de un proceso, y que conduce inevitablemente a un planteo más amplio, abarcador y que da sentido a toda esa actividad. Y eso sólo puede ser el Derecho procesal constitucional, como rama específica para estudiar la actividad procesal relacionada con la defensa de la Constitución. Así, la aparición de esta nueva disciplina procesal, remata el edificio del moderno Derecho constitucional que se está construyendo desde hace más de setenta años, es decir, desde los inicios del período de entregue-

rras. Si el Derecho civil no puede realizarse ni complementarse sino con el Derecho procesal civil, en igual forma el Derecho procesal constitucional sirve de cierre al edificio del moderno constitucionalismo.

Pero esta disciplina procesal todavía está en ciernes. Hay dudas sobre su alcance, su contenido y hasta de su utilidad. Estas líneas intentan poner algo propio que sirva para apuntalar su necesidad y su vigor.

Aceptemos, pues, el rótulo “Derecho Procesal Constitucional”, con cargo a mayores precisiones.

### 3. Los orígenes del nombre

Es difícil decir cuándo surge la expresión “Derecho Procesal Constitucional”. Lo más probable es que sea una expresión propia del período europeo de entreguerras y seguramente factura de algún procesalista.

Igual imprecisión existe en el mundo hispánico. Al parecer, es Niceto Alcalá-Zamora y Castillo el primero que contribuye a divulgarla en el mundo hispánico, en conferencias y artículos que publica desde la década del treinta (así, véanse sus ensayos “El derecho procesal en España, desde el advenimiento de la República al comienzo de la guerra civil” de 1938, y “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, de 1933, ambos ahora reunidos, con adiciones, en su libro *Ensayos de Derecho Procesal-Civil, Penal y Constitucional*, Edic. Rev. de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 1944). Posteriormente, el mismo Alcalá-Zamora utiliza esa expresión en su libro *Proceso, autocomposición y defensa*, UNAM, México 1947 (hay ediciones posteriores).

Por la misma época, Eduardo J. Couture publica una obra en la que reúne diversos ensayos bajo el título genérico de *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 3 tomos, Ediar, Buenos Aires 1948 (con varias reimpressiones). En el primer tomo, hay tres estudios relacionados con la problemática constitucional,

que el autor une en una sola sección bajo el siguiente rótulo: "Casos de Derecho Procesal Constitucional". Más tarde, Héctor Fix-Zamudio lo utiliza al analizar las contribuciones de Calamandrei a nuestra disciplina (cf. *La aportación de Piero Calamandrei al Derecho Procesal Constitucional* en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 23, julio-setiembre de 1956) y el mismo nombre aparece en uno de los capítulos de su libro *El juicio de Amparo*, Edit. Porrúa, México 1964. Y desde entonces, el término ha ido en expansión.

En cuanto al Perú se refiere, creo que la primera vez que este vocablo se introduce entre nosotros, es en mi libro *El Habeas Corpus interpretado* (Universidad Católica, Lima 1971, pág. 21), y que luego reitero y amplío en mi ponencia sobre *La jurisdicción constitucional en el Perú* de 1977 (en *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, Lima 1989, Tomo I) y en *El Habeas Corpus en el Perú*, Edic. Universidad de San Marcos, Lima 1979 (pero terminado en 1975).

En España, el nombre cobra auge desde el libro pionero de Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid 1980. E igual podemos decir de otros países europeos, en especial Alemania, Austria e Italia. Si bien en Italia, en donde hay muy valiosos trabajos, se utiliza en forma dominante, el de *justicia constitucional* (véase por todos *Scritti su la giustizia costituzionale*, In onore di Vezio Crisafulli, 2 vols. CEDAM, Padova 1985 y Gustavo Zagrebelsky *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1988).<sup>1</sup>

En América Latina hay muchos ensayos en esta línea. Así en el Brasil, (por ejemplo, José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo Constitucional*, Saraiva, São Paulo 1987 y Roberto Rosas, *Direito Processual Constitucional*, Edit. Revista dos

---

(1) Sin embargo, Alessandro Pizzorusso usa la denominación "diritto processuale costituzionale" en su reciente colaboración al volumen organizado por Jorge Miranda *Perspectivas constitucionais*. I, Coimbra Editora, 1996.

Tribunais, São Paulo 1983, con contenido heterodoxo). En fecha reciente, tenemos los de Rubén Hernández Valle (*Derecho Procesal Constitucional*, Juricentro, San José 1995); Osvaldo A. Gozaíni, (*Introducción al nuevo Derecho Procesal*, Ediar, Buenos Aires 1988; *El Derecho Procesal Constitucional y los derechos humanos*, UNAM, México 1995) y Ernesto Rey Cantor (*Introducción al derecho procesal constitucional*, Edit. Universidad Libre, Bogotá 1994). Entre nosotros, Gerardo Eto Cruz, *Breve introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Trujillo 1990.

Por cierto, esto sólo es una muestra panorámica de los principales hitos que representan este avance. Lo que se confirma cuando la obra monumental de Néstor P. Sagüés, iniciada en forma suelta con volúmenes dedicados al Amparo, Habeas Corpus y Recurso Extraordinario, ahora los reordena bajo el título común de *Derecho Procesal Constitucional*, en cuatro tomos, precedidos por una penetrante introducción teórica (Edit. Astrea, Buenos Aires 1988).

Y así se han sucedido los congresos, los foros, los seminarios y las cátedras. Adicionalmente, la literatura sobre la materia, tanto en América Latina como en Europa, crece en forma incontrolada. Es inmensa y se ha vuelto inmanejable. Pero, anotemos, que casi toda ella se agrupa bajo el rótulo de “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional”, que además es usado convencionalmente con fines editoriales (véase la voz “jurisdicción constitucional” por Domingo García Belaunde, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice, tomo VI, Buenos Aires 1990, al cual me remito para mayores precisiones bibliográficas).

#### **4. La guerra de palabras**

Los orígenes doctrinarios de nuestra temática, se encuentran, como queda dicho, en el período europeo de entreguerras. Y la teorización va acompañada de un nombre: justicia constitucional o jurisdicción constitucional. Así figura en varios

autores franceses de la época (cf. las colaboraciones de Duez, Lambert y otros al *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, Paris 1929), y también en algunos autores alemanes. El gran teorizador es Hans Kelsen (cf. de este autor, *La garantie juridictionnelle de la Constitution* de 1928, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán y revisión técnica de Domingo García Belaunde: *La garantía jurisdiccional de la Constitución* en "Ius et Veritas", núm. 9, noviembre de 1994, y *El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana*, traducción de Domingo García Belaunde, en "Ius et Veritas", núm. 6, junio de 1993; los textos completos de Kelsen sobre esta materia en *La Giustizia Costituzionale*, Giuffré, Milano 1981).

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 conocieran 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 ésta última a la Unión Europea).

Kelsen, como he indicado, entendía que la jurisdicción, si bien atributo del Estado, se distribuía en tribunales. Y por eso, pregonaba la necesidad, en una Europa sujeta a viejos mitos, de que existiese una jurisdicción especial, esto es, un tribunal distinto del ordinario, en el cual la tradición europea nunca confió.

Por eso Niceto Alcalá-Zamora señala que es a Hans Kelsen a quien debemos reputar como fundador de esta rama procesal, o sea, el Derecho procesal constitucional, ya que fue él quien teorizó e hizo realidad que una jurisdicción constitucional autónoma funcionase, se instalase y operase (primero fue Kelsen teórico de la institución y luego juez del Tribunal Constitucional austriaco desde 1921 a 1930).

Pero es indudable que al hablar de jurisdicción constitucional, si bien el nombre es estrecho, nos remitimos, sin querer, al Derecho procesal constitucional. Es igual que si hablamos de jurisdicción civil: tarde o temprano terminaremos haciendo Derecho procesal civil. Lo que sucede es que este paso audaz no lo dio Kelsen, no sólo porque carecía de formación procesal, sino porque la vida lo llevó por otros derroteros, en especial, la Teoría del Derecho, temas filosóficos y sociológicos vinculados al Derecho, así como el Derecho internacional público.

En conclusión, aun cuando sigamos hablando de justicia o jurisdicción constitucional, usados ambos como sinónimos, es evidente que estamos apuntando al Derecho Procesal Constitucional. El hecho de que este concepto no tenga aún un uso generalizado, es una clara muestra de la inmadurez y sobre todo de la juventud de nuestra disciplina. De ahí los numerosos errores, imprecisiones o malentendidos que todavía imperan (para un planteo distinto, cf. Rodolfo Piza E. *Justicia constitucional y Derecho de la Constitución* en AA. VV. "La Jurisdicción constitucional", Juricentro, San José 1994).

## **5. Derecho procesal constitucional: ¿procesal, constitucional o mixto?**

La aparición de esta nueva disciplina, ocasionó no sólo problemas en torno al nombre, sino también sobre su ubicación en el conjunto de las disciplinas jurídicas.

Es frecuente en el mundo romanista, la sistematización de las diversas áreas, ya que si bien el Derecho es uno solo, se diversifica y divide según sus campos de aplicación, y ello determina características diferenciadoras, que en unos casos son más marcadas que en otros. Así, es clásica la distinción entre derecho público y derecho privado, la cual se sigue usando, no obstante las dudas que todavía suscita su clara conceptualización.

Lo mismo puede decirse de la distinción entre derecho sustantivo y derecho adjetivo o procesal. Este último de carácter instrumental, es decir, de medio para obtener un fin. Y esto en forma relativamente reciente. Si bien es cierto que proceso hay desde siempre y en especial desde Grecia, Roma, Bologna, los glosadores y más tarde los codificadores del período revolucionario francés, lo concreto es que su autonomía y grado científico es tardío. Se acostumbra señalar su definitivo asentamiento en el siglo pasado, en especial desde 1868, con la aparición de la famosa obra de von Bülow que, entre otros aspectos, propugnó con éxito la autonomía de la acción y su desmembramiento del clásico concepto de Derecho (entre otros aspectos más). Antes, lo procesal se confundía con lo sustantivo, y la difusión de las nuevas tesis sólo tendrán acogida muy entrado el siglo XX, como lo demuestra, entre otros aspectos, que legislaciones procesales como la peruana, sólo hayan sido modernizadas a raíz del nuevo Código Procesal Civil, que es de 1992. En igual sentido puede decirse de las llamadas clásicamente "garantías constitucionales", originadas en el vocabulario jurídico de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, y de aquí pasó a toda la América Latina, donde

se entendía como garantía el derecho mismo, lo que ha causado confusiones durante décadas. Sólo modernamente han empezado a separarse, a nivel de derecho positivo, los derechos de las garantías (véase por ejemplo la Constitución de 1979, arts. 295-298 y la Constitución de 1993, art. 200). Pero esto es válido, en términos generales, en nuestro ámbito jurídico. En los Estados Unidos, como señalé anteriormente, el problema de la revisión judicial (*judicial review*) que es típicamente procesal, se trata en los manuales de Derecho constitucional, sin que tal inclusión haya sido discutida (véase por ejemplo, J. A. Barron y C. Thomas Dienes *Constitutional Law*, West Pub. Co. 1991).

Es por eso que la primera respuesta a la interrogante planteada en este acápite, es que el Derecho Procesal Constitucional es parte del Derecho Constitucional. Aun cuando últimamente esta tesis no tiene mayores defensores, se ve reforzada en la práctica por nuestra experiencia cotidiana, pues mayormente son los constitucionalistas los que prestan más atención a esta parte procesal, si bien es cierto que tratan de estar debidamente artillados con categorías procesales, pues los procesalistas que se han interesado en esta problemática, son todavía muy pocos.

Desde esta perspectiva, hay algunos que sostienen que el Derecho Procesal Constitucional es una rama del Derecho Constitucional y no otra cosa (como es el caso notable de Peter Häberle y, recientemente, del constitucionalista argentino Alberto A. Spota, en comunicación epistolar y en intervenciones en congresos, no recogidas en volumen). Pero este criterio ya no es mayoritario ni tiene predicamento entre nosotros y ha sido muy criticado en la misma Alemania. Adicionalmente, el caso de los Estados Unidos es especial, un poco fruto de viejas estructuras constitucionales y de herencias del pasado, y también de la especial configuración del *common law*, en donde estos refinamientos no son tomados muy en cuenta.

Nacido el Derecho procesal con carácter instrumental, por

la fuerza de las cosas se va ampliando y cubriendo vacíos en donde precisamente hay instituciones que defender. El siglo pasado, con un Derecho procesal incipiente, y no existiendo prácticamente mecanismos rápidos de defensa de la persona, era difícil que esta disciplina surgiera. Pero hoy en día las cosas han cambiado radicalmente. Por tanto, sólo por un convencionalismo puede sostenerse que el Derecho Procesal Constitucional sea parte del Derecho Constitucional.

La segunda tesis en importancia es la que sostiene que el Derecho Procesal Constitucional es una disciplina mixta. Se trata de un *tertium genus* a caballo entre ambas y que configura una nueva realidad. Es lo que muchas veces se predicó de ciertas áreas, como del Derecho laboral o del Derecho minero. Se habló en cierta oportunidad de una nueva clasificación tripartita: Derecho público, Derecho privado y Derecho social o mixto, hoy ya abandonada.

Esta tesis no ha sido muy desarrollada, pero aparentemente apunta al hecho de que las instituciones no obstante ser procesales, están en la Constitución y además son mayormente los constitucionalistas los que se dedican con más interés a ello (lo que no deja de ser cierto). Aún más, el poco interés que muestran los procesalistas por esta rama, es por cuanto el Derecho Procesal Constitucional no se entiende sin un previo estudio del Derecho Constitucional; como el Derecho Procesal Civil no se entiende sin un previo conocimiento del Derecho Civil. Además, el conocimiento y estructuración del Derecho Constitucional es relativamente reciente y con cierta evolución en los últimos años, lo que dificulta su acceso al no iniciado y permite que sean los constitucionalistas los que incursionen en esta área, agravado por el descuido, negligencia o desinterés de los procesalistas. De ahí la mixtura señalada.

Esta tesis mixta (sostenida por Néstor P. Sagüés y algunos de sus discípulos, cf. María Mercedes Serra, *Procesos y recursos*

*constitucionales*, Depalma, Buenos Aires 1992) es interesante, pero no resuelve el problema. Se limita a señalar una dificultad.

Finalmente, la tesis procesal es a nuestro entender, la más acertada de todas; la más moderna y la que debe encarrilar los aspectos instrumentales de la disciplina. Es ésta la que tiene mayor predicamento, y a ella le pertenece el porvenir. Pero su configuración científica dista mucho de estar plenamente constituida y todavía levanta más de una polémica.

## **6. Otra posibilidad: el Derecho Constitucional Procesal**

Desde hace muchos años, Héctor Fix-Zamudio ha sostenido que, al lado del Derecho Procesal Constitucional, disciplina procesal que precisamente estudia los mecanismos operativos e instrumentales para hacer efectivas determinadas instituciones constitucionales, existe un *Derecho Constitucional Procesal*, que no es un simple juego de palabras, sino una realidad tangible, cual es, el análisis de aquellas instituciones procesales que contiene la Constitución del Estado. Esto es así, toda vez que desde fines del siglo XVIII, en que aparecen las primeras constituciones, a la actualidad, la mayoría de ellas han ampliado su radio de acción, pues se ha producido el fenómeno que podemos llamar de *constitucionalización del orden jurídico*, que es una operación intelectual mediante la cual, para dar mayor solidez y fijeza a cada ordenamiento específico, se procede a depurar las normas básicas o principios de cada área del Derecho, y se las eleva a rango constitucional. Esto es, las actuales constituciones contienen lo que clásicamente se conoce como Derecho Constitucional, pero también otros temas y ha recepcionado diversos principios que no siendo constitucionales *stricto sensu*, han buscado su constitucionalización. De esta suerte, al lado de la parte dogmática y orgánica que siempre existieron, se ha incorporado principios de Derecho financiero (aspectos tributarios, de endeudamiento, crédito, presupuesto), laborales y de seguridad social, penales, civiles, internacionales, mercantiles, etc. Dentro de este elenco, determinadas instituciones básicas del Derecho procesal se han elevado a

rango constitucional, tales como el principio del juez natural, de la instancia plural, del debido proceso, etc. Se crea así el *Derecho Constitucional Procesal* que en rigor no es procesal, sino constitucional (cf. Héctor Fix-Zamudio, *La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional* en “Ius et Veritas”, núm. 8, junio de 1994).

Ahora bien, si la misma lógica la extendemos a otras partes del Derecho que se han visto elevadas a rango constitucional, podríamos también hablar del Derecho Constitucional Tributario (que sería disciplina tributaria), del Derecho Constitucional Civil (que sería disciplina civil), del Derecho Constitucional Internacional ( que sería disciplina de Derecho Internacional Público), del Derecho Constitucional Comercial (que sería comercial) y así sucesivamente.

Con esto, habríamos logrado dos cosas:

- a) En primer lugar, obtener un aislamiento, de corte académico, para entender adecuadamente cuál es nuestra disciplina y cómo ella encuentra acomodo, o mejor aún, sustento, en el Derecho Constitucional.
- b) Enriquecemos las disciplinas jurídicas y prácticamente las doblamos, toda vez que por cada una de ellas, podemos hacer un desarrollo de su contraparte constitucional, ya que, a la larga, directa o indirectamente, toda rama del Derecho tiene su punto de apoyo en la Constitución, la cual, como decía Pellegrino Rossi, contiene en su seno las *têtes de chapitre* de todo el orden jurídico (cf. *Cours de Droit Constitutionnel*, Paris 1843).

Sin embargo, el hecho de que tras esta nueva nomenclatura se dé una realidad, que ella misma nos sea útil por razones de estudio, y que tenga cierto predicamento, no significa que en rigor sea necesaria. Aquí estamos, más que ante un juego de palabras, con un crecimiento innecesario de disciplinas jurídicas, sin beneficio del rigor. Es un poco como aquellos cursos que se llaman “Introducción al Derecho”, “Criminología” o “Derecho

Económico” que no tienen sustancia propia, sino que sólo son útiles convencionalmente, como unidades académicas para el estudio, pero sin alcanzar configuración autónoma. En consecuencia, si bien útiles para fines docentes y curriculares, son eliminables si queremos mantener una sistemática coherente en la clasificación que hagamos de las distintas áreas jurídicas.

Aquello que pretende estudiar el llamado “Derecho Constitucional Procesal”, puede ser distribuido en dos: los aspectos netamente procesales pueden ir al Derecho Procesal Constitucional y los netamente constitucionales, pueden desarrollarse en el Derecho Constitucional. En última instancia, pueden alojarse en el Derecho Procesal Constitucional, ya que estamos tratando de instituciones netamente procesales. El hecho notorio de que hayan sido paulatinamente constitucionalizadas dentro de este fenómeno antes descrito, no nos autoriza a crear una nueva disciplina que, como decimos, pese a su utilidad docente, carece de rigor científico.

## **7. Los contenidos: acción, jurisdicción y proceso**

Debemos a Ramiro Podetti haber diseñado por vez primera lo que venía desde atrás; esto es, que existe una trilogía estructural del proceso, formada por la *acción, la jurisdicción y el proceso* (cf. R. Podetti, *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil* en “Revista de Derecho Procesal”, Buenos Aires, año II, 1944, y antes en 1942). Esta trilogía, que Alcalá-Zamora denomina trípode desvencijado, ha atravesado un sinfín de tribulaciones, empezando con su propia conceptualización, sobre la que existen bibliotecas enteras. Pero, simplificando algo la problemática, y sólo con fines utilitarios, podemos hacer las siguientes precisiones:

- a) La acción como capacidad de recurrir a los órganos del Estado en busca de la satisfacción de pretensiones; cuyos titulares son, generalmente, los particulares, pero que pueden serlo otros órganos del Estado, de acuerdo a lo que establezca la ley;

- b) Jurisdicción, que es la capacidad de resolver las pretensiones de las partes, envueltas en un litigio; y
- c) El proceso, que es el camino dialéctico a través del cual se desarrolla la jurisdicción, y en donde se definen las pretensiones o intereses en juego.

Estos son términos netamente procesales, si bien es cierto que el fundamental de ellos, es quizá el de jurisdicción, que es pieza clave del Derecho Constitucional. Así, Alcalá-Zamora señala que la jurisdicción en sentido estático es parte del Derecho Constitucional y en sentido dinámico es parte del Derecho Procesal. En todo caso, la jurisdicción es vista como un atributo del Estado, que se desarrolla en plenitud, a través de tribunales y mediante procesos de naturaleza diversa. Tan importante es la jurisdicción, que hay algunos (como Juan Montero Aroca), que pretenden llamar Derecho jurisdiccional al Derecho procesal, lo cual, si bien en principio no está del todo desencaminado, tropieza con algunos obstáculos, de los que señalamos dos:

- a) El uso reiterado y frecuente del término “derecho procesal”, que se afianza cada vez más; y
- b) La situación real que existe, ya que el fin de la *litis* depende directamente del proceso y de su desarrollo (que consiste en una decisión final y en su posterior ejecución).

Como es fácil advertir, estos tres puntos, o sea, esta trilogía estructural, se repite en toda rama procesal, aun cuando en realidad se desarrolla, fundamentalmente, en la parte general, la conocida como teoría general del proceso (sobre la cual hay varios manuales acreditados, cf. Víctor Fairén Guillén, *Teoría general del derecho procesal*, UNAM, México 1992; Enrique Véscovi, *Teoría general del proceso*, Edit. Temis, Bogotá 1984; H. Devis Echandía *Teoría general del proceso*, 2 t., Edit. Universidad, Buenos Aires 1984-85; quienes, por cierto, parten de la idea dominante de que el proceso es uno solo). Pero en la parte especial, esta trilogía se difumina, es decir, se extiende o desarrolla pero cobijada en determinadas instituciones, que son

desarrolladas por la parte especial del Derecho procesal, y que además tienen sus propias variantes en función, sobre todo, de la legislación positiva de cada país.

Si esto lo trasladamos al Derecho Procesal Constitucional, tenemos lo siguiente:

- a) La acción es de carácter abstracto y tiene como sujeto a la persona que en tal virtud, puede movilizar los mecanismos judiciales del Estado.
- b) En cuanto a la jurisdicción, ella se atribuye a los órganos que tienen la misión de llevar a cabo el desarrollo de tales pretensiones, y
- c) El proceso se configura de acuerdo a lo que cada legislación en especial contempla (Los procesos constitucionales no son uniformes, y dependen de la legislación de cada país).

Ciñéndonos aún más a lo expuesto, sostenemos lo siguiente en lo relacionado con el contenido del Derecho Procesal Constitucional:

- 1) Una primera parte es la jurisdicción (o justicia, como clásicamente algunos prefieren). En este apartado, se discuten los diferentes modelos que existen;
- 2) Los procesos constitucionales; y
- 3) Los órganos constitucionales.

Éstos a su vez se diversifican, amplían y perfeccionan en función de la legislación de cada país.

Hemos hecho con esta clasificación, un deslinde o desdoblamiento que nos permite un mejor análisis, prescindiendo formalmente del concepto de acción, pues éste subyace a los demás, y por cuanto su carácter abstracto, lo hace aplicable a cualquier tipo de proceso. La acción, o mejor su autonomía, es el presupuesto de cualquier teoría procesal y en consecuencia de todos los procesos, no siendo exclusiva de ninguno de ellos, porque su configuración es general. Sólo se distingue, cuando se materializa en determinado ordenamiento.

## 8. Derecho procesal constitucional: a) jurisdicción constitucional

El primer y más importante punto es, sin lugar a dudas, la jurisdicción constitucional, capítulo inicial en nuestro Derecho Procesal Constitucional. Por cierto, la jurisdicción es una sola, pero ella tiene diversas manifestaciones o campos sobre los cuales se aplica, por lo que metafóricamente, se habla de jurisdicción civil o jurisdicción penal (como lo señala L. Prieto-Castro, en su *Derecho procesal civil*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1964, tomo I, pág. 102). En igual sentido es dable hablar de jurisdicción constitucional, lo que envuelve dos problemas centrales:

- a) Si es factible que el Estado permita que se cuestione su propia actividad, en especial, la legislativa, y
- b) Aceptado lo anterior, considerar a través de qué tipo de órgano se va a ejercer dicha función controladora.

Todo esto se puso sobre el tapete, precisamente a raíz de la introducción en Europa de los tribunales constitucionales. El gran teórico, Kelsen, habló en todo momento de jurisdicción o justicia constitucionales como equivalentes. Pero como Kelsen, conforme se nota en su obra de la época, no tenía mayores nociones del moderno Derecho procesal, entendió que postular una justicia o una jurisdicción constitucional, era postular un tribunal diferente, un órgano decidor distinto a la judicatura ordinaria y a la judicatura administrativa. En suma, se trataba de crear un órgano especial con capacidad para –entre otros aspectos declarar– la inconstitucionalidad de las leyes, ya que, según la tradición europea, el Poder Judicial no podía hacerlo. Esta solución kelseniana tuvo su lógica y la mantiene, y ha dado origen, precisamente, al llamado modelo kelseniano (por su autor), austriaco (por ser el país que primero lo perfiló) o europeo (por ser el continente que lo acogió e hizo suyo y cuya influencia llega, hoy en día, incluso a la Federación Rusa, a las antiguas democracias populares, y a democracias novísimas, como Sudáfrica o estados diminutos como Andorra, que han

hecho suya la institución). Y pese a su difusión, tuvo dificultades para imponerse.

A la altura de 1930, el jurista Franz Jerusalem señaló que la jurisdicción constitucional sólo existía cuando había un órgano *ad hoc* como era, en ese momento, el Tribunal Constitucional austriaco. Esta tesis ha tenido luego amplio predicamento, sobre todo por obra de Niceto Alcalá-Zamora, en especial en su libro *Proceso, autocomposición y defensa* (UNAM, 2da. edición, México 1970, p. 215), reiterada y muy difundida posteriormente por Héctor Fix-Zamudio (cf. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, UNAM, México 1968). La importancia que tiene Fix-Zamudio se debe, sin lugar a dudas, a la calidad de su obra, que es cimera en la materia en habla castellana y a su vasta influencia, motivo por el cual nos detendremos con más detalle en sus planteos. Fix-Zamudio sostiene que prefiere hablar de justicia constitucional por dos razones: en primer lugar, una de orden axiológico, ya que se apunta a un valor muy alto, que es norte del Derecho, y en segundo lugar, técnico, pues justicia es aplicable a toda clase de jueces, órganos o instituciones, mientras que al hablar de jurisdicción constitucional, debemos entender en rigor, que estamos haciendo referencia a la existencia de un tribunal especializado en estos temas. Así, según Fix-Zamudio, siguiendo en esto a Jerusalem, existe jurisdicción constitucional en Austria o en Alemania (con tribunales especializados) mas no en Estados Unidos de América, en donde los problemas constitucionales no existen *per se*, sino *per accidens*, y además son vistos, analizados y resueltos por cualquier juez, de cualquier parte, de cualquier nivel y al decidir cualquier materia (si bien esto queda matizado por el *stare decisis* y por el rol determinante del Tribunal Supremo). De acuerdo a esta postura, México tendría justicia constitucional, mas no jurisdicción constitucional (no obstante que su Corte Suprema, sólo ve asuntos de esta naturaleza).

La misma tesitura ha tenido acogida en el primer libro

español dedicado a la materia, debido a la pluma de Jesús González Pérez (*Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid 1980). Según él, en Estados Unidos no existe jurisdicción constitucional, y sí existe en España, que tiene un órgano especial para resolver tales materias.

Posteriormente, y utilizando ciertas indicaciones de Biscaretti di Ruffia, Néstor P. Sagüés ha planteado el problema de la siguiente forma: la jurisdicción constitucional debe ser analizada desde dos puntos de vista: uno material (cuando cualquier juez decide los problemas constitucionales) y otro formal u orgánico (cuando sólo lo hacen los tribunales especializados) (cf. *Derecho Procesal Constitucional y Jurisdicción Constitucional*, en "La Ley", 1981, refundido y ampliado en su libro *Recurso Extraordinario*, tomo I de la obra *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1989). De esta manera, quedaba zanjado el dilema: existía jurisdicción constitucional, cuando alguien legalmente investido para ello, decidía problemas constitucionales, con independencia de su ubicación en la estructura del Estado. No cabían pues exclusivismos. A esta tesis se han sumado diversos juristas, como es el caso de Germán J. Bidart Campos (cf. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires 1987) y más recientemente Fix-Zamudio, que ha dado así un paso adelante en su concepción primigenia (cf. *Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina* en "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano", Medellín, núm. 1, 1995).

El planteo es, sin lugar a dudas, sugestivo, pues nos libraba del destierro al que nos había condenado Jerusalem. En efecto, la tesis de Jerusalem contrastaba con el propio pensamiento kelseniano, pues el famoso jurista austriaco, ya en su exilio en los Estados Unidos, no vaciló en reconocer en el derecho de este país un sistema válido de control constitucional, aun cuando consideró que era inferior al austriaco, pero por razones totalmente distintas a las esgrimidas por Jerusalem. Esto es, para

Kelsen, el problema no estaba en los tribunales que resolvían, sino en cómo resolvían y cómo se justificaba esta resolución. Para Kelsen el problema estaba en otra parte.

Sin embargo, este último planteo, (sugerido por Sagüés) y que salva los *impasses* señalados (olvidándose de la nula importancia que Kelsen puso en este punto) está, a mi juicio, basado en un error de concepción, y en consecuencia ha creado un falso problema. Estaríamos así ante un pseudo-problema, que no tiene por qué ser resuelto, sino *disuelto*, que es distinto.

En efecto, 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 ésta es, en palabras de Alsina, la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado (cf. Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* 2da. edic., Ediar, Buenos Aires 1957, Tomo II, pág. 512). 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 irrele-

vante. En primer lugar, tener competencia; en segundo lugar, resolver; y finalmente ejecutar: estos son, en síntesis, los pasos que se dan.

La experiencia histórica ha visto desarrollarse varios modelos de jurisdicción constitucional. Clásicamente, el difuso, el concentrado y el mixto, así llamados por Carl Schmitt, y cuyas características delineó en la década de los cincuenta, Calamandrei (cf. *L' illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, CEDAM, Padova 1950) y que más tarde difundió y perfeccionó Mauro Cappelletti (cf. *La justicia constitucional*, UNAM, México 1987). Esta clasificación me pareció insuficiente desde 1987, cuando esbocé el modelo “dual” o “paralelo”, que replanteé luego (cf. mis artículos *El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú*, en “Ius et Praxis”, núm. 13, 1989 y *La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado en “Lecturas Constitucionales Andinas”*, núm. 1, agosto de 1991) en donde desarrollo por vez primera una clasificación pentádica.

Así, tendríamos lo siguiente:

- a) Modelo europeo de corte clásico, basado en la creación kelseniana (1918, ratificado por ley de 1919 y la Constitución austriaca de 1920).
- b) Modelo americano; nacido en los Estados Unidos, en el célebre caso “Marbury v. Madison” (1803), obra del *chief justice* John Marshall; y
- c) Modelo político; creado por la Revolución francesa, consistente en otorgar a un órgano político, generalmente el legislativo, el control de constitucionalidad; que ha tenido gran aceptación en las democracias marxistas, y presente, en cierto sentido, en el actual Consejo Constitucional francés (cf. P. Avril y J. Gicquel *Le Conseil Constitutionnel*, Montchrestien, Paris 1993).

Estos son los que podemos llamar *modelos originarios*; o sea, que se han configurado como tales, a partir de realidades

concretas, y que luego se han desarrollado en diferentes direcciones, a tal extremo, que un grado de pureza no existe, ya que se presentan muchas veces con matizaciones y, en cierto sentido, desviaciones.

De estos modelos, han derivado varios más:

- d) Modelo mixto, propio, en realidad, de nuestra América, como es el caso de Venezuela o México, en donde sólo un órgano, la Corte Suprema, aparece como única instancia o como instancia final, pues conoce tanto del control incidental (modelo americano) como del control abstracto (a través de la acción popular de inconstitucionalidad); cf. Allan R. Brewer-Carías *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes*, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas 1994 y Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional Mexicano a fin de siglo*, Edit. Porrúa, México 1995. Es decir, se fusionan armoniosamente las peculiaridades del modelo americano con el europeo, y dan origen a un *tertium quid*. Generalmente, con esta mixtura se cubre una muy amplia gama de situaciones, motivo por el cual algunos lo llaman integral;<sup>2</sup> y

---

(2) Sobre este tópico, y en el prólogo al libro de Ernesto Blume Fortini (*El control de la constitucionalidad*, Lima 1996), he escrito lo siguiente:

"En cuanto a su calificación (el modelo colombiano), la mayoría de los estudiosos convienen en llamarla mixta, y creo que ello es correcto. Pero algunos, como es el caso del venezolano Brewer-Carías, aventuran un paso delante al sostener que este modelo mixto puede también llamarse integral, lo cual es ya discutible".

"En efecto, el modelo mixto significa la creación de un *tertium genus* que, combinando otros modelos y sin llegar al eclecticismo, arriba a una nueva información que une ventajas de los sistemas que sintetiza, mediante una fusión armónica. Pero el calificarlo de integral que viene de integro, nos referimos a su campo de acción; esto es, a su cobertura, que nada tiene que ver con los modelos que alberga. Dicho en otras palabras: un sistema es integral cuando en su seno tiene una cobertura muy amplia que desarrolla todas las posibilidades de la jurisdicción constitucional. Se sabe, por cierto, que cada país o cada elenco de países, cubren ciertas cosas y otras no. En tal sentido, hay países que cubren algo, otros que cubren mucho y otros que cubren casi todo o todo, como es el caso de México. Lo que importa es, pues, la cobertura. Pero en Colombia no se cubre todo con su jurisdicción constitucional; hay cosas que quedan fuera. Y aun si no fuese así, no se debe llamar integral a un modelo por la forma como es creado, sino por sus alcances, por lo que cubre, protege o resuelve. En este sentido, un sistema concentrado puede ser integral, como lo puede ser un modelo americano; y un mixto puede

- e) Modelo dual o paralelo; cuando se dan las dos situaciones básicas en un mismo ordenamiento; esto es, cuando *coexisten* dos modelos en un solo sistema jurídico nacional, sin mezclarse ni desaparecer (como sería el caso de los mixtos); así, por ejemplo el Perú desde 1979 y Ecuador desde 1996.

Observando diversas experiencias, Manuel García-Pelayo en conferencia impartida en Lima, ha observado la existencia de diferentes realidades a las que ha agrupado por su composición y competencias, ensayando una clasificación que tiene un distinto punto de partida (cf. Manuel García-Pelayo, *Estado legal y Estado constitucional de Derecho* en AA. VV. "El Tribunal de Garantías Constitucionales", Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 2da. edición, Lima 1988, ahora en sus *Obras completas*, CEC, Madrid 1991, tomo 3, pág. 3225):

- 1) Jurisdicción descentralizada y no especializada: cualquier juez o tribunal pueden entender de la constitucionalidad, sin perjuicio de su apelación hasta la Corte Suprema que decide en definitiva. Tal es, con matices que no son del caso detallar, el sistema originado en los Estados Unidos y extendido a otros países.
- 2) Jurisdicción descentralizada y especializada. Es el caso de Alemania Federal donde junto al Tribunal Constitucional Federal, único competente para juzgar de la constitucionalidad de los actos en relación con la Ley Fundamental, pueden existir tribunales constitucionales de los *Länder*, competentes para entender de la constitucionalidad en relación con sus propias constituciones y autoridades.
- 3) Jurisdicción centralizada y no especializada: sólo un tribunal que normalmente es la Corte Suprema y, por tanto, no

---

no serlo. En fin, creo que estos modelos, caracterizados doctrinariamente en la década del treinta por Carl Schmitt y sistematizados por Calamandrei en la década del cincuenta, siguen teniendo vigencia, si bien, pienso yo, hay que considerarlos como modelos originarios, de los cuales derivan otros".

específicamente constitucional, puede entender de los litigios constitucionales.

- 4) Jurisdicción centralizada y relativamente especializada: la materia constitucional se encomienda a una Sala especializada de la Corte Suprema, sistema frecuentemente seguido y, hasta podríamos decir, originario de Iberoamérica, aunque también se extiende a otros países.
- 5) Jurisdicción especializada y centralizada en un tribunal único para todo el país; por ejemplo, Italia y España.

El Derecho Procesal Constitucional presenta una gran variedad de aplicaciones, que diferencia claramente esta rama del derecho, de otras. Por cierto, no cabe decir cuál de ellas es mejor. En el fondo, todas surgen de una determinada coyuntura histórica, y hay que tener siempre presente cuál es su trayectoria y sus transformaciones. Así, por ejemplo, en el caso de Argentina, tenemos un modelo americano con variantes. México es también ejemplo del modelo americano, pero con la reforma de 1994 se convierte en modelo mixto, en donde se fusionan las dos vertientes clásicas. Colombia, con la reforma de 1991 introdujo el modelo concentrado en coexistencia pacífica con el "difuso" que lo hacen un modelo mixto; Venezuela es desde el siglo pasado un modelo mixto, y el Perú empezó afiliándose al modelo americano en 1936, y a partir de 1979, representa el modelo dual o paralelo.

## 9. Derecho Procesal Constitucional: b) procesos constitucionales

Son tantos como los países existentes. Los procesos más importantes de carácter constitucional (aun cuando se han desarrollado en el ámbito de la legislación civil y penal), son los relativos a la defensa de la libertad individual, a través del *writ of habeas corpus*, de origen incierto, pero actuante ya en el siglo XIII en Inglaterra, de donde pasó a sus colonias, en especial a los Estados Unidos, desde donde emprendería una rápida expansión a todo el mundo, sobre todo en el siglo actual (cf.

William F. Duker, *A constitutional history of Habeas Corpus*, Greenwood Press, Conn. 1980). Este *writ* es uno de los muchos que existen en el derecho sajón, dispersos en la legislación y la práctica judicial; unos, meramente procedimentales, y otros, de relieve constitucional, como puede ser el *writ of mandamus*, que fue precisamente lo que constituyó la base del famoso caso *Marbury vs Madison*. Son trámites sencillos, y como puede apreciarse, están vinculados con la defensa de los derechos fundamentales. Es lo que se conoce como "jurisdicción constitucional de la libertad", que en realidad, debería calificarse como procesos constitucionales *de libertad o de las libertades*. El Habeas Corpus se ha extendido ampliamente, sobre todo en la América Latina, si bien en algunos países tiene otro nombre (Amparo en Chile, Exhibición personal en Centro América).

El otro instrumento de defensa de la libertad es el Amparo, creación histórica del constitucionalismo mexicano, y que a partir de la segunda década del presente siglo, se ha extendido en forma vertiginosa en nuestro continente, e incluso en España, por obra del jurista mexicano entonces residente en la península, Rodolfo Reyes. El modelo mexicano es de gran alcance y muy complejo, en cuanto representa una modalidad de protección de todos los derechos y que podríamos calificar de "integral", por la amplitud de su cobertura. Sin embargo, la grandeza del amparo mexicano es trágica: su influencia ha sido enorme, pero en cuanto tal, esto es, en cuanto a modelo integral, no ha sido seguido por nadie. Más bien, en Centroamérica, en donde se tenía el Habeas Corpus desde el siglo pasado, adoptaron el amparo por esa época, y así nació la modalidad de un amparo muy amplio, menos para la libertad individual (y esto reafirmado desde la década del veinte). Y así se desarrolló en la Argentina, ya en los cincuenta, y luego se ha extendido enormemente. El amparo en esta versión platense (aun cuando con antecedentes centroamericanos), es distinto del modelo mexicano, y debemos a los juristas argentinos el mérito no sólo de haber aceptado e incorporado la institución en esa modalidad, sino de haber diseñado sus contornos doctrinarios en

forma definida, a través de jurisprudencia y literatura de alto nivel. Este amparo, ampliamente difundido, tiene algunas variantes no sólo en cuanto al proceso, sino incluso en cuanto al nombre (Recurso de protección en Chile, Acción de Tutela en Colombia, Mandato de Seguridad en el Brasil).

En lo que se denomina “jurisdicción constitucional orgánica”, o mejor aún, *procesos constitucionales orgánicos*, los más importantes son los destinados a la protección de la Constitución frente a las leyes y demás normas que pretenden desconocerla. Sabemos que el modelo clásico se originó en los Estados Unidos a principios del siglo XIX (control concreto, sobre un caso), y se perfeccionó mediante acciones específicas de inconstitucionalidad (control abstracto), en Europa a mediados de este siglo, si bien en esto también encontramos antecedentes en la América Latina, desde el siglo XIX (como lo han demostrado las investigaciones de James Grant).

Dentro de este rubro, hay otros problemas que se encargan de resolver las jurisdicciones constitucionales, que tienen un trámite específico, y son también muy variados, aun cuando quizá el más importante sea el referido a la solución de conflictos de competencia (procesos de competencia o procesos competenciales), propios sobre todo de modelos de Estados federales o regionales, aunque también se dan en los Estados unitarios, por la sencilla razón de que pueden producirse conflictos entre diversos órganos del Estado, que hoy ya no se limitan a los tres conocidos por la tradición clásica.

#### **10. Derecho Procesal Constitucional: c) órganos constitucionales.**

El último problema que se nos presenta en esta disciplina es, sin lugar a dudas, cuáles son los órganos que, llegado el caso, van a tomar conocimiento del litigio o conflicto constitucional y, en consecuencia, lo van a resolver.

En un primer momento es fácil comprender que podemos

inclinarnos a hablar, en este supuesto, de magistratura constitucional, que sería así, el órgano específico dedicado a resolver este tipo de conflictos. Pero si bien este enfoque puede ser certero y preciso en muchos casos, deviene demasiado ceñido en otros e incluso errado. Más aún, si tenemos en cuenta que desde un punto de vista histórico, hay muchos casos en los cuales los órganos no tienen carácter jurisdiccional sino político. Así, por ejemplo, clásicamente y todavía hasta hace poco, los órganos legislativos eran los encargados de velar por la supremacía constitucional, y este modelo nacido en la Revolución francesa, se mantuvo durante décadas en varios países occidentales, y sin alterar, en las democracias populares lideradas por la antigua Unión Soviética. Aún más, existen ciertas instituciones como el Consejo Constitucional francés que tiene una naturaleza decididamente política (no obstante los cambios operados desde 1971), y otros órganos, como el Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador, que nació en 1945 sin resolver nada, y con contornos difusos, y que tenía un papel de mero tramitador con una naturaleza más política que jurisdiccional; y así hasta la reforma de enero de 1996, que creó un verdadero Tribunal Constitucional. E igual podríamos decir de numerosas cámaras legislativas que ejercen ciertas atribuciones netamente jurisdiccionales. Por tanto, estimo que llamarlos órganos constitucionales es más amplio, cubre más posibilidades y es conveniente mantenerlo por ahora.

Por cierto, la evolución de los hechos y el desarrollo de las instituciones puede llevar al mayor reforzamiento de los órganos con carácter jurisdiccional y que además sean conducidos por magistrados. Pero, mientras tanto, creo que podemos usar el término de “órganos constitucionales”. Somos conscientes de la debilidad de esta clasificación, que por ahora usamos sabiendo cuáles son sus limitaciones, pues puede confundirse con la muy usada, de órganos constitucionales (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, etc.) Pero es preferible hacerlo así, y entender que estos últimos son órganos constitucionales en sentido amplio o

mejor aún, órganos del Estado, y los primeros son órganos en sentido estricto, operativos y defensores de la Constitución.

### 11. Orígenes y desarrollo de la disciplina en el Perú

Aunque el problema del control de la constitucionalidad de las leyes y el de la defensa de los derechos de la persona, está presente en el constitucionalismo peruano desde fines del siglo pasado, sólo se desarrolla, con mayor amplitud, a partir de 1920, época en la cual se da un mayor conocimiento de esta modalidad y, sobre todo, de los procesos existentes. Quizá el primero que hizo referencia detallada a los tribunales especializados, sea Toribio Alayza y Paz Soldán (cf. *Derecho constitucional general y comparado*, Lima 1935) y el tema del control difuso es tratado en diversas monografías y artículos, sobre todo a partir de la década del 40 (cf. Raúl Ferrero Rebagliati, *Limitación del Poder por el Derecho*, en "Derecho", núm. 1, 1944). Pero todo esto tratado por constitucionalistas, como un problema constitucional y de alcance constitucional. La necesidad de un enfoque procesal y de una disciplina llamada "Derecho Procesal Constitucional", recién es planteada por mí en 1971, y reiterada en sucesivos escritos y ensayos que han tenido cierta repercusión. Por cierto, aquí no hice más que recoger las lecciones de los grandes maestros, a los que tuve el privilegio de difundir entre nosotros, y a eso he hecho referencia líneas arriba.

Es decir, lo que buscaba en esa época era llamar la atención sobre la parte procesal del Derecho Constitucional, en la cual en el país, hasta ese momento, nadie había reparado. Esto es, la necesidad de analizar, con la óptica procesal, los instrumentos de defensa que tenía la Constitución, tanto en su parte dogmática como en su parte orgánica, lo que se reforzó cuando la Constitución peruana de 1979, que tantas novedades trajo para la normatividad procesal constitucional, estableció en su artículo 22 que la enseñanza de los derechos humanos y su protección, era materia obligatoria en todo centro de enseñanza, civil y militar, y en todos sus niveles.

Sobre esta base, y a mi iniciativa, la Facultad de Derecho de la Universidad Católica aprobó en 1984 la creación de un curso denominado “Garantías Constitucionales”, precisamente para estudiar la parte procesal de la nueva Constitución, curso que tuve a mi cargo durante algunos años, y que se sigue impartiendo. El dictado de este curso, y sobre todo el *boom* en materia constitucional iniciado en 1980 con el retorno a la democracia y el inicio de actividades del Tribunal de Garantías Constitucionales (1982-1992), motivó el auge, no sólo de las instituciones constitucionales, sino también de sus instrumentos procesales.

Así, el curso de “Garantías Constitucionales”, se empezó a dictar en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica en 1985, y posteriormente en 1990, fue creado uno denominado “Jurisdicción Constitucional” en la Maestría de Derecho Constitucional de la misma Universidad. En forma paralela, en 1992 y a propuesta de Víctor Julio Ortecho Villena, se creó el curso denominado “Derecho Procesal Constitucional”, que desde entonces se dicta en la Universidad Privada Antenor Orrego, en la ciudad de Trujillo (cf. Víctor J. Ortecho Villena, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Trujillo 1994 y 1996). Y también en 1992, con el mismo nombre, se creó el curso correspondiente en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, a pedido de Elvito A. Rodríguez Domínguez (cf. su ponencia *Derecho Procesal Constitucional Peruano* en “Notarius”, núm. 2, 1991). A lo que hay que añadir las “Jornadas de Derecho Procesal Constitucional” que se llevaron a cabo en la Universidad de San Agustín (Arequipa, 1989 y 1991) a propuesta y con la coordinación de Magdiel Gonzáles Ojeda y que contó con la participación de constitucionalistas y procesalistas extranjeros: Germán J. Bidart Campos, Néstor P. Sagüés y Juan Carlos Hitters.

La disciplina, iniciada modestamente, ha seguido un desarrollo lento, pero seguro. Las publicaciones han abundado sobre las más diversas materias, en especial sobre el Habeas Corpus

y el Amparo<sup>3</sup>. Y recientemente, se han creado en Lima, en ejemplo que luego se seguirá en provincias, Jueces y Salas de Derecho Público, esto es, jueces especializados, que nos permiten esperar que, en el futuro, podamos tener una jurisprudencia interesante. Lo mismo podemos decir del Tribunal Constitucional, recreado en la Constitución peruana de 1993 y que se ha instalado en el mes de junio de 1996.

## 12. Consideraciones conclusivas

Las líneas matrices del proceso fueron fijadas por la gran tradición jurídica procesal nacida en Alemania a fines del siglo pasado, y reafirmada luego en este país y en Italia. Sus grandes lineamientos ya han sido dichos y sus carriles fundamentales fueron pensados, escritos y fijados antes de 1945, según nos comentaba en reciente conversación el procesalista español Juan Montero Aroca.

Sobre esa base hay que construir el Derecho Procesal Constitucional. El problema es fácil y difícil a la vez. Fácil, pues las grandes categorías ya están dichas y hechas, y además existen numerosos afinamientos en la doctrina de los últimos años. Difícil, pues las figuras procesales, los actores y los que resuelven los conflictos en materia constitucional, son distintos, no son los mismos, y generalmente cambian de país a país, o de grupos de países a otro grupo de países. El amparo en México es distinto al amparo argentino, y éste se diferencia a su vez del amparo peruano por diversos detalles. Igual podríamos decir del control de la constitucionalidad de las leyes. De ahí la imposibilidad de hacer un tratamiento parejo, uniforme, que pueda ser válido para diversas latitudes. Si, por ejemplo, podemos leer con provecho el *Manual de Derecho Procesal Civil* de Enrico Tullio Liebman, e incluso nos puede ser de utilidad en la vida diaria del litigio, cualquier manual sobre el amparo

---

(3) Al corregir estas pruebas llegó a mis manos el enjundioso volumen de Elvito A. Rodríguez Domínguez *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Grijley, Lima 1997, que confirma la tendencia señalada.

argentino o el amparo mexicano lo tenemos que usar con respeto, pero con grandes precauciones, porque cada país tiene lo suyo.

Y esto ocurre, por cuanto los modelos constitucionales dependen de la historia y de la política, mucho más que de otros factores. Los intereses en juego son grandes y además hay que tener presente la realidad y la experiencia de cada país. Por tanto, hacer libros generales e incluso tratados, es una empresa arriesgada, que puede naufragar en corto tiempo.

Pero siendo conscientes de estos límites, podemos avanzar mucho. Por un lado, ir asimilando las grandes categorías creadas o recreadas por el pensamiento procesal clásico, para mejor definir el punto de partida. Por otro lado, ahondar en aspectos puntuales de nuestra legislación procesal constitucional, para que preste un mejor servicio a la comunidad a la cual va destinada.

Lima, agosto de 1996