

FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Iván ESCOBAR FORNOS*

SUMARIO: I. *El Estado constitucional.* II. *Concepto y diversas denominaciones.* III. *Breve historia del derecho procesal constitucional.* IV. *Autonomía y naturaleza del derecho procesal constitucional.* V. *Su desarrollo actual y aportes a la democracia.* VI. *Contenido del derecho procesal constitucional.* VII. *La codificación del derecho procesal constitucional.*

I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El constitucionalismo es una lucha política, social, económica y jurídica que tiene por finalidad establecer una ley fundamental (denominada Constitución), de naturaleza superior, en forma escrita, que organice el poder, consagre los derechos fundamentales y un sistema para su defensa. Es un proceso largo, de varias etapas, hasta llegar actualmente al Estado constitucional. Este movimiento continúa la lucha para sostener el sistema y ha logrado que su aceptación se generalice en las viejas y nuevas democracias.

Mientras hombres y mujeres eran nómadas y carecían de una organización social, política, económica, un territorio determinado donde ejercer su poder, los conceptos de Estado y Constitución no surgen como sistema de orden y control.

La Constitución, el poder político, la población, el territorio, la soberanía, surgen desde la antigüedad, en mayor o menor medida, al ritmo de la necesidad que las personas sienten de organizarse políticamente y salir

* Profesor de Derecho constitucional; magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua.

del nomadismo. En esta etapa la Constitución es un concepto político y filosófico que estructura el poder político. Por tal razón, se podría hablar de Constitución en la antigua China, en Egipto, Babilonia, Grecia y Roma, etcétera.¹

Politeia generalmente es traducida como Constitución, con sus equivalentes: forma de gobierno y sociedad política. Para Aristóteles gobierno y Constitución son sinónimos. Expresa sobre la Constitución, en *La Política*, los conceptos siguientes:

a) La Constitución es el ordenamiento de la ciudad con respecto a sus diversas magistraturas y señaladamente a la suprema entre todas. Dondequiera, en efecto, el gobierno es el titular de la soberanía y la Constitución es, en suma, el gobierno.

b) Los términos Constitución y gobierno tienen la misma significación, y puesto que el gobierno es el supremo poder de la ciudad, de necesidad estará en uno, en pocos o en los más. Cuando, por tanto, uno, los pocos o los más gobiernan para el bien público, tendremos necesariamente Constituciones rectas, mientras que los gobiernos en interés particular de uno, de los pocos o de la multitud serán desviaciones.

c) En nuestra primera investigación sobre las formas de gobierno hemos distinguido tres Constituciones rectas, a saber, monarquía, aristocracia y república, así como tres desviaciones de ellas, y que son respectivamente de la Monarquía, la Tiranía; de la Aristocracia, la oligarquía; y de la República, la democracia.²

En la *Constitución de Atenas* estudia las Constituciones de Atenas, la anterior a Solón, la de Solón, la de Clístenes, la de los Cuatrocientos, la de los Cinco mil y la Definitiva.³

En Roma, la República significaba la cosa común a todo el pueblo, y se denomina República a la comunidad política, término utilizado por largo

¹ Esta amplitud del concepto de Constitución ha permitido a muchos autores, entre ellos a Néstor Pedro Sagiés, a expresar que las hordas, tribus, la polis, el Estado, tiene una Constitución o estructura de poder (*Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 2 y 3).

² *Ética Nicomaquea. Política*, México, Harla, 1990, pp. 244, 246 y 266.

³ *La Constitución de Atenas*, edición, traducción y estudio preliminar de Antonio Tovar, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 2000. En *La Política* se refiere a las Constituciones cretense, espartana y cartaginesa. *Op. cit.*, p. 233.

tiempo en la historia política. Es conocida la frase de Papiniano *communis rei publicae sponsio* (*lex* es el compromiso común de la República).

Cicerón afirmaba que la Constitución no es obra de una sola persona. También se refieren a la Constitución Polibio y Catón.

En las reglas del Disgesto *privatorum conventio juri publico non derogat* (las convenciones privadas no derogan el derecho publico) y *nemo jus publicum remittere potest* (nadie puede disponer del derecho público), son estimadas por Germán Bidart Campos como lo que hoy se llama orden público constitucional⁴ y para Jorge Reynaldo Vanossi como un reconocimiento de la supremacía de un orden positivo cuya modificación está subordinada a la función que hoy llamaríamos constituyente.⁵

En la Edad Media se dictaron las leyes constitucionales por la exclusiva voluntad del monarca, pero también se promulgaron las denominadas ordenanzas, cartas o estatutos entre el monarca y los súbditos con el fin de organizar la comunidad y las ciudades libres, como la carta magna inglesa de 1215, que limitaba las prerrogativas reales, considerada como una ley fundamental. En España se destaca la llamada Constitución de León de 1188 y el Privilegio de la Unión de Aragón de 1287.

El constitucionalismo moderno nace y se desarrolla en los siglos XVI, XVII y XVIII, impulsado por la revolución en Inglaterra a finales del siglo XVII. Las revoluciones francesa y norteamericana, de finales del siglo XVIII, contribuyeron con el movimiento constitucionalista, con la promulgación de Constituciones, y el surgimiento del Estado nacional.⁶ El ejemplo se extiende y se dictan Constituciones en América y Europa.

El Estado constitucional nace en los Estados Unidos, aparece en Europa, desaparece en entreguerra y se desarrolla ampliamente después de la Segunda Guerra Mundial. Es producto del nuevo constitucionalismo donde la Constitución es verdadera norma y no propósito político, salvaguardada por un sistema de defensa que impide o repara su incumplimiento; movimiento que luego da lugar a la nueva rama del derecho denominada derecho procesal constitucional, cuyo desarrollo y enriquecimiento se encuentra a cargo en Latinoamérica de un movimiento de destacados constitucionalistas y procesalistas.

⁴ *El régimen político. De la Politeia a la República*, Buenos Aires, Ediar, 1979, p. 298.

⁵ *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1976, t. II, pp. 26-28.

⁶ El primero en emplear la palabra Estado fue Maquiavelo.

El Estado constitucional es la etapa más avanzada del derecho constitucional, perfecciona el Estado de derecho y erige a la Constitución como el faro que ilumina todo el derecho, apuntalada con un sólido sistema de defensa e inspira la mayor parte de las Constituciones contemporáneas. Su perfeccionamiento forma parte de la inquietud de los constitucionalistas y procesalistas.

Para el Estado constitucional, la Constitución es fundamental, superior y norma jurídica aplicable directamente. La mayoría de sus normas son abiertas, ambiguas, indeterminadas, principistas, encierran valores; lo cual permite amplio margen de interpretación, creatividad, integración, avance y adecuación del derecho al cambio de la realidad, tanto a los jueces, legisladores y a todos los que aplican el derecho dentro de sus respectivas atribuciones.

Es muy importante insistir que la Constitución, lo mismo que su interpretación, integración, la jurisprudencia constitucional, se constituyen en la matriz y centro del derecho y *permean* todo el ordenamiento jurídico.

La Constitución irradia casi todas las ramas del derecho: el derecho civil, el derecho penal, el derecho procesal penal y civil, el derecho familiar, el derecho internacional.

Un avance, aunque planteado con mucho cuidado, principalmente en materia contractual, es la aplicación de los derechos humanos en las relaciones privadas, porque en la sociedad contemporánea aparecen personas o grupos privados con igual o mayor poder que el Estado. Para reforzar esta aplicación se está generalizando la procedencia del amparo contra los particulares.

Conviene destacar nuevamente, que una de las conquistas más importantes del Estado constitucional es la estructuración de un sistema procesal de defensa de la Constitución para asegurar su cumplimiento.

II. CONCEPTO Y DIVERSAS DENOMINACIONES

El nombre de nuestra materia es motivo de discusión y confusión. Kelsen, Cappelletti y otros juristas europeos usan la expresión jurisdicción constitucional o justicia constitucional.

Cuando Kelsen luchaba por lograr la aceptación del Tribunal Constitucional no le concedía importancia al nombre. Trataba de convencer que el control de la constitucionalidad no lo podía hacer el Parlamento, ni el

Ejecutivo, sino un tribunal especial, al no aceptarse a los jueces. El problema no era cuestión de nombres. Además, Kelsen no era procesalista.

Algunos autores distinguen entre derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal. El primero es objeto de nuestro estudio y el segundo expresa la consagración de garantías procesales, penales, civiles, administrativas, etcétera, en la Constitución. Estas garantías podrán ser objeto de un estudio monográfico o de artículos importantes y orientadores; pero no logran, obviamente, formar una rama del derecho.

No faltan autores que llaman a nuestra materia jurisdicción constitucional, cuando existen tribunales constitucionales especializados dedicados a resolver cuestiones constitucionales, y justicia constitucional cuando son los jueces y tribunales ordinarios quienes resuelven esos problemas. Esta distinción divide nuestra materia y pasa por alto que carece de importancia si es una autoridad judicial o especial la que decide, siempre que no sea el legislativo u otro órgano o poder político.

Con Juan Montero Aroca a la cabeza, Gómez Colomer, Ortells Ramos, Montero Redondo y otros procesalistas, sustituyen la locución derecho procesal por derecho jurisdiccional porque aquélla no guarda concordancia con su contenido, al no comprender el concepto de proceso a la acción (y/o pretensión), a la jurisdicción principalmente y por ende a la organización judicial y todo lo relativo al personal judicial.

Montero Aroca sostiene que son cuestiones de fondo, y no secundarias, las que diferencian ambas expresiones: el derecho jurisdiccional descansa en el Poder Judicial o jurisdicción (ente principal); en cambio el proceso es un concepto o ente subordinado en el cual descansa el derecho procesal.⁷

Considera que los conceptos fundamentales son: poder jurisdiccional (jurisdicción), acción y proceso. Relaciona el derecho jurisdiccional con las ramas en que se divide el derecho y la delimitación que se produce. Acepta que tal relación no puede crear compartimientos estancos, ya que rara vez se resuelve un problema jurídico con el bagaje teórico de una determinada especialidad, por lo que se impone la multidisciplinariedad, pero no diletante, sino cimentada técnicamente en cada especialidad. Por lo expuesto, no simpatiza con la idea de fragmentar el derecho procesal y convertirlo en apéndice del derecho material, cuya realización jurisdic-

⁷ Montero Aroca, Juan, *Derecho jurisdiccional*, t. I: *Parte general*, Barcelona, José María Borch Editor, 1999, p. 21.

cional regula.⁸ De aquí que en sus estudios no le concedan autonomía al derecho procesal penal, procesal laboral⁹ y administrativo.

Respecto a las relaciones entre el derecho jurisdiccional y el derecho constitucional, distingue entre el derecho procesal (jurisdiccional) constitucional y el derecho constitucional procesal (jurisdiccional). El primero se encarga de regular el proceso cuyo objeto es el derecho constitucional: inconstitucionalidad de una ley, el amparo por violación de los derechos fundamentales y libertades públicas y los llamados conflictos constitucionales. El derecho constitucional procesal jurisdiccional versa sobre aspectos jurisdiccionales materiales y orgánicos, sobre el proceso civil, penal, administrativo.¹⁰ Esta es una distinción similar a la que distingue entre derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal expuesta líneas arriba.

Montero Aroca inicia y desarrolla su tesis en el estudio titulado “Del derecho procesal al derecho jurisdiccional”;¹¹ y García Belaunde investiga, estudia y explica el tránsito al nombre de nuestra rama en su trabajo “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”.¹²

La denominación derecho jurisdiccional es criticada por Eduardo Couture y Alcalá-Zamora y Castillo.

El primero hace dos objeciones:

a) Que a pesar de las ventajas que tiene la denominación derecho jurisdiccional de cubrir no solo el proceso, sino también la organización de los tribunales y el estudio de la condición de sus agentes, no abarca la jurisdicción voluntaria, que en cambio sí comprende el proceso.¹³ A esta objeción contesta Aroca que no todos los actos de jurisdicción voluntaria se atribuyen a los jueces y no suponen ejercicio de jurisdicción y, por tanto, de actividad procesal, pero sí un procedimiento.¹⁴

⁸ *Ibidem*, t. I, p. 33.

⁹ Expresamente sostiene que el proceso laboral no es ni puede ser autónomo (Montero Aroca, Juan, *Introducción al proceso laboral*, Barcelona, José María Borch Editor, 1994, p. 59).

¹⁰ Montero Aroca, Juan, *Derecho jurisdiccional*, *cit.*, nota 7, t. I, pp. 433 y 434.

¹¹ *Trabajos de derecho procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1988, pp. 13 y ss.

¹² *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 171 y ss.

¹³ Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1958, p. 6.

¹⁴ *Del derecho procesal al derecho jurisdiccional*, *cit.*, nota 11, p. 51. Es importante advertir que gran parte de la jurisdicción voluntaria se está entregando al notariado. Ya son muchos los países que han hecho ese traslado.

b) La atribución de actividades jurisdiccionales atribuidas al Legislativo y a otros órganos del poder público y no al Poder Judicial, llevaría obligatoriamente al denominado derecho jurisdiccional a abarcar las funciones jurisdiccionales del parlamento y de cualquier otro órgano específico de la jurisdicción.¹⁵ Aroca contesta que el derecho jurisdiccional debe comprender toda la función jurisdiccional del Estado sea cual fuera el órgano que la realice, incluidos los tribunales militares y los constitucionales.¹⁶

Alcalá-Zamora¹⁷ hace tres objeciones:

a) Que la jurisdicción desde el punto de vista estático, como emanación o atributo de la soberanía del Estado, o sea, como manifestación de los poderes o funciones que le incumben, pertenece al derecho constitucional; en cambio el derecho procesal estudia la jurisdicción desde el punto de vista dinámico, en el proceso. Aroca contesta que el derecho procesal entonces no debería entrar en el estudio del concepto de jurisdicción, ni de la organización judicial, limitándose a considerar la jurisdicción como un presupuesto procesal subjetivo, relativo al juez. Agrega que esa no es la concepción dominante como puede comprobarse en la mayoría de las obras de derecho constitucional y procesal. Reconoce que todas las ramas del derecho tienen en la Constitución un lugar, lo mismo que el derecho procesal jurisdiccional, pero ello no puede conducir a la conclusión de que todo lo relativo a la jurisdicción corresponde al derecho constitucional, pues con este mismo argumento sería objeto del derecho constitucional la propiedad, la familia, el régimen fiscal, la administración y el proceso, ya que sus garantías mínimas están constitucionalizadas. Afirma que la jurisdicción, el proceso y la acción tienen sus principios básicos, firmemente asentados en la Constitución, a partir de lo cual debe iniciar su labor el procesalista (jurisdiccionalista).¹⁸

b) Que tanto las exposiciones doctrinales como el ordenamiento positivo correspondiente se ocupan muchísimo más del proceso que de la ju-

¹⁵ Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., nota 13, p. 51.

¹⁶ *Del derecho procesal al derecho jurisdiccional*, cit., nota 11, p. 51.

¹⁷ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Notas relativas al concepto de jurisdicción. Estudios de teoría general*, México, UNAM, 1992, t. I, p. 30, nota 5.

¹⁸ *Del derecho procesal al derecho jurisdiccional*, cit., nota 11, p. 52.

risdicción.¹⁹ Argumenta Aroca que tal cosa no convence aun siendo cierto lo afirmado.

c) Que la denominación derecho procesal está más arraigada.²⁰ Aroca expresa que esto no es un argumento, porque en Argentina y en España la denominación derecho procesal no tiene más de sesenta años, mientras que la de procedimiento judicial tenía más de ochenta años cuando fue modificada. Por otra parte, los autores que cambiaron esta denominación son los que hoy se oponen alegando la tradición.²¹

Son indiscutibles los aportes de Aroca, pero no todos los nombres de las ramas del derecho coinciden exactamente con su contenido, ya sea por más o por menos del contenido. Por ejemplo, en el derecho procesal penal,²² el derecho civil,²³ el derecho constitucional.²⁴ Lo mismo se presenta en algunas instituciones, figuras y principios jurídicos (abuso del derecho, enriquecimiento sin causa, etcétera).

También es importante agregar que, igual que ocurre en el derecho procesal civil, existe un derecho procesal constitucional adjetivo y otro denominado derecho procesal constitucional orgánico, este último encargado de estudiar la estructura del órgano u órganos que controlan la constitucionalidad, la jurisdicción, competencia y las condiciones de sus operadores. Este otro aspecto del derecho constitucional viene a llenar el vacío que Aroca encuentra en el vocablo proceso, al no abarcar estas materias.

En Nicaragua se han usado, de acuerdo al lenguaje de nuestras leyes de amparo, varias expresiones para designar a nuestra materia. Se habla del derecho de amparo, del amparo, del recurso de amparo y del juicio de

¹⁹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Notas relativas al concepto de jurisdicción. Estudios de teoría general, cit.*, nota 17, p. 30, nota 5.

²⁰ *Ibidem*, p. 30, nota 5.

²¹ *Del derecho procesal al derecho jurisdiccional, cit.*, nota 11, p. 53.

²² Muchos códigos procesales penales acumulan la acción civil a la acción penal, como el nuestro, y no por eso se debe cambiar la denominación. También contienen disposiciones sustantivas.

²³ Los códigos civiles de la recodificación, como el italiano de 1942, regulan materias laborales, mercantiles y de familia. Los autores que estudian estos códigos civiles se refieren a todas estas materias (por ejemplo, Messineo). Estos códigos también contienen normas procesales.

²⁴ Las Constituciones desarrolladas, como la nuestra, contemplan cuestiones civiles, mercantiles, penales, familiares, procesales y otros temas jurídicos.

amparo. La explicación es que la Ley de Amparo (ley constitucional) sucesivamente denominó a los procesos constitucionales como recursos, juicios o derecho de amparo,²⁵ aunque la Ley, actualmente vigente, distingue entre recurso de inconstitucionalidad, recurso de amparo y la exhibición personal. El amparo no es más que un recurso de los otros constitucionales. Esta es la razón por la cual nuestra jurisprudencia lo ha denominado de diferentes formas de acuerdo a cada Ley de Amparo.

Couture²⁶ y Alcalá-Zamora y Castillo²⁷ proclamaron la existencia del derecho procesal constitucional.

Es preferible seguir usando la expresión derecho procesal constitucional, la más aceptado y usada, sin perjuicio de atender con la amplitud que merece el estudio de la jurisdicción, la organización judicial y sus titulares,²⁸ la acción y el proceso. Por otra parte, el objeto de esta rama del derecho es la aplicación de la Constitución, de la cual toma parte el nombre.

Después de lo expuesto pasamos a formular un concepto de nuestra materia.

En mi libro *Introducción al derecho procesal constitucional* elaboré un concepto de derecho procesal constitucional así: “El derecho procesal constitucional es el conjunto de normas y principios que tiene por objeto el estudio del proceso constitucional, sus tipos, naturaleza, principios, presupuestos procesales, el objeto de litigio, sus actos procesales, forma de iniciarse, tramitación, prueba, sentencia y recursos, en su caso”.²⁹

III. BREVE HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El derecho procesal constitucional tiene algunos antecedentes remotos y otros más próximos a su nacimiento en América.

²⁵ Las Leyes de Amparo de 1894, 1911, 1939 califican al amparo como recurso; la de 1948 califica al amparo como juicio; las de 1950 y 1974 califican al amparo como derecho.

²⁶ *Casos de derecho procesal constitucional. Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediar, t. I. parte 3a., pp. 194 y ss.

²⁷ *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, Imprenta Universitaria, 1947, p. 215.

²⁸ El estudio de la organización judicial y los titulares de la justicia constitucional se hace en el derecho procesal orgánico o en la jurisdicción constitucional.

²⁹ México, Porrúa, 2000, Biblioteca de Derecho Procesal Constitucional, p. 3.

En la antigua Grecia, dentro de su ordenamiento jurídico, existía cierto orden jerárquico que obligaba al juez a respetarlo cuando se le presentaba el caso. Por ejemplo, se distinguía entre *nomos* (ley) y *pséfisma* (decreto). Si el decreto se oponía a la ley, el juez invalidaba al decreto, haciendo prevalecer la ley, situación similar a nuestro recurso de inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento.

Ya en la Edad Media existían dos ordenamientos normativos colocados en orden jerárquico: el *ius naturale*, superior e inderogable, y el *ius positivum*, el cual no podía oponerse al primero. Después se suma la escuela *iusnaturalista* de los siglos XVII y XVIII que se extiende de *Grotius* a *Rousseau*.

Los antecedentes más cercanos los encontramos a principios del siglo XVII, cuando el famoso juez Lord Coke, en el caso de Thomas Bronham (1610), presentó la tesis, con un fuerte acento iusnaturalista, de la supremacía del *common law* sobre las arbitrariedades del soberano y del Parlamento, tesis que acogieron los juristas de las colonias inglesas, lo cual suministró importantes elementos para la formulación de la doctrina del control de la constitucionalidad de las leyes en Norteamérica. Por tal razón es motivo de discusión si Coke es el creador de dicho control.

El nacimiento del derecho procesal constitucional, aunque no con ese nombre, tiene un lugar y un creador. Vio la luz en los Estados Unidos de Norteamérica y su progenitor es el célebre magistrado del Tribunal Supremo de ese país, John Marshall. Su fecha de nacimiento es 1803, cuando se dicta la famosa sentencia por dicho tribunal en el caso *Marbury vs. Madison*, cuyo ponente fue Marshall. En esta sentencia se inaplica una ley del Congreso (sección décima tercera de la Ley de 1789 que organizaba el Poder Judicial).

Con una gran claridad y profundidad expresa la sentencia:

Es una proposición demasiado sencilla para ser respondida la de que, o la Constitución controla cualquier acto legislativo incompatible con ella, o, que la legislatura puede alterar la Constitución por medio de una ley ordinaria. Entre esas dos opciones no existe término medio. O la Constitución es una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o se sitúa en el nivel de las leyes ordinarias y, al igual que esas leyes, puede ser alterada cuando la legislatura desee hacerlo. Si la primera opción de esta disyuntiva es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no constituye derecho; si es cierta la segunda opción, entonces las Constitu-

ciones escritas son proyectos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente, todos los que han construido Constituciones escritas las han contemplado como formando la ley suprema y fundamental de la nación, y, consiguientemente, la teoría de cada uno de esos gobiernos debe ser que una ley de la legislatura, incompatible con la Constitución, es nula; esta teoría guarda una relación con la Constitución escrita y, por consiguiente, debe ser considerada por este Tribunal, como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad.

Este sistema se llama *judicial review* (revisión judicial) y existe una interesante discusión si fue o no incorporado a la Constitución o se encontraba implícito en ella.

La opinión de Alexander Hamilton en *El Federalista* se señala como un antecedente. Expresa:

La interpretación de las leyes es de la propia y peculiar competencia de los tribunales. Una Constitución es en el hecho, y así debe mirarse por los jueces, como una ley fundamental. A ellos pertenece por lo tanto interpretar su significado, como el sentido de cualquier norma particular que procede del cuerpo legislativo y, en caso de diferencia irreconciliable entre las dos, preferir el deseo del pueblo declarado en la Constitución al de la legislatura expresado en el estatuto legal.³⁰

El sistema es un modelo de justicia constitucional, denominado difuso, que junto con el modelo europeo, denominado también concentrado, son los principales sistemas de control constitucional; aunque existen modelos mixtos, como puede advertirse en varios sistemas latinoamericanos, con características propias.

La carrera judicial de Marshall terminó en 1835 y jamás se volvió aplicar el control de constitucionalidad. Otra Corte volvió a aplicarlo hasta 1857 en el caso *Dred Scott vs. Sandford*; pero el sistema se consolidó en el siglo XX, principalmente a partir de mediados de la década de los veinte.

En Europa, tras la Primera Guerra Mundial, y bajo la influencia de Hans Kelsen, se promulgó la Constitución austriaca de 1920 que creaba el Tribunal Constitucional (cuyo antecedente se encontraba en el Proyecto

³⁰ *El Federalista*, Carta LXXVIII, San José, Publicación de Libro Libre, 1986, p. 203.

to de Kelsen de 1918), aprobada por la Asamblea Nacional Provisional el siguiente año; meses antes comenzó a funcionar el Tribunal Constitucional de Checoslovaquia (29 de febrero de 1920); después la Constitución española de la Segunda República estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales; y las Constituciones de Weimar (1919) y de Irlanda (1937) reciben influencia kelseniana en cierta medida.

Nace así el movimiento europeo de la justicia constitucional, pero se frustra por la crisis política de entreguerras y la imposición del fascismo; aunque después vuelve a nacer con vigor y amplitud después de la Segunda Guerra Mundial.

Se considera a Kelsen como el iniciador del estudio especializado del derecho procesal constitucional, aunque no con ese nombre, al publicar su libro *La garantía jurisdiccional de la Constitución*.

Los juristas europeos sistematizaron el estudio de esta rama, sentaron principios, reglas, valores, normas interpretativas, sus fines y promovieron su divulgación.

En los Estados Unidos, aunque el sistema funciona bien y existe mucha riqueza jurisprudencial y excelentes expositores, el estudio de la justicia constitucional no ha sido objeto de teorización y sistematización, pues su exposición se hace en Manuales de derecho constitucional. Se considera a Kelsen como el fundador de esta nueva rama del derecho procesal,³¹ aunque algunos lo niegan, y otros se la atribuyen a Couture.³²

³¹ Así lo afirma Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Señala que antecedentes de nuestra rama se encuentra en la declaración judicial de ilegalidad de los reglamentos (artículo 7o., núm. 1 de la Ley Orgánica Judicial española de 1870) y en la declaración de inconstitucionalidad de los Estados Unidos y de otros países americanos y en el recurso de amparo mexicano (*Proceso, autocomposición y autodefensa, cit.*, nota 27, p. 207).

³² En sus *Estudios de derecho procesal civil* escribió los extensos trabajos denominados: “Garantías Constitucionales del Proceso Civil” y “Casos de Derecho Procesal Constitucional”. En ambos trabajos se refiere al *habeas corpus*, a la institucionalidad de la ley y al debido proceso como parte del derecho procesal constitucional, principalmente a las garantías constitucionales procesales y al desarrollo de estas por el derecho procesal (Buenos Aires, Ediar, 1948, t. I, pp. 19 y ss., 194 y ss.). Para Néstor Pedro Sagüés, cierto sector doctrinal le atribuye a Kelsen la fundación del derecho procesal constitucional por la célebre teoría de la pirámide jurídica, sus reflexiones sobre la justicia constitucional y la creación del Tribunal Constitucional, las que dieron impulso posterior a la disciplina. Reconoce que fue su estructuración científica la que permitió la concepción moderna del Derecho Procesal Constitucional. No obstante, señala, sin perjuicio los de los aportes de Kelsen, que resulta desacertado atribuirle a Hans Kelsen una paternidad que históricamente no le corresponde, ya que el Derecho Procesal Constitucional se nutre no sólo de

Nuestro querido maestro Héctor Fix-Zamudio con razón le atribuye el carácter de fundador de la nueva disciplina a Kelsen al expresar que esa paternidad no se debe a la promoción de la Corte Constitucional austriaca de 1920 (considerado por esto como fundador del sistema austriaco o europeo), sino por establecer principios e instituciones del derecho procesal constitucional en sus aspectos generales, el cual con anterioridad salvo casos excepcionales, no se había estudiado de manera sistemática, construcción doctrinal que se inicia con su libro *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*.³³

En resumen, el derecho procesal constitucional, aunque no con ese nombre, nace con Marshall e inicia su desarrollo con Kelsen, acompañando en sus respectivas épocas por Couture, Calamandrei, Cappelletti, Fix-Zamudio, González Pérez, Sagüés y García Belaunde como constructores de esta obra.

Creo que al nacimiento y desarrollo de esta rama han contribuido también los antecedentes americanos de la inconstitucionalidad de la ley, el *habeas corpus*, y el amparo, principalmente el mexicano, de antigua data y respaldado por numerosas obras y estudios de eminentes juristas. En Nicaragua existen estas figuras desde 1894, inspiradas en el amparo mexicano.

IV. AUTONOMÍA Y NATURALEZA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

No toda disciplina especializada del derecho adquiere autonomía; lo contrario sería atentar contra la unidad del derecho, asegurada por la Constitución, materia prima de nuestras reflexiones.

Pero no es extraño que por razones pedagógicas, de orden y sistematización se vayan separando ciertas materias jurídicas de su matriz, sin llegar a tener autonomía o independencia.

la doctrina kelseniana de la pirámide jurídica, sino también de los conocidos procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo, *write of error* y demás engranajes procesales destinados a tutelar las garantías constitucionales y el principio de su primacía constitucional (*Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1992, t. I, p. 7).

³³ *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Colección Funda, 2002, pp. 28 y 29.

Para que una materia o disciplina llegue a formar una rama autónoma es preciso que tenga principios propios, importancia reconocida, generalidad, amplitud, unidad de la materia, estudios teóricos y sistematizados, un fuerte sector doctrinal que cultive la especialidad y respalde con sus argumentos a esta nueva rama, y una ley o código que regule la parte orgánica, jurisdiccional y procesal.

La autonomía del derecho procesal penal, del derecho procesal civil, del derecho procesal administrativo es aceptada por un fuerte sector doctrinal; pero todavía se discute la autonomía del derecho procesal del trabajo y del derecho procesal constitucional, aunque la tendencia ya generalizada es otorgarle autonomía a este último.

Personalmente creo que nuestra materia cumple con todos los requisitos antes enumerados para ser una rama autónoma del derecho. Veamos.

a) Tiene sus propios principios y si algunos principios, valores, reglas y garantías son compartidos con otras ramas del derecho (por ejemplo derecho penal y derecho civil) porque nacieron dentro de ellas, en el fondo son derechos y garantías que por su propia naturaleza constitucional se han ido incorporando a la Constitución, base fundamental de nuestra materia.

b) La Constitución es la ley más importante del ordenamiento jurídico, la ley de leyes, la ley fundamental y jerárquicamente superior del ordenamiento jurídico, en cuyo cumplimiento está interesado todo el pueblo, porque ella encierra su forma de ser y querer. Para tal propósito, es indispensable un procedimiento que asegure la observación de la Constitución y se reparen en su caso los perjuicios causados por su violación o burla.

c) El derecho constitucional es actualmente el centro del derecho, ya que irradia todo el ordenamiento jurídico y éste se interpreta dentro del marco constitucional. Esta generalidad es comunicada al derecho procesal constitucional, que tiene que cubrir esa amplitud.

d) Son muchos los países que han promulgado leyes orgánicas sobre procedimiento constitucional, entre ellas El Salvador, Honduras, Guatemala y Costa Rica; y códigos procesales constitucionales como los de la provincia de Tucumán (Argentina) y Perú. A esto debe agregarse la generalización de salas constitucionales y tribunales constitucionales. En América ya existen tribunales constitucionales en algunos países, y en Europa son muy generalizados, lo que demuestra la importancia de la justicia constitucional.

e) Existe abundante bibliografía sobre nuestra materia. Las investigaciones y estudios son muy avanzados, sistemáticos y penetrantes.

En agosto de 2003, el Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional se convirtió en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, bajo el impulso de renombrados procesalistas constitucionales como Héctor Fix-Zamudio, Cappelletti, Néstor Pedro Sagüés, Fernández Segado, García Belaunde, Hernández Valle, Diego Valadés, Pérez Tremps, Ferrer Mac-Gregor, Nogueira Alcalá, Rey Cantor y otros. Posteriormente ve la luz, auspiciado por el Instituto, la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, con tres números en circulación, donde escriben los más prestigiosos expositores de esta materia.

El Instituto Mexicano de Derecho Procesal auspicia la publicación de obras de derecho procesal constitucional, con la finalidad de satisfacer inquietudes de los especialistas, teniendo en mente el incremento de las investigaciones especializadas en los países latinoamericanos.

Por otra parte, en varios países se organizan institutos, academias, seminarios, encuentros, coloquios y conferencias.

f) Su estudio es tan importante que se ha incorporado como materia independiente en programa de muchas universidades.³⁴

g) Existe un fuerte movimiento de procesalistas y constitucionalistas que cultivan esta nueva disciplina, y que evidentemente se decantan a favor de la autonomía.³⁵ Debemos reconocer que no faltan voces en contra de su autonomía, llegando a reconocer únicamente autonomía pedagógica y expositiva.

h) El estudio comparado de los sistemas del control de la constitucionalidad de los diversos países y su jurisprudencia enriquece y amplía nuestra materia.

i) El derecho internacional penetra en el derecho interno de los Estados, y algunas Constituciones reconocen las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas, otras establecen jerarquía normativa con los tratados: carácter de ley que no puede ser derogada por ley ordi-

³⁴ El destacado procesalista y constitucionalista Eduardo Ferrer Mac-Gregor informa que se imparte el Derecho procesal constitucional en la licenciatura y posgrado en las Universidades de América Latina, entre otras las de Argentina, Colombia, Costa Rica, Panamá y Perú (*Los tribunales constitucionales en Iberoamerica*, México, Funda, 2002, pp. 47 y 48).

³⁵ *Ibidem*, pp. 42 y ss.

naria, rango constitucional, superioridad sobre todo el ordenamiento jurídico interno, principalmente con los tratados, convenciones, o declaraciones sobre derechos humanos; surge el derecho comunitario y los tribunales supranacionales sobre derechos humanos, cuyas sentencias tienen que ser cumplidas por los países que aceptan su jurisdicción (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Europea de Derechos Humanos).

Es posible la existencia de normas procesales constitucionales internacionales creadas por nuestro derecho interno. Por ejemplo: el principio de territorialidad del proceso constitucional, en virtud del cual el procedimiento a seguir es el nacional; la condición jurídica del extranjero en el proceso constitucional; las acciones y derechos que pueden ejercer en nuestro proceso constitucional los extranjeros: no pueden pedir en el proceso constitucional la inconstitucionalidad de la ley a través de la acción popular, pero pueden reclamar la violación de todos los derechos que tienen los nicaragüenses, menos los políticos y los que establezcan las leyes; la ejecución de sentencias extranjeras de la justicia constitucional en Nicaragua. Habría que estudiar si a este aspecto procesal se le puede denominar derecho procesal constitucional internacional. Es un derecho interno creado con base en la Constitución local y demás normas constitucionales que tiene en cuenta la existencia de otros Estados.

Me refiero a un derecho procesal constitucional internacional creado por nuestro ordenamiento jurídico con propósitos internacionales y no al derecho procesal constitucional que rechaza García Belaunde, el cual supone la existencia de una Constitución mundial o regional y el aniquilamiento de las Constituciones nacionales, las que todavía existen. Agrega que la Constitución europea dista mucho de ser propiamente una Constitución y que todavía no ha sido aprobada, pero que tal cosa no impide la existencia de un derecho procesal internacional que estudia los diferentes procesos a nivel internacional, ya que el derecho procesal se internacionaliza. El planteamiento de García Belaunde es correcto.³⁶

Existen normativas, denominadas por Gaetano Morelli, derecho estatal externo, derecho estatal en orden a las relaciones con el exterior o de-

³⁶ El “derecho procesal constitucional y su configuración jurídica”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 51 y ss.

recho interno en materia internacional, los cuales participan de los caracteres propios de las agrupaciones internas del derecho interno estatal: derecho constitucional, administrativo, privado, penal, procesal. De aquí que las normas de derecho estatal externo que tienen el carácter de derecho procesal constituyen el derecho procesal civil internacional, que si reciben el apelativo de internacional, no es para indicar el ordenamiento jurídico a que pertenecen, sino para designar el objetivo de dichas normas que las distinguen de las otras normas de derecho procesal civil. El derecho procesal civil internacional es parte del derecho interno de un determinado Estado y no parte del derecho internacional verdadero o propio.³⁷

El derecho internacional se divide en público y privado. El derecho internacional público regula las relaciones entre los Estados y los demás sujetos del derecho internacional. El derecho internacional privado regula las relaciones privadas que surgen cuando en ellas concurren normativas de diversos Estados.

Del derecho internacional público propiamente dicho, si lo dividimos en sustantivo y objetivo, pueden surgir el derecho internacional humanitario (con base en la Convención de Ginebra), el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho procesal internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional, el derecho procesal internacional dividido en varias materias: civil, laboral, comercial, etcétera.

No existe duda de que el derecho procesal constitucional pertenece al derecho público. La duda surge cuando algunos autores sostienen que nuestra rama pertenece al derecho constitucional³⁸ y otros al derecho procesal, ubicándolo algunos en el derecho procesal civil. No faltan otros que lo ubican en una posición ecléctica.³⁹

³⁷ *Derecho procesal civil internacional*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa-América, 1953, pp. 1 y ss.

³⁸ Cfr. Häberle, Peter, “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional alemán”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 1, enero-junio de 2004, 2004, pp. 15 y ss.

³⁹ Para Néstor Pedro Sagüés existen ciertas instituciones de carácter mixto que pertenecen al derecho constitucional procesal y al derecho procesal constitucional, lo que requiere la participación de constitucionalistas y procesalistas constitucionales. Esto se produce cuando la institución tiene su base en la Constitución (derecho constitucional procesal: el *habeas corpus*, el *habeas data*, etcétera) y es desarrollada por el derecho procesal constitucional. Como nuestros procesos constitucionales tienen sus bases y la defi-

Nuestra materia pertenece al derecho procesal,⁴⁰ goza de autonomía y está vinculada al derecho procesal general. Aunque es instrumental, tiene tanta importancia como el propio derecho sustantivo, representado en nuestro caso por la Constitución; pues sin un procedimiento constitucional que haga cumplir la Constitución y repare sus violaciones, sería letra muerta, como un vehículo sin ruedas. Igual cosa sucedería si no existiera un Código de Procedimiento Penal para poner a funcionar el Código Penal.

Gustav Radbruch sostiene la sustantividad del derecho procesal. Pienso que donde se destaca con más fuerza la distinción propia y sustantiva del proceso frente al derecho material es en la respuesta a si puede el defensor pedir la absolución sabiendo que su defendido es realmente culpable. El abogado que pide la absolución bajo esa circunstancia seguirá abogando por el derecho procesal. Este pensamiento procesal sustantivo no es simplemente resultado de una capacidad refinada de distinción desarrollada con el tiempo. Cita a Albert Schweitzer, que en uno de sus libros cuenta cómo los indígenas de un país salvaje sólo consideran justa la pena siempre y cuando se hallen realmente convictos. En general, los culpables suelen sentirse decepcionados por la condena, a menos que la fuerza arrolladora de la prueba los obligue a reconocer su culpabilidad.⁴¹

V. SU DESARROLLO ACTUAL Y APORTES A LA DEMOCRACIA

Son numerosas las obras, estudios, artículos y monografías que se dedican exclusivamente al derecho procesal constitucional, tanto en América como en Europa, aunque en el viejo continente bajo el nombre de jus-

nición de sus finalidades en la Constitución y además son desarrollados en una ley constitucional, según Sagüés nuestro derecho procesal constitucional pertenece en parte al derecho constitucional procesal y en parte al derecho procesal constitucional. Existen otras ramas del derecho como la penal, la civil, la laboral que tienen algunas bases en la Constitución, dando lugar al derecho constitucional penal, civil y laboral, de lo cual surgen instituciones mixtas tratadas en parte por el derecho constitucional y en parte por el derecho penal, civil y laboral, para la cual se necesita el aporte conjunto de constitucionalistas y penalistas, civilistas y laboralistas en cada rama (*Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario, cit.*, nota 32, t. I, pp. 5 y 6).

⁴⁰ García Belaunde, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional, cit.*, nota 12, p. 185.

⁴¹ *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 93-95.

ticia constitucional, salvo algunas excepciones. Escapa a nuestro trabajo hacer alguna enumeración aproximada de ellas.

Los procesalistas y constitucionalistas se interesan en sus estudios, los que penetran en las universidades como materia independiente de la carrera o como posgrado.

A lo anterior es preciso agregar la aceptación en las democracias del control de la constitucionalidad. Se puede afirmar que la época de la Constitución sin defensa ha terminado en los países bajo el Estado democrático de derecho.

La eficacia del control político y legal de la jurisdicción constitucional ha contribuido a su expansión, estudio y un mejor funcionamiento del sistema legal de cada país.

Son indiscutibles los aportes del control constitucional a la democracia: se perfecciona el Estado de derecho, pasando a ser el control constitucional una pieza fundamental de la democracia moderna, igual a la división de poderes, el sufragio y el pluralismo político; sin sistema de control constitucional, la Constitución se convierte en papel mojado; es un medio de control de las competencias repartidas entre los poderes y órganos del Estado y de defensa de los derechos humanos; las minorías lo pueden emplear como instrumento de defensa de sus derechos e intereses; las sentencias de las salas o tribunales constitucionales han provocado o pueden provocar significativos avances económicos, sociales, culturales y políticos, ejemplo de ello es la Corte Suprema de los Estados Unidos.

VI. CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Este es un tema en el que no existe acuerdo entre los autores, porque, de un lado, no todos coinciden en los elementos del contenido, por la percepción que tienen individualmente del tema y, del otro, las leyes o códigos procesales constitucionales de control amplían o disminuyen su contenido, incluso agregándole cuestiones ajenas (elecciones, plebiscitos, etcétera), por tal razón se habla de derecho procesal constitucional nicaragüense, de derecho procesal constitucional mexicano,⁴² y así de país en país.

⁴² Fix-Zamudio enumera los instrumentos tutelares de las normas constitucionales que pertenecen al derecho procesal constitucional mexicano: el juicio político; las contro-

Es conocida la división que hace Capelletti del contenido de nuestra materia, seguida y adaptada por varios autores a sus países.

Se distingue entre jurisdicción constitucional de la libertad, jurisdicción orgánica y jurisdicción trasnacional.

La primera tiene por objeto tutelar los derechos humanos consagrados en la Constitución (por ejemplo: el *habeas corpus*, el amparo, el *habeas data*), muy generalizada en los países democráticos. Los enumerados no son todos los instrumentos de defensa, pues existen más en Europa y otros países.

La segunda vela por el respeto de las competencias y atribuciones de los poderes u órganos del Estado (por ejemplo: el recurso de inconstitucionalidad de la ley, los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, entre los poderes centrales y los estatales en los Estados federales).

La tercera se refiere al conflicto entre las normas constitucionales y las que pertenecen al campo trasnacional incorporadas directamente por la ley, la Constitución u otros medios (tratados) al derecho interno.

García Belaunde estima que el contenido del derecho procesal constitucional se integra de la siguiente manera:

a) La jurisdicción constitucional, dentro de la cual estudia el valor jurídico de la Constitución (supremacía) y la Constitución como final político, la Constitución como unidad, la presunción de constitucionalidad de las normas y la presunción a favor de los derechos humanos.

b) Los procesos constitucionales que nacen de cada legislación, entre ellos el *habeas corpus* y el amparo.

c) La magistratura constitucional. Se refiere a los órganos políticos o judiciales de control, a los tribunales constitucionales (fuera o dentro del Poder Judicial), a las Salas Constitucionales dentro de la Corte Suprema que conocen del control constitucional y de casos ordinarios, de las cortes supremas prácticamente dedicadas a las cuestiones constitucionales (Corte Suprema de México).⁴³

versias constitucionales; la acción de inconstitucionalidad; el procedimiento de investigación de la Corte Suprema de Justicia; el juicio de amparo; el juicio de protección de los derechos políticos-electorales; el juicio de revisión constitucional electoral; los órganos autónomos no jurisdiccionales protectores de los derechos humanos, como el defensor del pueblo o procurador de los derechos humanos (*Introducción al derecho procesal constitucional, cit.*, nota 33, p. 115).

⁴³ *De la jurisdicción constitucional al derecho...*, *cit.*, nota 12, pp. 199 y ss.

Para buscar el contenido hay que echar mano de los elementos más comunes que puedan integrar el contenido y los límites del derecho procesal constitucional, en la medida que nos permite esta nueva rama del derecho.

A continuación expondré brevemente estos elementos.

1. *La superioridad constitucional*

La fundamentalidad y superioridad jerárquica de la Constitución es el elemento a partir y alrededor del cual se construye el derecho procesal constitucional. Toda su construcción teórica y práctica se deriva de tal superioridad.

Ya lo expresó el magistrado Marshall en su celebre sentencia. La revisión judicial norteamericana como procedimiento de control de la constitucionalidad de las leyes se funda en la superioridad constitucional. Éste es un concepto constitucional, pero que desarrolla el derecho procesal constitucional, con quien lo comparte.

2. *La jurisdicción constitucional*

La potestad de impartir justicia mediante el juzgamiento, y de ejecutar lo juzgado, le corresponde al Poder Judicial, integrado por los jueces y magistrados.⁴⁴

El Código de Procedimiento Civil nicaragüense define la jurisdicción como la potestad de administrar justicia, o sea, el derecho y la obligación de aplicar la ley.⁴⁵ En lugar de emplear el vocablo “derecho” debería usarse competencia o atribución, pero si se acepta el vocablo derecho, debe entenderse como un derecho de naturaleza pública, equivalente a competencia, con la correlativa obligación de ejercer la jurisdicción.

La jurisdicción encierra tres poderes: juzgar, ejecutar lo juzgado y pedir auxilio y obligar a todas las autoridades a cumplir las resoluciones. También obliga a cumplir las sentencias a las organizaciones y personas naturales y jurídicas afectadas.⁴⁶

⁴⁴ Artículos 158 y 159 de la Constitución.

⁴⁵ Artículo 1o.

⁴⁶ Artículo 167 de la Constitución, 190, 196 y 509 del Código de Procedimiento Civil.

El derecho constitucional no tiene por qué renunciar a la jurisdicción, pero en realidad es compartida con el derecho procesal, como lo afirma Alcalá-Zamora y Castillo anteriormente citado, en nuestro caso con el derecho procesal constitucional. La Constitución crea la jurisdicción, pero es creada para el proceso, el cual la desarrolla; el proceso equivale a los pies con los que camina la jurisdicción, las dos caras de una misma moneda.

La llamada jurisdicción voluntaria no es inherente al proceso o a la jurisdicción, pueden existir sin ella, de tal suerte que la administración pública y el notariado la reclaman. Son varios los países que han trasladado gran parte de la jurisdicción voluntaria al notariado.

La justicia constitucional goza de los poderes antes señalados al pertenecer al Poder Judicial. Por su parte la Ley de Amparo establece en los artículos 48, 49 y 50 y otros, el procedimiento de ejecución.

3. La acción y la pretensión constitucional

Al independizarse la acción del derecho privado, adquiere carácter de derecho público y para ejercitarse basta invocar pretensión sustantiva para darle trámite, prospere o no prospere la demanda en la sentencia definitiva. No supone un derecho sustantivo previo al juicio: se sabrá si existe en la sentencia de término.

Por tal razón, la acción es abstracta: el demandante puede ser que tenga o no derecho, pero accedió a la justicia, la jurisdicción funcionó y se desarrolló en todas sus etapas, y se dictó sentencia rechazando o aceptando la demanda.

La acción constitucional es el derecho público concedido por la Constitución y la Ley de Amparo para poner en movimiento la jurisdicción constitucional por alegarse que se ha infringido la Constitución por ley, decreto, reglamento, acto, acción u omisión, y que puede o no prosperar según se acredite o no la violación de la Constitución o de los derechos y garantías consagrados en ella, pero el juez constitucional debe tramitarla y fallar si se llenaron los requisitos establecidos para su ejercicio.

En virtud de la acción constitucional se abren los procesos constitucionales que serán estudiados brevemente, se desarrolla la jurisdicción constitucional y se falla el fondo del asunto en forma positiva o negativa.

Su carácter abstracto es más marcado en la acción (recurso en nuestro sistema) de inconstitucionalidad de la ley, decreto y reglamento, lo mismo que en el *habeas corpus*, pues existe en nuestro país (y en otros: acción de inconstitucionalidad de Colombia y Venezuela) acción popular para ejercitarla, lo cual la independiza de una concreta pretensión sustantiva.

La pretensión en la acción de inconstitucionalidad de la ley (o recurso por inconstitucionalidad) es el interés general de mantener la integridad de la Constitución frente a su violación. Es una defensa al derecho objetivo.

Cuando la inconstitucionalidad de la ley es vinculada por el recurrente al derecho humano violado, es importante invocar la pretensión de restablecer o reparar el daño del derecho violado, aunque el Pleno de la Corte Suprema de Justicia puede declarar la inconstitucionalidad aun cuando no se pruebe la violación del derecho del recurrente, pues basta la violación del artículo constitucional que lo consagra. Esto se aplica en la acción popular de inconstitucionalidad, pero no en la que se ejercita en los juicios de la justicia ordinaria.

Por el contrario, en la acción de amparo debe invocarse la violación concreta de un derecho constitucional y exigir su restablecimiento o reparación por el que la ejercita, aunque después se determine en la sentencia definitiva que no existe tal violación.

En la vía judicial (sistema difuso) el ejercicio de la acción o excepción de inconstitucionalidad está vinculada al derecho material invocado por la parte en el juicio, y se falla en la sentencia definitiva.

4. *La sentencia constitucional*

El estudio de la sentencia constitucional es uno de los más difíciles, por sus efectos más extensos que las sentencias civiles, por los diferentes tipos de sentencias, su riqueza creativa, sus importantes logros, y los roces que puede provocar con los otros poderes, principalmente el judicial y el legislativo. La sentencia constitucional difiere en varios aspectos con la civil.⁴⁷

⁴⁷ Cfr. Escobar Fornos, Iván, *Introducción al derecho procesal constitucional*, cit., nota 33, pp. 24 y 25.

El análisis de todos estos temas escapa a la extensión de este artículo por lo que nos limitaremos a hacer algunas reflexiones.

La sentencia constitucional produce cosa juzgada, la que tiene doble efecto: uno positivo y el otro negativo.

En virtud del primero se puede pedir su ejecución, o sea, el cumplimiento de la sentencia; en virtud del segundo se le veda a las partes entablar nuevamente la acción.

La cosa juzgada constitucional obliga a todas las partes y tiene como propia característica obligar al Estado como parte que es, de tal manera que la administración no puede repetir el acto anulado, la Asamblea Nacional a aplicar la ley declarada inconstitucional, lo mismo que los jueces y tribunales.

El juez constitucional es bastante creativo en materia normativa, por el carácter abierto de gran parte de las disposiciones constitucionales y por su facultad integrativa constitucional. Por tal razón se dice que es un legislador negativo y positivo. Ejemplo de ello son las sentencias dispositivas y normativas; pero no puede constituirse en un juez-legislador.⁴⁸

El efecto de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley es expulsarla del orden jurídico para el futuro o para el pasado, según el sistema que se adopta. El juez constitucional viene a ser, en palabras de Kelsen, un legislador negativo. La sentencia produce efectos *erga omnes* y obliga a todas las autoridades.

La sentencia que declara la constitucionalidad de la ley también produce cosa juzgada, pero no las sentencias interpretativas, o sea, las que desechan soluciones inconstitucionales y aceptan otra u otras constitucionales.

En Nicaragua sucede lo mismo de acuerdo con los artículos 18 y 19 de la Ley de Amparo: la sentencia interpretativa puede cambiar cuando los motivos del recurso cambian.

Cuando un artículo impugnado de inconstitucional se complementa o tiene conexión con otro u otros no impugnados, éstos también tienen que

⁴⁸ Hernando Devis Echandia estima (al referirse al proceso civil), a la jurisprudencia como fuente del derecho, semejante a la costumbre, que es experimental y de elaboración lenta. El juez crea derecho no solo en ausencia de normas, sino también frente a reglas consagradas, creando derecho distinto del derecho legislado, es el artesano del derecho nuevo, pues ha sido siempre un juez-legislador (*Tratado de derecho procesal civil*, Bogotá, Temis, 1961, t. I, p. 81).

ser declarados inconstitucionales si el impugnado fue declarado inconstitucional.

En el amparo la sentencia solamente tiene efecto con relación al caso que se ventila, pero existe una tendencia doctrinal de concederle una fuerza expansiva para ciertos casos por diferentes medios: la representación en las acciones que protegen intereses difusos y mantener inalterable la jurisprudencia en las acciones colectivas que protegen el patrimonio cultural, la seguridad y solidaridad pública, el ambiente, etcétera.

Esta jurisdicción se ejerce por diferentes órganos: tribunales constitucionales dentro o fuera del Poder Judicial, en forma concentrada o en alianza con el sistema difuso; los jueces y tribunales ordinarios en cualquier clase de juicios (sistema difuso); la Corte Suprema de Justicia como tribunal ordinario que conoce de la jurisdicción constitucional y de la ordinaria; una sala constitucional de la Corte de Justicia; diferentes órganos del Poder Judicial en cada proceso, como ocurre en Nicaragua donde la exhibición personal es fallada por un tribunal penal de apelaciones, el amparo por la Sala de lo Constitucional, y la inconstitucionalidad de la ley, decreto y reglamento y las cuestiones de competencia entre los poderes del Estado por la Corte Plena.

Otro problema, aunque ya prácticamente superado, pero que salta a la palestra cuando la jurisdicción constitucional entra en conflicto con los otros poderes u órganos constitucionales, principalmente con el legislativo, es su legitimidad, pues es creadora de normas y anula las existentes, o sea, legisla positiva y negativamente sin tener legitimidad popular, violando así la división de poderes, al corresponderle al legislativo aprobar, modificar y derogar las leyes; en virtud de la cual lo que la representación de la mayoría del pueblo gana en la Asamblea Legislativa, un ciudadano o minoría lo borra ante el juez constitucional.

Las razones que fundamentan su legitimidad son los siguientes:

a) La legitimidad de la jurisdicción constitucional tiene su origen en el pueblo, que manifestó su voluntad en el Poder Constituyente que la estableció.

b) La Asamblea Nacional y el Ejecutivo no siempre son oportunos, no responden a los intereses populares, se alejan de sus representados, etcétera.

c) La jurisdicción constitucional protege a la minoría y fortalece el pluralismo político.

d) En lugar de desbalancear el equilibrio de los poderes, contribuye a mantenerlo.

e) Su aceptación generalizada es un buen argumento para su legitimidad.

f) Es un instrumento de protección de los derechos humanos.

5. *Los principios del derecho procesal constitucional*

El derecho procesal constitucional se rige por principios que sirven para legislar científicamente, interpretar e integrar el derecho y aplicar las reglas del procedimiento y los derechos humanos.

Unos son de fondo y otros de forma, algunos se vinculan con el derecho penal, civil y constitucional y con los principios generales del derecho.

Su estudio detallado no corresponde a la extensión de este artículo, por lo que basta su enumeración con un breve resumen de cada uno; a saber:

- El *principio de impulso oficial*, que permite al juez constitucional, después de realizado un trámite, pasar de oficio al siguiente trámite.
- El *principio de informalidad*, que libera al proceso constitucional de formalidades que no tengan por objeto la seguridad y el derecho de defensa.
- El *principio de celeridad*, que permite que con preferencia los procesos constitucionales deben ser breves.⁴⁹
- El *principio de buena fe*, que exige que ella y la lealtad en el proceso imperen, eliminando trampas, argucias, etcétera.⁵⁰
- El *principio de inmediación*, que exige que el juez constitucional intervenga directamente, principalmente en diligencias orales, en los actos procesales.
- El *principio de legalidad constitucional* que exige la aplicación preferente y efectiva de la Constitución, la sanción máxima por la violación constitucional (lo que se hace efectivo con la nulidad absoluta de las leyes, tratados, órdenes o disposiciones violatorias), la no consolidación de los actos violatorios de la Constitución y la imprescriptibilidad del derecho a reclamar la violación.

⁴⁹ Artículo 5o., incisos 1 y 3 de la Ley de Amparo.

⁵⁰ Artículo 5o., inciso 2, de la Ley de Amparo.

- El *principio de economía procesal*, el cual desarrolla el principio de celeridad.
- El *principio de publicidad procesal*, en virtud del cual el proceso se abre a las partes y al pueblo.⁵¹
- El *principio de aplicación de la disposición más favorable* al recurrente, cuando existe otra menos favorable.
- El *principio de presunción de inocencia*, en virtud del cual el procesado no tiene que probar su inocencia, pues el que tiene la carga de la prueba es el acusador.
- El principio *in dubio pro reo*, con varias aplicaciones: en caso de duda se interpreta la ley en forma más favorable al reo,⁵² cuando existen varias interpretaciones se aplica al reo la más favorable, en caso de duda es preferible absolver al culpable que condenar a un inocente,⁵³ las leyes penales se aplican retroactivamente cuando favorecen al reo.⁵⁴
- El *principio de preferencia*, en virtud del cual existen ciertos derechos humanos que deben aplicarse con preferencia a otras normas constitucionales.
- El *principio de expansibilidad de los derechos humanos*, en virtud del cual los derechos humanos van sugiriendo y aumentando su radio de acción.
- El *principio de irreversibilidad*, en virtud del cual, principalmente en los campos económico, social y cultural, los derechos humanos conquistados no pueden retroceder.
- El principio de igualdad para las partes a lo largo del proceso.⁵⁵

6. El proceso constitucional y su finalidad

El proceso constitucional es un conjunto de actos, cargas, situaciones, plazos, etapas y resoluciones coordinados y sucesivos realizadas ante el juez constitucional, que concluye con la cosa juzgada constitucional con la finalidad de restablecer y reparar la violación de la supremacía de la

⁵¹ Artículo 5o., inciso 3, de la Ley de Amparo.

⁵² Artículo 13 del Código Penal.

⁵³ Artículo 2o., párrafo 4, del Código Procesal Penal.

⁵⁴ Artículos 14 del Código Penal y 38 de la Constitución.

⁵⁵ Artículo 5o., inciso 3, de la Ley de Amparo.

Constitución y los derechos contemplados en ella.⁵⁶ Su naturaleza es de derecho público.

No existe un proceso común u ordinario, como en lo civil, y algunos especiales, por lo menos en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, son varios los juicios o recursos que se regulan por separado: el recurso por inconstitucionalidad de la ley; el recurso de amparo; el recurso de exhibición personal; el *habeas data*, que aunque carece de procedimiento especial se aplica el del amparo; la decisión de la constitucionalidad en los juicios de la jurisdicción ordinaria (penales, civiles, laborales, etcétera) o sistema difuso. En la doctrina se citan otros, en dependencia de cada sistema y punto de vista del autor (el juicio político).

7. Amplitud del concepto de violación constitucional

No solamente la violación directa de la Constitución da pie a la inconstitucionalidad, pues existen un conjunto de leyes que junto a ella determinan la inconstitucionalidad de las leyes. Es lo que en la doctrina se denomina el bloque o parámetro de constitucionalidad, concepto de origen francés, cuya aceptación depende de cada ordenamiento jurídico.

Es conveniente aclarar que los tratados, declaraciones y convenios sobre derechos humanos incorporados a nuestra Constitución por el artículo 46 pueden dar lugar a la inconstitucionalidad en forma autónoma porque están equipados jerárquicamente a la Constitución. Éstos son: *a*) la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948; *b*) la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá en 1948; *c*) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado el 16 de diciembre de 1966; *d*) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización

⁵⁶ Con relación al objeto o fines del proceso, se han elaborado varias teorías. Algunos autores sostienen que el fin del proceso es la actuación del derecho objetivo o sea simplemente aplicar la ley, pero se le critica porque no puede ser un fin sino un medio del Estado para resolver un conflicto entre partes. Otra teoría sostiene que el fin del proceso es simplemente la tutela de los derechos subjetivos, pero se le critica porque un proceso no tiene exclusivamente un contenido privado o particular, sino también fines públicos. Para una tercera teoría ecléctica, el proceso es la actuación de la ley para solucionar un caso concreto y satisfacer el interés general y público de que los conflictos se resuelvan, y no permanezcan las relaciones jurídicas en una eterna incertidumbre.

de las Naciones Unidas aprobado el 16 de diciembre de 1966; e) la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

Por otra parte, el artículo 71, párrafo 2, de la Constitución dispone que tiene plena vigencia la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña.

Forman parte del bloque de constitucionalidad de nuestro sistema 1) las leyes constitucionales: Ley de Amparo, Ley Electoral y la Ley de Emergencia; la Constitución derogada de 1974, por violaciones a sus disposiciones cuando se encontraba vigente; y 2) las leyes duras: la Ley de Municipios y la de Autonomía de la Costa Atlántica, las que requieren de mayorías y trámites especiales para su promulgación y modificación.

La Sala Constitucional de nuestra Corte Suprema de Justicia sostiene que el debido proceso es un derecho humano y elemento fundamental del Estado de derecho y forma parte del bloque de constitucionalidad de la República.⁵⁷

VII. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

De diferentes maneras se ha regulado el procedimiento constitucional: por jurisprudencia (Estados Unidos), con base en la Constitución y leyes sueltas que regulan ciertos procesos constitucionales, por el Código Civil, por el Código de Procedimiento Civil, por leyes especiales, o por códigos.

En nuestro sistema, como es mixto, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 194, dispone que los jueces y tribunales aplicaran de preferencia la Constitución, después las leyes y decretos legislativos, y por último los acuerdos y decretos ejecutivos.

Ya en 1893 se había promulgado la primera Ley de Amparo, que establecía el recurso de inconstitucionalidad contra ley, lo mismo que contra cualquier violación a la Constitución y leyes constitucionales por actos o resoluciones de cualquier autoridad, pero no contra las resoluciones judiciales en asuntos de su competencia.

⁵⁷ Sentencia de las 8:30 a. m. del 11 de septiembre de 2000, *Boletín Judicial Constitucional*, p. 9.

La actual Ley de Amparo sólo reconoce el sistema difuso como medio de control de la constitucionalidad,⁵⁸ pero su tramitación y fallo se hace dentro del juicio y en la sentencia definitiva, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil.

En Panamá el Derecho Procesal Constitucional se encuentra regulado en el Libro IV del Código Judicial, bajo el título de Instituciones de Garantía.

En Argentina la jurisdicción constitucional se encuentra en leyes sueltas y códigos procesales penales y civiles.

La importación, desarrollo y autonomía del derecho procesal reclaman su unificación en leyes especiales, preferiblemente en códigos, no por el deseo de otorgarle falsamente una jerarquía que no merece, sino porque facilita su estudio y consulta, ayuda a sistematizar la disciplina, a establecer las reglas generales de los procesos, a consagrar los principios, a llenar lagunas, a terminar con ambigüedades y a realizar interpretaciones confiables.⁵⁹

No se trata de codificar cualquier materia o institución, como está sucediendo en Francia ante el problema de la inflación legislativa, lo que ha llevado a una recodificación, de la cual han surgido aproximadamente cuarenta códigos. Un no rotundo, se trata de codificar una pieza fundamental de la democracia moderna.

Ya tienen códigos procesales constitucionales la provincia de Tucumán, en Argentina, y Perú, y se espera un Código modelo para Iberoamérica.

En estos códigos deben sentarse los principios generales, las reglas comunes, regularse los procesos constitucionales, los efectos de cada uno de ellos, los tribunales que conocerán de la jurisdicción constitucional y el proceso de ejecución.

El Código de Perú es un buen modelo, seguido en el mundo. El Código peruano contempla disposiciones generales y principios, los órganos competentes, la regla de interpretación de que los derechos constitucionales se interpretan de conformidad a los tratados internacionales sobre derechos

⁵⁸ Artículos 5o. y 20.

⁵⁹ Néstor Pedro Sagüés trata magistralmente las ventajas y los peligros de la codificación en su estudio "Codificación del derecho procesal constitucional" (Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2006, pp. 499 y ss.).

humanos, el proceso de *habeas corpus*, el proceso de amparo, el proceso de *habeas data*, el proceso de inconstitucionalidad, el proceso de acción popular, el proceso de cumplimiento y el proceso de competencia que se refiere a los conflictos de competencia. Todos estos procesos son iniciados a través de una acción que lleva el mismo nombre.