

CAPÍTULO V

EL PROCESO EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

35. Concepto de proceso	157
36. El debido proceso legal	159
37. Los procesos constitucionales	172
38. Principales procesos constitucionales y sus características	178

CAPÍTULO V

EL PROCESO EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

35. *Concepto de proceso*

Hemos señalado que la jurisdicción es un rol que juega el Estado en los conflictos entre los hombres, con el poder-deber de resolverlos ejercitando en las causas una decisión justa.

Aparece así el proceso, verdadero artífice de la creación procesal y baluarte de su consagración científica. En su esencia y naturaleza jurídica tiene destacada importancia la secuencia de actos que culminan en el pronunciamiento, pues todos ellos constituyen instancias que armonizan pretensiones y resistencias de partes con la decisión final que resuelve el conflicto.

Ésta es la causa y razón del proceso: lograr que las disputas entre los hombres se solucionen con la intervención de un tercero imparcial que, representando el interés del Estado, participe de la creación de una norma individual que imponga justicia en la crisis afrontada.²¹⁴

Sin embargo, objetivamente considerada toda la actividad que importa el proceso no impone reducir su concepto al mero y simple conflicto intersubjetivo, porque existen verdaderos tipos de esta naturaleza que activan procedimientos judiciales encaminados a constituir, modificar, transformar o extinguir relaciones jurídicas que, sin tener controversia alguna que las ocupe, necesitan de la competencia judicial para obtener su consagración en derecho.

En esta dinámica, el proceso varía para desarrollarse en actos dirigidos a obtener una sentencia que consolide el derecho presentado por la parte.

Es, entonces, correcto señalar al proceso como “unidad” intelectual, como método diríamos, porque dentro de sus permisiones existen identidades y experiencias que se podrán mudar por la transformación social o con el paso del tiempo por su incidencia en los valores y derechos. Por tanto, lejos de ser un fenómeno de la actuación del derecho objetivo (como algunos conciben al proceso), en verdad la explicación proviene de las relaciones que se traban en su seno cumpliendo una finalidad superior en el esquema rígido del orden normati-

²¹⁴ Gozaini, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 234 y ss.

vo: “el proceso estará dentro del ordenamiento jurídico previsto, acumulando la experiencia de todas y cada una de sus ramas, pero elevándose sobre ellas a modo de garantía; la única y verdadera garantía del Derecho en toda su dimensión”.²¹⁵

De esta manera, no encontraremos finalidades específicas y concretas donde lo puramente adjetivo resulta residual y subordinado a una tarea que se afirma en la noción fundamental de las garantías constitucionales.

Por eso, hemos señalado antes de ahora, que el derecho procesal moderno ha relegado su rol netamente instrumental, o servidor de las leyes sustantivas; donde, si bien no está postergada totalmente esta función, aparece comprometido con novedosos principios que propician la socialización del derecho, otorgando la posibilidad de una justicia funcional, eficaz y solidaria.²¹⁶

Toda la polémica doctrinaria se resume en esta característica. La dualidad encontrada en las posturas referidas acerca de la finalidad del proceso coinciden en destacar que, más allá de los ideales puristas o escolásticos que tienden a conservar las reglas de convivencia social a partir de la función jurisdiccional, el proceso concita la participación del justiciable a quien se le debe respuesta y remedio al conflicto que contrae.

Confluyen así ambos principios de protección sean mediatos o inmediatos, según el ángulo de observación. Es decir, si el acento lo ponemos en la función pública institucional del proceso, el *prius* será la conservación del orden social aplicando el orden normativo. Si nos centramos en la perspectiva del litigante, lo esencial será la tutela de sus derechos.

En uno y otro caso, el proceso tiene una función autónoma que obtiene desde el derecho constitucional para convertirse en una garantía de ambos objetivos o finalidades.

Tanto el Estado podrá entronizar los ideales puestos en la legislación común, aplicando y haciendo observar sus postulados, castigando sus desvíos o inaplicaciones; como también consigue el individuo una norma particular (sentencia) que está reservada para su exclusivo conflicto y que le permite tener una solución propia con iguales medios y posibilidades que el Estado tuvo para su cometido institucional.

El proceso cumple una función de servicio con principios y presupuestos que lo convalidan; pero no puede instalarse en terrenos anegadizos, porque precisamente su vida se desarrolla en la transformación social y, a ella, debe adecuarse para dar justicia y equidad.

Su autonomía está acotada a la función que cumple: es garantía fundamental y así debe preservarse en cada tiempo y lugar. Pero esta función es de asistencia

215 *Ibidem*, p. 236.

216 Gozáni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 20.

hacia el hombre, de tal modo que está presente en sus diseños la flexibilidad propia de la condición humana.

36. *El debido proceso legal*

La acción procesal (de derecho procesal constitucional) amplía su espectro de incumbencias como vimos recientemente al exigirse que garantice no solamente el derecho de petición y la garantía de audiencia, sino también, el “derecho al proceso”.

Este procedimiento sustanciador no ha de ser un trámite cualquiera pues debe arreglarse con el principio de legalidad y con el de la debida fundamentación de la sentencia, sea o no favorable a las pretensiones deducidas.

La noción permite utilizar el condicionamiento de “debido” o, en otros términos, la promesa que tiene el justiciable de recibir de la jurisdicción el tratamiento adecuado a sus reclamaciones sociales.

El precepto nos llega reflejado en el *due process of law* del derecho anglosajón, y se utiliza como herramienta flexible para alcanzar la justicia en el proceso.

Está acuñado en una idea fuerza que arranca en la mitad del siglo XIX cuando se establecen verdaderos *bill of rights* que servían de frenos a la discrecionalidad legislativa, y avanza cubriendo espacios de control hacia los demás poderes.

Una primera manifestación de este progreso se advierte cuando el concepto de “debido proceso” abandona su apego hacia las costumbres y formas procesales típicas del *common law* (especialmente las del proceso penal), para bosquejar principios de seguridad y justicia concreta del caso.

Comienza así a interpretarse como “derecho de defensa”, de manera que ningún litigante pierda la posibilidad de estar asistido en derecho (principio de bilateralidad) y de alegar (principio de contradicción). Son mínimos que la justicia debe respaldar.

En materia criminal, el *due process of law* se aloja, en principio, en dos bastiones garantistas: el derecho al defensor y el derecho a no autoincriminarse.²¹⁷

En la evolución tuvo gran importancia la teoría del liberalismo económico, porque a partir de la interpretación de aspectos económicos que el poder estatal infligía a sus ciudadanos, se otorgaba protección a las libertades, especialmente de propiedad y trabajo, dando preeminencia a valores sustanciales sobre temas de contenido formal o procesal.

²¹⁷ Vigoriti, Vincenzo, *Garanzie costituzionali del processo civile (due process of law e art. 24 Cost.)*, Milano, Giuffrè, 1973, en especial pp. 8-47.

El Superior Tribunal Federal de Estados Unidos, por ejemplo, en los casos “Lochner vs. New York” de 1905 perfila esta idea de control de las reglamentaciones económicas.

La jurisprudencia, por entonces, sostuvo que la garantía del debido proceso legal significaba el pleno ejercicio del derecho a la libertad, y del derecho de propiedad contra cualquier acto de imperio limitativo. No era, pues, sólo una garantía para una correcta determinación de los derechos procesales que apliquen otros derechos reconocidos en el aspecto sustancial; se trataba de afianzar los derechos materiales (en una exégesis *lata* de la libertad y propiedad) que no podían limitarse de manera arbitraria o irrazonable.²¹⁸

Tiene un doble aspecto: el que figura dando posibilidad de tramitación y desarrollo a un pretendiente que reclama; y respecto a quien se enfrenta y opone para otorgarle el derecho de defenderse (garantía de audiencia), destacando, en consecuencia, el carácter bilateral de su representación.

En España, por ejemplo, la Constitución de 1978 dividió claramente esta secuencia. El artículo 24 establece, en un primer párrafo, el derecho de acceso a los tribunales (derecho a la tutela judicial efectiva); y en el segundo, las garantías procesales, propiamente dichas, entre las que se encuentra la noción del juez natural y la presunción de inocencia.

De todos modos, la idea de “proceso debido” o “proceso justo”²¹⁹ es un complejo entramado de recaudos y señalamientos que orquestan el devenir de un procedimiento que debe cumplirse sin rituales estériles ni fórmulas que satisfacen únicamente el interés del orden procesal.

Ese derecho, observado en su doble preocupación, genera las siguientes manifestaciones:

1) Derechos y garantías del “actor”

a) Se afirma que el debido proceso, desde el punto de vista del accionante, es un derecho de prestación que tiene configuración legal, puesto que exige de los poderes públicos la dotación de la administración de justicia, de medios materiales y personales suficientes, a fin de que la tutela judicial pueda hacerse efectiva en cualquier tipo de procesos.²²⁰

²¹⁸ Cfr., Vigoriti, Vincenzo, *op. cit.*, nota 216, p. 48.

²¹⁹ Así prefiere llamarlo en Argentina el maestro Morello. Confrontar algunos de sus trabajos v. gr.: *op. cit.*, nota 124, pp. 50-58. “El proceso como realidad social (Los condicionamientos del proceso judicial justo)”, *La Ley*, diario del 11-12-92; “El proceso justo”, *La Ley*, 1990-C, pp. 808 y ss.; “El debido proceso legal adjetivo. Reformulaciones y modernas tendencias”, *Doctrina Judicial*, tomo 1991-1, pp. 1 y ss.

²²⁰ Torres del Moral, Antonio, *op. cit.*, nota 203, p. 383, con citas del Tribunal Constitucional español.

Por tanto, el acceso a la justicia es un presupuesto y, al mismo tiempo, una garantía constitucional. Ella conecta con los derechos consecuentes, pero si no progresa se inutiliza cualquier marco proteccionista que persiga establecer.

Si el actor tiene negada el ingreso a la jurisdicción, deben señalarse razonadamente sus causas; de otro modo, es un deber compartido por el legislador (a través de las normas necesarias para dar operatividad a la garantía); por el juez (como una proyección de su poder-deber jurisdiccional) y por el mismo interesado (ejercicio responsable de la acción), dar oportunidad a que el debido proceso pueda cumplirse adecuadamente.

b) Entre estos compromisos, hemos señalado ya los que corresponden al derecho a la jurisdicción, los cuales pueden resumirse en: 1) derecho al juez predefinido con anterioridad a la causa (garantía del juez natural); 2) que el juez asuma su competencia sin desbordes paralizantes (excusamientos incausados); 3) que den curso a la instancia judicial a través de la asignación del trámite pertinente; 4) que satisfaga con prudencia el control de legitimación *ad causam* y *ad processum*; 5) que en su oportunidad, valore a conciencia y razón las pruebas cumplidas en la litis; 6) finalmente, que produzca una sentencia fundada en derecho y con adecuada constatación de las circunstancias efectivamente comprobadas.

c) Quizá sea propicio introducir en esta parcela otras derivaciones que, si bien no están directamente emparentadas, aparecen en el firmamento de las garantías como anticipadas al momento preciso de la instauración del reclamo.

Llegan a ocupar este espacio: 1) la prevalencia del carácter bilateral del proceso con el fin de evitar toda actuación esquiva con el principio de igualdad de consideración y tratamiento; 2) la eficacia del servicio judicial, esto es, la prestación atenta de los roles destinados a cumplirse, sin atascarse en cuestiones baladíes, meramente rituales; 3) la colaboración y ayuda legal del abogado, que se representa en la asistencia letrada idónea y en el beneficio de igualdad que merece la condición de “pobre”, a efectos de que el costo material de la justicia no se convierta en causa de la misma privación; 4) sobrellevar las complejidades del proceso constitucional en una dimensión diferente a la justicia heterocompositiva que, en suma, consiga hacer valer los desplazamientos que la urgencia de los tiempos y, esencialmente pedidos por el derecho procesal constitucional. Es decir, movilizar los intereses de lo simple a lo complejo; de lo nacional a lo transnacional y de lo individual a lo social.²²¹

d) Va de suyo que la imparcialidad del juzgador está reconocida como una garantía preexistente. No obstante, se agrega a lo establecido en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos la obligación de interpretar

²²¹ Barbosa Moreira, José Carlos, *Tendencias contemporáneas do direito processual civil*, San Pablo, Saraiva, 1984, pp. 23 y ss.

todas las normas relativas a derechos fundamentales, toda vez que de acuerdo con las leyes orgánicas de cada Poder Judicial, es posible confrontar que algunos tribunales pueden acumular competencias funcionales (instrucción y juzgamiento criminal, por ejemplo), en cuyo caso, puede ello tener relevancia para determinar si fue respetado o no la garantía de imparcialidad.

De todas maneras, el derecho al juez predeterminado debe analizarse en la órbita de los derechos afectados, de tal forma que prevalecen las configuraciones procesales acerca de la entidad y trascendencia del vicio.

Dice, a modo de conclusión, el Tribunal Constitucional de España que

el derecho al juez predeterminado por la ley requiere que el órgano judicial llamado a conocer del proceso haya sido creado previamente por la norma, que esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motive su actuación, y finalmente, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional.²²²

Desde otro punto de vista, las facultades jurisdiccionales para denegar *in limine* pretensiones que aparezcan abusivas, temerarias o de mala fe, o bien signifiquen distorsionar el sistema judicial a través de demandas inconducentes o con finalidades solapadas, no importa denegar el derecho de acceso, sino respaldarlo a través del pronunciamiento denegatorio fundado y debidamente proporcional con la carga de diligencia que corresponde imponer a los justiciables.

2) Derechos y garantías del “demandado”

Debemos referirnos aquí a dos aspectos de una misma cuestión. Sea porque los derechos en debate resulten ser de naturaleza privada (caso de los procesos ordinarios civiles) o bien, porque atienden un interés público comprometido (enjuiciamiento criminal); cada uno de ellos eleva sus garantías en direcciones puntuales.

a) En relación con la primera de las posibilidades, se debe asegurar el emplazamiento o la notificación en la persona que resulta demandada. La citación correcta no es un purismo procesal, sino la verdadera garantía de acceso, porque a partir de ella es posible la efectividad de la defensa.

El acto formal de comunicación tiene tanta envergadura que su deficiencia provoca la nulidad de todas las actuaciones a partir del vicio, razón por la cual es de tanta importancia que llegue a conocimiento directo del interesado.

²²² STC, 47/1983 del 31 de mayo, y 23/1986 del 14 de febrero; *cfr.*, 148/1987 del 28 de septiembre; en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1978, p. 1364.

A su vez, el debido emplazamiento aligera la “carga burocrática” y los tiempos del proceso, logrando un desarrollo más rápido cuanto menor sea el tiempo dispuesto para la notificación o las notificaciones.

Esta faceta del derecho a la tutela jurisdiccional se encamina a promover la garantía de defensa y asistencia jurídica, tanto como la adecuada contradicción, lo que obliga a los jueces y tribunales a citar a quienes pueden comparecer como demandados. Dicha obligación debe ponderarse en función de la menor o mayor dificultad que el órgano encuentre para la identificación o localización de los titulares de los derechos e intereses en juego, pues no puede imponérsele a la jurisdicción la obligación de llevar a cabo largas y complejas indagaciones que son ajenas a su función. Por eso, si el demandado no resulta absolutamente identificable a los efectos de su notificación, el órgano judicial no violenta el derecho de tutela cuando deniega librar la comunicación a quien no resulta conocido adecuadamente.²²³

b) Por su parte, en la dimensión de los procedimientos penales, el fichado goza de derechos previos como son: la presunción de inocencia, el ser informado de la acusación, la obligación de dotarlo de asistencia jurídica, y la prohibición de obtener confesiones que lo autoincriminen.

En este sentido, el derecho a ser considerado inocente hasta que se verifiquen los extremos de la denuncia debe situarse en el marco de los hechos respecto de los cuales pueden producirse consecuencias en el orden punitivo. Por eso, sólo la prueba obtenida por medios legítimos y a través de la gestión de quienes están encargados de lograrla validan el procedimiento.

No se trata, como tantas veces lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, de que se proceda a revisar la valoración de la prueba hecha por los jueces, sino de verificar si esa prueba ha existido o se ha practicado con las debidas garantías procesales y si a partir de ellas puede llegarse al cargo. En el caso concreto de la presunción de inocencia, es importante esta verificación a efectos de esclarecer si es verdaderamente tal y no una simple conjetura, una mera sospecha o bien únicamente datos equívocos de los que sólo se desprenden apariencias.

c) Asimismo el derecho a la defensa y a la asistencia legal tiene particularidades muy trascendentes, como el “derecho al abogado”.

La asistencia letrada, esencial en el proceso penal y los demás ordenamientos rituales, es de vital importancia para equilibrar la lucha de fuerzas y, sobre todo, para realizar efectivamente el principio de contradicción. El órgano judicial, a su vez, debe evitar los conflictos sustanciados en desequilibrio, lo cual puede traducirse en insuficiencia económica para afrontar en igualdad de armas el curso del proceso.

223 *Cfr.*, STC, 99/1985.

La defensa del derecho y el patrocinio generado ha de ser “idóneo” lo que supone actuar con solvencia y responsabilidad. Claro está que para cumplir con las exigencias básicas del contenido preceptuado no es suficiente la actuación profesional, sino que ella haya tenido efectiva y sustancial intervención en el equilibrio que significa enfrentar a las partes con desconocimiento del derecho aplicable.

En Argentina, La Corte Suprema llegó a anular condenas cuando la defensa era insuficiente, diciendo, entre otras cosas que

Ante la manifestación del Defensor oficial de no poder contar con el tiempo necesario para fundar los agravios del imputado en el recurso de casación, el tribunal tiene el deber ineludible de darle la posibilidad real para ello, y en su caso, de ser necesario, reemplazar la defensa hacia otro Defensor. La omisión en recabar estos extremos constituye una violación al derecho de defensa en juicio que le corresponde al acusado, dado que ha tenido como consecuencia que el letrado designado no haya dicho una sola palabra en su defensa en el ordenamiento recursivo local.²²⁴

Con idéntico alcance se agrega que

al escrito confeccionado en la cárcel y sin asistencia legal a través del cual el imputado interpone un recurso extraordinario, debe otorgársele solamente el sentido de una manifestación de voluntad de ser asistido adecuadamente para interponer los recursos de ley, por lo que corresponde declarar la nulidad de la providencia de la Cámara de apelaciones que rechaza in limine dicho recurso por carecer de la firma de letrado, no bastarse a sí mismo, no acompañarse copias y no tratarse de sentencia definitiva y deben devolverse las actuaciones para que la alzada resuelva respecto de la procedencia del recurso interpuesto, posteriormente, por el Defensor Oficial.²²⁵

El informalismo que pervive en estas declaraciones soporta con serios fundamentos la garantía de defensa, pero ello no debe significar que en todas las ocasiones sea un medio o salvoconducto para ingresar en etapas superadas del procedimiento.

d) En otro orden, el derecho al abogado se concede cuando emerge de situaciones de pobreza.

La cobertura letrada gratuita, en su naturaleza de derecho subjetivo, tiene por objeto asegurar a quien carece de medios económicos para la defensa procesal, y en su aspecto de garantía de los intereses de la justicia, satisfacer el fin común de todo proceso desenvuelto en forma equilibrada y justa que permita alcanzar una sentencia ajustada a derecho.

224 Corte Suprema de la Nación Argentina, *in re*: Gordillo, Raúl H. del 29 de septiembre de 1987.

225 Corte Suprema de la Nación Argentina, fallo del 10 de marzo de 1987.

La sustitución del derecho a la protección jurídica sin gastos por la autodefensa sólo vulnera los mandamientos fundamentales cuando el índole de los argumentos vertidos no sea cabal ejercicio de motivos jurídicos sustanciales para la defensa; conduciendo entonces de regreso al momento donde se produce la indefensión para armonizar la lucha igualitaria de intereses.

Sin embargo, la ausencia letrada no vulnera los derechos ventilados en juicio cuando sólo se aprecie un perjuicio irrelevante de los intereses del afectado. En otros términos el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos sostuvo que la ausencia de abogado sólo se valora como lesiva del derecho constitucional cuando la defensa ejercitada en concreto se revela determinante de la indefensión.²²⁶

La pobreza es un tema que la justicia no puede soslayar; es más, es imperioso que el tema se ponga en el centro de sus aspiraciones. Las realidades y vivencias del proceso iberoamericano dan cuenta de las múltiples coincidencias y encuentros entre los sistemas procesales. En ellos, se reúnen los mismos ideales y las mismas desinteligencias con el mundo que afrontan. Es duro, en verdad, comprobar que existe una gran dicotomía entre las aspiraciones de ser justos y “parecer justos”, porque el acceso se permite, es cierto, pero la cabal defensa de los derechos dista de ser efectiva.

El compromiso de los abogados desde este vértice —sostiene Morello—

No puede ser otro que bregar, con osadía y tenacidad, a fin de esclarecer qué metas son las que exige el proceso judicial, la Constitución y la Democracia. Sólo se podrán alcanzar si se hace realidad su bisagra condicionante, la igualación, esa red de posibilidades ciertas para ejercer efectivamente la defensa en juicio. Y ello requiere eliminar, en el tiempo más corto, las trabas de las desigualdades, que son propias de la operación del mercado de la adjudicación de bienes entre los miembros de la sociedad... [de otro modo se hará carne] “por la cada vez más ancha brecha de la pobreza...” [el licuamiento en América...] del noble e inspirado axioma constitucional que, imperativa y subordinadamente consagra la obligación de afianzar la justicia.²²⁷

La tendencia a consagrar servicios sociales de carácter jurídico prosigue una línea que amplía la defensa del carente de recursos hacia quien no puede afrontar el costo del litigio.

Este sistema de seguridad social jurídica tiene su equivalente en los colegios u oficinas públicas de abogados establecidos en los ordenamientos socialistas de acuerdo con el modelo de la ex-Unión Soviética, que se traducen en procedi-

²²⁶ Sentencia 47/1987, y casos Airey del 9 de octubre de 1979, y Pakelli del 25 de abril del mismo año.

²²⁷ Morello, Augusto Mario, “Justicia y Pobreza (realidades, mitos y ficciones en el Estado de Derecho)”, *El Derecho*, Argentina, 23 de noviembre de 1992.

mientos de asesoramiento jurídico, tanto de consulta como de auxilio procesal, que se prestan ya sea de manera gratuita o a través de una remuneración reducida a las personas que carecen de recursos suficientes para cubrir las costas y los honorarios normales.²²⁸

3) Las garantías del proceso

Los reaseguros con que cuentan las partes en el proceso se ratifican en otros requisitos de validez intrínseca que pertenecen a las “garantías” que, “de cara al pueblo”, debe mostrar todo procedimiento jurisdiccional.

a) El “principio de publicidad” es, precisamente, uno de los elementos indispensables para la eficacia y seguridad de los justiciables.

Por este principio se persigue que cualquiera pueda tener libre acceso al desarrollo del litigio, haciendo las veces de control de la responsabilidad profesional de jueces y abogados.

Calamandrei contraponen los principios de “publicidad” y “secreto” en dos sentidos, según se refieran a los sujetos del proceso o al público interesado.

En lo que se refiere a terceros —agrega— esto es, al ‘público’ de las personas extrañas al proceso, pueden concebirse abstractamente dos sistemas: el del secreto, según el cual las actividades procesales deben llevarse a cabo en el secreto de la oficina sin que los terceros puedan tener conocimiento de ella; y el de la publicidad, según el cual, por el contrario, tales actividades deben desarrollarse bajo el control del público.²²⁹

De hecho, ambos sistemas cohabitan el proceso civil, y en muchas oportunidades se advierte que, el exceso de publicidad, *mutatis mutandis*, agrede el decoro y la majestad de la justicia.

De todas formas no desalentamos la manifestación pública de los actos del proceso, por cuanto a través de esa publicidad se reflejan los actos de un poder del Estado, transformando el silogismo que para el ciudadano común tienen las fórmulas procesales, resolviendo con simpleza el sentido profundo de la aplicación del derecho.

De suyo, a través de este mecanismo de exteriorización y acceso sin restricciones se corporiza el sentido de “responsabilidad social de los jueces”; es decir, la responsabilidad no ya enfocada en función del prestigio e independencia del Poder Judicial, ni del poder de un ente abstracto como es el Estado, ni de

²²⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 481. *Cfr.*, Berizonce, Roberto Omar, *Efectivo acceso a la justicia*, Buenos Aires, Platense, 1987, *passim*; Gozafni, Osvaldo Alfredo, *Costas Procesales*, Buenos Aires, Ediar, 1990, pp. 17 y ss.

²²⁹ Calamandrei, Piero, *op. cit.*, nota 191, p. 331. *Cfr.*, Gozafni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 346 y ss.

algo que se personifique en gobernantes, grupos o individuos determinados. “Ella debe ser entendida en función de los usuarios del servicio de justicia, de ahí que combina la imparcialidad y la objetividad de los jueces con un adecuado porcentaje de responsabilidad social, requerido tanto a la sociedad como a quienes forman parte de ella y que son los auténticos destinatarios de dicho servicio”.²³⁰

b) El principio de “igualdad ante la ley” se incorpora al proceso para salvaguardar el equilibrio de “armas”, es decir, la concreta posibilidad para que ambas partes cuenten con idénticas oportunidades para demostrar sus afirmaciones.

La frase “igualdad de armas” sostiene una categoría filosófica asentada en la justicia conmutativa que difiere de la “igualdad de circunstancias” porque en ésta es probable observar que las realidades del procedimiento difieren del apotegma abstracto constitucional que reza la “igualdad ante la ley”.

La pobreza social o cultural son fisuras evidentes de ese plano equidistante que se postula, y a ella nos hemos referido.

También en la igualdad suele hablarse de la “similitud en la fila”,²³¹ donde el resultado que se logra sirve a la vez de modelo para otras conductas o situaciones que se aproximan por su similar fisonomía.

La obligación del magistrado en toda la secuencia del trámite será conservar la igualdad entre las partes, evitando que alguna de ellas pueda caer en indefensión por su causa.

c) La “duración adecuada del proceso”, evitando dilaciones innecesarias, soporta un nuevo principio de validación.

En efecto, todo proceso debe cumplirse en un tiempo razonable; lo contrario equivale a denegar el servicio jurisdiccional, o al menos, a tornarlo inútil para la esperanza de justicia que el interesado oportunamente depositó en ella.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido quizá quien con mejor detalle abordó esta problemática. De algunos fallos y *leading case* de la materia se resuelve que el carácter razonable debe ponderarse a la luz de otras circunstancias, tales como a) la complejidad del asunto, b) el comportamiento procesal de las partes, c) el exceso de trabajo que posiblemente tuviera el órgano jurisdiccional, d) la carga burocrática de los magistrados encargados de resolver el problema y e) las consecuencias que la demora ocasiona a los litigantes.²³²

La justicia transnacional, a través de distintos instrumentos, recibe y consagra este postulado. Por ejemplo, el artículo 6 inciso 1o. del Convenio de Roma establece:

230 Cappelletti, Mauro, *La responsabilidad de los jueces*, Argentina, Platense, 1987, p. 99.

231 *Cfr.*, Botticher, Eduard, “La igualdad ante el juez”, *Revista de Derecho Procesal*, Argentina, Ediar, t. 1951-I, p. 129.

232 *Cfr.*, Sentencias del 6 de mayo de 1981 (caso Buchloz); 13 de julio de 1983 (caso Zimmermann y Steiner); y la jurisprudencia que se desprende de los casos “König”, “Guzzardi”, “Foti”, “Corigliano” y “Neumeister”, entre muchos más.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...

En el mismo sentido, el artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones del orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...

d) El derecho “a la prueba”²³³ vivifica una posición garantista donde la posibilidad para demostrar no quede vulnerada en consabidos repliegues de la dogmática, ni deje de enfrentar los infortunios de la contingencia.

El derecho moderno, en trance de avanzar en un mundo de continuo reciclaje, advierte la desafortunada posición de permanecer estancados en ciertas consideraciones. El litigante de hoy afronta una circunstancia y expectativa muy distinta a la de apenas medio siglo atrás; el conflicto se da en el mismo convivir, donde los valores de la teoría pierden su eficacia si no demuestran su capacidad interactuante para armonizar la técnica con su rol funcional.

Así opinaba Couture dando a la prueba el valor de una garantía admitida y tutelada para “vencer probando”,²³⁴ y “que una ley que haga imposible la prueba es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa”.

La otra faceta de esa necesidad reside en asignar a las reglas y principios de la demostración una expresión cabal y absoluta que signifique la posibilidad de adecuar los medios a las finalidades de la jurisdicción. Es decir, si la prueba se ve como un proceso de verificación de afirmaciones sin dar otro cauce que la misma voluntad de las partes que peticiona, es posible que el acierto logrado en los hechos personifique un absurdo, porque el juez será un ausente en la aclaración. En cambio, si acertamos en el modo de componer la *litis* y en la calidad (cierta y adecuada) del *opus decisorio*, prevalece el sentido de un servicio de justicia eficaz y concreto.

Ocurre que el proceso actual se ve cruzado por evidencias que lo ponen en crisis.

En ocasiones, los desajustes son causa de su propia estructura, de por sí vetusta, desactualizada, rígida y de espaldas a la realidad; en otras de la compleji-

233 Reproducimos aquí lo dicho en Gozáni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 573-577.

234 Couture, Eduardo J., *op. cit.*, nota 137, p. 64.

dad sobreviniente en las relaciones jurídicas, civiles, comerciales; el papel del Estado y sus desprendimientos, etcétera, generan un menoscabo en la técnica de la prueba al poner en claro las dificultades que tiene un juez cualquiera no sólo para solucionar el conflicto, sino para investigar la verdad con los medios con que cuenta.

Esta constatación de la desventura ha llevado a encontrar en la sociología del derecho un esquema de novedosos contornos, pero de difícil captación.

Se piensa que ya no es objetivo de la justicia esclarecer ni verificar, ni alcanzar la llamada “verdad jurídica objetiva”; el deber jurisdiccional es, ahora, la paz social. Antes, ello era una finalidad mediata, consecuencial; ahora, es el producto necesario de la pacificación social, no importa la esencia representativa del órgano jurisdiccional, sino la advertencia de que, al ser el proceso un método para resolver conflictos o disputas, la función de los tribunales y/o Cortes no es otra que ayudar a las partes a lograrlo.²³⁵

Otra visión que proviene del derecho italiano destaca como mito la búsqueda de certidumbre, habida cuenta de que el proceso se forma con la voluntad que las partes declaran.

Al difuminarse como objeto de la prueba “la verdad de los hechos”, quedaría sin finalidad teleológica el rol asignado a los jueces, quienes pasarían a desempeñar el simple papel de administradores de la cordura, acercando fórmulas de composición o arreglo. Asimismo, si la sentencia fuese solamente un “acierto” del juez, la jurisdicción misma importaría un juego, una lotería de la precisión.

Nosotros pensamos que el posicionamiento actual y prospectivo para la prueba requiere algunos principios consustanciales que, ubicados en su rumbo, trazarán las directrices para una reforma procesal de los códigos que se torna urgente e imperiosa.

Resulta basilar recomodar la noción de medios de prueba, admitiendo la apertura que sostiene el notable avance de la ciencia. Modificar rigideces del rito, tales como la incorporación de la prueba documental; el tenor del interrogatorio; la utilidad dudosa de la absolución de posiciones; etcétera. No puede quedar desinteresado el activismo de los jueces quienes, como bien dice Barbosa Moreira, no investigan por el litigante ni para el litigante, sino por sí mismo y para el proceso, sin que cambie esta deducción la circunstancia de que el resultado de su obrar pueda ocasionar un beneficio a la parte más veraz.²³⁶

La conducta de las partes debe constituirse en indicio; como también trasciende en importancia el saber científico o técnico que el magistrado ostenta

235 Taruffo, Michele, “El diritto alla prova nell processo civile”, *Rivista de Diritto Processuale*, segunda serie, 1984, p. 240, nota 7, citado por Morello, Augusto Mario, *La prueba. Tendencias modernas*, Buenos Aires, Platense-Abeledo Perrot, p. 47.

236 Barbosa Moreira, José Carlos, “La igualdad de las partes en el proceso civil”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2, Montevideo, 1983, p. 121.

para compensar la creciente complejidad del litigio. Asimismo, el análisis riguroso de la prueba a partir de la sana crítica configura un esquema de modificaciones que tiñen con nueva coloración el derecho fundamental a la prueba.

En suma, el criterio tomado acerca de qué es la prueba y cuáles son sus fundamentos y objeto no priva observar otro rostro, una expresión diferente. La prueba es para el proceso y determina una garantía que resguarda la debida orquestación de la litis.

e) El principio de la debida fundamentación de las sentencias es otro de los baluartes que caracteriza al “debido proceso”.

La motivación razonable de los pronunciamientos judiciales hace a la pauta de validez de las sentencias y soporta la garantía que venimos desarrollando. Jurisprudencialmente se diseña esta regla indicando que constituye requisito indiscutible para la vigencia de los fallos judiciales que ellos sean fundados y apliquen correctamente el derecho a las circunstancias efectivamente comprobadas de la causa.

Resulta así imprescindible que todo pronunciamiento explicité las razones que representan la motivación que guía a cierta orientación. Es menester precisar ese desarrollo mental, suministrando en los considerandos las pautas de pruebas que se consideran verificadas y la subsunción afectuada en el orden normativo.

Además, una suficiente explicación facilita el grado de persuasión que la sentencia conlleva como medio de indicar la justicia en el caso concreto; tanto como para que las partes conozcan las razones por las que se admite o rechaza una pretensión, dando posibilidad consecuente para la crítica puntual.

Al mismo tiempo, la fundamentación sirve para el control efectivo de los actos; haciendo pública la opinión vertida, en el sentido de que el fallo deja de ser “cosa de partes” para transferirse a la consideración pública.

La sentencia, para completar el bosquejo pincipista que se alecciona, debe contar con fuerza suficiente para cumplirse y ejecutarse si no fuesen aceptados sus mandatos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional de España, interpretando el artículo 24 de su norma fundamental, ha indicado que

Corresponde al órgano judicial competente, en su caso, a petición de los interesados cuando proceda según las leyes, deducir las exigencias que impone la ejecución de la sentencia en sus propios términos, interpretando en caso de duda cuáles sean éstos, y actuar en consecuencia, sin que sea función del Tribunal Constitucional sustituir a la autoridad judicial en este cometido. Ello, no obstante, si un Juez o Tribunal se aparta, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que debe ejecutarse o se abstiene de adoptar las medidas necesarias para su ejecución, cuando le sea legalmente exigible, estaría vulnerando el artículo 24.1 de la Constitución, supuesto en el que corresponde al T.C., en el ámbito del recurso de amparo, el reconocimiento y restablecimiento del derecho constitucional infringido.

f) El derecho a un proceso “con todas las garantías” parece ser el resultado final del “debido proceso”. La fórmula se encuentra prescripta por la Constitución Española en el artículo 24 que ya tuvimos ocasión de especificar; aun así, conviene adicionar la importancia que tiene la noción en torno a los elementos condicionantes que lo abordan.

Es verdad que no habrá soluciones ni justicia mientras el espíritu de eficacia no prenda en “todos” los partícipes del encuentro procesal. Las partes, los abogados y jueces “deben” colaborar en la persecución de finalidades útiles, abandonando, si fuera necesario, las rutinas que acostumbran afincar las fórmulas simplistas.

Es muy gráfica la expresión que señala que, si el proceso se mantiene como hasta hoy, el mentado acceso a la justicia quedará identificado con la misma política de puertas abiertas que tiene el *Hotel Ritz* que, siendo para “todos”, sólo muy pocos tienen acceso.

Existen realidades y contingencias del diario compartir que señalan los obstáculos sociológicos a la composición razonable del proceso justo. Cuestiones políticas, sociales y económicas inciden en la misma dimensión que Couture señalara hace ya varios años,²³⁷ y no existen repliegues efectivos que puedan señalarse oportunos.

Si definitivamente es el proceso una respuesta a las necesidades del hombre; teniendo por cierto que, justamente, de la confianza que aquéllos depositaron en los jueces nace el derecho a la jurisdicción, y en consecuencia, todo proceso desenvuelve una realidad propia y, *lato sensu*, un problema general o generacional, aún así el proceso sigue atrapado como un conflicto entre partes.

Ningún régimen procesal debe servir de excusa para amurallar los contenidos de su ciencia. Menos aún las constituciones han de tolerar semejantes desatinos.

Los derechos humanos, que llegan a dar fundamentalidad a las garantías prometidas, tampoco pueden “acobardarse” ante las políticas o avatares de conyunturas o estructuras particulares.

El “debido proceso” juega su suerte para el destino mismo de la justicia como finalidad social.

Es muy importante advertir esta situación, porque olvidarla significa dejar hueca de contenido a las preocupaciones reales de la gente. Si fueron ellos quienes confiaron en otros hombres para que la justicia permitiera la socialización y la convivencia en paz; no se puede abandonarlos a la suerte de un proceso que se torna cada día más un juego de aciertos y desaciertos. La eficacia y la seguridad están comprometidas con el destino de las instituciones.

²³⁷ Cfr., Morello, Augusto Mario, “Couture y el moderno derecho procesal constitucional”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 1, Montevideo, 1987, pp. 9-14.

“En toda nuestra América las falencias son semejantes. No cabe esperar que las cosas se resuelvan por sí solas. Sin un audaz cambio de mentalidad la empresa no parece viable”.²³⁸

37. *Los procesos constitucionales*

Se denominan procesos constitucionales las distintas formas adjetivas destinadas a respaldar las garantías fundamentales y demás derechos del hombre, dándoles un cauce adecuado y posiblemente efectivo para la tutela, protección y fomento de ellos.

Recordemos que todo tipo de procedimiento puede signarse de “constitucional” cuando la materia específica que aborde consista en establecer la supremacía de los derechos fundamentales, o bien, desde otra perspectiva, cuando el tribunal competente esté destinado a resolver los problemas de garantías y derechos constitucionales (v. gr., Tribunales Constitucionales).

La distancia trazada es oportuna porque permite diferenciar, a partir del objeto, la tutela diferenciada que esos derechos merecen.

Las dificultades que aparecen consisten en establecer, en primer término, si se trata o no de un proceso jurisdiccional, y luego si un trámite de estas características es o no un proceso especial, e inclusive, si al mismo se le pueden extender los principios estructurales y adjetivos de los procedimientos comunes (v. gr., plazos, términos, caducidades, etcétera).

1) *Jurisdiccionalidad del proceso constitucional*

Reiteramos una advertencia anterior, no merecen idéntico tratamiento todos los procesos constitucionales porque su estructura difiere de acuerdo con el sistema donde estén inmersos; también es diferente la naturaleza del control constitucional en aquellos que reconozcan un sistema “difuso” de los que son órganos “políticos” o de “jurisdicción concentrada”. Por tanto, es menester apuntar particularidades de cada uno con el fin de no confundirlos en una interpretación unívoca.

a) En la jurisdicción difusa, esto es, cuando “todos” los jueces tienen posibilidad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes y la tutela de los derechos y garantías fundamentales, el problema debe centrarse en el material que desenvuelven los órganos jurisdiccionales y, en su caso, observar si existe posible “jurisdicción administrativa” o “legislativa” ante esos desmembramientos del poder estatal que cumplen actividades similares.

238 Morello, Augusto Mario, *op. cit.*, nota 218, cap. V., *passim*.

Al distinguir funciones jurisdiccionales según el poder que las localiza no pretendemos instalar allí, únicamente, las líneas y contornos que perfilan específicamente la cuestión analizada.

Es evidente que el criterio orgánico no explica los actos presuntamente jurisdiccionales del legislador, ni los que con mayor frecuencia vierte la administración. Es obvio, también, que por este sendero no ingresamos en la tipicidad del acto jurisdiccional, y bien cierto es que la facilidad obtenida liminarmente como pauta (esto es, considerar jurisdiccionales sólo los actos de decisión del Poder Judicial) se dificulta cuando se trata de precisar la “función jurisdiccional”.

Hemos entendido que al ser la jurisdicción un poder-deber ha de relegarse la posición más difundida de “función pública”, pero ello no supone desplazar el contenido de interés público que la noción importa.²³⁹

Las diferencias que existen con las funciones legislativas y con las administrativas, que no es hora de reiterar, son de suficiente elocuencia para demostrar las razones por las cuales sólo los jueces ejercen auténtica jurisdicción.

La clasificación de esas funciones clásicamente se divide en actividades “contenciosas” y “voluntarias”, donde las primeras singularizan la intervención del juez en los conflictos intersubjetivos, y la segunda desarrolla la participación judicial en los procesos sin controversia (en otros términos, en aquéllos que se generan a partir de una petición individual que no importa oponer intereses hacia otro).

Una distinción importante la trajo Jaime Guasp cuando introdujo en la ciencia procesal su “teoría de la pretensión” estableciendo que, siendo el fenómeno jurídico procesal un sistema donde deben satisfacerse pretensiones, no existe propiamente actividad jurisdiccional cuando esa función no se cumple.²⁴⁰

La ausencia de contradictor fue encolumnándose como principal matiz de particularización hasta el punto de que si no existía contenciosidad, el proceso era seguramente voluntario.

Tal criterio influye en la asignación de contenido jurisdiccional del juez constitucional, porque no es dudoso que en los sistemas difusos cualquier actividad procesal es jurisdiccional, porque está en medio de un conflicto donde aparece la “cuestión constitucional”; en cambio, en los procesos que sustancian los “tribunales constitucionales” la idea no es tan firme, más aún cuando deben señalarse modalidades que entre esos mismos organismos traban diferencias.

b) Está claro que estos tribunales especiales significan una variable importante en la división estereotipada de las funciones del poder, al resultar mecanismos invasores de áreas antes infranqueables como son las de emisión legislativa o de la potestad reglamentaria de la administración. Es evidente, que el *quid* referido

239 Gozafni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 177 y ss.

240 Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 1638.

a si la sentencia es creadora o no del derecho pone un gran signo de interrogación en la jurisdiccionalidad de los roles de los tribunales constitucionales.

Lo cierto es que, actualmente, la división de poderes (o de funciones en el poder) no justifica abordar la función jurisdiccional con base en esa repartición inalterable de tareas. Inclusive, es muy acertada la opinión que expresa que el actual equilibrio no está dado por esa división, sino por el peso político que tiene el sistema de mayorías y minorías políticas, consecuente del posible control del gobierno sobre el Parlamento.²⁴¹

Esta constatación obliga al Poder Jurisdiccional (poder-deber) a convertirse en equilibrio con base en un sistema de pesos y contrapesos emergentes del activismo que de ella se espera. Por eso, la función jurisdiccional contemporánea no puede restringirse a la mera aplicación de la ley, sino al obrar de sus sentencias de interpretación y control sobre los actos que los otros poderes del Estado emitan.

La negación de jurisdiccionalidad en las actividades del juez constitucional ramifica esta cuestión de teoría política.

En efecto, se señala como, al sistematizarse los mecanismos para el control de constitucionalidad de las leyes, en amplísimo sentido, aparecen dos corrientes opuestas: una que confiaba en los jueces dándoles oportunidad para ejercer dicho rol institucional, y otro que le negaba a ellos esa función ante el temor de exacerbar sus funciones naturales.

No obstante, la línea trazada resulta imprecisa pues en el sistema europeo de control jurisdiccional comprende tanto a los jueces ordinarios como a los constitucionales.

El límite entre una y otra viene dado por la barrera de la legalidad, es decir, por la imposibilidad en que se encuentra la jurisdicción ordinaria de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, ni en abstracto, es decir, por vía general, ni en concreto, es decir, si las tiene que aplicar a un caso justiciable. Por eso es lícito hablar de un derecho a la jurisdicción constitucional, autónomo del derecho a la jurisdicción ordinaria.²⁴²

La referencia al peligro potencial que significaba para el equilibrio de poderes la aparición de estas “nuevas funciones judiciales”, arraigada aún más la preocupación cuando se designan “Tribunales Constitucionales”, llevó a sostener una auténtica función política de los jueces. Así se pronunció Carl Schmitt, quien agrega que la misión de los tribunales se operaba un cambio sustancial, porque abandonaban el clásico silogismo de la sentencia (subsunción del dere-

²⁴¹ Sánchez Agesta, Luis, *Sistema político de la Constitución española de 1978; ensayo de un sistema (Diez lecciones sobre la Constitución de 1978)*, Madrid, Editora Nacional, 1980, p. 18.

²⁴² Almagro Nosete, José, *op. cit.*, nota 204, p. 203.

cho aplicable a los hechos), para convertirse en artífices de legislación constitucional. Por tanto se pronunciaba en favor de establecer un cuerpo político para que ejerciera dichas funciones de revisión.²⁴³

Otros, sin creer posible tal peligro, negaron el carácter jurisdiccional sobre la base de estudiar la naturaleza del órgano y de las funciones asignadas.

En los hechos, el problema estriba únicamente en los órganos concentrados donde preside resolver si el ejercicio de esa actividad es jurisdiccional al aplicarse la ley del caso concreto definiendo su legitimidad, o en su caso, creando una norma novedosa que parte de la declaración de inconstitucionalidad (una suerte de legislación negativa, o de inaplicación del derecho positivo).

Ahora bien ¿es la sentencia aplicación o creación del derecho? En el fondo, el problema es idéntico en tanto podría responderse que se actúa en ambos sentidos.

Sin embargo, la norma jurídica no es el derecho, aunque pueda serlo objetivamente tomado. Es decir, la función judicial decide las disposiciones que se deben aplicar y en el mismo acto resuelve si subsume sin otra interpretación que la ya dispuesta el caso a la norma; o bien, adopta teleológicamente el sentido normativo al conflicto que enfrenta.

Así, entonces, habrá un acto de lógica pura y otro de volición estricta que se da sucesiva y ordenadamente.

La consagración normativa que opera en un proceso ordinario (del juez *a quo* y también del constitucional) no deja de ser un ensayo general del problema, y una hipótesis de solución ideal; pero, en el plano de la realidad, entrecruzan vivencias y experiencias particulares que recogen el sentido final del temperamento seguido.

Evidentemente, cuando cualquier magistrado —común o especial— debe enfrentarse a la norma con su realidad está ejerciendo un poder político, y esa libertad de adecuación le permite discernir cierta capacidad creativa.

Los juicios de valor y de ajuste son igualmente libres y discrecionales, aun con el riesgo de tornarse injustos, de manera que, *mutatis mutandi*; el verdadero meollo es la discrecionalidad y no la creación.

Cada una de las construcciones jurídicas que personifique una sentencia llevará insita esta cuestión, y por eso, importará más la justicia que el equilibrio normado, a pesar del riesgo de las interpretaciones volátiles o extravagantes.²⁴⁴

c) Pero va a ser Cappelletti quien siguiendo el principio alentado por su maestro (Calamandrei) plantea un gran interrogante que relativiza la importancia de estas cuestiones teóricas. Decía que

²⁴³ Schmitt, Carl, *Der Hüter der verfassung*, Tübingen, 1931, pp. 36-48, citado por Cappelletti Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, nota 25.

²⁴⁴ Gozafni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, p. 230.

Cualquiera que sea pues el resultado de la indagación sobre la naturaleza de la justicia constitucional, sostendría que ello no puede influir de modo alguno en la búsqueda o investigación a la cual ahora nos enfrentamos, dado que el ámbito de los poderes de la actividad del “juez” pueden y deben estudiarse no ya en relación con su (así llamada) naturaleza jurisdiccional, sino en relación con lo que efectivamente indicará su verdadera esencia, su razón de ser; o en relación con sus propios fines, como resultan con base en la voluntad positiva constitucional.²⁴⁵

2) Naturaleza y especialidad del proceso constitucional

La naturaleza del proceso difiere en los autores que lo explican. Para González Pérez es un “auténtico proceso”, pero con cierta especialidad. La misma se advierte al observar que en él coexisten dos partes que deducen pretensiones fundadas en normas constitucionales y frente a un órgano preestablecido. Por tanto, esos procedimientos demuestran que el proceso “...es un complejo de actividades de un órgano jurisdiccional y partes en que se concreta la función jurisdiccional del Estado...” siendo especial, porque el tribunal de enjuiciamiento está fuera de la jurisdicción ordinaria.²⁴⁶

Otros, como Cappelletti, definen el proceso como “voluntario” al destacar la inexistencia de partes, y la única materia justiciable sometida a consideración del Tribunal.²⁴⁷

Esta posición sólo se explica en la órbita de las jurisdicciones concentradas (constitucionales) donde no hay recurso directo contra leyes, ni acciones de amparo. Y además, porque el proceso resulta “complementario” y no “principal” de acuerdo a la metodología advertida.²⁴⁸

En tercer lugar están quienes argumentan el carácter “contencioso” del proceso constitucional, toda vez que existe una verdadera litis que polariza intereses controvertidos. A esta corriente se adscribe buena parte de los juristas españoles cuando desarrollan las características del Tribunal Constitucional, llegando a precisar las nociones de “partes”,²⁴⁹ terceros, alcances de los efectos de la sentencia y el valor constitucional de las mismas.²⁵⁰

²⁴⁵ Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 242, p. 131. En particular “La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico (naturaleza tendencialmente discrecional de la providencia de actuación de la norma constitucional)”, *Proceso, ideologías y sociedad*, Buenos Aires, Ejea, 1974, pp. 366-452.

²⁴⁶ González Pérez, Jesús, *op. cit.*, nota 81, p. 45.

²⁴⁷ Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 242, p. 112.

²⁴⁸ *Cfr.*, Serra, María Mercedes, “Proceso constitucional”, *La Ley*, Argentina, 22 de octubre de 1990, capítulo III.

²⁴⁹ *Cfr.*, Pérez Gordo, Alfonso, “Las partes en el proceso constitucional”, *La Ley*, España, 1983-2, pp. 1178 y ss.

²⁵⁰ Bocanegra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, pp. 56 y ss.

Conforme con cada una de las posiciones presentadas brevemente, creemos que existen particularidades propias del proceso constitucional.

A pesar de las dificultades peculiares que derivan de los diferentes sistemas establecidos para el control de las supremacías de las normas fundamentales, pueden hallarse definiciones propias que toleran cierta autonomía conceptual.

Respecto a la bilateralidad y contradicción, es evidente que el perfil habitual de ellas no es preciso en los procesos constitucionales.

En los casos de control difuso se pretende significar que la facultad de revisión no se concentra en sólo un órgano judicial, sino en todos los jueces que integran el Poder Judicial de un país. En ellos, el problema constitucional surge *incidenter tantum*, y con eficacia limitada al caso concreto donde se produce. La parte que denuncia y sostiene la inconstitucionalidad no tiene frente a sí un oponente real que defienda o asuma la defensa de la norma, pues no existe propiamente “defensa” sino “control jurisdiccional”, en cuyo caso las partes conservan sus intereses contrapuestos sobre la base de las pretensiones originarias, dando así motivo al proceso constitucional, la materia sobre la que se resuelve.

En los procesos sustanciados ante un Tribunal de Garantías, el principio de contradicción debe captarse de manera diferente, porque la calidad de parte, en sentido procesal, no corresponde a sujeto alguno. En estos mecanismos concentrados el proceso se desenvuelve sin tener, necesariamente, la forma del contradictorio. Una vez iniciada la causa, no existen más interesados que el que promovió la demanda y los organismos que representan al Estado.²⁵¹

De todas formas el proceso así constituido tiene “partes”, aun cuando no representen los intereses característicos de la controversia. Sin embargo, ella está latente, o al menos, existe la posibilidad de que se instaure la confrontación y, por eso, desde un punto de vista formal, puede conservarse la noción “contenciosa” para este tipo de procesos.

La peculiaridad de hallar un proceso sin accionante particular pone un interrogante a la cuestión; pero se puede superar este obstáculo priorizando los deberes jurisdiccionales para la defensa del orden constitucional.

Claramente se ha señalado que,

La garantía del contradictorio, típica de la función jurisdiccional, como fórmula para la realización de la justicia, se ve en este proceso sustituida por las *autoritas* del sujeto llamado a realizar el enjuiciamiento: el Tribunal Constitucional, guardián de la Constitución. Igual que el Estado no puede dejar en manos de los particulares el ejercicio de la acción penal, tampoco puede dejar en manos de aquellos

251 Gozáni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 131.

la iniciativa del control de la constitucionalidad de las normas en el proceso jurisdiccional.²⁵²

A esta puntualización deben agregarse las tipificaciones del “debido proceso” referidas, en esencia, a la igualdad, informalismo, acceso sin restricciones, motivación de la sentencia y su ejecutoriedad; aspectos que dan cubierta suficiente para ponderar la especialidad de estas herramientas constitucionales.

En Panamá la singularidad del proceso constitucional es manifiesta. Tiene autonomía al ser un procedimiento escrito, de carácter público, con acción popular, dispositivo en cuanto a su promoción, pero de sustanciación oficiosa e inquisitivo con relación a las funciones de la Corte (se puede declarar inconstitucional un acto por violación a una norma no invocada; no es admisible el desistimiento), instrumental y con normas de carácter imperativo;²⁵³ se comunica al público al efecto de que terceros (partes afectadas o *amicus curiae*) puedan formular alegaciones, y la competencia le corresponde en exclusiva a la Corte Suprema de Justicia.

38. Principales procesos constitucionales y sus características

El conjunto de principios que basamentan el “debido proceso legal” reúnen las condiciones mínimas exigidas para la operancia garantista de cada uno de los derechos fundamentales.

La protección procesal, en definitiva, tiene en dichas “garantías judiciales” el manto que cubre la fisonomía que se da en cada procedimiento.

La jurisdicción asume el compromiso de ser guardián de esos presupuestos de validez sustancial, y a través del andamiaje de los trámites respectivos que organiza la tutela diferenciada.

Es común, en consecuencia, distinguir entre las “formas ordinarias del proceso” y las que corresponden a los denominados “procesos constitucionales” propiamente dichos.

Los primeros resumen actividades indirectas de preservación de las supremacías fundamentales, mientras que los restantes tienden a obrar directamente sobre el problema constitucional.

Los instrumentos específicos que protegen los derechos humanos son los siguientes:

²⁵² Marín Págeo, Encarnación, *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1990, p. 101.

²⁵³ Fabrega, Jorge, “Las garantías jurisdiccionales para la tutela eficaz de los derechos humanos en Panamá”, *Garantías Jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, cit., nota 91, p.59.

1) *Habeas corpus*

No es el caso reseñar la evolución progresiva de este remedio constitucional que reconoce sus antecedentes en tiempos de disputa entre el Parlamento inglés y la Corona durante el siglo XVII, que culminan con el establecimiento de la Ley de *Habeas Corpus* de 1679.

Tiene por finalidad preservar las libertades de la persona. Principalmente, protege la libertad personal contra detenciones arbitrarias, pero manifiesta numerosas proyecciones en, por ejemplo, la discusión de temas menores como la internación de personas; la salud de reclusos o interdictos; las restricciones, malos tratos o vejámenes que pueda sufrir el procesado, etcétera.

En otras legislaciones, el *habeas corpus* ha servido como implemento sustitutivo de vías directas de protección, ejerciendo las veces de amparo contra agresiones a derechos y garantías fundamentales; como, también, de recurso contra sentencias de tribunales locales.

En este aspecto, sostiene Grant que el *habeas corpus* se ha transformado en Estados Unidos en una especie de “amparo penal”, ya que puede utilizarse para impugnar las resoluciones de jueces federales o locales en supuestos de denegación probatoria, ausencia de imparcialidad, confesiones obtenidas ilegitimamente, etcétera.²⁵⁴

Agrega Fix-Zamudio que, en líneas generales, esta institución se estructura en prácticamente toda Latinoamérica, sobre la base de la figura angloamericana,

Ya que puede considerarse como una garantía específica para proteger el derecho constitucional de la libertad individual establecido en las cartas fundamentales de los propios países hermanos del continente, y se utiliza esencialmente para impugnar las detenciones arbitrarias o ilegales, en particular respecto de las practicadas por las autoridades administrativas, que desafortunadamente y con demasiada frecuencia infringen la previsión común de todas estas leyes fundamentales que exigen un mandato judicial...²⁵⁵

2) *Mandamiento de seguridad*

Se trata de un instrumento complementario del *habeas corpus*, al operar integrando o completando los derechos fundamentales que por esa vía no tienen recepción.

En realidad, su ajuste estricto se corresponde con la acción de amparo, pero éste ocupa mayores espacios que la figura en comentario. La Constitución brasi-

²⁵⁴ Grant, J. A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, UNAM, 1963, p. 91

²⁵⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 141.

leña derogada la contemplaba como medio de formular quejas contra las violaciones de derechos individuales que produjeran las autoridades administrativas, y se aceptaba excepcionalmente cuando impugnaba disposiciones legislativas o resoluciones judiciales.

El “mandado de segurança” surge para proteger la inviolabilidad de todo derecho “líquido y cierto”, al mismo tiempo que fustiga la ilegalidad o abuso de poder que provenga de agentes del Estado o de personas jurídicas con facultades de representación gubernamental.

Sobre la naturaleza de este mandamiento, se explica que consista en una acción que tiende, conforme a cada caso, a obtener una declaración de condena o a constituir un nuevo estado o relación jurídica.²⁵⁶

El proceso del trámite es muy similar al de *habeas corpus*; abreviado, sumarísimo y con restricciones al derecho de impugnación.

Los requisitos para articularlo dependen de los presupuestos siguientes: a) inexistencia de recurso o de otro recurso deducido, pero con efectos suspensivos; b) daño irreparable o de difícil restitución; c) ilegalidad o abuso de poder por parte del juez o de cualquier poder estatal y d) innecesariedad de prueba documental que acredite el hecho.

3) Mandamiento de ejecución

El *writ of injunction* es el mandamiento por el cual se solicita al juez que suspenda la ejecución de todo acto ilícito que un particular o la autoridad, indistintamente, vengán cumpliendo.

Es un mecanismo constitucional preventivo que puede usarse para el control de constitucionalidad o para impedir que la administración tome decisiones peligrosas para los derechos fundamentales.

Su influencia en los ordenamientos latinoamericanos es notable, toda vez que permite, a través de un sencillo procedimiento, lograr una orden de abstención, provisional o definitiva, que paraliza la ejecución de un acto de la administración.

En Brasil, la nueva Constitución de 1988 establece en su artículo 5, LXXI: “se concederá mandamiento de ejecución siempre que la falta de norma reglamentaria torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía”.

El instrumento incorporado también tiene manifestaciones en algunas provincias de Argentina, que se refieren a “mandamientos de *injunction*” y *mandamus* (mandamientos de ejecución y prohibición, respectivamente).

²⁵⁶ Pellegrini Grinover, Ada, “Os instrumentos brasileiros de defesa das liberdades”, *Garantias Jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, cit., nota 91, pp. 353-373.

El *mandamus* implica la posibilidad de obtener una orden judicial que persuade a la autoridad a cumplir una obligación legal preestablecida, pero omitida en los hechos sin explicaciones plausibles.

4) *Habeas data*

Es función de este elemento procesal resguardar el conocimiento de las informaciones relativas a las personas sean que ellas consten en registros, bancos de datos, o cualquier otra forma de control personal.

También la Constitución brasileña citada agrega este mecanismo, en su artículo 5 LXXII, en estos términos: “se concederá *habeas data* - a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del demandante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para rectificar datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo”.

Curiosamente, los antecedentes de la figura se remontan al derecho de locomoción reconocido en la Carta Magna de 1215. Su nombre —*habeas data*— ya era conocido desde hace siglos, formado por las palabras iniciales de la orden judicial expedida al detentor para que “tome el cuerpo del detenido y venga a someter al tribunal el hombre y el caso”.²⁵⁷

La locución evidentemente no corresponde al significado del instituto, pero se ha entendido que, el empleo paronímico de palabras universal y secularmente consagradas a un fin determinado, permiten extender la noción de *habeas*, en sentido de *habere*, que significa “tener, poseer” y *data* como acusativo plural del *datum*, que los diccionarios más actuales definen como representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos. Sería, entonces, “que tengas los registros, los datos”.²⁵⁸

La protección de la intimidad, evitando la interferencia informática, tiene sustento también en la Ley de Defensa del Consumidor que considera de “carácter público” todo banco de datos o archivos referentes a consumidores.

5) *Acción o recurso de inconstitucionalidad*

Este mecanismo procesal tiene soluciones diferentes según venga impuesto como vía autónoma de reclamo (pretensión constitucional o *verfassungskbeschwerde* —queja constitucional—), u ocupe un tiempo dentro del proceso,

²⁵⁷ Othón Sidou, J. M., “Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandamiento de ejecución y *habeas data*”, *La Ley*, Argentina, 27 de noviembre de 1992.

²⁵⁸ *Idem*.

habitualmente, como instancia de impugnación ante los tribunales superiores del Estado.

El primer sistema surge en los ordenamientos constitucionales del siglo XIX (v. gr., Colombia y Venezuela) extendiéndose a partir de la llamada “acción popular de inconstitucionalidad”.

El reclamo no tiene obstáculos de legitimación procesal ni de órgano específicamente competente, permitiendo su deducción a cualquier ciudadano que se considere agraviado por una norma que tilde de inconstitucional.

En Guatemala, la instauración de un Tribunal de Garantías, similar al modelo austríaco, ha permitido aumentar la nómina de pretensiones constitucionales, toda vez que se llega a dicha jurisdicción tanto por el recurso directo como por la vía incidental.

En el sistema siguiente no existe acción directa, sino alternativas recursivas dentro de un proceso ordinario. En Argentina algunas legislaciones provinciales admiten acciones directas de inconstitucionalidad, generalmente fundadas en alguna disposición de sus normas locales supremas; pero no responden cabalmente a los fines previstos por la clara influencia de la Corte Suprema Nacional que actúa como “tribunal de casación”.

El Alto Tribunal local fijó en el precedente “Aserradero Cliper SRL” (1961) que no existe posibilidad de instruir una acción directa de inconstitucionalidad, la cual, además, está impedida —dijo— por la presunción de validez que cabe reconocerles a los actos y particularmente a las leyes.

Signe el temperamento restrictivo en la causa “Conrado Traverso” (1961), esta vez anulando la tramitación encauzada como amparo contra leyes, ratificando el obrar en uno de los casos más comentados de ese país (“Outon” —1967—) estableciendo que el amparo no debe admitirse para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, a través de la “acción declarativa” prevista por la codificación procesal federal, se receptan motivos de ilegitimidad constitucional, aun condicionando la pretensión a la existencia de una causa concreta y a la inexistencia de otras vías aptas para resolver el conflicto.

Sintéticamente, la apertura requiere: un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica determinada, interés y derecho suficiente de quien peticona y ausencia de otros procedimientos hábiles al mismo fin.

El recurso extraordinario tutelado por la Ley 48 (una de las primeras leyes de la organización nacional —aún vigente—) se ha convertido en el verdadero “proceso constitucional”.

Corresponde tener en cuenta que este recurso extraordinario sólo procede en temas de derecho federal sin ingresar en cuestiones de derecho común o normas locales. Además de los requisitos procesales (que la sentencia provenga del su-

perior tribunal de la causa; que la decisión sea definitiva, es decir, que no admita más instancias ordinarias; que haya tenido lugar en una causa concreta que sustancie una cuestión justiciable; entre otras), el recurso prospera (es admisible) cuando se sustenta el problema en un conflicto entre la norma constitucional y otra de igual carácter; cuando la polémica surge entre normas y actos infraconstitucionales (esto es, de cualquier naturaleza) con la Constitución Federal; ya sea directamente, por existir incompatibilidad entre las disposiciones legales o los actos en que funda su validez la norma de carácter inferior a la ley fundamental; o indirectamente, cuando se observa un sometimiento de las normas constitucionales al utilizar argumentos de motivación legal que resultan violatorios de la ley superior del Estado.

Este cuadro de flexibilidad aparente fue, en realidad, motivo de sugerentes limitaciones por la jurisprudencia; obligando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en distintas integraciones) a otorgar ciertas aperturas a partir de criterios novedosos como resultaron los de la “sentencia arbitraria”, el “exceso ritual manifiesto” y la “gravedad institucional”.

La presencia de sentencias insostenibles que entran en cuestiones habitualmente excluidas, como las de derecho común y procesal, entre otras, llevó a evadir las restricciones del artículo 14 de la Ley 48 cuando existieran pronunciamientos arbitrarios, dislocados, absurdos, etcétera, que violan la defensa en juicio. Esto lleva a que todo el proceso se inficione y el fallo pueda “casarse” (anularse).

Clásicamente la Corte Argentina se ha movido en el esquema del mencionado encuadre legal de acceso, controlando la garantía de igualdad, de propiedad, de efectividad del debido proceso, la seguridad jurídica; y sobre estos soportes ha sabido ampliar el número de casos abiertos al recurso extraordinario federal de inconstitucionalidad.

6) *Amparo*

Constituye esta institución el más prestigioso de los elementos del derecho procesal constitucional para implementar el auténtico “proceso constitucional”.

Si recordamos la necesidad del acceso al “recurso sencillo y efectivo” que predicen los instrumentos internacionales de protección de los derechos del hombre, observaremos que pocos son los procedimientos que adoptan la sencillez, celeridad y eficacia que tiene el presente. Sin embargo, y a pesar de su elasticidad para adaptarse a las conveniencias del caso, no siempre la lectura procesal es idéntica y, en casos puntuales y precisos, se ha restringido al amparo con la misma ley que lo reglamenta.

A veces el amparo viene impuesto en la Constitución del Estado; otras, se establece por vía legislativa; también, se desenvuelve exclusivamente por el activismo judicial y la creación jurisprudencial consecuente.

Esa variada presencia institucional motiva que sean diferentes, asimismo, los sectores que integra.

Puede aceptarse la división doctrinaria que interpreta el amparo: a) como recurso o medio de impugnación, tal como se conoce en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio; b) puede obrar como “interdicto posesorio”, de conformidad con sus antecedentes coloniales cuando servía para proteger las tierras de las comunidades aborígenes de la voracidad y codicia invasora; c) funciona, también, como instrumento procesal garantista, “para la protección de los derechos humanos”, trascendiendo al marco legal o constitucional que pueda incorporarlo.²⁵⁹

La tutela fundamental que el amparo procura es a los derechos fundamentales, sin importar si ellos están constitucionalizados (es decir, incorporados en las declaraciones y garantías de la carta suprema), o provienen de derechos implícitos o consagrados por instrumentos de protección supraestatal.

Debemos diferenciar, en consecuencia, el amparo como garantía procesal de los derechos humanos; del “derecho al amparo” que pertenece a toda persona que procure la asistencia legal de sus derechos por medio de un recurso rápido y efectivo.

En México, seguramente el país cuna de esta institución, las competencias del amparo, como la figura misma, son de cuño constitucional.

En el capítulo referido al Poder Judicial, los artículos 103 y 107 (este último de gran minuciosidad) establecen los lineamientos esenciales, imponiendo a los tribunales de la federación que resuelvan toda controversia que se suscite: “I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, y III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal” (artículo 103, Constitución Política).

Sucesivas leyes reglamentaron el instituto hasta dotarlo de tal complejidad estructural que, positivamente, ocupa un nutrido conjunto de situaciones que en otros países se reglamentan con instrumentos procesales específicos.

Cubre así el amparo mexicano aspectos como el *habeas corpus* (para proteger al ciudadano ante la inminencia de perder su libertad, sea por actos de la autoridad de gobierno o por un procedimiento que no sea dispuesto judicialmente); en la acción directa de inconstitucionalidad de las leyes, sostiene Fix-Zamudio, el principio fundamental del amparo contra leyes es el de la relatividad o efectos

²⁵⁹ Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”, *Memoria de El Colegio Nacional*, t. VIII, núm. 3 (1976), pp. 141-191. Ver del mismo autor “El juicio de amparo en Latinoamérica”, *cit.*, nota 87, p. 280.

particulares de la sentencia que otorga la protección, de acuerdo con la llamada “fórmula Otero”, pues los artículos 107, fracción II Constitucional y 76 de la ley de amparo disponen:

Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare;²⁶⁰ hace las veces de “recurso de inconstitucionalidad” al admitirse por el artículo 133 Constitucional (norma que consagra la supremacía fundamental), aun cuando es conveniente advertir que no se realiza como en Estados Unidos ya que, a pesar de bosquejar un sistema difuso de control, los jueces locales prefieren que la revisión sea realizada por magistrados federales; se utiliza como “procedimiento administrativo” en ausencia de tribunales de este carácter; se utiliza contra las sentencias definitivas, laudos o resoluciones que tengan carácter definitivo, impugnándolas por inconstitucionales, en cuyo caso, el vicio alegado debe ser la única materia que el tribunal considere; éste último procedimiento es aplicable también —en cuanto vía de impugnación contra resoluciones jurisdiccionales— a las decisiones de jueces locales, tribunales de circuito que interpreten aspectos pertenecientes al control de constitucionalidad; finalmente, obra como sistema protector de las minorías de agricultores perjudicados por la reforma agraria.

Si bien, la competencia para conocer en los juicios amparistas pertenece a la Suprema Corte de Justicia, a los Tribunales Colegiados de Circuito, a los jueces de distrito (todos ellos integrantes de la justicia federal) y los tribunales locales de la Federación, últimamente se procura que la Suprema Corte conozca los asuntos de mayor importancia, aunque la competencia no le pertenezca naturalmente, autorizándolos a ejercer facultades discrecionales de atracción (verdadero *per saltum*), lo cual convierte al órgano superior de la justicia mexicana en —casi— un tribunal constitucional.

Otras legislaciones infraconstitucionales establecen el amparo en leyes, lo cual no priva al instituto de ser un proceso constitucional.

La diferencia que trazamos obedece a ciertas particularidades secuenciales de la instauración legislativa.

Por ejemplo, en Venezuela el artículo 49 Constitucional establece el amparo como “garantía”, dándole un sentido constitucional que difiere de los aspectos procesales que pudieran signarse. Es decir, al resultar un derecho constitucional, abandona la sutileza técnica: deja de ser una acción o recurso, para ser un derecho fundamental.²⁶¹

²⁶⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 258, p. 155.

²⁶¹ Brewer Carías, Allan R., “El derecho de amparo en Venezuela”, *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica, cit.*, nota 91, p. 21.

La importancia estriba en que aparece instalado como un derecho operativo, despojado de la reglamentación necesaria que otras leyes constitucionales requieren al tenerlo previsto como un “programa de acción”, o un derecho prometido.

A veces, el cauce constitucional no es bastante para dotar de eficacia y celeridad al amparo. La necesidad de agotar los trámites ordinarios constituye una valla insuperable, tal como lo tiene establecido el artículo 53.2 de la Constitución española cuando dice:

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1ª del capítulo segundo ante los tribunales por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

La subsidiariedad asignada frustra en ocasiones la tutela diferenciada que el amparo pondera. En Argentina, donde la institución quedó establecida en la Ley 16.986 (1966) la norma puso un *corset* que aprisionó la movilidad que jurisprudencialmente había logrado.

Más que una regulación amparista (esto quiere significar, protectora) se pusieron límites exagerados; el artículo 2 dice:

La acción de amparo no será admisible cuando: a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate; b) El acto impugnado emanará de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley 16.970; c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado; d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas; e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

Como se advierte, la seguridad que el amparo promete puede quebrarse si el instrumento procesal es deficitario. La atenta confrontación de ello con los *writs* del derecho angloamericano facilitan la búsqueda de soluciones.

Desde la compleja extensión del amparo mexicano, al restringido campo de operatividad del amparo argentino (aun reconociendo que se ha avanzado bastante gracias a la jurisprudencia transformadora, actualmente en cierto repliegue o proteccionismo al Estado), aparecen comprometidos:

-El *writ of habeas corpus* utilizado para la defensa de la libertad corporal y de los procedimientos penales.

-El *writ of error*, que era una orden expedida por una corte jurisdiccional apelada, la que podía solicitar la remisión del expediente para avocarse y examinarlo. Actualmente la figura no existe siendo sustituida por el más eficaz *writ of certiorari*.

-El *writ of certiorari*, que facilita la selección de causas por el tribunal superior, con la doble intención de asumir competencia en temas de honda repercusión constitucional o social, y para desahogar a la Corte de temas intrascendentes.

-El *writ of prohibition*, similar al *mandamus* destinados a prevenir los excesos de poder o de facultades discrecionales.

-El *quo warranto*, es un remedio que corresponde al Estado en su capacidad soberana para proteger los intereses de todo el pueblo, y en la guarda de su bienestar, y según el cual se inquiera bajo qué autoridad se reclama o usurpa una oficina pública, una franquicia o una libertad y poder así determinar lo que proceda en derecho.²⁶²

De igual apariencia que el amparo son los *injunctions*, que obran como medidas suspensivas —preliminares, temporarias o permanentes— a pedido de parte.

De ello surge una conclusión manifiesta: si el amparo cubre todos estos mecanismos de asistencia, de suyo implica una denuncia de ilegitimidad, irrazonabilidad o inconstitucionalidad; extremos que no pueden restringirse por meras cuestiones formales.

262 Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, México, Porrúa, 1989, pp. 295-297.