

PARTE SEGUNDA

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

22. Introducción	77
23. Origen del derecho procesal constitucional.....	80
24. Estructura del derecho procesal constitucional.....	84
25. La codificación de las garantías fundamentales	88

PARTE SEGUNDA

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

22. Introducción

Las grandes transformaciones del mundo a partir de la segunda Guerra Mundial mostraron un perfil diferente al individualismo propio del siglo anterior.

La paz y la justicia social fueron preocupaciones primeras, dada la crisis evidente que había afrontado la Sociedad de las Naciones creada por el Pacto de Versalles en 1919.

La universalidad política pensada por entonces debió girar absolutamente hacia una óptica distinta. Antes se habían olvidado del hombre, quizá porque su participación en el concierto internacional contaba, solamente, como ciudadano de un Estado parte, y dado que los conflictos se resolvían entre naciones, no había lugar en ese cuadro para los conflictos singulares.

Pero en 1945, la Carta de las Naciones Unidas proclama otras necesidades. Cambio de tornas copernicano que mueve sus destinos mirando al hombre. La Declaración Universal de 1948 proclamó los derechos fundamentales, sin interesar en ello la nacionalidad, el credo, la posición política o económica de aquéllos.

Era la primera manifestación que desbordaba el encuadre limitado de los intereses locales para elevar la consideración humana en su internacionalidad o universalidad.

Fue así que los derechos humanos cobraron una interpretación uniforme. Fueron concretados en función de la dignidad establecida para el ser, sin admitir repliegues insidiosos por meras conveniencias.

Sin embargo, la otra cara de la declamación quedó sin respuesta. No fue previsto el sistema de protección procesal de los derechos declarados.

La aplicación dispareja o condicionada a mutuos reconocimientos llevaron a intelegir aquellas garantías establecidas, con base en principios de reciprocidad o conciliación de conceptos. Una vez más, los derechos emergían del acuerdo, más que por su esencia vital.

Surgieron en consecuencia distintos convenios, como el de Roma dando origen al Consejo de Europa, y el mismo Pacto de San José de Costa Rica, con la

misión específica de sustentar un mecanismo de asistencia y protección procesal que privilegiara los derechos humanos sobre las estipulaciones locales.

De esta manera, nace un sistema procesal diferente hasta el allí conocido. Los intereses internos quedaban desplazados cuando el juego operativo estaba fundado en un derecho del hombre reconocido y tutelado por cualquier instrumento internacional.

Sin embargo, esta internacionalización no manifiesta otra cosa que un espíritu importante en la preservación de los derechos humanos, que, a partir de estos conceptos, encuentran afinadas las instituciones que van a darle adecuada sustentación.

Ellas son, básicamente, las organizaciones que emanan desde el derecho de las comunidades, por ejemplo, la Comunidad Económica Europea, dentro de la cual el respeto a los derechos básicos constituye una parte integral de los principios legales generales, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia; también las derivadas de la dimensión continental, que es el caso de la Organización de los Estados Americanos, sobre todo a partir de 1959 cuando se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en especial desde la firma del Pacto de San José de Costa Rica; finalmente, las instituciones provenientes de la dimensión internacional, dirigidas a solucionar los conflictos entre Estados parte, en tanto declaren reconocer como obligatoria, *ipso facto*, y sin convenio especial, la jurisdicción de la Corte Internacional.

Esta institucionalización, jurídicamente orgánica, ha dado lugar a un estudio autónomo, aun cuando a lo que nosotros interesa podemos localizarlo como un desprendimiento del derecho procesal transnacional.

Sin embargo, antes de esta evolución, los derechos humanos no estaban absolutamente desprotegidos.

En realidad obraban interactuantes con los derechos y garantías constitucionales reconocidos en las leyes fundamentales de cada nación.

Elocuente demostración de ello la ofrecen las Constituciones que se fueron dictando a partir de las grandes conflagraciones, las que desplegaron una acentuada normativa dirigida a asegurar la recta utilización de los principios superiores del ser humano, adoptándolos como supremos y de base principista, y que, por tanto, debían ser guía y esencia de la superioridad que ostentaban.

Al mismo tiempo, como esa regulación tenía el mismo problema ya advertido (la ausencia de protección adjetiva) fueron incorporándose magistraturas especializadas motivadas para controlar el efectivo cumplimiento de las cartas magnas.

En 1920, bajo la inspiración de Hans Kelsen, cobra vida el Tribunal Constitucional de Austria,⁷¹ por el cual, todas las cuestiones relativas a la constitucio-

⁷¹ Conviene dar lectura a la obra de Philipp, Walter Frisch, "La forma en que se plasmó la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen en la jurisdiccional constitucional austríaca, creada por

nalidad de las leyes debían someterse a su consideración. Estas situaciones de enfrentamiento entre las normas y la Constitución no podían responderse por jueces ordinarios, razón por la que, sea a través de la vía directa o por incidentes, la temática llegaba a estos magistrados quienes decidían con efectos generales —*erga omnes*—.

La impronta de este Tribunal garante fue su consagración como modelo para la Europa continental en relación con la tutela diferenciada que merecían los derechos del hombre, porque, al decir de Kelsen, se aseguraba así que una norma de contenido inferior a la fundamental, pudiera alterar el principio de la pirámide jurídica.⁷²

La influencia manifiesta de estos tribunales motivó una revisión jurisdiccional tan particular que, ante el ejercicio de una jurisdicción diversa a la ordinaria, algunos autores creyeron ver una disciplina nueva.⁷³

Este mecanismo de corrección o adecuación en las supremacías tenía un sistema diferente en el orden jurídico angloamericano.

La Constitución americana de 1787 —con antecedentes en la legislación y jurisprudencia de las colonias inglesas en América—,⁷⁴ preciaba la actuación directa de sus jueces ordinarios, permitiendo que fueran ellos mismos quienes indiscriminadamente asumieran el deber jurisdiccional de aplicar y defender la Constitución, aun cuando sus decisiones no tuvieran efectos generales.

Este sistema se consolidó en toda América, desde Argentina hasta Canadá, después de la primera postguerra, al punto que Carl, insidioso con los sistemas autoritarios europeos, sostenía que la Corte Suprema de los Estados Unidos se había transformado en una especie de mito.⁷⁵

Ahora bien, la eficacia de las normas constitucionales se mide a partir de su aplicación; es decir, desde el momento que tienen vigencia práctica. El descono-

61", trad. de Elsa Bieler, *Jurídica, Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, julio de 1970, pp. 125-151.

72 Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", trad. Rolando Tamayo y Salmorán, *Anuario Jurídico*, I-1974, pp. 471-515.

73 Para Alcalá Zamora, Kelsen y su tribunal constitucional originan la disciplina llamada derecho procesal constitucional. Ver Alcalá Zamora, Niceto, *Proceso, autocomposición y defensa*, 2a. ed., México, UNAM, 1970, p. 215.

74 Cfr., Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1966, pp. 27-33; Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXVIII, núm. 111 (septiembre-diciembre 1978), p. 643.

75 Schmitt, Carl, *La Defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, 1931, p. 21; Fix-Zamudio, Héctor, "Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa Continental y su influencia en otros países", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XII, núm. 35 (mayo-agosto 1979), p. 340.

cimiento de sus preceptos y los carriles de revisión, control y ejecución correcta (interpretación constitucional) la realiza el derecho procesal.

Esta labor intelectual de los jueces —tribunales especiales o jurisdicciones comunes— responde a uno de los preceptos estructurales de la ciencia procesal: la jurisdicción, de la que se desprende la noción de jurisdicción constitucional.

Aun así, quedan para el análisis las disposiciones procesales internas de las cartas fundamentales que, según Fix-Zamudio, representan la materia procesal de la Constitución, y como tales deben estudiarse por el derecho constitucional procesal.⁷⁶

Llegados a esta instancia podemos señalar otra característica importante en la evolución que muestra el origen de las disciplinas que estamos por abordar.

Para este tiempo (1940-1950), el derecho conseguía un desarrollo trascendente operado con la sanción del Código Procesal italiano de 1940.

Hasta entonces, entre el derecho procesal y el constitucional había distancias muy grandes, ya fuera porque el primero estaba sumido en una finalidad puramente instrumental; es decir, un derecho al servicio de los demás; o bien, porque, al no ser el constitucional un derecho sectorial, sino globalizador de intereses fundamentales que los demás deben respetar y acatar por el principio de supremacía que ostenta, surgía un claro camino mediante el que, de alguna manera, impedía verlos obrar en armonía.

Pero esa distancia fue un error de interpretación dogmática. En la práctica, el cumplimiento de todas las normas requiere de una técnica, y esa técnica la aporta el derecho procesal. Por su parte, éste recibe del derecho constitucional la positividad de principios superiores que debe recabar.

Quedó así planteada la cuestión, ¿cómo se explica, entonces, los vínculos que unen al derecho procesal con el derecho constitucional? ¿Qué nueva relación tienen ambos con los derechos humanos a partir de la concepción que los indica presentes en las garantías fundamentales? Hay otros interrogantes aún no despejados, como saber cuál es la jurisdicción constitucional, y cual la supranacional. En fin, a ellas hemos de abordar en adelante.

23. Origen del derecho procesal constitucional

Los momentos históricos puntuales que señalamos no fueron los únicos que dieron razón al movimiento que priorizó las funciones jurisdiccionales en pos de asegurar el equilibrio adecuado entre las relaciones de poder.

⁷⁶ Ver entre otros trabajos donde reitera la idea. Fix-Zamudio, Héctor, “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 30 (septiembre-diciembre 1975); Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional: reflexiones comparativas”, *Revista de Derecho*, op. cit., nota 75, p. 15.

En efecto, las grandes transformaciones del Estado contemporáneo, bien advertidas por García Pelayo,⁷⁷ encontraron en la distribución de funciones de gestión uno de los grandes conflictos de nuestro tiempo.

Era evidente el rol avasallador que cubría el Poder Ejecutivo —de hecho aún persiste en numerosas naciones de Latinoamérica— sobre funciones naturalmente dispuestas para los demás pares de gobierno. La jurisdicción administrativa (si pudieramos referirla como científicamente probable) acusaba una verdadera invasión en la órbita de lo estrictamente judicial; lo mismo ocurría con la proliferación de decretos, normas y reglamentos que fueron desenvolviendo el papel de legislador del órgano Ejecutivo.

El panorama un tanto sombrío en un cuadro de apreciación general demuestra que, bajo estos supuestos, se puede llegar a concluir que el sistema básico de la división de funciones en el Poder del Estado había pasado a constituir un “subsistema dentro de un sistema más amplio”.⁷⁸ Se colige, pues, que esto no significaba únicamente la relativa importancia desde el punto de vista de la teoría política y del Estado, sino que significó también cambios sustanciales en las estructuras internas, tales como la pérdida de independencia en el Poder Judicial, o la reducción de autonomía del Poder Legislativo.

No sugiere esto, claro está, que el fenómeno de la trinidad estatal haya perdido vigencia o carezca de sentido; tan solo demuestra que se ha operado un cambio que podría tener una explicación en la función de asegurar la unidad y estabilidad del Estado democrático, ya que sobre la sola concurrencia de partidos y de organizaciones de intereses, no puede haber más que un pluralismo desordenado y desintegrado sobre el que es imposible fundamentar orden estable alguno.⁷⁹

La quiebra evidente en el sistema de pesos y contrapesos, unido al esquema circunstancial y consecuente de la aparición de los Tribunales Constitucionales, llevó a priorizar el principio de legalidad en el obrar del Estado, fiscalizando sus actos a través de órganos independientes bajo la condición de que éstos operasen, también, en el marco ajustado de sus atribuciones.

Esta dimensión del control, considerada desde la atalaya objetiva o material de las instituciones, atiende el desenvolvimiento que tiene la jurisdicción.

Al resultar ésta, teñida de manifestaciones posibles, ya como mecanismo de tutela de los derechos subjetivos, ya como garantía de observancia de las normas,⁸⁰ quedaron dispuestas dos situaciones bien definidas. Por un lado, la que se

⁷⁷ García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977, p. 60. Gozaini, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 99.

⁷⁸ García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 76.

⁷⁹ Gozaini, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 100.

⁸⁰ Cfr., Gozaini, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 135 y ss.

refiere a la justificación del poder de derecho y de su legitimidad, y de otro, a la condición del hombre frente al Estado debiendo o intentando hacer valer su bagaje de derechos y garantías.

El primer aspecto analiza el contenido esencial del Estado que consiste en preservar los intereses fundamentales de la sociedad; en cambio, cuando el individuo se encuentra superado por contingentes impropios del sistema, los controles vinieron a sustituir el desequilibrio imperante, desarrollando la tesis de las supremacías; es decir, de elevar la jerarquía de los derechos al grado de señalar en cada uno de ellos la inalterabilidad que merecen.

El surgimiento del control de legalidad como una forma de revisar las acciones de gobierno, y el control sobre la constitucionalidad de las leyes entronizó las funciones jurisdiccionales.

Con poca diferencia en el tiempo, tanto Hans Kelsen cuando publica “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, y otros ensayos que mostraban la importancia para el sistema de los tribunales constitucionales; como Eduardo J. Couture al explicar las “garantías constitucionales en el proceso civil”, dan cuenta de la íntima relación que tienen, en la operatividad del sistema de legalidad, el derecho constitucional y el derecho procesal.

Como vemos, aún no hablamos de derecho procesal constitucional, justamente porque la definición va ser posterior y, en realidad, pensada para establecer una disciplina autónoma.

En su lugar, corresponde a la época la voz: justicia constitucional o jurisdicción constitucional, pero como la expresión provoca cierta confusión en las funciones del órgano que la ejerce, se clasifican y distinguen sus objetivos del modo siguiente:

a) En sentido objetivo, se diferencia la jurisdicción civil, la penal, la administrativa y la constitucional. Esta última “conciene a la tutela de derechos o intereses que atañen a la materia constitucional (y que derivan, cuando la Constitución es rígida, de pretensiones formuladas directamente en normas formalmente constitucionales)”.⁸¹

b) En sentido subjetivo, en cambio, se contraponen la jurisdicción ordinaria (principio de la unidad de jurisdicción asignada al Poder Judicial) de las jurisdicciones especializadas que tiene funciones específicas, pero que llevan a cabo actos de decisión y juzgamiento (v. gr.: Tribunales Constitucionales).

La división de campos, no obstante, especifica la necesaria independencia de los órganos jurisdiccionales, y de alguna manera fracciona los mecanismos de tutela y decisión en dos frentes que no son incompatibles. Mientras la justicia ordinaria falla “en equidad”; la constitucional lo hace preservando la suprema-

⁸¹ Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, trad. de Pablo Lucas Vardú, Madrid, Tecnos, 1987, p. 523.

cía de los derechos básicos. Como tal, a ésta última se le asigna la llamada “jurisdicción constitucional”.

El problema está en que no ha sido la única expresión utilizada. Indiscriminadamente los autores se refieren a la “defensa de la constitución”, al “control de constitucionalidad”, a las “garantías constitucionales”, al “proceso constitucional”, a la “justicia constitucional”, al “derecho procesal constitucional” y al “derecho constitucional procesal”.

Tal confusión de conceptos obliga a individualizar la materia que creemos debe denominarse “derecho procesal constitucional”, porque las demás otorgan nociones sobre aspectos involucrados, dejando pendientes otras cuestiones de la ciencia.

Tenemos por cierto que la dimensión exacta de esta disciplina comienza con Kelsen, por cuanto son “sus” tribunales constitucionales los que ponen distancias absolutas con el mecanismo de control de constitucionalidad vigente hasta entonces. La influencia americana en los sistemas de control latinoamericanos no incide para descalificar este punto de partida.

Fue Kelsen quien observó en su justa aplicación las “garantías constitucionales”, superando la condición de “garantías individuales” que se precisaba en los derechos subjetivos.

Ahora bien, como el derecho procesal constitucional no se define únicamente por la materialización de magistraturas especiales,⁸² conviene sectorizar los aspectos que, además, cubre.

En tal sentido, oportunamente hemos dicho que,

A nuestro parecer la teoría material tiene un mejor sustento, al menos para nuestro país (Argentina), donde uno de los temas del derecho procesal constitucional, como el del contralor de la supremacía fundamental se asigna ‘difusamente’ a todos los jueces que integran el Poder Judicial, teniendo en consecuencia un proceso ordinario que se convierte en constitucional cuando la materia desenvuelta se basa en normas de este carácter, permitiendo al magistrado ejercer ‘jurisdicción constitucional’, sea calificando las normas que considere repulsivas al espíritu de la ley superior, sea interpretando la norma constitucional o infraconstitucional.⁸³

⁸² Cierta doctrina indica que la existencia de magistraturas especiales dio razones para que, desde un punto de vista orgánico, se hablara de jurisdicción constitucional, y de un proceso constitucional sustanciado por un procedimiento singular y ante un tribunal específico. Así, por ejemplo, González Pérez diferencia el proceso constitucional del ordinario a partir del órgano que resuelve el conflicto, de modo tal que, a su criterio, “será proceso constitucional aquél del que conoce el Tribunal Constitucional”. González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 41.

⁸³ Gozaini, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 104.

24. Estructura del derecho procesal constitucional

Desgranando el material que ocupa el derecho procesal constitucional, aparecen prioridades temporales que definen su consagración científica; tal ocurre con el sistema de revisión y control de la constitucionalidad de las leyes.

Este tópico interesa corresponderlo con los dos frentes que abarca. Por una parte, el órgano encargado de realizar la fiscalización de la supremacía; y del otro, la operatividad del principio que pone en la cabeza del sistema a la norma fundamental.

De este modo, desaparece de alguna manera el esquema circunscripto por Mirkin-Guetzevitch a la “racionalización del poder”,⁸⁴ para centrarse en la justificación del mismo, como una proyección de la democracia social contemporánea.⁸⁵

Los planos que cubren esta disciplina se orientan hacia esos frentes. Un plano primario, principista, de esencia, pretende resolver la dimensión constitucional de la justicia, consagrando presupuestos y garantías inmutables que no dependan de interpretaciones simplistas o interesadas.

Otro plano radica en la tutela procesal, y dentro de él, aspectos como: a) la jurisdicción constitucional, debiendo esclarecer la ciencia cuál es la función típicamente natural y específica de los denominados tribunales constitucionales; trazando en cuanto corresponda, las diferencias con el modelo americano de control difuso o de actuación indiscriminada de magistrados en la tarea de control; b) las garantías constitucionales y, en particular, las que corresponden a las proyecciones del derecho de acción, y del debido proceso que son, justamente, los instrumentos procesales de tutela y defensa del orden fundamental; c) el proceso, tanto en su dinámica ritual, tendente a hacer realidad el derecho a un “recurso rápido y sencillo”; como en los ejemplos particulares que desenvuelve en aras de la protección señalada (v. gr.: amparo, *habeas corpus*, recursos extraordinarios, etcétera).

Colegimos así, que la clásica estructura tridimensional del derecho adjetivo (jurisdicción, acción y proceso) no están ausentes en esta ramificación del orden jurídico.

Sin embargo, apenas avanzamos en la consideración de otras circunstancias de atención, observaremos que, cuestiones propiamente constitucionales que requieren de mecanismos técnicos aportados por el derecho procesal también se resuelven en este medio. Por ejemplo, las acciones relativas al control del ejercicio de la autoridad pública (juicio de residencia, destitución de funcionarios

⁸⁴ Mirkin-Guetzevitch, Boris, *Modernas tendencias del derecho constitucional*, Madrid, 1934, p. 56.

⁸⁵ Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional: reflexiones comparativas”, *Revista de Derecho*, cit., nota 75, p. 15.

por juicio político, remoción de jueces por tribunales de enjuiciamiento, exclusión de representantes en los cuerpos deliberativos, etcétera).⁸⁶

Y cerrando el círculo, emergen los derechos humanos que se protegen a partir de tratados y convenciones internacionales, generando instrumentos propios para la defensa. Esta faceta refleja una estimativa transnacional en el derecho procesal constitucional, precisamente porque las declaraciones universales sobre los derechos del hombre han gestado un verdadero *bill of rights* supranacional, demostrado elocuentemente en la Comunidad Europea y en menor medida en América Latina.⁸⁷

Considerando todas estas manifestaciones, la fusión entre el derecho constitucional y el derecho procesal es evidente. En verdad, ni uno ni otro son derechos sectoriales en la medida que ambos tienden a disponer con cierta generalidad principios y presupuestos imprescindibles para la defensa y protección de los derechos. La supremacía de la Constitución obliga a la ciencia procesal a dotarla de los instrumentos necesarios para la efectividad de sus postulados.

En consecuencia, juegan operantes, escalonada o simultáneamente, el derecho procesal constitucional, el derecho constitucional procesal y el derecho procesal transnacional, siendo el primero de ellos el baluarte de la disciplina.

1) *Derecho procesal constitucional*

Se atiende aquí a la parte estructural de la ciencia, a través de módulos singulares que se ocupan de jerarquías diversas en los intereses a tutelar.

La primera función la cubre el principio de supremacía de los derechos fundamentales,⁸⁸ aspecto que corresponde a las garantías establecidas para el equilibrio interactuante de los poderes del Estado, y se manifiesta a través de los sistemas de interpretación constitucional con sus organismos específicos.

El segundo rol ha sido llamado por Cappelletti como “derecho procesal de la libertad”,⁸⁹ y ocupa los procedimientos previstos para la tutela de los derechos

⁸⁶ Cfr., Iribarne, Héctor Pedro e Iribarne, Rodolfo Antonio, “Acerca del derecho procesal constitucional”, *El Derecho*, Argentina, tomo 127, p. 654.

⁸⁷ Cfr., Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 54, p. 337; Hitters, Juan Carlos, “El derecho procesal constitucional”, *El Derecho*, Argentina, tomo 121, pp. 881 y ss.

⁸⁸ Fix-Zamudio prefiere hablar en este sector de “jurisdicción constitucional orgánica”, porque comprende los instrumentos para la solución de conflictos entre los órganos del poder del Estado, cuyas relaciones recíprocas en los ordenamientos contemporáneos son cada vez más complejas. Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 84, p. 16; y en su obra: *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL, 1988, p. 194, donde aclara que este sector refiere al conjunto de instrumentos dirigidos a fiscalizar los límites de atribución de los órganos del poder.

⁸⁹ Cappelletti, Mauro, “La justicia como jurisdicción para la defensa de la libertad”, *Aportes para la Reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*, Primer Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial “Juan Bautista Alberdi”, La Plata, 1984, ed. 1986, tomo I, p. 83. Del mismo autor, *op. cit.*, nota 73, p. 23.

del hombre, tanto en sus preocupaciones individuales como para los conflictos grupales o colectivos. Son los llamados “procesos constitucionales”.

De lege ferenda podemos incluir en esta fase algunos mecanismos alternativos de justicia constitucional, tales como el *ombudsman*, la mediación y los conciliadores.

2) *Derecho constitucional procesal*

Indica Fix-Zamudio que ésta es una rama del derecho constitucional, y se ocupa del estudio sistemático de los conceptos, categorías e instituciones procesales consagradas por las disposiciones de la ley fundamental.⁹⁰

Aun mediando una sencilla discrepancia, pues consideramos que esta derivación no es del derecho constitucional, sino que tiene pertenencia intrínseca al derecho procesal constitucional, por estimar que la disciplina tiene autonomía—como veremos más adelante—, lo cierto es que en este carril transitan los principios procesales más importantes, y las garantías fundamentales que orientan el derecho de acción y el proceso justo.

Los derechos proclamados, y aun positivizados en precisas disposiciones legales nada significan si no tienen asegurado el disfrute, condición imprescindible para solucionar dos aspectos de la problemática; la prevención que supone advertir la contrapartida de la violación, y el medio efectivo de protección procesal.

Una vez más debemos espaciar el campo que atrapan los derechos para resolver su mecanismo procedimental de asistencia. La protección procesal suele referirse y concentrarse a las “garantías constitucionales”, trazando distancia con la defensa de los derechos individuales y los derechos sociales. Inclusive, si restringiéramos estrictamente el ámbito declarado por las garantías básicas, algunos derechos humanos de la tercera generación quedarían fuera de contexto al no estar previstos (v. gr.: resistencia a la opresión, discriminación, autodeterminación).

Por tanto, es imperioso concentrar principios armónicos y uniformes en declamaciones como “el derecho de peticionar a las autoridades” (acción procesal), o el “derecho al debido proceso”, con todas las proyecciones que de ellos derivan.

El problema de la legitimación refiere a un continente demasiado amplio de conjeturas y probabilidades para resolver en este espacio, siendo quizá apropiado clarificar su destino en la teoría general del derecho. No obstante, en cuanto interesa al derecho procesal constitucional debe ser motivo de estudio (ver parágrafo 17).

⁹⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 194. Del mismo autor: *op. cit.*, nota 75, p. 78.

Respecto al proceso, debe recordarse que aunque él sea en sí la verdadera garantía del derecho, corresponde estudiar dentro de sus propuestas los desafíos que le oponen los vicios comunes al desatino jurisdiccional (sentencias infundadas, debida valoración de la prueba y, *lato sensu*, el contenido de la denominada sentencia constitucional).

Bien apunta Gelsi Bidart cuando dice que “la garantía se relaciona con el valor seguridad...”, aun cuando ésta “...puede consistir en simple certeza... con los actos meramente declarativos. Pero siempre la seguridad ha de estar al servicio de otros valores principales, en especial la seguridad de (o para) la justicia”.⁹¹

3) *Derecho procesal transnacional*

Los derechos humanos consagrados en las cartas internacionales que se sucedieron a partir de 1948 confirieron una especial distinción a los principios fundados, poniéndolos en la cima de una pirámide ideal.

Esas declaraciones efectuadas tienen un valor persuasivo que destacan la conveniencia de atribuir un tratamiento común a cada uno de los derechos que se consideran fundamentales.

Así como la constitucionalización de las garantías procesales significó el primer gran encuentro entre las supremacías y la forma de instrumentar la protección; en la jurisdicción transnacional también opera un vínculo común con aquellos.

La interpretación y los valores que suministran un objetivo y una idea principal son los resortes que activan la tutela de los tribunales supranacionales.

La conciliación entre el derecho interno y los derechos emergentes de convenciones y tratados sobre derechos humanos dan la clave precisa para resolver el carácter diferenciado de la defensa procesal.

En esta parcela, lo importante será advertir que la protección es genérica y acondicionada a un grupo de principios basados en una lectura común de aquello que se entiende como derechos de la humanidad.

Los presupuestos, por su parte, actúan como mecanismos de reservas de los Estados. Por ejemplo, para designar la jurisdicción interna como última expresión que obtiene el justiciable, se requiere en la contraparte reciprocidad en el sometimiento. Tal es el caso de la República Argentina al aceptar la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁹²

⁹¹ Gelsi Bidart, Adolfo, “Enfoque sobre garantía procesal eficaz de los derechos humanos”, *Garantías Jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, UNAM, 1992, pp. 345-352. Del mismo autor, *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1986, p. 204.

⁹² Gozáni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, p. 242.

25. La codificación de las garantías fundamentales

Basados en cierta desconfianza en los sistemas dispuestos, y conservando la tradición jurídica de legislar para dar fundamento normativo a lo que de hecho existe, viene avanzado notablemente el desarrollo doctrinario que persigue la codificación de las garantías fundamentales.

La causa de este fenómeno puede darse a través de probables influencias. Una de ellas es el carácter rígido de las constituciones latinoamericanas,⁹³ que impide actualizar sus disposiciones si no es mediante el consenso básico de sus instituciones políticas.

Otra puede ser la efectiva constatación acerca de que los valores supremos que priorizan las garantías fundamentales encuentran reiterados vacíos o directas omisiones de quienes tendrían que ser sus primeros guardianes.

También puede observarse como cierta proyección de las investigaciones sobre la “defensa de la constitución”. Tema que, como explica Fix-Zamudio,

Va adquiriendo actualidad en el estudio de los ordenamientos constitucionales de nuestra época, si tomamos en consideración que debido a la dolorosa experiencia de las dictaduras que se derrumbaron en el holocausto de la segunda guerra mundial, se ha advertido que no es suficiente una adecuada organización de los poderes públicos y las declaraciones de los derechos de la persona humana, sino que resulta indispensable la introducción o el perfeccionamiento de un sistema que permita la protección y permanencia de las disposiciones constitucionales contra las extralimitaciones de los órganos del poder, que naturalmente tienden a desbordar, con mayor razón en nuestros tiempos en que intervienen de manera absorbente en las relaciones sociales.⁹⁴

Un ejemplo de esta tendencia lo da Costa Rica que, al dictarse la ley de jurisdicción constitucional, regula en su entorno todas las garantías fundamentales conocidas.

El artículo 1 dispone que:

La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del derecho internacional o comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los mismos instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

⁹³ Cfr., Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional latinoamericano*, México, UNAM, 1991.

⁹⁴ Fix-Zamudio, Héctor, ‘Introducción al estudio de la defensa de la Constitución’, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, año 1, núm. 1 (enero-abril 1968), p. 89.

Asimismo, se establece la admisión tutelar de los recursos de amparo y *habeas corpus* como remedios procesales para la protección de los fines dispuestos en el artículo primero.

El inciso b) del artículo segundo señala que corresponde a la jurisdicción constitucional ejercer el control de constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás instrumentos previstos, como son la consulta legislativa y la consulta de los jueces.⁹⁵

Tampoco escapa a las finalidades de la jurisdicción instaurada la tutela de los derechos humanos, con la particularidad de elevar en la pirámide jurídica a los tratados y convenios que la República hubiese celebrado en materia de derechos fundamentales.

En Argentina, tanto la provincia de Entre Ríos como el proyecto —en estado parlamentario— para la provincia de Tucumán propician un código de garantías, incluyendo el primero en su tutela, aspectos tales como la defensa del consumidor, y la protección de los intereses difusos.

Sin embargo, la codificación de garantías tiene, a nuestro criterio, numerosos problemas que es menester abordar.

En primer lugar, como lo indica acertadamente Tavolari, la naturaleza de los conflictos por violaciones a garantías son complejos y admiten claras y nutridas diferencias. Hay conflictos entre los poderes del Estado, los hay entre particulares, y también entre éstos únicamente.⁹⁶

Tales diferencias destacan un hecho que no puede pasar inadvertido. ¿Cuál será el orden jurídico que aplicará el magistrado?, porque al estar por la tesis de las supremacías, las cartas fundamentales no pierden su condición superior, y bajo su manto protector están las leyes comunes que, por más “fundamentales” que sean, siempre deben ajustar sus disposiciones a los principios que la carta magna sustenta.

No resulta incorrecto —todo lo contrario— organizar un sistema normativo que implemente las funciones y cometidos de una justicia constitucional, pero parece fuera de contexto delimitar el contenido que la jurisdicción pueda realizar.

Es indudable, también, que los conflictos de competencia aparecerán inmediatamente, a no ser que se plantee la excepción de suspender la actuación del juez común cuando surjan estos planteamientos. Condición que nos parece sumamente arriesgada para la celeridad y moralidad del proceso constitucional.

⁹⁵ Hernández Valle, Rubén, “Hacia la codificación de la justicia constitucional”, *Revista de Derecho*, cit., nota 75, p. 79.

⁹⁶ Tavolari, Raúl, “Hacia la codificación del derecho procesal constitucional”, *Revista de Derecho*, cit., nota 75, pp. 83-88.