



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE  
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

---

# PROCESO Y CONSTITUCIÓN

---

**OSVALDO A. GOZAÍNI**  
DIRECTOR

EDIAR

*Vocales Titulares:* Alberto B. Bianchi; Jorge Alejandro Amaya; María Angélica Gelli; Claudia B. Sbdar; Eduardo Pablo Jiménez

*Vocales Suplentes:* Susana C. Cayuso; Adelina Loianno; Ramiro Rosales Cuello; Santiago Nassif; Graciela M. Oriz

La Asociación comenzó una intensa actividad de investigación y desarrollo con apoyo del Instituto de Estudios Argentinos (IEA - División Altos Estudios de Posgrado), que administra y gestiona la Maestría (Internacional) en Derecho Procesal Constitucional que tiene la Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina). Merced a ello se organiza el I Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional (26/28 de junio de 2013 - Aula Magna - Facultad de Derecho - UBA) donde participan los coautores de esta obra presentación sumado a un calificado conjunto de prestigiosos profesionales europeos y de toda Latinoamérica, que se especializan en Derecho procesal constitucional.

La obra que se presenta contiene algunas de las conferencias que se impartirán en el Congreso Nacional referido; pero el libro inicia una serie de investigaciones sobre la ciencia y su desarrollo en Latinoamérica.

Oswaldo A. Gozáini  
Presidente de la AADPC

## CAPÍTULO I

### EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO CIENCIA AUTÓNOMA: IMPLICANCIAS

Por Oswaldo A. Gozáini<sup>1</sup>

#### 1. Jurisdicción constitucional

Cuando Kelsen planteó en la monografía *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*<sup>2</sup> que los tribunales constitucionales debían estar fuera del Poder Judicial, pensaba en un modelo distinto que bajo la forma de una justicia especial ejerciera la fiscalización del principio de supremacía de la Norma Fundamental.

Estaba impresa en Europa, por entonces, la ideología que ponía en duda esa tarea en los jueces ordinarios, quienes solo debían aplicar la ley porque esa era su función natural: el control de legalidad. Pensar en jueces para la defensa de la Constitución fue un movimiento impactante, no solo por cuanto ello significaba, sino, además, por el tiempo cuando esa manifestación se profiere.

<sup>1</sup> Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional.

<sup>2</sup> Publicada con la traducción de Rolando Tamayo y Salmorán por el *Anuario Jurídico*, Vol. I, México, 1974; y reeditada por *Ius et Veritas*, N° 9, Lima, 1994. Ver también el trabajo *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1930, editado en distintos lugares —nosotros seguimos la versión de la editorial Tecnos, a cargo de Guillermo Gasió, Madrid, 1996—).

Kelsen disenta con quienes afirmaban que la ley era un acto de creación de derechos; por eso no aceptaba la igualación con el Derecho. Para esta corriente, propia del sistema europeo (de la desconfianza en los jueces), quienes debían realizar con sus actos (administrativos y jurisdiccionales) dichas normas no creaban nada nuevo porque simplemente aplicaban lo que otros habían generado.

En realidad, pensar en jueces con esta obligación debía eludir un problema que los revolucionarios franceses habían atacado. No se querían jueces con poderes; antes bien, se les imponían deberes y ningún poder de interpretación. Solo el Parlamento podía realizar esta actividad, porque su legitimación llegaba del pueblo, convirtiendo esa representación en el poder más elevado conocido por entonces.

Fue así —dice Eto Cruz— como el pensamiento europeo se entrampó, pues por un lado se decía que el Parlamento era soberano y hacía lo que quería, y, por otro lado, los jueces eran simples autómatas de la ley (recuérdense las famosas palabras de Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes*). Por tanto, los jueces solo debían aplicar la ley, aun cuando ella pudiera ser inconstitucional. Esto fue, en líneas generales, el gran problema de fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX<sup>3</sup>.

En materia procesal sucedía algo similar. Los jueces no actuaban dentro del proceso judicial, sino fuera de él. La actividad plena estaba en la resolución, el conflicto era de las partes y el litigio, en sí mismo, era visto como una lucha en la que el Derecho era el “arma que inviste al guerrero”, en palabras de Savigny.

En esta materia, a fines del siglo XIX, comienza un pensamiento distinto que pretende instalar al juez como director de la contienda, imponiendo su autoridad a la partes, en un juego de poderes, deberes y responsabilidades compartidas.

<sup>3</sup> Eto Cruz, Gerardo, “John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, passim, reproducido en Eduardo Ferrer Mac Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, T. I, cit., pp. 21 y ss.

Con este contexto, sumado el dogma del positivismo que quería reflejarse en textos para dar seguridad, previsibilidad y certeza, surge la teoría de Kelsen para garantizar la Constitución.

Trabaja, entonces, para sostener que la Constitución es la cúspide de la pirámide legislativa, que se va formando en escalones coordinados de actos, reglamentos, resoluciones, sentencias, etcétera, hasta alcanzar la cima en la Norma Fundamental. Desde arriba se irradia el sistema, y para atender los conflictos eventuales entre el ordenamiento, hay que partir de principios ineludibles:

- No puede ser controlador de la norma el mismo órgano que la crea. No hay compromiso con la soberanía de los poderes del Estado, porque se persigue la regularidad del sistema y nunca su impunidad.
- Tampoco se genera un nuevo órgano legislativo, porque el tribunal constitucional está pensado para el equilibrio que ofrece la independencia de todo poder. La jurisdicción constitucional debe modelarse de acuerdo con las particularidades y necesidades de cada Estado.
- Se someten a la jurisdicción constitucional todos los actos que tengan forma de leyes, es decir, de disposiciones que por sus alcances puedan comprometer las garantías de la Constitución.

Los requisitos para ejercer el control apuntan a la actualidad del conflicto y a la adecuación jerárquica que se enseña en este modelo.

Además, la admisión al tribunal constitucional constituye una suerte de garantía de paz política en el Estado.

## 2. La consagración del Tribunal Constitucional

La consolidación de las propuestas de Kelsen se evidenció especialmente en las Constituciones alemana e italiana, las que siguieron en sus líneas maestras el diseño antes explicado.

Todo esto tiene justificación en el contexto histórico cuando se desenvuelve, que había observado con estupor el fracaso del tribunal constitucional de la República de Weimar y el aumento desproporcionado de los poderes del juez ordinario que cotidianamente se oponía a las políticas y leyes del Estado.

Con tal asentamiento, fue lógico que el pensamiento de Kelsen tuviera la acogida que recibió; pero no parece que estuviera en su cabeza generar un sistema jurisdiccional teórico, posiblemente en conflicto con el concepto dogmático que tiene la "jurisdicción", lo que se puede comprobar al ver que solamente se refiere a un modelo innovador de justicia: la constitucional.

En su rigurosa atención, la propuesta fue excluir de la competencia judicial especial todo cuanto se refiera con hechos o intereses concretos, tanto de aquellos que tuvo en cuenta el legislador como de aquellos otros que contempla el juez ordinario. En palabras de Gascón, "el rasgo definidor del sistema Kelseniano residía en la rigurosa exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez constitucional; su tarea quedaba así rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referencia fáctica, la Constitución y la Ley". Y no es que Kelsen no fuese consciente de que la defensa de los derechos fundamentales hubiera requerido juicios concretos y no abstractos; es que consideraba que un Tribunal respetuoso con el legislador no podía desarrollar un género de actividad que irremediablemente había de interferir en el ámbito de discrecionalidad legislativa<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Prieto Sanchís, Luis, "Tribunal constitucional y Positivism Jurídico", en Eduardo Ferrer Mac Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, T. I, 3ª ed., Porrúa,

El impacto de esta teoría todavía es motivo de análisis. Lo cierto es que ha desenvuelto desde entonces la afirmación de constituir la piedra basal del Derecho procesal constitucional, afirmación que podría ser certera si la disciplina se tomara como el estudio de los tribunales constitucionales. Aunque, aun así, la tesis de Kelsen no pensó en técnicas y modelos, sino en generar una política revolucionaria para su época, que va a cambiar notablemente el esquema del control de constitucionalidad.

En orden a lo puramente jurisdiccional, creemos que el enfoque se debe concretar sobre el significado del movimiento revolucionario de fines del siglo XVIII, que impacta tanto en Europa como en América, para asumir con diferencias entre ellas el tema de la confiabilidad que tendrían los jueces en el modelo de Estado que se conformaba.

La historia la hemos señalado en otras oportunidades<sup>5</sup>, y sirve para recordar una vez más que la diferencia entre "confiar" y "no confiar" no se puede tomar como una anécdota del destino, porque trasciende y caracteriza uno y otro mecanismo.

En efecto, la Revolución Francesa persiguió la defensa de la legalidad, evitando que los magistrados ejercieran el poder de crear a través del Derecho judicial (jurisprudencia) una norma distinta a la que el pueblo a través de sus representantes dictaba. El juez solo era "la boca de la ley", en la ya clásica expresión de Montesquieu, lo que fue lógico si era considerado que los jueces no tenían elección democrática y, por tanto, no contaban con el favor del pueblo (Rousseau). La idea sostenía una protección política clara y concreta, como lo expuso la primera Constitución de Francia, y fue el modelo que adoptaron algunos países

México, 2003, pp. 453 y ss.

<sup>5</sup> Gozáni, Osvaldo Alfredo, *Tratado de Derecho procesal constitucional*, T. I, Porrúa, México, 2011, pp. 234 y ss.; también: *La justicia constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1997. Ver a su vez: *Derecho Procesal Civil*, T. I, Vol. 1, Ediar, Buenos Aires, 1992; *Derecho procesal constitucional*, editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999; entre otros.

americanos (Chile, Uruguay y Perú) hasta sus reformas en las décadas iniciales del siglo XX.

Entre otras proyecciones derivadas de la decisión de impedir a los jueces el poder de interpretación, estuvo el problema de la prueba, porque, evidentemente, la apreciación de los hechos era insoslayable de la función judicial. Aparecen así los primeros grandes estudios sobre la teoría general de la prueba, que nunca se llevaron a cabo por "procesalistas", sino a través de "civilistas", "historiadores del Derecho" o personajes de la filosofía que daban explicaciones puntuales sobre por qué el poder probatorio no era una potestad de interpretación, sino una lógica de la discrecionalidad judicial tolerada.

Este ejemplo se transmite a otras instituciones procesales, como la cosa juzgada, por mencionar solo una; es decir, resultaba notorio que el juicio entre partes recibía una sentencia para el caso concreto; a diferencia de los conflictos constitucionales que por la abstracción expandían efectos hacia todos. De este modo, la teoría tenía que explicar la incompatibilidad

### 3. Justicia constitucional

Lo importante del planteo es situarlo en el contexto histórico. El Derecho procesal como ciencia no estaba más que en ciernes (es en 1856/1857 cuando la polémica entre Windscheid y Muther descubre la diferencia entre demandar con derecho —actividad propia del Derecho civil que unifica en el Derecho subjetivo la potestad de pretender— y hacerlo con la mera expectativa a una sentencia favorable —actividad procesal—), al punto que es recién en las primeras décadas del siglo XX cuando se concreta la teoría general del Derecho procesal implementando los pilares de la jurisdicción, la acción y el proceso.

Por eso, el concepto de jurisdicción constitucional no es teórico, sino, esencialmente, una decisión de política del Estado. De allí que no

sea posible hablar de jurisdicción constitucional con los soportes dogmáticos del Derecho procesal, desde que son distintas las funciones de los jueces ordinarios y constitucionales, y, en todo caso, el dilema mayor lo tiene el modelo difuso donde la actividad se confunde y unifica.

En efecto, en los Estados Unidos, a diferencia de Europa, los jueces fueron parte del movimiento revolucionario, y con la sentencia del juez Marshall en "Marbury vs. Madison" (1803) se consolida el criterio que faculta a los tribunales a declarar la invalidez de una norma.

El fallo conmocionó el sistema jurídico a través de la espectacular declaración de inconstitucionalidad, no tanto de la ley específica, sino porque lo hacía sobre la *Judiciary Act* de 1789. De este modo, la *judicial review* admite que los jueces pueden revisar los actos de los demás poderes e instaura en las potestades de la jurisdicción tres funciones básicas: a) resolver los conflictos intersubjetivos; b) controlar la constitucionalidad de las leyes; y c) fiscalizar la legalidad de los actos del poder de gestión político.

Entre estos dos modelos, tradicionalmente llamados "político" y "jurisdiccional", transitó el siglo XIX. Pero después de la polémica que entablaron Kelsen y Schmitt, la cuestión va a cambiar.

Hay dos libros pilares que presentan esta discusión teórica que versa sobre los motivos por los cuales se debe defender a la Constitución. La obra de Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung* —que significa 'el protector de la Constitución'—), de 1931, y la réplica de Hans Kelsen, con el título *¿Quién debe ser el protector de la Constitución?* (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein*), del mismo año.

Ambos exhiben la necesidad de resguardar los principios superiores que declara una Norma Fundamental, pero difieren en los mecanismos necesarios para ello. Es decir, quedó planteado el debate acerca de cuáles son los mejores sistemas que aseguran la supremacía de una carta constitucional: si las instituciones políticas en la que no participan jueces, sino todos los representantes de una sociedad compleja, o bien, solo tribunales especiales que, a estos fines, debían establecerse.

Kelsen propuso (y logró que se llevara a cabo desde 1920) la creación de Tribunales Constitucionales, porque consideraba que la Norma Fundamental de un Estado no era solamente una regla de procedimientos, sino un conjunto de dogmas que nutrían la esencia del Estado. Por ello, las garantías declaradas debían permitir anular todos los actos que le fueran contrarios, pero jamás conservar esa acción en manos del mismo órgano que aprueba las leyes contradictorias.

El órgano legislativo se considera en realidad como un creador libre del derecho y no un órgano de aplicación de derecho, vinculado por la Constitución, cuando lo es en teoría, si bien en una medida relativamente restringida. No se puede contar, pues, con el propio Parlamento para realizar su subordinación a la Constitución. Se trata de un órgano diferente de él, independiente de él y, en consecuencia, también de cualquier otra autoridad estatal, a quien le compete la anulación de los actos institucionales; es decir, una jurisdicción o tribunal constitucional (Kelsen).

La posición contraria creía que era darle demasiados poderes a un órgano de naturaleza indefinida (porque estaría situado fuera de los tres poderes clásicos), que portaba el temor de convertirse en un legislador negativo y en un mecanismo de permanente conflicto con las competencias entre espacios de poder.

No obstante, el contexto y las circunstancias permitieron consagrar el sistema, al punto que el desarrollo de la justicia constitucional tiene como punto de partida el estudio sobre el tribunal constitucional.

Esta es la descripción histórica de los sistemas y modelos para el control de constitucionalidad, el que tiene una profunda significación por la filosofía que impera en cada uno. Pero, en realidad, lo más importante está en atender que mientras el sistema de la confianza en los jueces acentúa la "justicia constitucional", es decir, la trascendencia de los valores fundamentales que la Constitución entroniza; el sistema de la desconfianza (sea político o de jurisdicción concentrada) tiende a perpetuar el principio de legalidad, es decir, la permanencia inmutable

de lo escrito. No son valores los que se tutelan, sino derechos y declaraciones que por estar en la Carta Superior de un Estado deben ser acatados y cumplidos por el principio de supremacía constitucional. Precisamente, la labor de evitar interpretaciones contrarias, está a cargo de la "jurisdicción constitucional".

No estuvo en los orígenes de la ciencia este pensamiento, y el uso alternativo de los nombres solo fue casual u ocasional. La teorización que permita eludir hablar de uno u otro para emplear la voz "Derecho procesal constitucional" exige desarrollo dogmático antes que alegatos formales.

#### 4. El debido proceso

Este primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional se realiza después de casi treinta años de evolución científica. Los temas siguen en convergencia y aumentan día a día con el deber de controlar no solo la constitucionalidad, sino la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica y demás convenciones internacionales sobre derechos humanos.

De alguna manera, el encuentro se percibe hoy en una de las dimensiones que ocupa al debido proceso: la independencia de los jueces. La cuestión se posiciona en la lectura del significado y alcance que tiene este recaudo; dicho en términos de resolver si se trata de una autonomía del Poder, o si es independencia en el sentido de abstracción (los jueces son la boca de la ley), o una calidad especial que los entroniza y hace distintos (como en el despotismo ilustrado).

La diferencia no es baladí, en la medida que los tiempos han cambiado y los paradigmas iniciales que relacionaron la independencia con la autonomía del Poder ya no son los mismos. Antes se medía en relación al control y equilibrio en la actividad y gestión del Estado. Hoy, aun siendo cierta y continua la mención constante de tres factores ais-

lados en la elaboración de la ley, la aplicación de ella y el control de razonabilidad, respectivamente, las posiciones primitivas han mudado.

Lo cierto es que la función jurisdiccional no sigue el camino trazado otrora; si en el positivismo se marcó desde las normas el objetivo del bienestar general, y, por eso, la voluntad del pueblo era un señorío invulnerable para la interpretación judicial, actualmente, el origen de la Ley dista de ser una expresión del anhelo popular, y lejos está de ser una orientación para la eternidad (la constante adaptación de la ley con reformas constantes no hace más que demostrar la necesidad de legislar a tono con los tiempos, antes que proyectar ilusiones estériles).

De allí que sea posible que la referencia de significados sea distinta conforme lo interprete un juez americano o un tribunal europeo, porque cuando se habla de justicia, se piensa en el valor que tiene la decisión judicial; en cambio, cuando se menciona a la jurisdicción, se imagina inmediatamente al órgano que resuelve.

De alguna manera, y a pesar del paso del tiempo y lo mucho que se ha escrito sobre el tema, lo cierto es que Europa resiste la existencia de un Derecho procesal constitucional, mientras que América lo pondera y despliega.

Para confirmar la afirmación se pueden leer las elusivas conclusiones de Zagrebelsky —por otra parte, siempre inteligentemente fundadas—:

... la fórmula Derecho procesal constitucional, aun cuando no es usada raramente, no ha entrado hasta ahora en el léxico jurídico utilizado habitualmente. Además, en los casos en los cuales se hace uso de ella, no parece que sea con una particular e intencional plenitud conceptual. Es ciertamente un dato sobre el cual reflexionar. Pero no se sabría decir fácilmente si es por el desarrollo insuficiente de las reflexiones y de la construcción jurídica o por una razón más profunda y decisiva, relativa a la naturaleza del juicio constitucional y a la problemática de un verdadero Derecho procesal que constituya su estructura normativa. Aparte de la fórmula, no tenemos siquiera estudios explícitos sobre las cuestiones relativas a la naturaleza de las

reglas sobre las cuales se sustenta la actividad de la Corte Constitucional.<sup>6</sup>

Observemos, por ejemplo, el enfoque asumido en ambos continentes. En uno, se atiende la relación que tiene el tribunal constitucional con el medio donde se inserta; es un problema de adecuación, porque pone en el centro de la mirada la autoridad del Parlamento y la ejecución de las normas. Por eso, la controversia inicial sostuvo la ilegitimidad del organismo, así como el exceso de potestades.

Es cierto que un sector de la Doctrina proclamó su necesidad institucional como si la jurisdicción constitucional fuera producto de un reclamo de la sociedad; pero, al mismo tiempo, las resistencias —hoy eliminadas— asentaron sus motivos mostrando la declinación de poderes necesarios para legislar y administrar.

Peter Häberle decía que los tribunales constitucionales había que verlos y analizarlos en su relación intensa con la totalidad de la sociedad: "es un tribunal social", afirmaba. A través de su jurisprudencia se abre la variedad de ideas e intereses, las asume, y viceversa, guía él la sociedad. Considerando la aplicación de su Derecho procesal constitucional y los resultados materiales de la interpretación, es más un Tribunal del conjunto de la sociedad que uno "estatal".

Por eso, sigue enseñando el profesor de Bayreuth (Alemania), el Tribunal constitucional alemán y su Derecho procesal consiguen una relación única con la sociedad. Su actividad —transformadora de Estado y sociedad— se deriva en un sentido general de que es el Tribunal de la Constitución, y la ley regula no solo al Estado, sino también, en su estructura básica, a la sociedad, a la que transforma en "sociedad constituida". De un modo específico el TC actúa, además, de manera muy especial y consciente, intensiva y amplia, en el ámbito de la *res pública*, entre el Estado y el particular, al que se puede llamar "la sociedad" o el

<sup>6</sup> Zagrebelsky, "¿Derecho procesal constitucional?", traducción de Giovanni F. Priori Posada, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IV, dirigida por Juan José Monroy Palacios, Lima, diciembre de 2001, pp. 400 y ss.

ámbito de lo público —pluralista—. Así se muestra la efectivización de los derechos fundamentales, desde la vertiente procesal, y también en su práctica procesal, al servirse de instrumentos de información y participación del Derecho procesal constitucional<sup>7</sup>.

El Derecho procesal constitucional se abre a la "sociedad abierta de los intérpretes constitucionales"; se transforma en su "médium", sobre todo allí donde el Parlamento ha fallado.

En suma, la creación de tribunales constitucionales opera sobre la necesidad de justificar el control sobre la autoridad y el parlamento, antes que para resolver la fiscalización del principio de supremacía constitucional.

Por eso, no estuvo presente ni fue tenido en cuenta el concepto nominativo de la jurisdicción cuando se crearon estas competencias especiales. Los jueces comunes eran vistos como una amenaza para las libertades que las Constituciones consagraron de una vez y para siempre, estableciendo en los tribunales constitucionales el único límite a modo de frontera entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional.

Muchas de estas dudas son las que este libro introductorio a un pensamiento más desarrollado pretende proponer como bases de estudio mirando el mañana.

<sup>7</sup> Häberle, Peter, "La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional", en Eduardo Ferrer Mac Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, T. I, 3ª ed., Porrúa, México, 2003, pp. 373 y ss.