

DESARROLLO ACTUAL Y CUESTIONES CONFLICTIVAS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Por Eduardo Pablo Jiménez¹

*" (...) sé lo que hay de utópico en mis ideas,
y la lejanía entre una posibilidad intelectual
y una real, pero confío en el tamaño del
porvenir y en que no será menos amplio que
mi esperanza"*

Jorge Luis Borges "Palabrería para versos"

*"Desde otra perspectiva, la mentada
constitucionalización tiende a concretar un
mayor control sobre los poderes públicos, y
especialmente sobre la administración,
disponiéndola como un medio de garantías y
legitimidad que equilibre las prerrogativas
del Estado"*

*Alfredo Gozáini "Introducción al nuevo
derecho procesal"*

SUMARIO:

I.- PRESENTACION DEL TEMA II.- EL "DESCUBRIMIENTO"
DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. III.- LOS
MATICES DE CONSENSO. IV.- LAS CUESTIONES
CONFLICTIVAS QUE PRESENTA EL DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL. V.- LA REFORMA CONSTITUCIONAL
DE 1994 Y EL AFIANZAMIENTO DEL DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL A PARTIR DE SU INSERCIÓN EN LA
CONSTITUCIÓN TEXTUAL

I **PRESENTACION DEL TEMA**

¹ Es profesor adjunto regular en la cátedra de Derechos Humanos y Garantías, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Fue asesor (U.C.R.) en la Convención Nacional Constituyente que reformó la Constitución Nacional en 1994. El presente trabajo toma por base, el que ya publicara el autor en la revista jurídica "El Derecho" (Separata: Temas Procesales, del 31 de agosto de 1995, pag.59 y ss.)

Nos resulta grato retomar en esta ocasión, luego de viabilizada la reforma de la Constitución Nacional², la problemática que presenta el estudio del Derecho Procesal Constitucional, particularmente en este momento, en que tal rama del derecho ofrece matices de "consenso" y elementos que invitan a nuevos y enriquecedores debates.

Y no consideramos ocioso, a partir de la exposición que aquí se presenta, historiar brevemente acerca de la instalación, entre nosotros, del DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, como rama jurídica que tiende a una eficaz tutela de los derechos constitucionales del habitante, en general.

Así, quienes asumimos un compromiso con la enseñanza del Derecho Constitucional y la recientemente creada asignatura "Derechos Humanos y Garantías", hemos observado con detenimiento las investigaciones de prestigiosos constitucionalistas y procesalistas, que a partir de la década del '80, presentaron el tratamiento de esta novel materia desde la perspectiva de los encontrados criterios expuestos por calificados autores españoles y mexicanos³.

De tal modo, y de cara a la entonces incipiente democracia constitucional, reimplantada en la Argentina, recordábamos la reflexión de FIX ZAMUDIO⁴, quien nos enunciaba, con cita al argentino BIDART CAMPOS, que :

Lo que caracteriza al régimen democrático no es la inscripción de la libertad, sino su vigencia, y que en el terreno de la vigencia, la acción procesal es el elemento que en muchos casos puede afirmar el derecho, el medio de hacerlo valer, la vía para demandar su amparo

Las profundas y vertiginosas transformaciones de la época, merituaban entonces (también hoy) abandonar la pretensión romántica que sostenía (con

² Dada en la Sala de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, en Santa Fe, a los 22 días del mes de agosto de 1994

³ Se recomienda recurrir a la lectura de la precursora presentación del tema por parte de Nestor SAGÚES en "Derecho Procesal Constitucional y Jurisdicción Constitucional"(LL. 1981-C, Secc. Doctrina) y además Juan HITTERS "El Derecho Procesal Constitucional" (ED. t. 121, Secc. Doctr.)

⁴ FIX ZAMUDIO "La protección procesal de los Derechos Humanos" Ed. Civitas, Madrid, 1982, pag. 23

vertiente en los postulados de la Revolución Francesa) suficiente la sola consagración de derechos de la persona humana en las constituciones políticas, para que tales derechos sena respetados por autoridades y ciudadanos, ya que en los albores del Siglo XXI, la cuestión de los Derechos Humanos pasa **principalmente** , y tal nuestro convencimiento, por el logro de su efectiva protección. Así, los derechos proclamados, y luego positivizados en las Cartas Fundamentales, no implican gran avance - y aún, pueden generar retrocesos institucionales - si no se garantiza en forma efectiva su disfrute, a modo de generar prevención real frente a su posible violación, y otorgar, por otro lado, un andamiaje jurídico idóneo para el habitante que pretende hacer valer sus prerrogativas constitucionales en juicio

Por ello coincidimos con **Gozáini**⁵ en cuanto sostuvo a su tiempo, que la Constitución obró determinadamente en la télesis y el espíritu de los ordenamientos procesales, generando una influencia [obvia] preocupada por elevar la jerarquía de los principios fundamentales cuando lo adjetivo limitaba el ejercicio de los derechos y las garantías.

Ello nos lleva a propugnar que el Derecho Procesal Constitucional, jerarquiza, por un lado la regla de la supremacía constitucional, y por el otro, la categorización de "derechos humanos", invitando a desechar la conceptualización meramente formal del concepto de "garantía constitucional", y aún el de "jurisdicción" o "proceso" constitucional.

Es aquí donde se hace necesario detenerse en algunas precisiones conceptuales, referidas al ámbito de actuación de nuestra materia.

Sabido es que el Derecho Constitucional es quien se ocupa, en grandes trazas, de la organización y funcionamiento del Estado y en ese tránsito, es frecuente observar que eleva **ciertas instituciones procesales** , transformándolas en reglas constitucionales expresas, al considerar que ellas son fundamentales para el desarrollo de la vida social⁶. Hablamos en este caso, de instituciones procesales que terminan siendo constitucionalizadas.

Así, define **Sagües**⁷ al **derecho constitucional procesal**, como *aquel sector del Derecho Constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente (formal o informal)*, indicando luego que en el caso argentino, hacen a éste ámbito, ciertas reglas incluídas en el artículo 18 de la Constitución Nacional⁸.

⁵ GOZAINI, Osvaldo "Introducción al nuevo derecho Procesal" Ed. EDIAR, 1988, pag.15

⁶ Obra aquí, en términos del maestro SAGUES, el denominado "Principio de fundamentalidad o captura" a partir del cual el Derecho Constitucional solo hace propias las reglas que estima fundamentales para el funcionamiento de la Sociedad y el Estado.

⁷ SAGUES, Nestor P. "Derecho Procesal Constitucional" Ed. ASTREA, 1989, T. I, pag.4

⁸ y que hoy se encuentran acompañadas por las pautas de interpretación obligatoria que surgen en este sentido de los instrumentos internacionales de tutela de derechos humanos, a los que el

En consecuencia, debe ser apuntado que el derecho constitucional procesal no ha de ser confundido con la materia de nuestro estudio, que - como se verá - atiende primordialmente a asegurar la supremacía de la Constitución.

La posición por nosotros sostenida, en el sentido de separar los ámbitos de actuación del Derecho Procesal Constitucional, con el del Derecho Constitucional Procesal, se vé abonada en doctrina con el aval de autores de la talla de **Fix Zamudio**⁹ y también la argentina **Rosaria Correa**¹⁰, aunque también cuenta con posturas contrarias a ser rescatadas, como por ejemplo, la asumida por el Dr. **Castagno**¹¹

Volviendo entonces a la hermenéutica del derecho Procesal Constitucional, entendemos nosotros, apartandonos de la interpretación que sobre el punto ofrece **Sagüés**¹², que el rol que cumple la materia, *excede lo meramente instrumental* ya que al ser su objetivo la directa e inmediata tutela de la Constitución y su supremacía, la "forma" se torna en el punto "fondo" cuando de lo que se trata es de operativizar el Estado de Derecho y su vigencia.¹³

Es que, en cuanto la Teoría Constitucional nos enfrenta a los elementos basales del sistema, la relación de la estructura del Poder y el desarrollo de los Derechos Humanos que le son propios, el Derecho Procesal Constitucional, como **derecho del garantismo constitucional**, apunta a una definición conceptual de su efectiva vigencia, con evidente sustancia propia, quizá ello debido al grave estado de crisis terminal de que padece el modelo institucional argentino y su propia sociedad que le dá existencia, con graves puntos de

constituyente reformador de 1994, les ha otorgado jerarquía constitucional

⁹ Citado por SAGUES, en Op. Ref., pag. 4, nota 2

¹⁰ Lecciones y Ensayos, 1991, N°55, pag. 270. quien asume que adoptar para nuestra materia la denominación de Derecho Constitucional Procesal no es lo adecuado, ya que ella tiende a estudiar las normas procesales contenidas exclusivamente en la Constitución

¹¹ Ver , de su autoría, la ponencia que presentara a las III Jornadas Argentinas de D.P.C. realizadas en la Universidad de Belgrano en 2 y 3 de junio de 1994, bajo el título "Una cuestión conceptual: derecho procesal constitucional o derecho constitucional procesal", con la que discrepamos.

¹² SAGUES, Nestor P. "Derecho Procesal Constitucional" T.I citado, pag.4

¹³ Quizá sea aquí oportuno recordar las palabras por nosotros citadas con motivo de presentar ponencia a las I Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Constitucional (U.C.A. 15 al 16 de octubre de 1987) sobre el tema : Derecho Procesal Constitucional: autonomía y contenido, expresadas por Piero CALAMANDREI con motivo de clausurar el Congreso Italiano de Derecho Procesal Civil, celebrado en Florencia en 1950, cuando apuntaba que "todas las libertades consignadas en las Cartas Fundamentales son vanas si no pueden ser reivindicadas en juicio" Y ello es así, ya que los objetivos de esta materia son por demás relevantes, toda vez que de lo que aquí se trata es, en suma, de la tutela de la Constitución.

erosión constitucional y desmedro en la fuerza y vigencia de los modelos de control¹⁴

Y es aquí entonces, que retomamos el cauce que presenta el Derecho Procesal Constitucional, en función del desarrollo de sus temas de consenso y sus puntos de conflicto.

II EL "DESCUBRIMIENTO" DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN LA ARGENTINA

Lo anteriormente expuesto, ha significado la intención de poner de resalto cuan ligada se encuentra esta asignatura con el hecho de la consolidación de la democracia en Argentina, en 1983.

A partir de entonces , los Derechos Humanos han reclamado su real y efectiva cotización, con proyección a una definitiva vigencia, en un camino que hoy - a fuer de ser realistas - nos encontramos transitando.

Pero es evidente que el Derecho Procesal Constitucional, permitió desde allí, tanto a los constitucionalistas como a los procesalistas , reclamar por una estructura que parece coadyuvar a la tan ansiada *vigencia de los Derechos Humanos* y utilizarla con beneficio, y en beneficio del "habitante" de la república.

Respecto de sus orígenes "remotos" en nuestro ámbito, no he de olvidar al rioplatense COUTURE , quien en el decir de FIX ZAMUDIO ¹⁵ , investigó en particular las conexiones entre la constitución y el proceso, aunque sabido es que su florecimiento en el marco preindicado comienza a constatarse en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (1981), y luego en el Ciclo de Derecho Procesal Constitucional (1982, Colegio de Abogados de Río Cuarto).

Aun así, puede considerarse que la materia se instala definitivamente entre nosotros, con motivo de las I JORNADAS CHAQUEÑAS DE

¹⁴ Así, hemos enunciado antes de ahora en ponencia presentada en coautoría con Daniel Vicente a las II Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Constitucional, titulada "Los procesos constitucionales y las perspectivas de desarrollo del Derecho Procesal Constitucional", que "La importancia señalada del D.P.C. y, dentro de éste, de los procesos constitucionales (...) es hoy quizá la única vía de solución que tiene el sistema constitucional frente al desgaste de las modalidades democráticas de ejercicio del Poder"

¹⁵ Citado por SAGÚES, Nestor P. en su "Derecho Procesal Constitucional" T. I. pag. 6.

DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL (en homenaje al Dr. Augusto Morello) , ya que su Comisión IV, referida al tema "Control de Constitucionalidad", estableció en forma precisa que :

Cabe enfatizar el afianzamiento doctrinario y legislativo del Derecho Procesal Constitucional, disciplina que se ocupa a) : de la Jurisdicción Constitucional, b): de la Magistratura Constitucional y c): de los Procesos Constitucionales, tuitivos de la Supremacía Constitucional

Ello, con la firma de los juristas LINO PALACIO, GUALBERTO LUCAS SOSA, PEDRO J. BERTOLINO, EDUARDO OTEIZA, ADOLFO RIVAS y NESTOR P.SAGUES.

Luego de tan trascendente hecho, se sucedieron las :

- * I Jornadas de Derecho Procesal Constitucional (U.C.A. 1987)
- * Encuentro Latinoamericano de Garantías Constitucionales y Tutela Judicial Eficaz (Bariloche, 1987)
- * I Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho (U.N.L.Z. 1988)
- * III Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín)
- * II Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Constitucional (U.C.A. 1992)
- * XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (U.N.L.P. 1994)
- * III Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional (U.B. 1994)
- * Jornada sobre la reforma de la Constitución y el Derecho Procesal Constitucional (U.C.A. 1994)

* IV Jornadas Argentinas de Derecho Procesal
Constitucional (Universidad FASTA) ,Mar del Plata,
1995.

Tales circunstancias y eventos repercutieron asimismo sobre la enseñanza del Derecho, pudiendo citarse, siguiendo aquí a SAGUES, al curso de especialización (post-grado) creado por la Universidad de Belgrano sobre la materia (1982), la primera cátedra de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Notarial Argentina (1986) y curso de Doctorado de la Universidad Nacional de Buenos Aires (1988)

III **LOS MATICES DE CONSENSO**

Tras mas de una década, en la que tanto constitucionalistas como procesalistas se abocaron al estudio de esta materia, que "enancada" entre el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional, hoy tiene pretensiones de ***autonomia*** , cabe reflexionar sobre los siguientes matices de "consenso"

* **LA DENOMINACION** : si bien se ha intentado denominar a la materia, desde sus diversas ópticas de estudio¹⁶ hoy debe ser resaltado que la denominación "***Derecho Procesal Constitucional***" nos refiere, sin ambages o dudas, a la temática que aquí se estudia.

¹⁶ Sin perjuicio de lo dicho, he insinuado en algún primer trabajo, la denominación alternativa de "Derecho del Garantismo Constitucional" a fin de evitar conflictos referentes a su pertenencia, y delimitar su fin ultimo, ya expresado mas arriba.

Esto significa que hoy cuando hablamos de Derecho Procesal Constitucional, todos sabemos hacia donde vamos. Por otra parte, ha sostenido con acierto SAGUES, además, que la presente denominación aparece como atractiva y útil.¹⁷

Además, es dable acotar que, en forma indubitable, se liga el estudio de esta temática, a partir de la denominación *derecho procesal constitucional*, con la adecuada custodia a la supremacía constitucional, y una debida garantía de los derechos constitucionales del hombre (derechos humanos fundamentales) para, en suma, tornar operativo al Estado de Derecho.

Adunaremos asimismo en punto a este tópico, que dados los tiempos que corren, con sistemáticos excesos desde la esfera del Poder¹⁸ en detrimento del ámbito de la libertad, el ***DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL*** aparece como un motor idóneo del freno frente al abuso¹⁹.

*** SU IMPORTANCIA COMO MODALIDAD DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES** : Así, hemos sostenido antes de ahora²⁰ que el Derecho Procesal Constitucional merece consideración especial por parte del jurista, en tanto su finalidad contiene dos aspectos fundamentales, a saber :

¹⁷ No empece a lo dicho la posición detentada por el profesor CASTAGNO en su ponencia a las III Jornadas Argentinas de D.P.C. celebradas en la U.B. en 2 y 3 de junio de 1994, aun inédita y a la que nos hemos referido antes. En tal ocasión y disintiendo con la posición mayoritaria (Rosaria Correa, Sagúes, Zamudio, entre otros), prefiere denominar a la asignatura "Derecho Constitucional Procesal", insistiendo en que su postura no es terminológica, sino conceptual. A pesar de lo dicho, no deja de admitir la circunstancia favorable a la adopción de la denominación "Derecho Procesal Constitucional", sustentada por distinguidos procesalistas, fundándose no solamente en argumentos técnicos y científicos, sino también en la tradición y en la costumbre.

¹⁸ No del todo resueltos en nuestro criterio, luego de concluida la labor de la Convención Nacional Constituyente

¹⁹ Hemos insistido en esta apreciación a partir de ponencia que he presentado a las I Jornadas de D.P.C. (U.C.A. 1987), luego al X Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional (Rosario, 1991) y con Daniel Vicente, en las II Jornadas de Derecho Procesal Constitucional.

²⁰ Ponencia a las II Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Constitucional (U.C.A. 1992), en coautoría con el Dr. Daniel Vicente

- a) : La protección procesal urgente e insoslayable de los Derechos Humanos
- b) : Motivar la correcta dinámica operativa de los Poderes Públicos en el Estado Democrático de Derecho.

De ello se deduce que la especial consideración de los Derechos Humanos y la toma de conciencia frente a la necesidad de su plena vigencia, genera ***un consenso acerca de su necesaria protección por vías expeditivas que tengan en mira su efectiva y no declamada realización.*** Sabido es que ello no se podrá lograr si el Estado no garantiza, a través de sus órganos, la protección de los Derechos del Hombre.

En suma, no es ocioso reiterar aquí que el Derecho Procesal Constitucional, considerado como ***derecho del garantismo constitucional*** permite asumir que frente a los crecientes grados de erosión en la conciencia constitucional habidos, no solo en Argentina, sino, a manera de patología, en toda Latinoamérica, con arco y reflejo en los solamente "formales" controles institucionalizados en sus leyes y constituciones, esta rama del derecho permite canalizar alternativas que permitan robustecer el sistema participativo para la efectiva vigencia de los Derechos Humanos²¹

*** LA NOMINA MÍNIMA DE MATERIAS QUE OCUPA A LA DISCIPLINA** : Mas alla de cualquier debate ulterior, las I Jornadas Chaquenas de Derecho Civil y Procesal Civil (1987), ofrecieron el marco de "consenso" que los juristas del area poseen - cuanto menos - respecto del contenido "mínimo" de esta novel rama del derecho.

²¹ Así, ha sostenido Daniel VICENTE en su ponencia a las III Jornadas Argentinas de D.P.C. titulada "Apuntes para las Jornadas de Belgrano de 1994", que "El D.P.C. considerado como *derecho del garantismo constitucional* permite por lo menos reafirmar que frente al creciente grado de erosión en la conciencia constitucional que muestra la realidad político-jurídica argentina y latinoamericana, reflejada en una pálida vigencia de los controles institucionalizados, tal área de estudio puede ofrecer valiosas soluciones que permitan robustecer el sistema democrático participativo para la efectiva vigencia de los Derechos Humanos, jaqueados por una situación de creciente desinterés Estatal para la salvaguarda de los mismos"

Así, dentro de ella, no se discute, cuanto menos²², el tratamiento de los siguientes temas :

* **JURISDICCIÓN**
CONSTITUCIONAL
***MAGISTRATURA**
CONSTITUCIONAL
* **PROCESOS CONSTITUCIONALES**

* **LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL** : Si bien la problemática referida a su autonomía será una de las cuestiones "conflictivas" de la materia, no se puede dudar de su ESPECIALIDAD respecto de las ramas del Derecho que históricamente se han disputado su marco de pertenencia; esto es, el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional²³

De todas formas, no se puede negar su *pretensión* de autonomía legislativa, a tenor del dictado de las leyes Nro. 16.986 y mas recientemente Nro. 23.098, regulatorias del Amparo y Habeas Corpus, y la nunca descartada propuesta del dictado de un Código de Garantías Constitucionales²⁴

Demás esta decir que luego de la reforma de la Constitución Nacional, en 1994, la presencia del D.P.C. ofrece una fuerte consolidación de la materia,

²² Sin perjuicio de ello, el profesor CASTAGNO, en su ponencia ya citada "supra", indica que integra en la nómina de materias de la disciplina, que el denomina "derecho Constitucional Procesal", al Derecho Parlamentario Procesal, que en su entender "se nutre de las materias troncales que constituyen sus fuentes: el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal, las que brindan sus respectivos aportes al Derecho Parlamentario y al Derecho Parlamentario Procesal.

²³ Ver al respecto, el interesante trabajo presentado por GLADYS de MIDON a las I Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Constitucional (U.C.A. 1987) "Derecho Procesal Constitucional : especialidad si, autonomía no" (inédito) en el que alega acerca de la especialidad de la materia con referencia al Derecho Procesal, aunque no deja de reconocer en su trabajo, que procesalistas y constitucionalistas deben seguir reuniéndose para elaborar o reelaborar tales conceptos fundamentales. También VICENTE en su ponencia a las III Jornadas Nacionales de D.P.C. (citada, y también inédita) aboga por tal posición, al sostener que "así, esta *especialidad* deberá prestar particular atención, entre sus temáticas, a los procesos constitucionales".

²⁴ Ver en este sentido, ponencia presentada por JORGE H. GENTILE a las I Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional sobre la posibilidad de formulacion de un Código de Garantías Constitucionales, con referencia a una fallida propuesta anterior, nacida de la Convención Constituyente provincial de Córdoba de 1987, con referencia expresa a su diario de sesiones Nro.6, pag. 246, art. 103 inc. 13

al menos desde la génesis de su especialidad. Tal "estatus" debe ser consensuado aquí, imbricado entre las dos materias que le han dado origen.

IV **LAS CUESTIONES CONFLICTIVAS QUE** **PRESENTA EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

Luego de haber evaluado los matices de consenso que presenta la materia en estudio, cabe ocurrir a los perfiles de conflicto que ella presenta, a saber :

* **LA AUTONOMÍA DE LA MATERIA:** Si bien importantes intentos de sistematización, entre ellos la fundamental obra de NESTOR P. SAGÚES²⁵, entre muchas otras, pretenden allanar el camino del Derecho Procesal Constitucional hacia su autonomía plena, es dable acotar que tanto los procesalistas como los constitucionalistas, intentan diagramar su estudio a partir de la imprompta de su propia perspectiva.

Y ello es lógico, pues no escapa a nuestro criterio que para numerosas figuras jurídicas de primer nivel, antes citadas, es necesario el ***aporte conjunto*** de constitucionalistas y procesalistas a fin de delimitar en forma final los contornos de la nueva materia, que aún luego de generada su autonomía, no podrá prescindir de las reglas que le legaron las ramas del derecho que le otorgaron su objeto fundacional

Todo lo dicho, nos lleva a intuir, que el tiempo, y los *nuevos usos* determinarán la final e inevitable conclusión de una ***nueva realidad***, mas alla de sus afinidades de origen.

Nosotros creemos, siguiendo aquí a ***Gozaini***²⁶ que la materia posee autonomía científica, atendiendo a la circunstancia de que su problemática llena un lugar preponderante que merece ponderar investigación y enseñanza independientes²⁷

²⁵ SAGÚES, Nestor, "Derecho Procesal Constitucional" Ed ASTREA, 4 Tomos.

²⁶ GOZAINI, Osvaldo "Introducción..." citada, pag. 105

²⁷ Aunque bien concluye el autor citado, más adelante, que "encontrar su método puede dificultar la autonomía. De todas maneras, el estudio interdisciplinario podrá llegar a un perfeccionismo que, por ahora, no se tiene. La propuesta, queda en marcha..."

* **DIVERSOS Y NOVEDOSOS PERFILES DEL CONCEPTO DE "PROCESOS CONSTITUCIONALES"** : Ya he expresado el concepto de "proceso constitucional", como aquel cuyo centro de acción se encuentra en la materia constitucional, mas específicamente, para *guarecer inmediatamente los Derechos Humanos Fundamentales y el correcto desempeño de la dinámica de los Poderes del Estado Democrático* .

Frente a ello, es dable discutir la posibilidad de inclusión, como proceso constitucional, a la acción de inconstitucionalidad, acción popular o de clase, el juicio político y porque no, el conflicto de Poderes del Estado²⁸.

Desde esta arista, ya han propuesto *Juan Manuel Villarruel y Oscar Máximo Somma*²⁹ la profundización de relaciones entre el D.P.C. y el Derecho Parlamentario, circunstancia que profundiza el profesor *Castagno* en su ponencia, ya citada antes, a las III Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, realizadas en la U.B. en el mes de junio de 1994.

También refiere *Vicente*³⁰ que la noción de proceso constitucional permite abarcar otros temas que ordinariamente resultan desatendidos, indicando entre ellos al que tiene que ver con los conflictos de poderes, sin ámbito de tratamiento autónomo en nuestro país en el marco federal, o al juicio político, que sin ser un proceso judicial, lo es constitucional en la medida en que es un mecanismo previsto por la Constitución para ser llevado adelante en tutela a las instituciones de la República.

* **LA MODALIDAD DE ACTIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN FRENTE AL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES** : No es novedoso sostener que una de las manifestaciones mas importantes del Derecho Procesal Constitucional resulta ser precisamente la actividad del Poder Moderador a fin de proveer al control de la constitucionalidad de las leyes³¹

²⁸ Enuncia GOZAINI ("Introducción..." citado, pag.120) sin pretender agotar la nómina, a los siguientes procesos constitucionales:

- * Amparo
- * Habeas Corpus
- * Proceso de inconstitucionalidad
- * Acción de nulidad de acto administrativo ilegítimo
- * Acción popular
- * Juicio Político
- * Proceso electoral

²⁹ Autores citados, en ponencia a las I Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional "Derecho Parlamentario y Derecho Procesal Constitucional"

³⁰ Ponencia presentada a las III Jornadas de D.P.C. ya citada

Así, en punto a lo expuesto, es conveniente perfilar los mecanismos de actuación del Poder Judicial, lo que nos enfrenta al "modo de control constitucional", que será difuso o concentrado en función de los aportes que nuestra materia efectúe al respecto.

Sin perjuicio de ello, nosotros expusimos en ponencia presentada a las I Jornadas Nacionales de D.P.C.³² que "entendemos que el tratamiento del tema de la "declaración de la inconstitucionalidad de oficio de las leyes por los jueces debe seguir siendo tratado dentro de la esfera del Derecho Constitucional de fondo". Entendemos que ahora, y luego de operada la reforma a la Constitución Nacional en su artículo 43, nuestra posición debe ser rectificada, ya que el tema se incluye en un área definida de tratamiento del D.P.C. (procesos constitucionales).

Lo que sin lugar a dudas, hemos de admitir, es que la actualidad de la cuestión es hoy ineludible, y más aún en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional, que, como vimos, se entronca directa y necesariamente con la protección de las garantías constitucionales respecto de sus derechos "básicos" o "fundamentales".

* **LA ACTUACIÓN DEL DERECHO PROCESAL**

TRANSNACIONAL: Dando por sentado que los procesos transnacionales, en materia de Derechos Humanos, implican el tratamiento de un tema que necesariamente se imbrica con nuestra temática, es de ser destacada la actitud aun renuente de algunos Estados respecto de la sumisión al sistema transnacional de protección a los Derechos Humanos, sobre todo cuando los remedios internos no son idóneos, a fin de la efectiva protección deseada.

Lo expuesto no hace otra cosa que destacar una realidad ya puesta de manifiesto con anterioridad por *Mauro Cappelletti*³³ en el sentido de destacar a la justicia transnacional como otra tendencia evolutiva de nuestra época, generada a partir del desarrollo del constitucionalismo moderno

Se trata - en suma - de una modalidad avanzada del sometimiento del Estado al Derecho, cuestión que en algunas ocasiones, es soslayado por los Estados Nacionales, quienes suelen sostener que sus métodos "heterodoxos" implican modos de tutela de los derechos humanos.

Por tanto, no creemos inadecuado que los Estados Nacionales se sometan a la "rule of law" a fin de evitar caer en aquello a que tanto teme

³¹ Ver al respecto, de GOZAINI, Alfredo "Inaplicabilidad o inconstitucionalidad de la ley" en ED. del 5/9/94

³² Ya citada, titulada "Derecho Procesal Constitucional: autonomía y contenido"

³³ CAPPELLETTI, Mauro "La justicia constitucional como jurisdicción para la defensa de la libertad" citada por GOZAINI, Op. Cit. pag.237.

Vanossi, cuando expresa que "en la lucha contra los caníbales, está todo permitido, salvo...comerse a los caníbales"

Creemos que el tema debe ser integrado al tratamiento de la asignatura en estudio, ya que la adhesión de los Estados Nacionales a estos sistemas [y entre nosotros, con jerarquía constitucional] compromete la responsabilidad internacional del mismo respecto de los individuos sujetos a su jurisdicción y un comportamiento Estatal contrario a tales cartas, puede ser atacado por estas vías - y de hecho así ha sucedido - si los remedios procesales internos son infructuosos en este sentido.

Ello pues al finalizar la II Guerra Mundial, si bien los Derechos Humanos fueron reivindicados como dignos de tutela dada su condición y calidad, inherente a la del ser humano, bueno es destacar que la contracara de la cuestión, que versaba sobre las garantías que la Comunidad Internacional ofrecía para garantizar tal tutela, no obtuvo el mismo tratamiento. El punto pasa, con la creación de esta rica área del D.P.C. ,por la idea de *universalización de la tutela de los derechos humanos*, que bien se proyecta , y no se diluye al intentar su logro por la vía de la tutela *regional de los derechos humanos*.

En este orden de ideas, es *Gozáini*³⁴ quien distingue tres tipos de manifestaciones que internacionalizan la tutela de los Derechos Fundamentales, a saber: a) El Derecho de las Comunidades, b) La dimensión continental y c) La dimensión internacional, explicitando luego que el principio esencial que enrostra la jurisdicción transnacional, operativizada primordialmente a través de lo procesos transnacionales, se basa en ese carácter único de intelección que adquieren los derechos humanos, en función de los valores comunes que los fundamentan, y siempre dando por sentado que ellos operarán una vez agotadas las vías nacionales de tutela.

Sin perjuicio de la necesaria discusión que el tema debe merituar, se destacará que esta problemática no implica otra cosa que la objetiva profundización de la regla de la "sumisión del Estado al Derecho". El Derecho Procesal Constitucional mucho tiene por aportar, en nuestro sentir, a esta nueva y rica discusión.

V

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y EL AFIANZAMIENTO DEL DERECHO PROCESAL

³⁴ GOZAINI, Osvaldo, Op. Cit. , pag. 239

**CONSTITUCIONAL A PARTIR DE SU INSERCIÓN EN LA
CONSTITUCIÓN TEXTUAL :**

Desde la reforma operada en la Constitución Nacional, a partir de la actuación de la Convención Nacional Constituyente, es necesario rescatar las siguientes aristas, que "enfatan" la presencia de nuestra materia en el texto constitucional.

En primer termino, la inclusión del artículo nuevo, que hoy lleva la denominación del Nro. 43, ratifica la enunciación expresa de significativos procesos constitucionales, como los son el de *Habeas Corpus y Amparo* (involucrando este último el de Habeas Data)³⁵

También es procedente rescatar en este punto, la *sustancial ampliación de legitimación activa* a fin de accionar por vía de acción de amparo, en procura de la defensa de los denominados "derechos de la tercera generación" incorporados en el texto fundamental. Ello es obvio desde que tal acción se le concede a *toda persona* para ocurrir en procura de sus derechos consagrados por esta constitución, entre los que se encuentran los del art. 41 y 42 (medio ambiente, consumidores).

La expresión habida en el segundo párrafo del art. 43, no debe ser entendida como limitativa de tal expresión, sino más bien como ampliatoria de la misma, ya que el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que "propendan a esos fines" no son las *exclusivamente habilitadas para accionar* sino, *también habilitadas para hacerlo*.

Nos congratulamos asimismo de que la Constitución Nacional hable aquí de *derechos de incidencia colectiva en general* habiéndose superado la confusa y vetusta terminología que los señalaba como intereses difusos, frente a la que ya habíamos indicado la superadora voz "intereses de pertenencia difusa" a fin de no devaluar el término en origen. Hoy, en definitiva, los nuevos "derechos" no son intereses. Se debe proveer en consecuencia, a su adecuada protección, frente a los requerimientos del habitante.

³⁵ Debe ser rescatada la intención del Convencional Constituyente RAUL ALFONSIN, de incorporar la figura del Amparo para objetores de conciencia, en el caso de requerir la prestación social sustitutiva. Quizá la circunstancia por todos conocida de la eliminación del servicio militar obligatorio significó el retiro de tal pretensión, que originariamente se formulaba en este modo "También podrá solicitar Amparo quien sea privado del derecho a optar por la prestación de servicio social alternativo en caso de convocatoria a prestar servicios armados". Tal decisión, nunca fue formalmente plasmada en proyecto alguno.

Desde esta arista, creemos conveniente señalar que en la formulación de las vías procesales sumarias de reclamación, no fue recogida la superadora propuesta de los Convencionales BASSANI y JAROSLAVSKY ,quienes intentaban recoger el concepto de "acción procesal sumaria única", al modo del art. 25 de la C.A.H.D.H.(hoy, con jerarquía constitucional).³⁶

La no receptada formulación, se plasmaba en la siguiente redacción :

"...Toda persona tiene derecho a reclamar por sí, o en caso de imposibilidad manifiesta, un tercero en su nombre, ante los jueces, en todo momento y lugar, y mediante un procedimiento rápido y efectivo, la protección inmediata de sus derechos consagrados en ésta Constitución cuando ellos resultaren vulnerados o amenazados; aún cuando esta violación sea cometida por autoridad pública o personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales. Esta acción sólo procederá cuando el afectado carezca de otro medio de defensa idóneo respecto de la agresión constitucional denunciada. La presente garantía posee operatividad inmediata, sin perjuicio del dictado de legislación que reglamente su ejercicio..."

³⁶ Su propuesta, presentada en coautoría con el Convencional César Jaroslavsky, fué incluida en el cuadernillo de "proyectos ingresados" a la Convención Nacional Constituyente Nro. 17, pag. 656 (expediente Nro. 353).

Rescataremos asimismo los fundamentos de tal proyecto de reforma, pues ellos se introducen en lo "medular" de nuestra materia.

Expresaban los autores, que "la propuesta temática nos introduce en la consagración constitucional de un concepto neurálgico del modernamente llamado "Derecho Procesal Constitucional", rama del derecho que cobra especialmente fuerza entre nosotros a partir de la consolidación de la democracia, pues desde entonces que los Derechos Humanos han reclamado su real y efectiva cotización, con proyección a una definitiva entrada en vigencia, en un camino que aún hoy - a fuerza de ser realistas - nos encontramos transitando"³⁷

En definitiva, era intención de los Convencionales, actuando desde la técnica de nuestra rama del derecho, la de fundir en un concepto de *garantía tutelar única y mínima*, comprensiva de los supuestos de Habeas Corpus y Amparo, con ganancia, a partir de una adecuada formulación en la Carta Fundamental, que - enunciando núcleos básicos de actuación - dice todo lo que debe decirse al respecto.

Pero no fué solamente en el área de los procesos constitucionales³⁸ que ha innovado la reforma constitucional. También ha aportado en la materia referida a la "Magistratura Constitucional", al introducir en la constitución textual, la figura del Consejo de la Magistratura³⁹, dentro del capítulo referido al Poder Judicial⁴⁰, con expresa definición de sus atribuciones, que serán :

- * Selección de Magistrados
- * Administración del Poder Judicial

³⁷ Ref. nota anterior, "Cuadernos..." pag. 656, sus fundamentos.

³⁸ Entendidos, desde nuestra interpretación, como aquellos cuyo centro de acción se encuentra en la materia constitucional, más especialmente para guarecer inmediatamente los derechos fundamentales y el correcto desempeño de la dinámica de los Poderes del Estado democrático

³⁹ Específicamente, en el art. 114, el que debe ser complementado con las cláusulas transitorias 13 y 14

⁴⁰ He sostenido en trabajo aún inédito "La reforma a la Constitución Nacional y el régimen jurídico aplicable a la función administrativa del órgano judicial" que se trata de un organismo integrante del Poder Judicial, aunque sin atribuciones jurisdiccionales. En contra sostienen Rafael Bielsa y Luis Lozano (Las atribuciones del Consejo de la Magistratura/ en LL. del 15/11/94) que la ubicación de este instituto en la sección correspondiente al Poder Judicial, no obedeció a considerarlo parte del mismo, sino mas bien a buscarle una posición equidistante de los Poderes Políticos, a los cuales presenta la terna de candidatos a cargos judiciales.

Respecto de su integración, la ambigua formulación, termina difiriendola en lo que pareció ser una característica de la labor de esta Convención Constituyente, a una ley posterior⁴¹.

En definitiva, para el cumplimiento de los roles constitucionalmente asignados, el propio texto supremo le indica a ese cuerpo las siguientes funciones, contenidas en el art. 114 :

- * Seleccionar, mediante concursos públicos, los postulantes a las magistraturas inferiores.
- * Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.
- * Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.
- * Ejercer las facultades disciplinarias sobre magistrados.
- * Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso, ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente.
- * Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y eficaz prestación de los servicios de justicia.

⁴¹ En este sentido, expresa el art. 114, 2do. párrafo, que el Consejo será integrado periódicamente, de *modo que se procure* el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y forma *que indique la ley*

Respecto de la designación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia, la reforma constitucional ha mantenido la anterior modalidad, con algunos agregados :

En primer término, tales jueces serán nombrados en **sesión pública**, requiriéndose a fin del acuerdo senatorial, el voto de **dos tercios de los miembros presentes**.

Además, se ha agregado la novedad⁴² de que todos los Magistrados de la Alta Corte cesan en sus cargos al momento de cumplir 75 años de edad, en modo **automático**, salvo que el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, renueve su nombramiento por un plazo de **cinco años** con posibilidad de renovación indefinida, en tales términos. De todos modos, tal cláusula⁴³ no es de aplicación inmediata, ya que la disposición transitoria Nro. 11 de la C.N. dispone que la entrada en vigor de tal modalidad, operará a los cinco años de la sanción de la reforma.

Finalmente , la problemática del derecho transnacional, también ha sido introducida a la constitución textual, desde la formulación del art. 75 inc. 24.

Así, hoy el Congreso de la Nación se halla constitucionalmente habilitado para aprobar tratados de integración que **deleguen competencias y jurisdicción a organismos supraestatales**.

Ello con dos importantes limitaciones :

- a) : En condiciones de reciprocidad
- b): Tales tratados deben respetar el orden democrático y los Derechos Humanos.

Tales nuevas normas tendrán **jerarquía superior a las leyes**.

Desde ya que esta auspiciosa incorporación podría, al momento de su efectiva implementación, presentar aristas de eventual colisión con las reglas de

⁴² De dudosa constitucionalidad, en mi sentir

⁴³ Art. 99 inc. 4to. C.N.

supremacía constitucional hoy en vigor⁴⁴, que en definitiva, llevarían a estas tres definiciones posibles :

a) : Que el órgano jurisdiccional declare **la inconstitucionalidad de las pautas de integración** que modifiquen alguna estructura indicada en la Constitución textual (lo que evidentemente frustraría las expectativas integracionistas tenidas en mira por el Constituyente⁴⁵

b) : Que opere la "norma de habilitación", **convalidando así el proceso integracionista** y generando una modalidad de "mutación constitucional"

c) : Que a partir de las reglas de Supremacía, propias de nuestra Carta Magna, se interprete que ha sido el propio constituyente, quien en uso de su potestad soberana, decida ubicarse (frente al tema de la integración, y luego de pasados los tamicos referidos "supra"), en otra arista de la pirámide.

⁴⁴ Me he pronunciado ya en referencia a la problemática que implica el nuevo sistema constitucional en materia de Tratados de Derechos Humanos y otros, refiriendo que ellos no alteran la regla de "supremacía de la constitución textual" . En este sentido, el nuevo proceso constitucional habrá de pasar por el "tamiz" del respeto al orden democrático y los Derechos Humanos (ha de leerse aquí constitución textual y apuras valorativas obligatorias aportadas por instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos con jerarquía constitucional). Si luego de superarse aquel filtro la integración invita a delegar facultades en materia de competencia y jurisdicción, ello habrá significado que la propia Carta Magna, en uso de su supremacía, decide por imperio del constituyente, ubicarse en un vértice distinto de la pirámide. Pero seguirá siendo suprema, desde otra arista del diamante. Mi posición también se define en este respecto, en trabajo ofrecido en coautoría con Marcelo Ricquert, referido al tema "Sanciones conjuntas de la ley de procedimiento Tributario y la Ley Penal Tributaria desde la perspectiva de la nueva Constitución" (LL. periódico Económico-Tributario del 15/9/94, Nro. 69)

⁴⁵ Y compartidas por el suscripto. Ver al respecto, de mi autoría, "El MERCOSUR", la integración y el rol del constitucionalista" en ED. del 8/9/92, Nro. 8073.-

Para terminar, solo mencionaremos que la breve reseña efectuada, nos indica la importancia que tendrá el análisis técnico derivado de los principios de nuestra asignatura, para contribuir al efectivo afianzamiento del "garantismo constitucional", complemento necesario de una democracia realmente afianzada.

Eduardo Pablo Jiménez.