

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (1)

JUAN CARLOS HITTERS

I

INTRODUCCION

A) Orígenes del derecho procesal constitucional

Parece evidente que una de las tendencias evolutivas que podemos marcar como notorias -que tiene su punto de arranque con la finalización de la segunda guerra mundial- es la dedicación de los procesalistas constitucionalistas y comparatistas a escudriñar la *justicia constitucional* (2), con el fin de proteger ciertos derechos fundamentales del hombre, ante distintos tipos de amenazas y ataques.

1 Tomado de "El Derecho", T. 121, Buenos Aires, 1987. Se publica con la autorización expresa del autor. (J.P.M.)

2 FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, *Protección Procesal de los Derechos Humanos*, JUS, t. XXI, p. 11; ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, *Proceso, auto composición y autodefensa*, México, 1947, p. 207.

A partir de entonces se ha ido configurando una verdadera *constitucionalización* de algunas prerrogativas humanas, que los autores han visto con razón, como la *dimensión constitucional de la justicia*⁽³⁾, y que consiste en la afirmación e individualización de los requisitos mínimos e inderogables de la equidad y del derecho, que no sólo fueron cristalizados en las cartas magnas, sino que a la par han sido celosamente defendidos por los tribunales constitucionales⁽⁴⁾, creados justamente para que dichas premisas sean efectivamente aplicables⁽⁵⁾.

Esta dupla -la constitucionalización de los derechos primordiales, y cortes especializadas- ha logrado ahora una nueva apertura que pasó los límites de las fronteras de los Estados, para transformarse en la *dimensión transnacional*⁽⁶⁾, donde dichas garantías han alcanzado un nivel supranacional⁽⁷⁾, estando protegidas por tribunales y organismos comunitarios⁽⁸⁾. Se advierte, de ese modo, una *supranacionalización* y una *internacionalización* de tales ideales.

- 3 CAPPELLETTI, MAURO, *Acceso a la Justicia (Conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológico)*, trad. por JUAN CARLOS HITTERS, JA, 1981-2.
- 4 CAPPELLETTI, MAURO y GARTH, BRYANT, *El acceso a la Justicia*, trad. por SAMUEL AMARAL, Colegio de Abogados de La Plata, p.20.
- 5 Véase nota 24.
- 6 Esto se observa también en el área de la enseñanza superior, a través de la aparición del Instituto Universitario Europeo, con sede en Florencia. Dicho ente educativo fue creado en 1976, y abastece a los países miembros de la Comunidad Europea (véase HITTERS, JUAN C., *Hacia una Universidad Latinoamericana. El modelo Europeo*, JA, 1980-III-808. Más recientemente MORELLO, AUGUSTO M., *Encuentro en el Instituto Universitario de Florencia. Otro hito en el camino hacia la concreción de la Universidad Ibero o Latinoamericana*, JA, 1983- A-815).
- 7 CAPPELLETTI, MAURO, *El "formidable problema" del control judicial y la contribución del análisis comparado*, trad. por FAUSTINO GONZÁLEZ, "Revista de Estudios Políticos (nueva época), N°15, enero-febrero, Madrid, 1980; p.61 y siguientes. El mismo autor, *Justicia constitucional supranacional*, trad. por LUIS D. TAMAYO, "Revista de la Facultad de Derecho de México", 1979, mayo-agosto, t. XXVIII, p. 339.
- 8 GREMENTIERI, VALERIO, *Il processo comunitario. Principi e garanzie fondamentali*, Milano, 1973, p.5 y sgtes.

El derecho procesal y el derecho constitucional no han quedado a la zaga en esta colosal transformación, apareciendo entonces una nueva vertiente, el *derecho procesal constitucional*.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO estima que fue Kelsen quien sentó las bases de esta disciplina⁽⁷⁾, que luego fue perfeccionada por CALAMANDREI⁽⁸⁾ y por COUTURE⁽⁹⁾, y revitalizada por CAPPELLETTI⁽¹⁰⁾, FIX ZAMUDIO⁽¹¹⁾ y GONZÁLEZ PÉREZ⁽¹²⁾, entre otros⁽¹³⁾. Este último autor estima que dicha rama jurídica está siendo cultivada en España por los constitucionalistas, "a espaldas de la técnica procesal"⁽¹⁴⁾, de ahí que es necesario que los procesalistas paren mientes

- 9 *Proceso, autocomposición y defensa*, 2ª ed., México, 1970, p. 215.
- 10 Este autor abordó dicha temática en tres artículos publicados en italiano, que luego fueran traducidos al castellano por Sentís Melendo, a saber: *Potere giudiziario e suprema corte costituzionale, la illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile, Corte Costituzionale e autorità giudiziaria*, aparecidos en "Opere giuridiche", Napoli, 1968, t.III, ps. 215-225, 337-412, 609-654 (véase, CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, trad. por SENTÍS MELENDO, Ejea, ps. 23-120 y 121-198).
- 11 *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediar, 1948, p. 194 y siguientes. Este autor le dedicó la tercera parte del tomo I, al *derecho procesal constitucional*, bajo el título "casos de derecho procesal constitucional".
- 12 Sin duda es este uno de los publicistas más destacados de tal especialidad. Se ocupó de tales cuestiones en los siguientes artículos: *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, México, UNAM, 1966; *Jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. por FIX ZAMUDIO, México, 1961; *El "formidable problema" del control judicial y la contribución del análisis comparado*, "Revista de Estudios políticos (nueva época)", ob. cit., N° 13, enero-febrero, España, Madrid, 1980, p. 61 y sgtes; y *Justicia constitucional supranacional*, trad. por LUIS DORANTES TAMAYO, "Revista de la Facultad de Derecho de México", N° 110, mayo-agosto, ob. cit., México 1978, t. XXVIII, p. 337 y sgtes.
- 13 Este publicista mexicano, abordó con gran profundidad y sin vaciedad esta disciplina, *Protección procesal de los derechos humanos*, ob. cit., p. 11-70, que fue su Ponencia General, presentada en el V Congreso de Derecho Procesal (México, 1972); y su Relación General preparada para las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Madrid, 1984). Ver nota 18.
- 14 GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.
- 15 Se han ocupado también en forma específica de la referida asignatura, GONZÁLEZ PÉREZ, JESUS NICOLAS-DELEITO, DOMINGO, *Tribunales Constitucionales. Organización y funcionamiento*, Madrid, Tecnos, 1980.
- 16 GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit., p. 50.

en la necesidad de su conceptualización⁽¹⁷⁾.

Si bien es exacto que fue KELSEN uno de los epígonos de esta corriente, al crear la doctrina de la supremacía de la Constitución (pirámide jurídica), y al inspirar la de la jurisdicción constitucional concentrada, no es menos cierto que, como bien lo señala SAGÜÉS⁽¹⁸⁾, los antecedentes remotos de la misma los podemos bucear en aquellas instituciones que tenían la finalidad de proteger la libertad y otras prerrogativas del hombre, como el hábeas corpus y el amparo; algunas de ellas de muy antigua data.

La denominación que hasta ahora hemos utilizado ha sido manejada por COUTURE, SAGÜÉS, GONZÁLEZ PÉREZ y FIX ZAMUDIO, aunque el último, en un reciente y muy importante trabajo, ha rectificado el rumbo, prefiriendo hablar de *derecho "constitucional" procesal*⁽¹⁹⁾.

Sin entrar en disquisiciones semánticas que en nada aclaran el panorama, y tratando de no llegar a posturas demasiado rígidas, en verdad creemos que -como más adelante lo pondremos de manifiesto- la terminología más adecuada es la tradicional, pues la disciplina bajo análisis es tributaria del derecho procesal, más que del constitucional, sin que por esto neguemos la íntima imbricación que sin duda hay - y cada vez más- entre ambas.

No debemos perder de vista que CALAMANDREI -citando a COUTURE- se encargó de remarcar esta férrea conexión, sosteniendo que todas las libertades consignadas en las Cartas Fundamentales son vanas si no pueden ser reivindicadas en juicio⁽²⁰⁾.

- 17 Aclara GONZÁLEZ PÉREZ que, sin embargo en México y en Italia, son los cultores del derecho procesal, los que se están ocupando del derecho procesal constitucional (ob. cit., ps. 50-4).
- 18 SAGÜÉS NÉSTOR P., *Derecho procesal constitucional y jurisdicción constitucional*, LL., 1981-C-865; ídem, *Recurso Extraordinario*, Depalma, 1984, t.I. p. 11.
- 19 *Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*, presentado en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (ob. cit., p.4), celebradas en Madrid (España) en el año 1985.
- 20 Discurso pronunciado por CALAMANDREI el 30 de setiembre de 1950, en el Congreso Italiano de Derecho Procesal Civil, celebrado en Florencia, y publicado en "Rivista di diritto processuale civile", año V (1950) 1ª parte, ps. 273-290. Fue esta una notable disertación donde el autor trajo una cita de CÉSAR BECCARÍA que decía: "No hay libertad en todos aquellos casos en que las leyes permiten que ante determinados eventos, el hombre deje de ser persona para convertirse en cosa". Por ello, recalcó el primero de los nombrados juristas, la finalidad del proceso y la del derecho procesal: "ex la persona y no las cosas".

De todos modos no será ocioso puntualizar que las caracterizaciones sectoriales que se hacen de la rama procesal, y en general de todo el derecho, se cumplen casi siempre con fines pedagógicos y de investigación, pues no hay que olvidar que el orden jurídico es sólo uno y, por ende, no admite compartimentos estancos⁽²¹⁾. En tal sentido recordemos que GUASP⁽²²⁾ ratificó dicho criterio unificador, diciendo que los varios andariveles del derecho adjetivo, responden como los tipos de procesos, a una *unidad fundamental*, pero la variedad de normas que en cada uno se encuentra, aconseja que su exposición se haga, hoy por hoy, separadamente⁽²³⁾.

Con las salvedades apuntadas, podemos acotar que el derecho procesal constitucional se erige como el conjunto de preceptos que regulan el proceso constitucional; es decir, se ocupa de los engranajes adjetivos que hacen viables las garantías nacidas en los ordenamientos fundamentales. Puede adunarse que el mismo estudia el trámite ritual desde la perspectiva del *derecho constitucional*, habida cuenta de que como hemos observado, las cartas supremas modernas han constitucionalizado varias instituciones procedimentales dándoles, además, una cierta sistematización⁽²⁴⁾. Esto sin perjuicio de alertar que algunas de ellas -sobre todo en materia penal- ya tenían vigencia desde antiguo.

B) Vinculación entre el derecho procesal y el derecho constitucional

Observamos que existe un "acercamiento" entre el derecho procesal y el derecho constitucional que, como no podía ser de otro modo, ya habían avizorado tanto COUTURE como CALAMANDREI, nacido como una coraza para proteger a los individuos de las fuerzas oprimentes de los gobiernos dictatoriales, que mostraron su triste desenlace con el nazismo en Alemania y con el fascismo en Italia. También destacamos que otros de los medios de obtener estas metas fue la creación

21 MERCADER, AMÍLCAR, *Unidad del derecho*, JUS, 1962, N° 3, p. 150.

22 GUASP, JAIME, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961, p.42.

23 Véase GELSI BIDART-VESECOVI, *Bases para la reforma de la legislación procesal de los países latinoamericanos*, Montevideo, 1974. HITTERS, JUAN C., *Bases para la unificación de la legislación procesal*, JA, 1979-III-799.

24 FIX ZAMUDIO, *Ejercicio de las garantías constitucionales...*, ob. cit., p.3

en Europa de las cortes o tribunales constitucionales, movimiento que arrancó⁽²⁵⁾ con la Carta Magna austríaca del año 1920, para concluir en la española de 1979⁽²⁶⁾, recorrido que ahora se está siguiendo un poco tímidamente en América Latina⁽²⁷⁾.

Vemos entonces una importante evolución que se caracteriza por la profundización de los estudios interdisciplinarios entre el derecho constitucional y el procesal, a tal punto que como indicio claro de lo que venimos exponiendo, podemos destacar la *conferencia realizada en Florencia (Italia)* en 1971, patrocinada por la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, donde -como con toda claridad apunta FIX ZAMUDIO- el tema central estuvo referido a *las garantías fundamentales de las partes en el proceso civil*.

Esta preocupación por la interconexión entre las mencionadas asignaturas puede advertirse también en Latinoamérica, y en particular en la Argentina⁽²⁸⁾.

- 25 Esta oleada, que arranca con el Tribunal Constitucional austríaco del año 1920, se extendió por Europa Occidental y, a partir de entonces, se crearon dichos organismos centralizados, en Checoslovaquia (año 1920), Italia (año 1947), Alemania Occidental (año 1949), Turquía y España (año 1978). Tampoco faltan algunos ejemplos aislados de los países de Este, tales como Yugoslavia (Constituciones de 1963 y 1974) y Checoslovaquia (leyes constitucionales de 1968). Sin duda las cartas constitucionales se han inspirado en KELSEN, según la opinión que expuso en su clásico trabajo *La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice Constitutionnelle*, "Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger", Paris, 1928, p. 127-257. Dicho jurista fue magistrado de la Corte Constitucional Austríaca desde 1920 hasta 1929.
- 26 Sobre el Tribunal Constitucional Español y su funcionamiento, puede verse además de la bibliografía ya citada, ALMAGRO NOSETE, JOSÉ *Justicia Constitucional*, Madrid, 1980. FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1984. RUIZ LAPEÑA, ROSA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*, Barcelona, 1982. MARTÍNEZ SOSPEDRA, MANUEL, *Aproximación al Derecho Constitucional Español*, Valencia, 1980. CANO MATA, ANTONIO, *El recurso de Amparo*, Madrid, 1983. GIMENO SENDRA, VICENTE, *El proceso de hábeas corpus*, Madrid, 1985. PÉREZ LUÑO, ANTONIO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1984.
- 27 Podemos citar, como ejemplo, la *Corte Constitucional Guatemalteca*, creada en 1965, que ha sido muy poco utilizada. *El Tribunal de Garantías Chileno*, incorporado por la reforma de 1970, restablecido por la Constitución en 1980, y el *Tribunal de Garantías de Perú*, implantado por la Carta Magna del año 1979 (FIX ZAMUDIO, *Ejercicio de las Garantías...*, ob.cit., p.51).
- 28 En efecto, en nuestro país, se viene demostrando en los últimos años un especial interés por el estudio del *derecho procesal constitucional*, y destacándose una zona de contacto entre el derecho procesal y el constitucional. Para no ir demasiado lejos es dable señalar que en IX Congreso de Derecho Procesal, celebrado en La Plata en 1981, se trató la problemática constitucional de las instituciones procesales como, por ejemplo, "los recaudos constitucionales

Nótese que en el *Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, efectuado en la ciudad de México en agosto de 1975, se llegó a la conclusión de que "es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar, con mayor profundidad y en forma integral las materias que comprenden las zonas de confluencia entre ambas disciplinas y que tienen relación directa con la función del órgano judicial"⁽²⁹⁾.

Por último, no podemos dejar de citar, como ejemplo notorio de esta transformación, el *VII Congreso Internacional de Derecho Procesal*, cumplido en Würzburg (Alemania Federal) en el año 1983⁽³⁰⁾, donde, bajo el rótulo "Efectividad de la protección, judicial y el ordenamiento constitucional", se abordó como subtema el de "Constitución y proceso civil" (*Verfassung und Zivilprozess*)⁽³¹⁾, ratificando esta tendencia moderna de analizar ambas temáticas en conjunto, y que en la práctica ha derivado en la elevación al rango constitucional de ciertas garantías de la persona humana, puestas no sólo como una mera declaración lírica, sino también que, a la par, se han ideado los instrumentos procesales para hacerlas realmente efectivas.

para una sentencia válida". Asimismo, en dicho evento se recomendó: "la inclusión en los programas de estudio de todas las disciplinas procesales, conocimientos referidos al derecho procesal constitucional, y en la asignatura derecho constitucional, conocimientos relacionados al derecho constitucional procesal".

En el año 1982 en la Universidad de Belgrano (con sede en la Capital Argentina) se llevó a cabo el curso de postgrado sobre el "derecho procesal constitucional"; y paralelamente, en el mismo año se cumplieron en el Colegio de Abogados de Río Cuarto (Córdoba) unas Jornadas con idéntica denominación (véase SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, ob. cit., p. 5). En 1984, en la ciudad de La Plata, se llevaron a cabo unas Jornadas, patrocinadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, bajo el título "Justicia y Constitución", donde también se abordaron estas cuestiones; lo mismo que en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mar del Plata, 1985). En 1985, se celebró en La Plata el Primer Congreso bonaerense de Derecho Público Provincial "Juan B. Alberdi" donde se tocó esta problemática, habiendo participado un gran número de procesalistas y de constitucionalistas extranjeros, de los que podemos citar a MAURO CAPPELLETTI, ANTONIO LA PERGOLA y MANUEL GARCIA PELAYO.

29 FIX ZAMUDO, *Ejercicio de las garantías...*, ob. cit., p. 6.

30 Véase la publicación oficial del Congreso *Effectiveness of judicial protection and constitutional order*, W.J. Hascheid.

31 FIX ZAMUDIO, *Ejercicio de las garantías constitucionales*, ob. cit., p. 7.

C) Naturaleza.

¿Derecho procesal o derecho constitucional?

1) Generalidades

Como en toda rama nueva (o en formación) existen discrepancias sobre su naturaleza jurídica, ya que algunos la sitúan dentro del área *constitucional*, mientras que otros -como GONZÁLEZ PÉREZ⁽³²⁾- le confieren una esencia netamente procesal, y no pocos participan de una postura intermedia o ecléctica enmarcándola⁽³³⁾ en una zona común⁽³⁴⁾.

Antes que nada será necesario poner de resalto que la tarea de encasillamiento resulta sumamente ardua- y a lo mejor inútil- pues todavía no hay aquiescencia sobre cuáles son las fronteras entre el *derecho constitucional* y el *derecho procesal*, de ahí que la opinión respecto de esta temática será siempre relativa. Además -y esto queremos recalcarlo- sobre la base de la unidad del orden jurídico⁽³⁵⁾ y la tendencia moderna hacia la uniformación de los principios procesales⁽³⁶⁾, no parece aconsejable ir muy lejos en las parcializaciones, a menos que como antes señalamos, todo ello se haga con fines pedagógicos de investigación⁽³⁷⁾.

Desde esta óptica y con las prevenciones señaladas no hay que perder de vista que el derecho procesal posee *autonomía* en el ámbito del derecho público; y, además, "no es un instrumento de otras ramas jurídicas; no es algo secundario o

32 GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit., p. 50-5.

33 SAGÜES, *Recurso Extraordinario*, ob. cit., p. 13.

34 Ciertos publicistas, como PINA, le negarán autonomía a cualquier desprendimiento del derecho procesal, pues dicen que sólo el derecho procesal civil y el derecho procesal penal, tienen independencia (Curso de *Derecho de Trabajo*, México, 1952, p. 8).

35 Véase notas 20 y 22.

36 Véase *Anteproyecto de Código Procesal Penal. Modelo para América Latina*, de CLARÍA OLMEDIO (Córdoba, 1978, publicación patrocinada por la OEA. Ver también nota 22).

37 GELSI BIDART pone de relieve que no debe haber una distinción tajante entre los supuestamente diversos procesos, ya que es necesario la unidad adjetiva, sin perjuicio de reconocer ciertas diferencias impuestas por las modalidades de la realidad, más que por la naturaleza del *thema decidendum* (*Incidencia constitucional sobre el proceso*, "Revista de Processo", N° 30, Brasil, 1983, p. 176. En contra GUASP, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 34).

accesorio respecto de otros sectores del derecho...''⁽³⁸⁾. Aunque -eso sí- como expone CAPPELLETTI, la técnica procesal debe estar al servicio de las situaciones subjetivas, de manera que más perfecta resulta aquella cuanto mejor se adecue a los derechos fundamentales que pretende tutelar⁽³⁹⁾.

Una de las características del constitucionalismo moderno es la demarcación entre los derechos, que podríamos llamar ordinarios, y los *derechos fundamentales o garantías individuales (grundrecht)*⁽⁴⁰⁾.

La pregonada compactación del ordenamiento jurídico no queda afectada por esta nueva rama jurídica desde que, como acotara ALCALA ZAMORA Y CASTILLO⁽⁴¹⁾, es posible deslindar los *tipos de procesos y las formas de procedimiento*, con la consecuencia de que la uniformidad adjetiva no se corresponde necesariamente con la unidad procedimental; y por ende, pese al concepto abarcador que antes sostuvimos, resulta factible imaginarse trámites rituales diversos sin que por ello se afecte dicha unidad⁽⁴²⁾, algo así como lo que sucede en la medicina que estudia las células aisladamente sin perjudicar al cuerpo en su conjunto.

2) Opiniones doctrinales

Los autores -conforme lo adelantamos- distan de haberse puesto de acuerdo sobre este *desideratum*. Así, por ejemplo, GONZALEZ PÉREZ considera, siguiendo la tesis que podríamos llamar *procesalista*, que esta disciplina pertenece al derecho procesal⁽⁴³⁾. Otros la sitúan en el campo del derecho constitucional, mientras que algunos como FIX ZAMUDIO y SAGÜÉS se han adscrito a la tendencia ecléctica.

38 GUASP, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., ps. 32-34.

39 El control judicial de la Constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado, ob. cit., p.80. El mismo autor "Judicial Review in the contemporary world", Indianapolis, Bobbis Merrill, 1971, ps. 8,10,26 y 52.

40 CAPPELLETTI, MAURO, *El control judicial de la Constitucionalidad de las leyes...*, ob. cit., p.81.

41 Véase la opinión de este autor sobre el tema de CAPPELLETTI, *El control...*, ob. cit., p.87.

42 Esto está estrechamente vinculado con la idea de *función* y de *estructura* a que hacía referencia CARNELUTTI (*La prova civile*, 1ª ed., Roma, 1915; *Lezioni sul processo penale*, t.I, Nº 7).

43 Ob. cit., p.53.

Aduna este último que si la disciplina *sub examine* se ocupa de la organización y funcionamiento de la magistratura constitucional, su estudio "jamás podría ser captado exclusivamente por el derecho procesal"⁽⁴⁴⁾, añadiendo que el tema en cuestión interesa en común a ambas asignaturas, y su investigación debe ser objeto de un estudio interdisciplinario⁽⁴⁵⁾.

Hemos visto que existe una estrecha vinculación entre el derecho procesal y el constitucional, pero ello no autoriza a pensar que la rama abordada navegue a media agua en aquéllos. Desde nuestro punto de vista, el derecho procesal constitucional es un apéndice -y como tal, parte integrante- del derecho procesal, y pese a la innegable unidad del sistema jurídico, tiene autonomía con respecto al esquema fondal. Es decir, dentro del derecho público, tanto la disciplina procesal cuanto la constitucional ocupan posiciones independientes, no obstante su interrelación. No por ello dejamos de reconocer la *relatividad* de estas afirmaciones, si observamos que -como luego veremos- no hay todavía unanimidad con respecto al propio contenido del "derecho procesal constitucional".

Parece claro que se observa una estrecha conexidad entre, por ejemplo, el derecho laboral y el proceso del trabajo, empero aquella vertiente sustancial se diferencia de la legislación adjetiva específica⁽⁴⁶⁾.

Es notorio que tanto el campo constitucional como el procesal, tienen un contenido publicístico, pero igualmente ambos gozan de autonomía, sin perjuicio de admitir que el moderno derecho procesal aparece- como dice BISCARETTI DIRUFFIA - dominado por no pocos principios fundamentales de orden constitucional como, por ejemplo el referido a la *prohibición de ser sacado de los jueces naturales*; el del *nullum crimen sine lege...*, etc⁽⁴⁷⁾. Desde este cuadrante podemos

44 Ob. cit., p. 13.

45 Puntualiza SAGÜÉS que corresponde al derecho constitucional sentar las bases fundamentales de los cuerpos que llevan a cabo la jurisdicción constitucional, definiendo su integración, renovación de sus miembros, etc. Atañe al derecho procesal -en cambio- explicitar jurídicamente ese engranaje normativo y conceptual, desarrollándose las directivas constitucionales, especialmente en el campo del proceso y de las acciones (ob. cit., p. 13).

46 BISCARETTI DIRUFFIA, PAOLO, *Derecho Constitucional*, trad. por Pablo Lucas Verdú, p. 148 a 159.

47 Ob. cit., p. 154.

decir que el derecho a peticionar está dentro del área constitucional, pero su reglamentación corresponde al derecho procesal constitucional, pues como antes lo acotamos, este examina la cuestiones adjetivas desde el ángulo constitucional⁴⁸.

En suma -y para terminar este punto- la constitucionalización de ciertas premisas del enjuiciamiento, no les ha cambiado su esencia adjetiva. Además, es innegable que -como siempre lo ha sostenido GUASP-, la regulación de los tipos de rito pertenece al sector procesal.

De todos modos reiteramos, esto hay que manejarlo con una gran dosis de relatividad, pues si existen profundas vacilaciones en saber cuáles son los límites entre el "derecho constitucional" y el "derecho procesal", será más dificultoso aún aislar el "derecho procesal constitucional" sobre todo sin hacer referencia a una legislación particular.

II

CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

A) Principios generales

Por lo expuesto, resulta sumamente arduo demarcar las fronteras de esta disciplina, ya que como hemos visto permanece en plena formación. Además, es evidente que la tarea delimitatoria se complica cuando la pretendemos llevar a cabo en abstracto sin hacer referencia a un país determinado.

Parece de Perogrullo acotar qué distinto será su campo de acción en los Estados donde impere la jurisdicción constitucional concentrada, del de aquéllos donde, como el nuestro -de control difuso- la inspección sobre la superlegalidad de las leyes la realiza cualquiera de los jueces a quien se le someta la cuestión. En los primeros, la Carta Magna fija ciertas pautas procedimentales, e inclusive la propia

48. FIX ZAMUDIO, *Ejercicio de las garantías constitucionales...* ob. cit., p. 5. Este autor recalca la estrecha relación entre el derecho constitucional y el derecho procesal -que nosotros por supuesto no negamos, sino que admitimos- señalando que las cartas magnas modernas han elevado a la categoría de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, lo que demuestra -añade- la zona de frontera entre los estudios procesales y constitucionales (ob. cit., p. 5).

integración y funciones del órgano controlador, sin perjuicio, claro está, de la delegación que se hace en las normas comunes.

Los autores coinciden en que esta disciplina *regula el proceso constitucional*, y su objeto -perdónesenos la hipérbole- lo constituye la materia constitucional⁽⁴⁹⁾. Podemos decir que su contenido apunta a cuatro grandes vertientes, a saber: 1) *el debido proceso legal*, 2) *las garantías de las partes*, 3) *las categorías de la jurisdicción*⁽⁵⁰⁾ y 4) *las garantías judiciales*⁽⁵¹⁾.

En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional creado por la Carta de 1978, conoce -de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica- de los procesos que tienen por objeto pretensiones fundadas en normas constitucionales; ésta es -como dice GONZÁLEZ PÉREZ- la nota común de todos ellos. En definitiva, la materia litigiosa y las normas invocadas son de esencia constitucional. Allí se han reglado dos tipos de trámite que denominamos constitucional, uno referido al control de constitucionalidad de las leyes; y otro, que apunta a amparar las garantías individuales⁽⁵²⁾.

En la Argentina forman parte de esta disciplina los llamados *procesos constitucionales*, entre los que podemos nombrar, el control de la constitucionalidad de las leyes (sea por acción⁽⁵³⁾ o por recurso⁽⁵⁴⁾), ordinario⁽⁵⁵⁾ o extraordinario) y

49 GONZÁLEZ-DELEITTO, ob. cit., ps. 13-15.

50 FIX ZAMUDIO, *Ejercicio de las...*, ob. cit., p.8.

51 Donde existen tribunales constitucionales (control concentrado) se regula todo un proceso en defensa de la constitución (GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit., ps. 42-43).

52 GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit., p.44. Ello sin perjuicio de destacar otras competencias de diversa índole (arts. 161, Constitución española, y 2º, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

53 HITTERS, JUAN C., *Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (Necesidad de que la Corte Nacional rectifique su doctrina)* ED, 116-896.

54 HITTERS, JUAN C., *Técnica de recursos ordinarios y de la casación*, Platense, ps. 483 y 488.

55 HITTERS, JUAN C., *Técnica de los recursos ordinarios*, Platense, 1985, p. 12.

aquéllos que garantizan los derechos humanos consagrados expresa o tácitamente por el Estatuto Fundamental como, por ejemplo, el hábeas corpus y el amparo⁽⁵⁶⁾. También se pueden citar el juicio político, los conflictos de poderes, las cuestiones de competencia entre diversos cuerpos consagrados en la Constitución. Además, entrarían en este ámbito el juicio político y la justicia electoral⁽⁵⁷⁾.

Lo que será conveniente tener muy en cuenta es que el derecho procesal constitucional se maneja con frecuencia con *normas de principio* (como son las constitucionales), por oposición a las *normas comunes*, y es allí donde los jueces deben mantener atenta su pupila hacia los nuevos roles que este desafío significa, como consecuencia de los avances del constitucionalismo moderno⁽⁵⁸⁾.

Por ello en la mayoría de los países europeos se ha creado la magistratura constitucional especializada (cortes constitucionales) (ver nota 24), pues se ha considerado que los judicantes ordinarios, son reacios a aplicar tales parámetros publicísticos, en constante desarrollo y transformación⁽⁵⁹⁾.

56 Sobre este tema, relativo a la protección de los derechos humanos, puede verse FIX ZAMUDIO, *Protección procesal de los derechos humanos*, *JUS*, ob. cit., p. 11; y del mismo autor: *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, México, UNAM, 1980, P. 12; ídem, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965*, ob. cit., México, UNAN, 1968, P. 158.

57 SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, ob. cit., ps. 8-9. Agrega este autor -con buen tino- que el recurso extraordinario federal, puede considerarse también un *proceso constitucional*, en cuanto está destinado a resolver cuestiones federales y constitucionales (ob. cit., p. 15).

58 MORELLO, AUGUSTO M., *La jurisdicción protectora. Hacia un nuevo rostro de la justicia*, *Jurisprudencia Argentina*, boletín N° 5466, del 4 de junio de 1986; del mismo autor, *Un nuevo modelo de justicia*, *La Ley*, boletín del 5 de junio de 1986.

59 Algunos juristas, como CAPPELLETTI, se han preocupado por hacer un *análisis sociológico* de la magistratura de la Europa continental, arribando a la conclusión de que los jueces ordinarios (por oposición a los miembros de los tribunales constitucionales), son funcionarios burócratas, que alcanzan la cúspide de la carrera luego de muchos años de ejercicio en una tarea frecuentemente aislada de la vida política y social del país. Por ello -agrega- tienden a llegar a una interpretación *neutra* de la realidad, alejándose de ese modo de la creación y transformación del derecho (véase CAPPELLETTI, *Justicia constitucional...* ob. cit., p. 346). Este es uno de los fundamentos que se han dado en favor del control de constitucionalidad "concentrado".

B) La protección de los derechos humanos forma parte del derecho procesal constitucional

Hemos visto que esta asignatura abarca no sólo la protección de las garantías judiciales en general, sino la de las partes en particular. Mas, si la tutela del conjunto de las disposiciones superlegales es obviamente de gran importancia, después de la segunda guerra mundial se ha demarcado -como lo anticipamos- un gran movimiento tendiente a resguardar prioritariamente a los *derechos humanos*, área del derecho procesal constitucional que puede ser calificada como *derecho procesal de la libertad*⁽⁶⁰⁾. CALAMANDREI sin hesitación ha sido uno de los grandes cultores de este andamiaje⁽⁶¹⁾ que luego fue motorizado por COUTURE, CAPPELLETTI y FIX ZAMUDIO, entre muchos otros, y revitalizado por una serie interminable de jornadas y congresos⁽⁶²⁾ sobre el tema⁽⁶³⁾.

Quedó en claro que no basta con consagrar en las cartas fundamentales estas prerrogativas, ya que paralelamente es indispensable idear los instrumentos procesales idóneos para poner en práctica tales potestades inalienables, buscando primeramente prevenir todo tipo de violaciones y, en forma subsidiaria, la reparación de los perjuicios⁽⁶⁴⁾.

60 CAPPELLETTI, MAURO, *La giurisdizione costituzionale delle liberta*, Milán, 1955. Véase también la correctísima trad. de FIX ZAMUDIO, *Jurisdicción constitucional de la libertad*, México, 1961. FIX ZAMUDIO, *Protección procesal de los derechos humanos*, JUS, ob. cit., p. 12 y siguientes. Hace ver CAPPELLETTI que existe una verdadera *justicia constitucional de las libertades*, la que puede definirse como los procedimientos y recursos para la protección judicial de los derechos fundamentales del hombre contra los abusos del poder público (*Justicia constitucional...*, ob. cit., p. 359). En el derecho comparado -por ejemplo en Austria, Suiza, República Federal Alemana- se han creado procedimientos específicos ante el Tribunal Constitucional, para salvaguardar estas libertades. Entre nosotros se utiliza el amparo (o en su caso el hábeas corpus) y en Brasil -tal cual lo pusimos ya de resalto- el mandato de seguridad.

61 CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, trad. de Sentis Melendo, p. 196.

62 Véase FIX ZAMUDIO, *Protección de los derechos humanos*, ob. cit., p. 16.

63 Véase el Informe de MORELLO, AUGUSTO M., *Protección procesal de los derechos humanos en la Argentina*, JUS, T. XXI, p. 38.

64 Dijo nuestro más Alto Tribunal Nacional que "siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los *derechos esenciales de las personas* así como el daño grave e irreparable de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo (CS, febrero 20-1986, "Christou, Hugo y otros c. Municipalidad de Tres de Febrero", ED, 118-183).

Los trámites para cumplimentar a cabalidad tales postulados están diseminados en los códigos adjetivos -especialmente en los de enjuiciamiento criminal- y por supuesto primariamente en las constituciones, entre los que podemos citar el hábeas corpus, el amparo, el mandato de seguridad (*mandado de segurança*)(⁶⁵), los recursos, las acciones de inconstitucionalidad, y las medidas cautelares (protección de personas)(⁶⁶).

El control de constitucionalidad -sea judicial o parlamentario- sin duda ha funcionado como árbol de levas, dándole a los derechos humanos, no sólo una *dimensión constitucional*, sino una mucho más fascinante, cual es la *dimensión transnacional*(⁶⁷) a la que ya nos hemos referido.

Estas plataformas se erigen como barreras insobornables para la custodia de un conjunto de prerrogativas mínimas de la humanidad que no deben ser mansilladas ni por los poderes públicos, ni por los grupos, ni por los particulares.

En efecto, el control de superlegalidad, motorizado tanto por el constitucionalismo cuanto por el de federalismo(⁶⁸) ha sido fértil a estos fines, al crear *ciertas categorías de derechos* que están incorporadas a las cartas supremas, gozando de una protección privilegiada.

65 Véase BARBOSA MOREIRA, JOSÉ C., *Ação popular*, "Revista da Procuradoria General do Estado", N° 16, 1981, ps. 9-25.

66 Véase CANO MATA, ANTONIO, *El recurso de amparo*, ob. cit., p. 143 y sgtes.

67 Esto nos permite avizorar que, sin duda alguna, el derecho procesal constitucional tiene también una perspectiva *transnacional*.

68 El *constitucionalismo* ha ido creando órganos independientes -tanto del Poder Ejecutivo, como del Legislativo, o de los grupos de presión- que protegen el imperio de la ley. El *federalismo* de su lado, propugna la supremacía de los preceptos federales sobre los locales. En este último aspecto, recuérdese la conocida declaración del juez norteamericano O.W. HOLMES cuando dijo "No creo que se acabaran los Estados Unidos si perdiéramos nuestro poder para declarar nula una ley del Congreso. Sí creo que la Unión hubiera corrido peligro si no pudiéramos hacer lo mismo con las leyes de los diferentes Estados" (*Collected Legal Papers*, Peter Smith, New York 1920, citado por CAPPELLETTI, *El formidable problema del control judicial...*, ob. cit., p. 86, nota 71). Entre nosotros este tipo de revisión se lleva a cabo muy eficazmente a través del art. 14 de la ley 48, donde la Corte Suprema cumple una verdadera función de Tribunal Constitucional.

69 CAPPELLETTI, *Justicia constitucional supranacional*, ob. cit., "Revista de la Facultad de Derecho de México", N° 110, mayo-agosto, 1978, t.XXVIII, p. 337 y sgtes.

Empero, como hemos dicho, estas aspiraciones han trasvasado las fronteras estaduales a punto tal de haberse gestado un verdadero *bill of rights* supranacional⁽⁶⁹⁾, no sólo en la llamada "pequeña Europa" (la Comunidad Europea)⁽⁷⁰⁾, sino también en la "gran Europa"⁽⁷¹⁾ y, en menor medida en América a través de algunos pactos y tratados.

Ello significa entonces, que el resguardo de los derechos humanos forma parte del derecho procesal constitucional y su *imperium* ha desbordado -como vimos- los límites nacionales para adquirir un rango multinacional. Es decir, primero se fueron constitucionalizando no pocas prerrogativas, y luego, para darles mayor efectividad, fue necesario extender su ámbito de vigencia territorial, para que no sucediera aquello de lo que se quejaba PASCAL: "verdad de un lado de los Pirineos, mentira allende".

70 En la llamada "pequeña Europa" ("Comunidad Europea"), a la que últimamente se han anejado Portugal y España, rige el principio de la supremacía de los preceptos comunitarios sobre los nacionales. En efecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sentado el criterio que si se produce un conflicto entre un dispositivo legal del país con otro de la comunidad, los tribunales locales deben aplicar la ley comunitaria (conf. "caso N° 106/77", resuelto por este organismo transnacional").

71 En esta organización (que en su momento se llamó "la Europa de los veintidós países") a diferencia de la "Comunidad Europea", la jurisdicción supranacional representada por la Convención, no ha desarrollado todavía la "doctrina de la supremacía"; por lo tanto, cada Estado miembro aplica su propio enfoque acerca de los efectos de los Tratados Internacionales en sus respectivos sistemas locales (véase CAPPELLETTI, *El formidable problema...*, ob. cit., p. 82).

El Consejo de Europa, dio como resultado la *Convención Europea de los Derechos Humanos* que, como es sabido, puso en marcha la "Comisión", y el "Tribunal" de los Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo.

En el ámbito americano, recordemos que en la Argentina la ley 23.054 [EDLA, 1984-22] promulgada el 19 de marzo de 1984, ratificó la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, llamada "Pacto de San José de Costa Rica" que en su momento creara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase PADILLA, NORBERTO, *La Convención Americana de los Derechos Humanos*, "Revista del Notariado", octubre de 1984. Separata N° 793; BIDART CAMPOS, GERMÁN J.- BIANCHI, ALBERTO B., *¿La Jurisdicción Internacional prevista en el Pacto de San José de Costa Rica viola la Constitución Argentina?* ED, 118-976.

La idea de una *justicia comunitaria* en América fue pergeñada -entre otros- por FIX ZAMUDIO cuando habló de la posibilidad de un amparo latinoamericano (véase *Veinticinco años...*, ob. cit., p. 156, véase también VESCOVI, *Il concetto del diritto subjetivo e la realtà contemporanea*, "Rivista Internazionale di filosofia del Diritto", Milano, setiembre-octubre 1961, p. 417).

Claro está que todo lo dicho se torna una mera ilusión óptica si los derechos a los que venimos aludiendo no gozan de la posibilidad de ser ejercitados en juicio, y de un juez (obviamente imparcial) que pueda reconocerlos rápidamente y con la mayor efectividad.

C) Derecho de acción como derecho autónomo constitucional

En el campo conceptual que venimos hilvanando, corresponde señalar que la acción -vista como un *derecho autónomo de carácter constitucional*- ha sufrido en las últimas décadas una verdadera transformación a consecuencia de la *socialización del derecho y de la justicia* (esto es, la "dimensión social", a la que ya hemos hecho referencia).

En las cartas magnas más antiguas, el derecho de acción (o pretensión, según la postura doctrinal que se tome) ha tenido un fuerte matiz individualista caracterizado como una prerrogativa individual ante el Estado para exigir la correspondiente tutela. Todo ello está enmarcado sobre la base de un significado puramente técnico, derivado de un criterio absolutamente liberal, apuntocado en la igualdad formal de los individuos⁽⁷²⁾.

Mas, como bien lo está haciendo notar la doctrina contemporánea, la acción está recibiendo actualmente un cambio de tornas, y debe considerarse como un *derecho esencial de la persona*, con la pristina misión de *garantizar* (no sólo de proclamar) libertades de la humanidad⁽⁷³⁾.

En suma, tal cual lo pone en evidencia FIX ZAMUDIO -siguiendo en esto a CAPPELLETTI- la dimensión procesal de la justicia es, justamente, esta potestad que corresponde a los gobernados para exigir del Estado, ante el órgano jurisdiccional, una participación igualitaria, a fin de lograr la solución de las controversias. Por eso FIX ZAMUDIO habla de "la acción" como un *derecho humano a la justicia*⁽⁷⁴⁾.

72 FIX ZAMUDIO, *Ejercicio de las garantías...*, ob. cit., p. 13.

73 MORELLO, BERIZONCE-HITTERS-NOGUEIRA, *La justicia entre dos épocas*, Platense, p. 78.

74 FIX ZAMUDIO, *Ejercicio de las garantías...*, ob. cit., p. 13.

Tan amplia mutación -o puesta a punto- de la idea de acción -en consonancia con las pautas renovadoras insufladas por el movimiento de acceso a la justicia- se observa en ciertas leyes supremas modernas tanto de América⁽⁷⁵⁾ como de Europa⁽⁷⁶⁾, que han consagrado -expresa o tácitamente- a esta institución, tal cual se dijo, como un derecho constitucional independiente del de petionar.

Dicha evolución⁽⁷⁷⁾ se ve con mayor notoriedad en los tratados y en las convenciones internacionales que garantizan el acceso a la jurisdicción, no solamente dentro de las fronteras estatales, sino -como vimos- a nivel transnacional. Por ejemplo, la Corte de Justicia de la Comunidad Europea que, ante la ausencia de un texto constitucional supranacional, ha asumido un rol creativo, individualizado y aplicando la *lex superioris* no escrita; inclusive en más de una ocasión dejó sentado que la legislación comunitaria, aun estando por encima del derecho de los países adheridos, está vinculada a algunos principios generales como, por ejemplo, los *Derechos Fundamentales del Hombre*⁽⁷⁸⁾.

Sintetizando, debemos dejar en claro que modernamente el *derecho procesal de acción*, comprendido en el género del "acceso a la justicia", se observa como una prerrogativa fundamental, "que no sólo implica una exigencia de la jurisdicción, sino que posee un contenido material y de proyección social, y por ello se le considera como un *derecho a la justicia*"⁽⁷⁹⁾.

75 México (art. 17); Honduras (art. 82); Costa Rica (art. 41); Venezuela (art. 65), etc.

76 Portugal (art. 20, inc. 2°); España (art. 24, inc. 1). Dice el art. 24, inc. 1°, de la Constitución española, "todas las personas tienen el derecho a tener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

77 Ya había sido anticipada por CALAMANDREI, en su trabajo *La relatividad del concepto de acción (Estudios sobre el proceso civil)*, ob. cit., ps. 135-165.

78 Dijo dicho Tribunal, que "En el aseguramiento de la protección de los derechos fundamentales, esta Corte debe basarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Por lo tanto, considera inválido todo acto comunitario que sea incompatible con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las constituciones de tales Estados. También las Convenciones Internacionales para la protección de los Derechos del Hombre, a cuya estipulación de los Estados miembros (de la Comunidad europea) hayan participado o a las cuales se hayan adherido, pueden ofrecer indicaciones útiles que van tenidas en consideración en el cuadro del Derecho comunitario" (caso "Nold", CAPPELLETTI, *Justicia Constitucional*, ob. cit., p. 356; conf. CAPOTORTI, F., *Il Diritto comunitario de vista de giudice nazionale*. "Rivista di Diritto Int. Priv. e processuale" 1977, p.514).

79 FIX ZAMUDIO, *Ejercicio de las garantías...*, ob. cit., p. 78.

III

CONCLUSIONES

A) La nueva rama del derecho procesal

Hemos observado que en la primera mitad del siglo XX se ha ido gestando, digamos, una novedosa disciplina dentro del campo procesal, como consecuencia del tránsito de la jurisdicción del ámbito netamente privado al publicístico, lo que ha derivado sin duda en una publicización del derecho adjetivo⁽⁸⁰⁾. Ello ha conllevado, a la par, a una nueva era de los estudios científicos de esta especialidad, sobre la base doctrinaria de los grandes cultores de esta ciencia que trabajaron en las últimas décadas de la centuria precedente y en las primeras de la presente, y que pasaron en Italia, por nombrar un país, desde MATTIROLO, LESSONA Y MORTARA, hasta CARNELUTTI, CHIOVENDA, CALAMANDREI y REDENTI⁽⁸¹⁾, concluyendo con ALCALÁ ZAMORA en México y en España. Tal desarrollo va desde la escuela *exegética* hasta la *sistemática*, y a partir de esta es cuando se detectaron estos cambios. El mérito de la misma -con CHIOVENDA a la cabeza- ha sido sin duda -en lo que a esta temática respecta- el haber resaltado el aspecto de orden público, y, pudiéramos decir, de *orden constitucional* que se descubre en los preceptos del enjuiciamiento, si se toma que, en las relaciones entre los litigantes el juez queda a la vista la problemática de la vinculación entre el ciudadano y el Estado. Su gran descubrimiento fue haber destacado el derecho procesal, como una rama autónoma del derecho público que, regulando en la jurisdicción una de las funciones de la soberanía, toca a los fundamentos mismos del Estado, demostrando la importancia *constitucional* que tiene la jurisdicción⁽⁸²⁾.

En la segunda postguerra -como vimos- se *constitucionalizan* ciertas garantías procesales (dimensión constitucional) las que luego fueron incluidas en los tratados internacionales (dimensión transnacional), convirtiéndose al juicio en un carril idóneo para defender y salvaguardar los derechos esenciales de la persona humana.

80 GONZÁLEZ-DELEITO, ob. cit., p. 13.

81 Véase Chiovenda, *recuerdo de jurista*, por PIERO CALAMANDREI, trad. de Sentís Melendo, Ejea, Breviarios de Derecho, ps. 39,85 y 105.

82 Véase CALAMANDREI, Ob. cit. en la nota anterior, ps. 138-139.

Aparece entonces este *derecho procesal constitucional*, con cierta autonomía -por lo menos pedagógica y científica- cuya paternidad -tal cual lo adelantamos- algunos se le atribuyen a KELSEN y otros a COUTURE⁽⁸³⁾.

Pusimos de resalto que la soldadura intelectual y gnoseológica que se observa entre el derecho procesal y el derecho constitucional ha contribuido a darle vida a dicha rama que, pese a su independencia, se mantiene -como no podía ser de otro modo- dentro del sistema monolítico del orden jurídico.

No obstante, hemos tratado de demostrar que pese a estar informada por los genes de aquellas dos grandes asignaturas, su esencia es netamente procesal, pese a que también reconocimos lo difícil que resulta el encasillamiento, habida cuenta de lo ríspido que es la propia demarcación de los limbos, del campo constitucional y los del procesal.

También recalcamos que el derecho procesal constitucional tiene mayor desarrollo en los países donde existe la magistratura constitucional (obviamente especializada)⁽⁸⁴⁾, ya que tanto las cartas magnas cuanto las leyes orgánicas de los

83 Vimos que este autor se ocupó del derecho procesal constitucional, en su obra *Estudios...*, t.I, p. 195 y sgtes. Trata allí, entre otros temas, "la inconstitucionalidad por privación de la garantía del debido proceso". Apunta en dicho opúsculo que la cláusula constitucional que protege el "debido proceso" tiene su antecedente en la enmienda XIV de la Constitución de los EE.UU. (ob. cit., t. I, p. 195)... "es una garantía vinculada a la historia misma de la libertad civil" Agrega que "para cumplimentar esta garantía, se necesita no ya un procedimiento, sino un proceso. El proceso no es un fin sino un medio, pero es el medio insuperable de la justicia misma".

Un simple procedimiento administrativo -dice COUTURE-, sin recurso ante el poder judicial, no constituye un "debido proceso". La Corte de los EE.UU. sostiene que el debido proceso se cumple si se le da a la parte la garantía de "un día ante el Tribunal" (*his day in Court*), la posibilidad de ser escuchado ante los jueces.

84 En nuestro país existen serias dudas sobre la necesidad de la creación de este tipo de órganos constitucionales. SAGOËS está en favor de los mismos, que deberían instalarse -dice- fuera del poder judicial (JA, boletín N° 5413; idem, *Recurso extraordinario*, ob. cit., ps. 6-9). En cambio, VANOSI (*Recurso extraordinario federal*, ob. cit., t.I, p. 25), sostiene que son innecesarios en la Argentina, puesto que se trata de instituciones ajenas a nuestra filiación. Además -añade- la Corte Suprema de Justicia de la Nación cumple perfectamente esta tarea como intérprete final de la Carta Fundamental (arts. 27, 31, 86, inc. 2°, de la Constitución Nacional). CAPPELLETTI, de su lado, haciendo referencia al derecho comparado, prefiere a los tribunales constitucionales especializados (jurisdicción concentrada), pues entiende que los jueces comunes -como ya lo adelantamos- no son generalmente aptos para estos temas, demasiado técnicos y con un contenido altamente politizado (Justicia Constitucional Supranacional, ob. cit., p.346).

tribunales, se convierten en verdaderos códigos adjetivos que regulan todo el trámite con peculiares características.

No obstante ello, en las constituciones más antiguas, como la nuestra⁽⁸⁵⁾ -que se promulgó en el siglo pasado, pese a que fue remozada en el presente- también se aborda el tema procesal como, por ejemplo, al tocar las declaraciones, derechos y garantías (en especial los arts. 14, 14 bis, 17 y 18), al legislar las autoridades y, muy particularmente, cuando se ocupa del Poder Judicial. Hay ciertos principios como el de *igualdad ante la ley*, el de la *defensa en juicio*, el de *peticionar*, el de la *inviolabilidad de la propiedad*, etc., que suponen -sin duda- un desarrollo en el juicio⁽⁸⁶⁾.

Otra de las cuestiones ariscas que hemos dejado planteadas -pero no resueltas- es la relativa al contenido de la disciplina en cuestión, aunque en términos generales dijimos que abarca: 1) *el debido proceso legal*, 2) *las garantías de las partes*, 3) *las categorías de la jurisdicción* y 4) *las garantías judiciales*. También puntualizamos que la protección de los derechos humanos entra en este ámbito.

Por último, quisimos resaltar que la acción ha adquirido autonomía constitucional a consecuencia de la socialización del derecho, apareciendo como un verdadero *derecho a la justicia*.

85 Sobre la Constitución Argentina y la influencia del pensamiento de JUAN BAUTISTA ALBERDI, véase SANTI, JOSÉ C., *La supremacía de la Constitución Nacional en el pensamiento de Juan Baustista Alberdi*, trabajo presentado ante la FACA y que mereció el premio "Adhemar H. Bricchi" (en prensa).

86 GELSI BIDART, *Incidencia constitucional sobre el proceso*, *op. cit.*, ps. 192-204. Agrega este jurista uruguayo, con su acostumbrada profundidad, que la constitución es la base del derecho positivo. En ella el proceso aparece como garantía para lograr la efectividad del orden jurídico, cuando es necesario el proceso ante la falta de cumplimiento espontáneo por parte del obligado (p. 204).

B) El porvenir del derecho procesal constitucional

Para finalizar, y a modo de conclusión, no será baladí dejar en claro que estamos ante una nueva asignatura⁸⁷ que se encuentra en una constante evolución y cuyos contornos ofrecen todavía zonas grises, que, a su vez, dificultan la fijación de su contenido, y aun la demarcación de los límites de su propia autonomía.

Alertamos sobre la unidad del orden jurídico, y la necesidad de no insistir demasiado en la sectorización o atomización de sus parcelas, a menos que estén de por medio -como en este caso- fines científicos.

Con estas salvedades, será conveniente indagar si en el futuro el derecho procesal constitucional podrá saltar la valla genética que lo une con el constitucional y con el procesal para adquirir una cierta fisonomía propia sin renegar de sus ancestros.

Nosotros le auguramos un gran porvenir, no sólo a nivel interno sino, también, en su cuadrante transnacional. Este es sin duda su más reciente desafío sobre todo para Latinoamérica, donde hace falta instrumentar un "modelo comunitario".

87 Repárese que en la Argentina, además de SAGÜÉS, también se ocupó del *derecho procesal constitucional* PEDRO J. BERTOLINO en su trabajo: *Para una reformulación del "Hábeas Corpus"* (JA, boletín, N° 5124). Señaló allí, el citado jurista de Mercedes, que el objeto de esta disciplina es mucho más amplio que el mero control de constitucionalidad, abarcando también, el "hábeas corpus", "el amparo", siendo estos últimos, en su concepción, procesos típicamente políticos (véase del mismo autor *La cosa juzgada en el amparo*, Abeledo Perrot, ps. 1, 11, 30 y 31), siguiendo en esto la idea de GUASP y ARAGONESES.