

LA ESPECIALIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS PROCESALES COMO EXPLICACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PROCESAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: SUPERACION DE LA BIPOLARIDAD DIFUSO/CONCENTRADO *

S. Enrique Anaya

Sumario: 1. **Introducción:** necesidad práctica de estudio técnico-jurídico del derecho procesal constitucional. 2. **Contexto:** necesidad y conveniencia de una nueva explicación teórica. 3. **Conceptos pilares de una nueva explicación:** la Constitución como norma y la autonomía del derecho procesal. 4. **Una "referencia cruzada": Constitución y derecho procesal.** 4.1. Derecho constitucional procesal. 4.2. Derecho procesal constitucional. 5. **La especialización procesal:** técnica para la aplicación directa de la Constitución. 6. **La relación entre derecho procesal constitucional y jurisdicción constitucional.**

1. INTRODUCCIÓN: NECESIDAD PRÁCTICA DE UN ESTUDIO TÉCNICO-JURÍDICO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Si bien el control jurisdiccional de constitucionalidad es una institución presente en el sistema jurídico salvadoreño prácticamente desde la existencia de El Salvador como Estado - ello, por innegable influencia del sistema estadounidense¹-, en la vida jurídica práctica del país no existió "conciencia

* Este trabajo es una actualización y ampliación de la colaboración del autor – *Aplicación de la Constitución y Derecho Procesal Constitucional* – en la obra colectiva *Derecho Procesal Constitucional*, coordinado por Susana Inés Castañeda O.; Jurista Editores, Lima; 2ª edición, 2004.

¹ Salvador Enrique ANAYA BARRAZA, *La jurisdicción constitucional en El Salvador*, en colectivo *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*; Dykinson, Madrid; 1997; pág. 595; ha señalado: "El Salvador nace a la vida política independiente como "Estado constitucional", teniendo como modelo de organización jurídico-política a los Estados Unidos de América, aunque en confluencia con algunos elementos provenientes de la Constitución de Cádiz". El párrafo es prácticamente transcrito en la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la CSJ, de las 15 h. del 14 de febrero de 1997, dictada en el proceso de inconstitucionalidad No. 15-96 y acumulados. También señala tal circunstancia José Albino TINETTI, *La jurisdicción constitucional en El Salvador*, en colectivo *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica*; Tirant lo blanch, Valencia; 2000; págs. 58-59: "En relación a la etapa post-independentista, se ha dicho que, como se sabe para la generalidad de nuestros países el modelo constitucional predominante, fue la Constitución de los Estados Unidos de América, pero también tuvo influjo de la Constitución de Cádiz; y, por sobre todas las cosas, la metodología de la aplicación jurídica no fue la anglosajona, sino la romanista continental europea. Es decir, que en lo estático y en lo formal-normativo, nos dejamos influir por el modelo norteamericano, principalmente por el sistema presidencialista, pero en lo dinámico y, sobre todo, en lo fáctico, nuestras influencias y nuestras experiencias, han sido, hasta hace muy poco tiempo, otras". La presencia, durante los procesos independentistas de América Latina de la ideas constitucionales de impronta estadounidense es señalada, tanto por Javier PERÉZ ROYO, *Dos siglos de Constitución (La novedad de finales del siglo XVIII). La Constitución racional normativa*, en colectivo *El Estado contemporáneo y su reconstrucción institucional*; Editorial Porrúa, México; 2002; pág. 153: "Tras la independencia de las colonias americanas de España y Portugal la Constitución escrita se impondrá también en dichos territorios, convertidos ahora en Estados independientes"; como por Domingo GARCÍA BELAUNDE, *De la Jurisdicción Constitucional al*

jurídica" del dicho mecanismo de control, sino hasta mediados del siglo XX, en concreto, en razón del establecimiento de la denominada acción popular de inconstitucionalidad en la Constitución de 1950 (es conocida bajo esa denominación no obstante que la legitimación no corresponde a toda persona, sino sólo a los ciudadanos); y, todavía así, en la realidad cotidiana, la operatividad del mismo control constitucional de normas sólo ha percibido –con vaivenes, todavía sin consolidarse, con yerros de técnica jurídica y con grandes retos que afrontar– a partir del proceso de democratización iniciado a mediados de los ochenta del siglo pasado².

2. Y es que no obstante la existencia de diversos instrumentos procesales y la previsión de amplísimas legitimaciones, tanto para el control abstracto de normas (que llega hasta la acción ciudadana de inconstitucionalidad, defendida básicamente bajo el argumento que se trata de un "instrumento democrático", un "mecanismo popular"), como respecto de los controles concretos, ha sido permanente la queja, tanto de la comunidad jurídica como de sectores sociales y políticos, que el control jurisdiccional de constitucionalidad de normas en El Salvador es, con mucho, una institución que operó de manera disminuida, con períodos que puede caracterizarse de -para decirlo gráficamente- casi invisible³,

Derecho Procesal Constitucional, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*; CEPC, Madrid; No. 3, 1999; págs. 128 y 129: "Los Estados Unidos fueron, en la órbita occidental, el primer país que se constituyó independizándose de una gran potencia, y que además, adoptó la forma republicana de gobierno. Esto, como era de esperarse, lo hizo muy atractivo al resto de las colonias de ultramar, en especial, a las que estaban sometidas al Imperio español (...). Y por cierto, de manera clara e indubitable en el control constitucional, que muchos adoptaron directamente de los Estados Unidos, a través de la práctica jurisprudencial y de los escritos de la doctrina, desde México hasta la Argentina". La influencia de Estados Unidos, para la forma de organización política de los estados que se independizaron del imperio español, es precisada por Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Los regímenes presidencialistas de América Latina. Tipología y análisis crítico*, en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*; UNAM, México; 1992; pág. 455: "Al momento de la independencia de las antiguas colonias españolas en América, los nuevos Estados sólo tuvieron como ejemplo único de Estado Republicano, la forma de organización del Ejecutivo de los Estados Unidos, quien había logrado su independencia con anterioridad de Gran Bretaña. Los otros Estados en dicha época respondían al principio monárquico".

² Refiriéndose a América Latina, Manuel ARAGÓN REYES, *La justicia constitucional en el siglo XX. Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI*, en colectivo *La ciencia del derecho durante el siglo XX*; UNAM, México; 1998; pág. 168, reseña las dificultades políticas y jurídicas para la vigencia del control jurisdiccional de constitucionalidad: "En Iberoamérica, la fuerza expansiva del modelo constitucional norteamericano ocasionó que, ya a finales del siglo XIX, especialmente en Argentina, Colombia, Venezuela, República Dominicana, El Salvador y México, se admitiese, en el orden teórico, que los jueces no debían aplicar las leyes contrarias a la Constitución, aunque en el orden práctico no hubo muchas ocasiones de ponerlo en práctica, no sólo por los frecuentes vaivenes políticos y fracturas constitucionales, sino también porque la influencia europea "legalista" (coexistente allí con la norteamericana "constitucionalista") no propiciaba el entendimiento de los derechos constitucionales como inmediatamente aplicables sin mediación legal".

³ Sobre la operatividad real de la acción ciudadana de inconstitucionalidad, ya en 1961, Ricardo GALLARDO, *Las Constituciones de El Salvador*; Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid; 1961; pág. 192; decía que la misma era un "recurso sin mejores aplicaciones en El Salvador". Al respecto, resulta interesante comprobar, como sintomático del no funcionamiento del control de constitucionalidad durante sus primeras décadas de funcionamiento, que desde el establecimiento de la acción ciudadana de inconstitucionalidad en 1950 hasta el inicio de funciones por parte de la Sala de lo Constitucional en 1984 (que supone un plazo de prácticamente 34 años), no obstante la amplísima legitimación de la acción ciudadana, sólo se presentaron 65 demandas de inconstitucionalidad (lo

esto es, formalmente válida, vigente en el ordenamiento, pero imperceptible su trascendencia en la vida práctica del país⁴. No es aventurado decir, pues, que en El Salvador, el control constitucional de normas no ha pasado de ser una figura jurídica miniada⁵.

3. Sin embargo, el reclamo y exigencia por la real vigencia y efectividad de los mecanismos de control constitucional, presenta tono elevado a partir de la reforma constitucional 1991/1992⁶, generada ésta por los acuerdos que

que significa un promedio de 1.94 demandas por año), habiéndose dictado aproximadamente 30 resoluciones de naturaleza y efectos definitivos (que que significa un promedio, con matices, de 0.88 resoluciones por año), de las cuales sólo 10 suponen un pronunciamiento sobre el fondo del asunto y apenas en 4 casos se dictó sentencia estimatoria de la pretensión de inconstitucionalidad. --- Con relación, pues, a los primeros 34 años de existencia de la acción ciudadana de inconstitucionalidad, no es inexacto decir que prácticamente aconteció un sustancial vaciamiento del control directo y abstracto de inconstitucionalidad, tanto por falta de materia prima, ya apenas se presentaban demandas, como por un deficiente producto jurisprudencial, ya que las decisiones adoptadas en los procesos de inconstitucionalidad estaban políticamente condicionadas, eran técnicamente deficitarias y respondían a una visión jurídica escasamente vanguardista. Debe precisarse, sin embargo, que tal situación mostró un radical cambio de tendencia con el inicio –en 1984- del funcionamiento de la Sala de lo Constitucional, que si bien mostró desde el principio una excesiva influencia política y partidaria, significó un importante avance en el control constitucional, aunque –lamentablemente– su evolución no ha sido ni constante ni consistente y, sobre todo, después de las reformas constitucionales de 1991-92, al sustituir la fórmula de designación parlamentaria de los magistrados por mayoría simple pero que permitía la influencia presidencial, por una fórmula que prevé tanto la designación parlamentaria por mayoría calificada como la coincidencia con el período de los diputados, ha resultado en una profundización de los mecanismos de negociación política partidaria para el nombramiento de los magistrados, con lo que el control jurisdiccional de constitucionalidad ha estado, en mucho y sobre todo en el último quinquenio, determinado por los avatares y consideraciones político-partidarias.

⁴ Es comprensible que sido haya sucedido, pues una historia política de gobiernos militares y golpes de Estado prácticamente hacían inviable la realización del control de constitucionalidad. Y es que, como bien lo señaló Pedro de VEGA GARCÍA, *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*; Universidad Externado de Colombia, Bogotá; 1984; págs. 394-395: "Ahora bien, si desde una perspectiva jurídico-formal, el control de constitucionalidad de las leyes es sólo planteable en el marco de las Constituciones rígidas, donde la supremacía constitucional aparece abiertamente consagrada, en el plano histórico y del realismo constitucional, es lo cierto que el problema sólo se presenta cuando la Constitución, además de ser una norma vigente y suprema, es una norma eficaz (...) Hablar en estos casos, cuando ante lo que nos enfrentamos es ante un constitucionalismo puramente nominal o semántico, de control de constitucionalidad, aunque el texto legal esté perfectamente arbitrado y regulado, puede resultar no sólo políticamente sarcástico, sino científicamente peligroso. (...) --- Cuando las Constituciones, lejos de actualizar un sistema de valores, se convierten en meros instrumentos de falsificación de la realidad política, dejan por lo tanto sin justificación posible la defensa dentro de ellas de ningún sistema de justicia constitucional. Defender la pura semántica constitucional terminaría siendo entonces, a nivel político, la más vituperable traición a los valores del constitucionalismo auténtico y, a nivel científico, a negación más rotunda de las funciones primordiales que la jurisdicción constitucional está llamada a desempeñar".

⁵ Manifestación concreta de lo que, con gráfica expresión, en términos generales (aunque con mención específica de México), Miguel CARBONELL, en la *Presentación de la compilación Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*; Editorial Porrúa, en coedición con UNAM, México; 2002; ha llamado "constitucionalismo-ficción".

⁶ El proceso de democratización –y, correlativamente, de constitucionalización- en El Salvador inicia a mediados de los 80's del siglo pasado, por lo que coincide, temporalmente, con la llamada "tercera ola de democratización", que durante las dos últimas décadas del siglo XX se experimenta en América Latina; como bien señala CARRILLO FLÓREZ, *El significado de la Constitución en la actualidad*, en colectivo *El significado actual de la Constitución*; UNAM. México; 1998, pág. 119:

posibilitaron la paz luego de una cruenta guerra civil de 12 años⁷; y esto porque al participar - quizá por primera vez en la historia nacional - todas las opciones del espectro político, en la génesis del compromiso político y social plasmado en las reformas constitucionales⁸ aparece indispensable la necesidad de instrumentos jurídicos, políticos y sociales que garanticen la integridad y ejecución del acuerdo; lo que -desde el punto de vista del jurista- no significa sino posibilitar la efectiva vigencia de la normativa constitucional⁹, esto es, para ocupar la expresión de Häberle, que aquélla sea *Constitución viviente*.¹⁰

“Una cascada de fenómenos de reforma constitucional se ha precipitado a lo largo y ancho de nuestro continente durante la última década. Hoy se cuenta con más de quince iniciativas de revisión constitucional que han aparecido como consecuencia de la reciente ola democratizadora, posterior al recurrente déficit democrático de nuestra región, cuya onda expansiva sumió a nuestra América Latina en la más profunda de sus crisis”. Para una descripción del contexto y una descripción de las reformas constitucionales salvadoreñas de 1991/92, *cfr.*, el documento *Consideraciones sobre las reformas constitucionales*, publicado por el Ministerio de Justicia de El Salvador en 1992; y que aparece reproducido en el tomo II de la Colección 1983-1993. *Diez años de la Constitución de El Salvador*; Órgano Judicial, *et. al.*, San Salvador; 1993.

⁷ Conocidos como Acuerdos de Paz de El Salvador o Acuerdos de Chapultepec, del 16 de enero de 1992. Para conocer el texto de tales acuerdos, así como una colección de documentos relativos a los antecedentes, desarrollo y evaluación del proceso de paz salvadoreño, resulta útil la biblioteca digital del Centro de Paz, en www.cepaz.org.sv. Aspectos interesantes de las reformas constitucionales de 1991/92 son, como dice en la Presentación del tomo II de la Colección 1983-1993. *Diez años de la Constitución de El Salvador*; *cit.*; págs. vi y vii, , en primer lugar, que con tales reformas, la Constitución de 1983 se convirtió, en la historia nacional, en la primera constitución que “ha experimentado reformas respetándose el procedimiento previsto por ella al efecto”; y, por otro lado, que “el pueblo salvadoreño fue testigo por primera vez en su historia de que el procedimiento de cambio constitucional no se llevó a cabo con fines abyectos, sino para contribuir a un anhelo largamente abrigado: Para alcanzar y consolidar la paz y sentar las bases y luego erigir un Estado democrático y constitucional de derecho”.

⁸ Sobre el consenso político y social que debe sustentar la Constitución, Osvaldo Alfredo GOZAÍNI, *El significado actual de la Constitución*, en colectivo *El significado actual de la Constitución*; UNAM, México; 1998; pág. 360, dice: “Podría ser un criterio similar al que plantea Rawls cuando establece las condiciones o características de la “estructura básica” de la sociedad que, a través del *overlapping consensus*, puede servir de base para un acuerdo político informado y voluntario entre ciudadanos entendidos como personas libres o iguales”; y, en términos equivalentes pero en el ámbito latinoamericano, CARRILLO FLÓREZ, *El significado de la Constitución en la actualidad*, *cit.*, pág. 127: “La pureza retórica de las Constituciones ha sido reemplazada por procesos constituyentes pactados que han intentado abrirle la puerta a los nuevos protagonistas de las transformaciones políticas de nuestra América Latina. La búsqueda y construcción de consensos aparece hoy como el punto de partida obligatoria para asegurar el apoyo político y social necesario para llevar a cabo cualquier proceso de reforma institucional y normativa aun de carácter económico”.

⁹ José María SERNA DE LA GARZA, *El significado de la Constitución ante los procesos de transición democrática*, en el colectivo *El significado actual de la Constitución*; UNAM, México; 1998; pág. 539 y ss., señala la convergencia de los fenómenos de transición democrática y reforma constitucional: “Como lo demuestra la experiencia de las últimas dos décadas, los procesos de transición democrática en América Latina han tendido a derivar en procesos de reforma constitucional (...). Asimismo, en Chile, en Uruguay y en varios países centroamericanos, el tránsito a la democracia después de las duras experiencias de los gobiernos militares, también fue acompañado de procesos de revisión profunda de las estructuras constitucionales de los Estados respectivos. --- Ya sea que se haya expedido una nueva Constitución, o que se haya modificado de manera importante la vigente, lo cierto es que en América Latina *transición democrática* y *reforma constitucional* han formado parte de un solo proceso más amplio, caracterizado por el establecimiento de bases democráticas de organización y convivencia políticas en los Estados de la región”.

¹⁰ Sobre esta expresión, ver Peter HÄBERLE, *México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum*; en *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras claves para un diálogo europeo-latinoamericano*; UNAM, México; 1ª reimpression,

4. Como fruto de esa -para ocupar la afortunada frase de Hesse- voluntad constitucional¹¹, se planteó y exigió por las entidades encargadas de la supervisión de la ejecución del acuerdo, la reforma, tanto del sistema judicial (en sus aspectos estructurales, tanto orgánicos como funcionales, para garantizar la independencia e imparcialidad de los juzgadores), como del ordenamiento jurídico en el ámbito del derecho procesal constitucional. Sin embargo, la reforma sobre el derecho procesal constitucional no se efectuó ni se ha efectuado, y si bien es cierto que ha perdido prioridad política, también es cierto que existe la permanente conciencia (política y jurídica) que el sistema procesal constitucional resulta hoy día insuficiente para producir soluciones a las controversias que plantean los inicios del siglo XXI.

5. Esa labor de transformación normativa muestra, sin embargo, una grave carencia desde la perspectiva jurídica (las carencias de voluntad política, de medios materiales o las deficiencias en el proceso de elaboración de los proyectos, requieren otro tipo de análisis) que pueden incidir en las esperadas bondades de la reforma.

6. Tal carencia, paradójicamente, se exterioriza en tres "ausencias":

- a. por un lado, la ausencia de análisis o estudios de técnica jurídica sobre el derecho procesal constitucional en El Salvador;
- b. la casi inexistencia de evaluaciones y valoraciones objetivamente sustentadas y con datos fiscalizables sobre el funcionamiento, eficiencia y eficacia de los instrumentos procesales constitucionales vigentes¹²; y,
- c. la escasez de estudios jurídicos dedicados al examen del funcionamiento de los mecanismos del derecho procesal constitucional en El Salvador.

7. Tales ausencias vuelven sumamente vulnerable una siempre postergada reforma jurídica, en el siguiente sentido: actualmente se encuentra vigente, desde

2003; versión electrónica en formato pdf, en www.bibliojuridica.org/ págs. 8 y 9: "Las descripciones, los textos, las instituciones y los procedimientos "puramente" jurídicos no bastan, pues la Constitución no es solamente un orden jurídico para los juristas, que éstos interpretan conforme a las antiguas y nuevas reglas del oficio, sino que también actúa esencialmente como hilo conductor para los legos (...).--- Las Constituciones vivientes en tanto obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta son, por su forma y contenido, en mucho mayor grado expresión y transmisión de cultura, marco de la (re)producción y recepción culturales, y memoria de las informaciones, experiencias, vivencias y sabiduría culturales tradicionales".

¹¹ La expresión aparece en Konrad HESSE, *Concepto y cualidad de la Constitución*, en *Escritos de derecho constitucional (Selección)*; CEC, Madrid, 2ª edición, 1992, pág. 26: "De otra parte, la fuerza normativa de la Constitución se halla condicionada por la *voluntad constante* de los implicados en el proceso constitucional de realizar los contenidos de la Constitución"; así como en Hans Peter SCHNEIDER, *La Constitución. Función y estructura*, en *Democracia y Constitución*; CEC, Madrid, 1991, págs. 39-40.

¹² Existen algunos trabajos que vienen a constituir los primeros pasos para superar tal deficiencia, pero en realidad se trata de esfuerzos aislados y coyunturales, como la investigación llevada a cabo por el Proyecto Regional de Justicia del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, titulada *Acceso a la justicia en Centroamérica: Justicia constitucional*, de 2000; pero no existe seguimiento ni continuidad de tales trabajos.

hace más de cuarenta años, la Ley de Procedimientos Constitucionales, que si bien fue promulgada a inicios de los 60's, básicamente es sólo la reunión en un mismo cuerpo normativo de las disposiciones que sobre amparo y hábeas corpus estaban dispersas en varios textos legales –ley de amparo y código procesal penal-, por lo que no es un verdadero “código procesal constitucional”; lo que motiva que respecto de la citada ley se constaten aspectos que filosófica y técnicamente están inspirados en concepciones jurídicas propias del siglo XIX, al grado que se conservó la consignación de “fórmulas” para la elaboración de resoluciones en el caso del proceso de hábeas corpus.

8. A intervalos aparece, entonces, la exigencia de promulgación de una Ley Procesal Constitucional, de la que ya existe anteproyecto desde hace varios años, que vendría a sustituir a la vigente Ley de Procedimientos Constitucionales; pero, en realidad, ante la ausencia de estudios técnicos con datos comprobables, se corre el riesgo de incurrir en concepciones no justificadas objetivamente, sino en ideas o nociones meramente intuitivas o hasta ideológicas; o en la simple imposición de fórmulas foráneas, trasladadas sin la meditación o matización debidas.

9. Ello vuelve necesario y conveniente que el estudio del derecho procesal constitucional se aborde con una perspectiva científica, procurando la formulación de explicaciones sistematizadas y la elaboración de nociones conceptuales que coadyuven a la comprensión de la norma y a su real efectividad: el problema no es sólo de calado teórico, sino que una adecuada explicación de la estructura jurídica pueden colaborar a su efectiva aplicación, ya que aquélla produce efectos prescriptivos para la comprensión del fenómeno jurídico.

2. INTRODUCCION: NECESIDAD DE UNA NUEVA EXPLICACIÓN

10. Ahora bien, para la adecuada formulación de conceptos, categorías y sistematizaciones teóricas debe partirse del presupuesto que la mismas deben ser capaces de explicar en forma sistematizada una realidad; por lo que, trasladando tal noción al ordenamiento jurídico, una explicación teórica –esto es, científica- debe ser capaz de explicar, en forma sistematiza, la realidad del ordenamiento, y no pretender hacer encajar éste en previas elaboraciones abstractas¹³.

¹³ Al respecto, refiriéndose a la Ciencia Jurídica, Luis LÓPEZ GUERRA, en el *Prólogo* a la obra *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, de Juan Manuel López Ulla; Tecnos, Madrid; 1999; pág. 11; dice: “Sin duda – y ello es la base indispensable para que pueda hablarse de una ciencia del Derecho – es posible construir, partiendo de las normas y su aplicación, categorías conceptuales que ayuden a comprender y exponer, en todo o en parte, el ordenamiento jurídico y sus manifestaciones. Pero esas categorías serán siempre construcciones intelectuales derivadas, con mayor o menor habilidad e ingenio, de la realidad del ordenamiento, de las normas y prácticas que lo configuran: en una palabra, la Ciencia Jurídica resulta del análisis del ordenamiento, y no al revés”.

11. Desde esa perspectiva, hoy día es importante analizar si la clásica confrontación entre sistemas difuso y concentrado es todavía útil para explicar las diferencias entre los sistemas de control judicial de constitucionalidad: Como sabemos, desde mediados del siglo XX se habla que, respecto de los sistemas de control judicial de constitucionalidad, es posible confrontar dos modelos contradictorios o enfrentados, que responden a una estructura y funcionalidad antitéticas; pero, como es ya lugar común, desde algunas décadas, se señala que en la realidad no operan esos sistemas puros, sino que se entremezclan; y, desde hace algunos quinquenios se habla de la convergencia o fusión de los sistemas difuso y concentrado.

12. Sin embargo, las explicaciones ofrecidas hasta ahora insisten en una teórica confrontación de sistemas, pero, si se admite que tales "sistemas teóricos" no existen en la realidad, debe replantearse el análisis, porque la formulación teórica debe ser capaz de explicar la realidad.

13. En el tema de los sistemas de control de constitucionalidad y su aparente confrontación, lo que mayoritariamente se descuidó es la atención a que tales sistemas respondían a diferentes conceptos de Constitución y que, hoy día, uno de tales conceptos está prácticamente abandonado; y, en las formulaciones más recientes sobre este tema, lo que se echa de menos es la perspectiva procesal constitucional, que es la obligada referencia de análisis, ya que el control judicial de constitucionalidad se realiza precisamente a través de procesos, por lo que las categorías y conceptos básicos del derecho procesal y, específicamente, del derecho procesal constitucional, resultan indispensables.

14. Entonces, hoy día, para analizar el tema de los sistemas de control judicial de constitucionalidad corresponde intentar nuevas explicaciones¹⁴, sobre todo desde la óptica de una arquitectura jurídica basada en la protección de los derechos fundamentales¹⁵, lo que –como se verá adelante– conduce a abordar el tema desde la perspectiva del derecho procesal constitucional. Precisamente intentar ofrecer las líneas generales de esa perspectiva de análisis es el propósito de este breve trabajo.

15. Ahora bien, dicho que el análisis se hará desde una perspectiva mayoritariamente procesal, resulta conveniente –aún en breve y apretado epítome– precisar, por una parte, los conceptos pilares de esa nueva propuesta, en cuanto los mismos operan como ideas presupuestos de la misma y, por otra parte, la relación entre las normativas constitucional y procesal, pues ello nos

¹⁴ Es importante tener presente que el Derecho, como producto social, no es inmutable ni en tiempo ni lugar, ya que "un ordenamiento, un derecho, un instituto de derecho público, no son iguales al cabo del tiempo", y que la "sistemática de los modelos construidos por la doctrina constitucional con fines heurísticos requiere adaptaciones", como expone Lucio PEGORARO, *Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; No. 2; págs. 134 y 142, respectivamente.

¹⁵ Sobre la justicia constitucional como base del constitucionalismo democrático e institución esencial para la tutela de los derechos fundamentales, *vid.*, Giancarlo ROLLA, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*; UNAM, 2002; edición electrónica en formato pdf, www.bibliojuridica.org, pág. 125 y ss.

permitirá evaluar y profundizar sobre la coherencia técnica de la propuesta a reseñar¹⁶.

3. CONCEPTOS PILARES DE UNA NUEVA EXPLICACIÓN: LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA Y LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL

16. La común ausencia de una perspectiva procesal constitucional para el análisis de los sistemas de control judicial de constitucionalidad es claramente comprensible si tomamos en cuenta que sobre el derecho procesal todavía pesan siglos de concepciones reduccionistas, que ven en aquél un derecho secundario, que es -lógica y normativamente- dependiente del derecho material, calificando a aquél de "derecho adjetivo".

17. La más común e inmediata consecuencia de esa idea es exigir un "derecho procesal adecuado" a la naturaleza y fines de cada rama jurídica, cuestión que se aduce inevitable dada la especialización que se predica para toda actividad, inclusive en el ámbito jurídico, con la idea que tal adecuación facilitará y potenciará la aplicación del específico derecho material. Como sabemos, esa es una concepción superada.

18. No corresponde trasladar aquí las enseñanzas, ni del constitucionalismo moderno ni del procesalismo científico, pero sí es necesario precisar dos ideas que constituyen la base de la ideología constitucional y procesal que impregna la perspectiva de esta propuesta:

- a. la primera, se entiende que como producto normativo del poder constituyente, la Constitución es un conjunto normativo directamente aplicable por las entidades jurisdiccionales, es decir, para ocupar una frase muy gráfica aunque técnicamente inexacta, la Constitución es una norma jurídica; y,
- b. la segunda, se parte del total convencimiento de la naturaleza autónoma del derecho procesal.

19. Ahora ya es común aceptar que sólo es posible entender jurídicamente por Constitución lo que la doctrina constitucional ha denominado *concepto racional normativo o concepción garantista de la Constitución*¹⁷, aunque en realidad en el

¹⁶ Es tal el vínculo en este campo normativo, que se ha dicho –en opiniones que respetamos pero no compartimos–, por un lado, que el derecho procesal constitucional es de naturaleza mixta; *cfr.*, Néstor Pedro SAGÜES, *Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2ª edición, 1991; y, por otro lado, que el derecho procesal constitucional es derecho constitucional "concretizado"; *cfr.*, Peter HÄBERLE, *El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional*; Pontificia Universidad Católica de Perú; 2001; págs. 29 y 30: "El Derecho procesal constitucional es una concretización de la Ley Fundamental en dos sentidos: en que él mismo es un derecho constitucional concretizado y en que le sirve al Tribunal Constitucional a concretizar la Ley Fundamental"; ni que a causa de ello deba el derecho procesal constitucional "necesariamente tomar una cierta distancia con respecto a las demás normas procesales" (*cfr.*, HÄBERLE, *ob. cit.*, pág. 36).

¹⁷ Manuel GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1ª edición en A.E., 1984, pág. 34 y ss., habla de *concepto racional normativo*; Giuseppe de VERGOTTINI, *Derecho constitucional comparado*; Espasa-Calpé, S.A., Madrid, 1983, pág. 136, de *concepción garantista*; y

país apenas existe literatura especializada de producción nacional sobre el concepto y función de la Constitución, y muchos textos se reducen a la mera cita de referencias extranjeras¹⁸.

20. En puridad, la idea descrita implica que, al hallarse la Constitución en el grado superior, en la cúspide de la jerarquía normativa, en toda actuación jurídica debe respetarse la normativa constitucional; pues si admitimos, como es imperativo hacerlo si se parte de la concepción garantista o normativa señalada, si se acepta la supremacía como característica esencial de la Constitución¹⁹, ésta se

Hans Peter SCHNEIDER, *La Constitución. Función y estructura*, en *Democracia y Constitución*; CEC Madrid; 1991; pág. 37 - de *idea liberal de la Constitución*. Esta concepción de Constitución es equivalente a lo que Paolo COMANDUCCI, *Modelos e interpretación de la Constitución*, en compilación *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*; Porrúa-UNAM, México; 2002; págs. 127 y 136, denomina modelo axiológico de la Constitución como norma, del cual dice es el modelo que "aparece vinculado genéticamente con la ideología constitucionalista". En la doctrina latinoamericana, Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE expuso reiteradamente que la noción garantista es la idea adecuada sobre Constitución, p. ej., en *El Constitucionalismo. Sus problemas*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pág. 27, expone: "Hay que desechar, por extemporánea, la idea de "Constitución" referida a una cualquier forma de organización política, o a su modalidad adjetiva, apta para distinguirla de las demás"; y también en *Manual de derecho constitucional*, Kapelus, Buenos Aires, 2ª edición, 1956, pág. 90 y ss. En la doctrina española, esta idea de Constitución ha sido defendida por Francisco RUBIO LLORENTE (Entre otros artículos: *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional*, en *Revista de Derecho Político*, UNED, Madrid, nº 16, 1982-1983, pág. 27 y ss.; y *Constitución*, voz en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. I, pág. 1524 y ss.); y por Manuel ARAGÓN (Entre otros artículos: *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, nº 19, 1987, pág. 15 y ss.; *La Constitución como paradigma*, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*; Porrúa-UNAM, México; 2002; pág. 109 y ss.; y *Constitución, democracia y control*; UNAM, 2002; pág. 10; edición electrónica en formato pdf, en www.bibliojuridica.org; y también se decanta por tal posición, Javier PERÉZ ROYO, *ob. cit.*, pág. 153 y ss.. En la misma línea de pensamiento, Salvador Enrique ANAYA BARRAZA, *Concepto de Constitución (Ideas para una discusión)*, en colectivo *Teoría de la Constitución salvadoreña*; Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y Cultura Constitucional en la República de El Salvador y Corte Suprema de Justicia, CSJ; San Salvador, 2000; págs. 22 a 28, afirma que debe superarse la "comprensión casi meramente documental que ha prevalecido" sobre la Constitución, y asegura que el concepto de Constitución debe, por un lado, ser coherente "al interior de la misma normativa constitucional" y, por otro lado, no renegar "de las tradiciones esenciales del constitucionalismo". Para una visión panorámica del actual estado de la discusión sobre el concepto de Constitución, *cfr.*, Miguel CARBONELL, voz "Constitución" en el *Diccionario de Derecho Constitucional*; Porrúa-UNAM, México D.F.; 2002; págs. 96 a 101; pero un acercamiento más profundo a dicho tema es la serie de artículos compilados por CARBONELL, publicados bajo el título *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*; Porrúa-UNAM, México D.F.; 2002.

¹⁸ Al respecto, ANAYA BARRAZA, *Concepto de Constitución, cit.*, pág. 2, prácticamente ha "denunciado": "En El Salvador no ha existido discusión sobre el concepto de Constitución - como idea jurídica -, y en la mayoría de los textos que mencionan el tema, se recurre a la transcripción de formulaciones elaboradas por autores extranjeros, sin advertir siquiera el contexto ideológico-político o histórico en que se produjeron aquéllas. La labor en este campo se ha limitado, casi siempre, a un simple acopio de elaboraciones foráneas y, en muchas ocasiones, se ha reducido a la mera copia de definiciones de destacados teóricos, sin ningún esfuerzo por "tropicalizar" la formulación teórica. --- Sin embargo, para realmente potenciar la aplicación de la Constitución es indispensable reexaminar las nociones - básicamente intuitivas o hasta emotivas - que dominan en nuestro país".

¹⁹ Allan R. BREWER-CARÍAS, *La jurisdicción constitucional en América Latina*; en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*; Dykinson, Madrid; 1997; pág. 121, asegura que la supremacía constitucional es una noción básica del constitucionalismo latinoamericano: "Por tanto, la situación constitucional en América Latina siempre fue distinta de la situación europea del siglo pasado y de la primera mitad de este siglo. Bajo la inspiración del constitucionalismo norteamericano, el principio

impone -tanto lógica como axiológicamente- a toda producción jurídica, incluida la ley, las decisiones jurisdiccionales y los actos administrativos; por lo que *teóricamente no es indispensable la creación de procesos específicamente destinados a la aplicación de la Constitución*. Y ello es así, simple y sencillamente, porque, por ese carácter supremo y primario, la Constitución es de obligatoria consideración y observancia en toda actividad jurídica, incluida la producción de normas, sin importar su rango.

21. Sobre la autonomía del derecho procesal²⁰, ya decíamos que el mismo aún no ha logrado desprenderse total y plenamente –sobre todo en algunos ámbitos, el constitucional incluido, de categorías conceptuales propias del derecho material²¹. Por supuesto, no se reclama que el derecho procesal deba ser un sistema de normas totalmente extraño a los ámbitos sectoriales del ordenamiento jurídico, pues ello sería transitar por los derroteros del absurdo, pero sí es imperativo reclamar –tanto por exigencia lógica como por precisión técnica- que el derecho procesal posea una estructura y funcionalidad que le son propias; ello sí, sin duda, estrechamente relacionadas con las distintas ramas jurídicas, pero en un plano de mutua vinculación, no como reflejo o derivación de éstas²².

de la supremacía constitucional y de la justicia constitucional se ha arraigado en nuestros países, habiendo pasado a configurarse como uno de los principios clásicos del constitucionalismo latinoamericano”.

²⁰ La referencia a la autonomía del derecho procesal está hecha al concepto de la no dependencia –pero sí relación– entre derecho procesal y derecho material; no a la noción de “autonomía procesal” que sobre todo en el ámbito germano se predica respecto de las actuaciones del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Sobre este concepto, *cfr.*, Patricia RODRÍGUEZ.PATRÓN, *La “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*; Civitas, Madrid; 2003.

²¹ Para una ferviente crítica contra ese “prejuicio sustancialista”, *cfr.* Dante BARRIOS DE ÁNGELIS, *El proceso civil, comercial y penal de América Latina*, Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 33. Al respecto, debe tenerse en cuenta que sobre todo en el sector del derecho procesal penal todavía existen resabios de esa concepción reduccionista del derecho procesal, v.gr., José Enrique SILVA, *Derecho penal salvadoreño. Parte general*, Jus, San Salvador, 1979, cuaderno núm. 1, pág. 13; o, todavía más, en una argumentación que sólo podemos calificar de peculiar, para justificar la existencia del propio derecho procesal constitucional se ha recurrido a explicaciones claramente reduccionistas –“adjetivista”- del derecho procesal; v. *gr.*, Gerardo ETO CRUZ, en el *Estudio preliminar* a la obra de Domingo GARCÍA BELAÚNDE, *Derecho Procesal Constitucional*; Marsol Perú Editores, Lima; 1998; págs. XIX y XX; expone: “Un breve planteamiento demasiado esquemático confirma la existencia de esta rama procesal cuando se observa que, frente al Código Civil y el respectivo código adjetivo, el procesal civil, concurren con igual fuerza de estudio dos disciplinas jurídicas específicas: el Derecho Civil y el Derecho Procesal Civil. Lo propio ocurre con el Código Penal cuyas disciplinas académicas llamadas a estudiarlo son el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal (...). --- Esta descripción que aquí venimos haciendo, también es aplicable al Derecho Constitucional y al Derecho Procesal Constitucional, en términos de disciplinas científicas. El primero estudia a la Constitución, sea en su lectura del texto formal o material o todo lo que ontológicamente se presente como fenómeno constitucional, esté o no normado. --- Pero, sumado al texto o código fundamental, existe una suerte de Código Procesal Constitucional que se refleja dispersamente en una serie de instituciones procesales tendientes a hacer prevalecer la “parte sustantiva” de aquel Código Constitucional”.

²² Para una visión panorámica del desarrollo del derecho procesal como disciplina autónoma, *cfr.*, Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*; UNAM, México; 3ª edición, 1991; pág. 104 y ss., y Víctor Fairén Guillén, *Teoría General del Derecho Procesal*; UNAM, México; 1ª edición, 1992; muchos textos en edición electrónica en formato pdf, en www.bibliojuridica.org.

22. Y es que el derecho material en sí, como diseño autónomo, carece de trascendencia, pues su coerción sería inocua sin el concurso del derecho procesal²³; aún más, no debe perderse de vista que el origen y desarrollo del derecho se debió sobre todo al derecho procesal, sucumbiendo luego -salvo la excepción anglosajona- ante la producción legislativa. Sin embargo, desde hace varias décadas ha renacido en importancia el papel del juzgador y de la jurisprudencia, actor y producto de la actividad procesal, la última como actualizadora y transformadora del ordenamiento jurídico, y en muchas ocasiones hasta excede la actividad meramente interpretativa, acercándose a una labor materialmente legislativa, aunque sin confesarlo²⁴; y tal circunstancia es apreciable sobre todo en la actividad de los tribunales encargados en definitiva del control constitucional.

23. Esta última concepción, de dudosa vigencia durante los siglos pasados en los ordenamientos jurídicos de impronta romanista-civil u origen europeo continental, adquiere importancia cuando el concepto estadounidense de Constitución se impone en Europa a partir de la pasada centuria, sobre todo con posterioridad a la segunda guerra mundial²⁵ y, con mayor amplitud, luego de la desaparición de los regímenes socialistas²⁶; pues es precisamente en el campo del derecho constitucional donde destaca, en razón de la apertura o carácter abierto de la norma constitucional²⁷, el papel creativo o innovador del juez, una mayor libertad

²³ Vid. José ALMAGRO NOSETTE, *Derecho Procesal*, con Valentín Cortés Domínguez, Vicente Gimeno Sendra y Víctor Moreno Catena, Tirant lo Blanch, Valencia, 6ª edición, 1992, tomo I, vol. I, págs. 25 a 28; y específicamente: "Desde un punto de vista institucional, el Derecho Procesal ocupa una posición singular en el ordenamiento jurídico, puesto que se erige en garantía última de su aplicación y efectividad" (pág. 25). En los mismos términos, Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Derecho procesal constitucional*, en *Temas de Derecho*; UAEM-UNAM, México; 2002, pág. 429: "No se atendía a que el derecho material sin derecho instrumental puede ser – en la hora del conflicto, la hora crítica del orden jurídico – campana sin badajo, ni se recordaba la sabia enseñanza de la Declaración Francesa sobre la prestancia que posee las garantías".

²⁴ Para una interesante relación sobre dicho tema en el sistema estadounidense, vid. Christopher WOLFE, *La transformación de la interpretación constitucional*, traducción de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel, Civitas, Madrid, 1ª edición, 1991, pág. 305 y ss.. Sobre la evolución del pensamiento jurídico europeo respecto del mecanismo de producción normativa de los jueces, vid. Alejandro NIETO, *El dorso metalegal de las resoluciones judiciales*, colaboración en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Civitas, Madrid, 1993, tomo I, págs. 62-63; y, del mismo autor, *El arbitrio judicial*; Ariel, Barcelona; 1ª edición, 2000; y, respecto de los tribunales constitucionales, Marina GASCÓN ABELLÁN, *La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, núm. 41, mayo-agosto de 1994, pág. 63 y ss.

²⁵ Hacen referencia a la recepción en Europa del concepto estadounidense de Constitución, entre otros, Francisco RUBIO LLORENTE, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, pág. 470; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2ª reimp. de 3ª ed., 1991, pág. 55 y ss.; Ignacio de OTTO, *Derecho Constitucional (Sistema de fuentes)*; Ariel, Barcelona; 2ª reimpresión de 2ª edición; 1991; págs. 77-78.

²⁶ Cfr., Dominique ROUSSEAU, *La justicia constitucional en Europa*; CEPC, Madrid; 2002; pág. 16 y ss..

²⁷ Vid. Friedrich MÜLLER, *Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas*, traducción de Luis Villacorta Mancebo, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, núm. 27, septiembre-diciembre 1989, pág. 114 y ss.. Para la idea de apertura constitucional en otro sentido,

de creación jurídica; entiéndase sobre todo con relación a la actividad de los tribunales, cortes o salas constitucionales.

4. UNA REFERENCIA "CRUZADA" : CONSTITUCIÓN Y DERECHO PROCESAL

24. Al referirnos a relaciones entre sectores jurídicos es indispensable tener presente que, desde una perspectiva abstracta, es prácticamente imposible establecer límites o fronteras claramente definidas –a manera de estancos- entre la multiplicidad de ramas o ámbitos jurídicos, pues no se trata de compartimientos separados, sino de zonas que se relacionan y diferencian en distintos grados.

25. Respecto de la normativa constitucional, sin embargo, ha de reconocerse que esa dificultad en parte se difumina, en cuanto se trata de una relación de jerarquía y no de materia. Y es que las específicas determinaciones constitucionales dependerán de la coyuntura histórica de cada Estado y –salvo las nociones esenciales al concepto de Constitución²⁸, entendida ésta, por supuesto, como norma directamente aplicable- será norma constitucional aquella previsión normativa a la que el poder constituyente haya estimado indispensable conferirle esa categoría. En consecuencia, muchos preceptos podrán ser válidamente catalogados tanto de constitucionales como de –para la materia que nos ocupa- procesales.

26. Por supuesto que no todo el conjunto del derecho procesal está elevado a la jerarquía constitucional, pero *sí están consagradas en la Constitución algunas reglas procesales que no pueden ser desconocidas por la normativa infraconstitucional, cualquiera sea su ubicación en la jerarquía normativa*. En este sentido, la dificultad radica, en realidad, no en la distinción de materias, sino en la comprensión de si un precepto, procesal para el caso, es al mismo tiempo de rango constitucional o si el mismo corresponde única y exclusivamente a la normativa infraconstitucional²⁹.

cfr., Pablo LUCAS VERDÚ, *La Constitución abierta y sus "enemigos"*; Beramar, Madrid; 1993; y Francisco Javier DÍAZ REVORIO, *La Constitución como orden abierto*; McGraw-Hill, Madrid; 1997.

²⁸ Sobre las nociones esenciales al concepto de Constitución, Francisco RUBIO LLORENTE, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional*, en *Revista de Derecho Político*; UNED, Madrid; nº 16, invierno 1982-1983; págs. 27 y 28, expone: "La Constitución es, precisamente un instrumento jurídico que tiene como objetivo concreto el de garantizar el carácter representativo de todos los órganos del poder y, al mismo tiempo, establecer los límites eficaces de actuación de ese poder o, lo que es lo mismo, crear al ciudadano ámbitos de libertad dentro de los cuales pueda actuar sin temor a ninguna intromisión del poder (...) El contenido esencial de la Constitución es, sin embargo, el que hemos mencionado en primer lugar: la determinación de la composición, competencia y límites de los distintos órganos del poder. La jurisdicción constitucional está en conexión directa con este contenido esencial de cualquier Constitución porque no es sino una de las respuestas posibles al problema que ese contenido esencial plantea".

²⁹ En el sistema jurídico salvadoreño, esa dificultad ha sido englobada, en el ámbito procesal constitucional, bajo el tema de "materia puramente legal", en referencia al lenguaje utilizado por el Art. 13 Pr. Cn.; el cual dispone: "El juicio de amparo es improcedente en asuntos judiciales puramente civiles, comerciales o laborales, y respecto de sentencias ejecutoriadas en materia penal". La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la CSJ ha intentado precisar el alcance de tal precepto, sin embargo, repetidamente se acude a una expresión prácticamente tautológica, en el sentido que asegura que "los asuntos de mera legalidad son todas aquellas cuestiones o

27. Actualmente, también respecto del derecho procesal aparecen con bastante claridad sus fronteras, específicamente *cuando entendemos que aquél no es una rama jurídica sectorial* – como los clásicos derecho civil, derecho penal y derecho administrativo; o los comparativamente recientes derecho laboral y derecho mercantil; o los de casi novedoso surgimiento, como el derecho de familia, derecho de menores, etc.-, sino un conjunto normativo que sirve a todo el ordenamiento jurídico.

28. Dicho de otra forma, estructuralmente, *el derecho procesal ocupa, en el universo del derecho objetivo, una posición singular, puesto que constituye la garantía última de la aplicación y efectividad de aquél*³⁰; de ahí que, en lo que es una conquista básica del procesalismo científico, se predica la autonomía del derecho procesal con relación al derecho material.

situaciones que por no ser propias de la materia constitucional - por carecer de fundamento en la Carta Magna - quedan circunscritas en cuanto a su regulación y determinación a la normativa de la legislación secundaria. Entonces, podemos afirmar que, por el contrario, la entidad jurisdiccional está facultada para conocer y resolver en los asuntos judiciales, ya sean éstos civiles, comerciales o laborales, cuando en el procedimiento se conculquen los derechos constitucionales reconocidos a los gobernados" (resolución de las 11 h. y 50 m. del 24 de septiembre de 1993, del proceso de amparo No. 13-S-93); frases que, en lo que podemos llamar un ejercicio de "clonación jurisprudencial", se repiten constantemente en la jurisprudencia de la Sala. En otros casos, sin embargo, la Sala de lo Constitucional de la CSJ ha intentado, si bien no precisar el concepto, sí señalar elementos diferenciadores; v. gr., en la sentencia de las 14 h. del 17 de diciembre de 1997, del proceso de amparo No. 117-97, se consignó: "tal clase de asuntos deben entenderse aquéllos en los que se plantea una situación exclusivamente regulada por el derecho civil, mercantil o laboral sin mezcla de cuestiones regidas por el derecho constitucional, de modo que cuando una cuestión encuentra fundamento en la Constitución, aún cuando desde la perspectiva del sector material a que se refiera el asunto, pueda éste calificarse de civil, mercantil o laboral, deja de ser asunto de mera legalidad. Así, por ejemplo, se dice que la inconformidad con una resolución judicial o con un acto administrativo es un asunto de mera legalidad, pues el acto fue pronunciado con base en una ley que se supone adecuada a la Constitución, pero ello es así mientras que la inconformidad del particular radica únicamente en que la decisión tomada por la autoridad perjudica su situación jurídica; sin embargo, si el actor no plantea una mera inconformidad con el acto que impugna, sino que se exponen las razones por las cuales el acto se estima contrario a Constitución, y de la pretensión misma se deduce que se reclama contra un acto basado en una disposición legal que se cree que no está apegada a la normativa constitucional, aquello que parecía un asunto de mera legalidad trasciende al ámbito constitucional, pues se vuelve indispensable determinar si la disposición y el acto pronunciado con base en ella, son conformes o no con la Constitución". Ahora bien, la determinación en cada supuesto concreto, sobre si el mismo pertenece exclusivamente al ámbito legal o se entrecruzan aspectos constitucionales, queda a criterio y arbitrio de la Sala, sin que existan – en la jurisprudencia – la definición de tendencias o parámetros objetivos que permitan razonablemente prever si un asunto es o no "materia puramente legal"; como la misma Sala – en un ejercicio de honestidad – reconoció en la resolución de las 9 hs. del 10 de julio de 2000: "Es reiterada la insuficiencia de la doctrina y aún de la jurisprudencia, en la conformación clara y concreta de los límites entre legalidad y constitucionalidad"

³⁰ Vid. José ALMAGRO NOSETE, *Derecho Procesal*, págs. 25 y 26, quien afirma: "Puede así afirmarse, que el Derecho Procesal es un Derecho para el Derecho o si se quiere, un Derecho garante del Derecho" (pág. 25); aunque párrafos adelante aclara: "En verdad, el Derecho Procesal lo que garantiza es el derecho fundamental a la defensa jurídica (como pretensor u obligado) de todos los derechos fundamentales".

29. Las consideraciones previas permiten apreciar un común denominador entre derecho constitucional y derecho procesal: *Ninguno constituye rama jurídica sectorial, sino que afectan a todo el ordenamiento jurídico*³¹.

30. Además, de lo dicho se advierte la relación que existe entre derecho constitucional y derecho procesal: es de una relación de recíproca correspondencia, pues por un lado existe la consagración constitucional de los aspectos fundamentales del derecho procesal y, simultáneamente, la normativa constitucional requiere necesariamente del proceso para su aplicación jurisdiccional (aunque, como se detallará adelante, no requiere en forma indefectible de procesos especiales).

31. Desde esa doble vertiente es posible referirnos a dos ámbitos normativos³², estrechamente vinculados pero claramente diferentes, que son: *El derecho constitucional procesal y el derecho procesal constitucional*.

³¹ Sobre esta analogía entre derecho constitucional y derecho procesal, ALMAGRO NOSETE – *ibidem*, pág. 29- expone: “La diferencia radica en la razón de dicha generalidad, mientras que el Derecho Constitucional fundamenta, dado su carácter de primariedad respecto del desarrollo legislativo, todas las demás ramas jurídico-positivas, el Derecho Procesal instrumenta la efectividad judicial de todas las normas jurídicas, sea cual sea su naturaleza”.

³² No se cree, sin embargo, por el autor de esta investigación, que la identificación de un ámbito normativo deba necesariamente conducir al establecimiento de una disciplina jurídica autónoma. En tal sentido, no comparte que el derecho constitucional procesal sea una disciplina autónoma, sino que se trata de normas de jerarquía constitucional (es, por tanto, derecho constitucional) de naturaleza procesal (es también, pues, derecho procesal). En una posición equivalente, Domingo GARCÍA BELAUNDE, *Derecho Procesal Constitucional*; Marsol Perú Editores, Lima; 1998; pág. 17, señala que “si la misma lógica la extendemos a otras partes del Derecho que se han visto elevadas a rango constitucional, podríamos también hablar del Derecho Constitucional Tributario (que sería disciplina tributaria), del Derecho Constitucional Civil (que sería disciplina civil), del Derecho Constitucional Internacional (que sería disciplina del Derecho Internacional Público), del Derecho Constitucional Comercial (que sería comercial) y así sucesivamente; o, podemos decir, conduciendo el argumento al extremo, dado que en el ámbito del derecho procesal es viable identificar algunas normas de jerarquía constitucional que les sirven de específico sustento, ello posibilitaría hablar de derecho constitucional procesal civil, derecho constitucional procesal penal; etc.. Ello sería, definitivamente, conducir el derecho por los derroteros del absurdo. No se trata, entonces, de disciplinas autónomas, sino de la identificación de normas de jerarquía constitucional que operan como fundamento – tanto normativo como axiológico – de sectores jurídicos específicos. Por ello, GARCÍA BELAUNDE, en el texto recién citado, aprecia logros en la precisión del derecho constitucional procesal como disciplina, pero concluye expresando reparo a la comprensión de la misma como disciplina autónoma: “Sin embargo, el hecho de que tras esta nueva nomenclatura se dé una realidad, que ella misma nos sea útil por razones de estudio, y que tenga cierto predicamento, no significa que en rigor sea necesaria. Aquí estamos, más que ante un juego de palabras, con un crecimiento innecesario de las disciplinas jurídicas, sin beneficio de rigor. Es un poco como aquellos cursos que se llaman “Introducción al Derecho”, “Criminología” o “Derecho Económico” que no tienen sustantividad propia, sino que sólo son útiles convencionalmente, como unidades académicas para el estudio, pero sin alcanzar configuración autónoma. En consecuencia, si bien útiles para fines docentes y curriculares, son eliminables si queremos mantener una sistemática coherente en la clasificación que hagamos de las distintas áreas jurídicas”. En sentido contrario, Ernesto REY CANTOR, *Derecho Procesal Constitucional. Derecho Constitucional Procesal. Derechos Humanos Procesales*; Ediciones Ciencia y Derecho, Santa Fe de Bogotá; 2001, pág. 18: “La finalidad de este escrito consiste en demostrar con fundamento en la Constitución de 1991 y las leyes que la desarrollan, que el derecho procesal abre su especto para concebir dos modernas disciplinas autónomas: el derecho procesal constitucional y el derecho constitucional procesal”.

4.1. DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

LA DETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ASPECTOS BÁSICOS DEL DERECHO PROCESAL

32. Ya se dijo que la Constitución consagra los aspectos básicos de la normativa procesal y ello, tanto porque precisa los fines esenciales del ordenamiento jurídico³³, concediendo unidad a éste; como porque se han elevado a jerarquía constitucional algunas reglas que se estiman inherentes, sea a todo proceso, sea a una clase determinada de ellos; además –claro está- de la previsión en la Constitución de la estructura básica del Órgano Judicial, como órgano fundamental del Estado. Lo anterior supone que todas las reglas y previsiones procesales deben estar axiológicamente conectadas – de modo coherente - con las previsiones constitucionales³⁴.

33. De esta forma, la Constitución contiene una serie de disposiciones que regulan la actividad procesal en general, conglomerado normativo al que se ha denominado *derecho constitucional procesal*³⁵, que vienen a integrar lo que de modo muy gráfico se ha englobado bajo la expresiones de tutela constitucional del proceso³⁶ o dimensión constitucional de la justicia³⁷.

³³ Art. 1 de la Constitución: "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común".

³⁴ En términos equivalentes, Héctor FIX ZAMUDIO, *Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional*; en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*; CEPC, Madrid; 1999; pág. 93; expone: "De manera distinta, el que se puede calificar como "derecho constitucional procesal" examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional, debido a que las Constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal".

³⁵ Héctor FIX ZAMUDIO –citado por LOZANO-HUGUERO, *Introducción al derecho procesal*, pág. 79, nota 1469- afirma: "Todavía más reciente, es la disciplina que hemos llamado derecho constitucional procesal, que se ocupa del estudio sistemático de los conceptos, categorías e instituciones procesales consagrados por las disposiciones de la Ley Fundamental"; y añade que los sectores que conforman esa disciplina son: "1) garantías judiciales o garantías constitucionales de la jurisdicción; 2) derechos constitucionales de los justiciables o de las partes, (3) garantías constitucionales del proceso"; y ALMAGRO NOSETE, *Derecho procesal*, pág. 29 afirma que el "bloque normativo integrante del Derecho Constitucional Procesal está formado, exclusivamente, por preceptos constitucionales y su fin es la fijación, con rango constitucional, de determinados principios y reglas reguladoras del Poder Judicial y de las garantías procesales básicas".

³⁶ Eduardo J. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*; Depalma, Buenos Aires; reimpresión de 3ª edición, 1977; pág. 148, justifica así esta expresión: "El proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave, se ha dicho, es que más de una vez, el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido. (...) Es menester, entonces, una ley tutelar de las leyes de tutela, una seguridad de que el proceso no aplaste al derecho, tal como se realiza por aplicación del principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley procesal. La tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales".

³⁷ Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO DE CAVIEDES, *Derecho Prccesal Constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, 2003, pág. 2719: (...) en la consagración o elevación a nivel constitucional del proceso (de algunos de sus aspectos), a la que ha dado en llamarse dimensión constitucional de la justicia o garantías constitucionales del proceso. Así, se ha captado la trascendental relevancia que tienen los diversos aspectos jurisdiccionales o procesales emanados de la Constitución".

34. No se trata que la Constitución contemple la multiplicidad de formas en las que el proceso se desenvuelve funcional y dinámicamente, sino que ordena los ejes esenciales y fundamentos rectores; o, en todo caso, a cada figura procesal es posible señalar su engarce constitucional. Así, por ejemplo, a partir del principio de igualdad consagrado en la Constitución se habla de igualdad de las partes³⁸; el principio de disposición en los procesos civiles está fundamentado en la disponibilidad del propio patrimonio³⁹; la preclusión procesal y su máxima

³⁸ Art. 3 inciso primero de la Constitución: "Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión". La jurisprudencia constitucional – según transcripción que aparece en Mauricio GUTIÉRREZ CASTRO, Catálogo de jurisprudencia. Derecho Constitucional Salvadoreño, publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 3ª edición, 1993, pág. 337 – se había limitado a expresar que el principio de igualdad "tiene dos perspectivas constitucionales: (a) la igualdad ante la ley; y (b) la igualdad en la aplicación de la ley. Conforme a la primera, frente a supuestos de hecho iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria y no justificada. Según la segunda, cuya aplicación se hace en el ámbito judicial, las resoluciones judiciales deben ser las mismas al entrar al análisis de los mismos presupuestos de hecho, aunque sean órganos jurisdiccionales distintos los que entren en el conocimiento del asunto, evitando cualquier violación consistente en que un mismo precepto legal se aplique en casos iguales con evidente desigualdad". Estos criterios fueron ampliados en la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la CSJ, de las 12 h. del 14 de diciembre de 1995, en el proceso de inconstitucionalidad No. 17-95: "Como se sugiere del texto mismo, la fórmula constitucional contempla tanto un mandato en la aplicación de la ley –por parte de las autoridades administrativas y judiciales- como un mandato de igualdad en la formulación de la ley, regla que vincula al legislador. Ya que en el caso subjúdice –por tratarse de un proceso de inconstitucionalidad -, el objeto de la pretensión está conformado por una disposición legal, el análisis debe partir desde la segunda perspectiva. (...). Se trata, pues, de una igualdad valorativa, pero que resulta relativizada de dos maneras: se trata, en primer lugar, de una igualdad valorativa relativa a igualdades fácticas parciales y, al mismo tiempo, de una igualdad valorativa relativa a determinados tratamientos o en relación con determinadas consecuencias jurídicas. Como la mayoría de los derechos fundamentales, el derecho de igualdad no es un derecho absoluto, sino que corresponde al legislador determinar tanto el criterio de valoración como las condiciones del tratamiento normativo desigual. Sin embargo, en el sistema constitucional salvadoreño, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia está facultada para examinar si tal tratamiento desigual no es tal que implica la negación del principio de igualdad; pero, por otro lado, esta potestad judicial no puede significar la negación de la muy amplia libertad de configuración de que dispone el legislador en este ámbito, ya que corresponde a éste dotar de relevancia jurídica a cualquier diferencia fáctica que la realidad ofrezca. Lo anterior conduce a que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al examinar el tratamiento desigual consagrado en una disposición legal a la luz del principio de igualdad, no ha de determinar si se ha dictado la regulación más funcional, sino simplemente si la diferenciación carece de una razón suficiente que la justifique; ya que el examen de constitucionalidad no es un juicio de perfección, sino de respeto de límites. De lo dicho podemos concluir que lo que está constitucionalmente prohibido –en razón del derecho a la igualdad en la formulación de la ley- es el tratamiento desigual carente de razón suficiente, la diferenciación arbitraria; o, invirtiendo los términos, la Constitución salvadoreña prohíbe la diferenciación arbitraria, la que existe cuando no es posible encontrar para ella un motivo razonable, que surja de la naturaleza de la realidad o que, al menos, sea concretamente comprensible. Resumiendo los conceptos antes expuestos, es dable afirmar que en la Constitución salvadoreña el derecho de igualdad en la formulación de la ley debe entenderse, pues, como la exigencia de razonabilidad de la diferenciación".

³⁹ Art. 22 de la Constitución. "Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes. Habrá libre testamentifacción". Sobre el principio dispositivo como principio procesal relativo a la disposición de la pretensión, *vid.* Vicente GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal*, con Valentín Cortés Domínguez, José Almagro Nosete y Víctor Moreno Catena, Tirant lo Blanch, Valencia, 6ª edición, 1992, tomo I, vol. I, págs. 329 a 332, quien señala como caracteres esenciales de dicho principio: poder de disposición

expresión mediante la cosa juzgada está justificada en razón de la seguridad jurídica, uno de los fines del sistema; la publicidad procesal en el ámbito penal, está consagrada expresamente⁴⁰.

35. De entre las reglas procesales básicas consagradas constitucionalmente⁴¹, es razonable, en razón del carácter esencialmente subjetivo u objetivo del precepto, hacer una bifurcación entre *derechos de los justiciables*, que generalmente aparecen en el catálogo de derechos fundamentales, y *las garantías constitucionales de la jurisdicción*.

36. Respecto de los primeros, la jurisprudencia constitucional salvadoreña ha insistido en la frase *derecho a un proceso constitucionalmente configurado*, expresión que intenta ser omnicompreensiva de la variedad de derechos de naturaleza procesal consagrados constitucionalmente⁴²; que comprende, *inter alia*:

- a. el derecho de audiencia, como indicativo de la precedencia del proceso para la privación de derechos⁴³;
- b. el derecho de defensa, como expresivo de la efectiva concesión al particular de oportunidades de participación e intervención en un proceso en el cual pueda dictarse una decisión que afecte su situación jurídica;
- c. la prohibición del doble enjuiciamiento⁴⁴;

sobre el derecho material, poder de disposición sobre la pretensión y vinculación del órgano jurisdiccional a las pretensiones de las partes. También Juan MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, con Juan Ortells Ramos y Juan-Luis Gómez Colomer, José María Bosch editor, Barcelona, 1994, tomo I, pág. 512 y ss..

⁴⁰ Art. 12 inciso primero de la Constitución: "Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa". Sobre el principio de publicidad en el proceso, Víctor FAIRÉN GUILÉN, *Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso*, en *Temas del ordenamiento procesal*, Tecnos, Madrid, 1969, tomo I. GIMENO SENDRA, ob., tomo y vol. cit., pág. 349, insiste en la connotación política de dicho principio – relativo al procedimiento –, precisando que se trata de "una conquista del pensamiento liberal".

⁴¹ COUTURE, *Fundamentos ...*, págs. 181 y 182, les denomina principios formativos del proceso o mandamientos procesales.

⁴² A semejanza – pero no idéntico en contenido - del derecho fundamental a la jurisdicción; cfr., José ALMAGRO NOSETE, José. *Instituciones de derecho procesal. Proceso civil*, con José Tomé Paule; Trivium, Madrid; 1ª edición, 1993; tomo 1; pág. 63 y ss.; y, del mismo autor, *El derecho procesal en la nueva constitución*; en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*; No IV, octubre-diciembre, 1978; págs. 857 y ss..

⁴³ Art. 11 de la Constitución: "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa".

⁴⁴ Que aparece consagrado en el Art. 11 inciso primero *in fine* de la Constitución. Al respecto, es importante señalar que la jurisprudencia constitucional ha experimentado una variación que puede calificarse de retroceso en la protección de los derechos de los particulares. En efecto, según sentencia de las 9 hs. del 10 de marzo de 1993, del proceso de amparo No. 1-J-92, la Sala de lo Constitucional de la CSJ había precisado que el principio *non bis in idem* significaba la prohibición de doble juzgamiento, en los siguientes términos: "En consecuencia, el principio *non bis in idem*, consagrado en el Art. 11 de nuestra Ley Fundamental, garantiza a una persona no sólo que no sea condenada dos veces - como erróneamente aseguran los apoderados del tercero beneficiado con el acto reclamado - sino que tampoco sea juzgada dos veces por la misma causa. La prohibición del doble juzgamiento significa, pues, la prohibición de la duplicidad de decisiones respecto de un

- d. la presunción de inocencia en materia sancionatoria⁴⁵;
- e. la prohibición de la prisión por deudas⁴⁶.

37. Las garantías constitucionales de la jurisdicción se bifurcan en:

- a. principios constitucionales sobre la jurisdicción, entre los que se incluyen los principios de exclusividad jurisdiccional⁴⁷ e independencia judicial⁴⁸;

mismo hecho y en relación de una misma persona; y específicamente en el área judicial, la inmodificabilidad del contenido de una resolución estatal que decide de manera definitiva una situación jurídica determinada, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.; sin embargo, en la sentencia de las 15 hs. y 40 m. del 4 de marzo de 2002, la Sala modificó sustancialmente tal criterio – sin consignar motivación del cambio jurisprudencial –, pues circunscribió la protección de la prohibición de doble juzgamiento, a la interdicción de doble condena sobre el mismo punto, en los siguientes términos: “Esta garantía, pues, no garantiza que una persona no sea juzgada dos veces, sino que no sea juzgado dos veces por la misma causa. La prohibición de doble juzgamiento significa, pues, la prohibición sobre la duplicidad de decisiones respecto de un mismo hecho y en relación de una misma persona. En abono de lo anterior, es de señalar que el enjuiciamiento adquiere sentido y contenido, en cuanto pone fin a la contienda o controversia de manera definitiva; esto es, creando, modificando o extinguiendo una situación que afecta a la esfera de las partes en el proceso. --- En efecto, el non bis in idem es la garantía que tiene toda persona a no ser objeto de dos decisiones que afecten de modo definitivo su esfera jurídica por una misma causa, entendiendo por “misma causa” – aunque no tengamos una definición natural – una misma pretensión: eadem personas (identidad de sujetos), eadem res (identidad de objeto o bien de la vida) y eadem causa petendi (identidad de causa: sustrato fáctico y fundamento jurídico), es decir, que está encaminado a proteger que una pretensión no sea objeto de doble decisión jurisdiccional o administrativa definitiva, en armonía con la figura de la cosa juzgada y la litispendencia”.

⁴⁵ Art. 12 de la Constitución: “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”. Es importante señalar que, aunque la disposición constitucional se refiere a imputación de delito, la Sala de lo Constitucional de la CSJ, desde la sentencia de las 12 h. del 17 de diciembre de 1992, en los procesos acumulados de inconstitucionalidad Nos. 3-92 y 6-92, estableció que la presunción de inocencia es aplicable en el campo de las sanciones administrativas.

⁴⁶ Consagrado en el Art. 27 inciso segundo de la Constitución: “Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento”. La Sala de lo Constitucional de la CSJ se ha referido en numerosas decisiones a este derecho; v. gr., la resolución de las 12 h. y 10 m. del 14 de mayo de 2002, en el procesos acumulados de habeas corpus Nos. 296-2001 y 34-2002: “La prohibición de guardar prisión por deudas que se encuentra establecida en el Art. 27 inciso 2º de la Constitución, el cual constituye una garantía normativa del derecho fundamental de libertad física; prohibición que esta Sala ha entendido como la mera imposibilidad de ejercer todo tipo de restricciones o privaciones a la libertad, como consecuencia de un proceso penal que ha sido iniciado para satisfacer una obligación de naturaleza civil o mercantil”. Para un análisis exegético del citado artículo por la Sala de lo Constitucional, haciendo mención de la regulación de dicho instituto en el derecho internacional de los derechos humanos, vid., la resolución de las 12 hs. y 12 m. del 10 de abril de 2003, del proceso de habeas corpus No. 267-2002, cuyos conceptos se repiten – literalmente – en la resolución de las 12 h. 6 m. del 22 de abril de 2003, en el proceso de habeas corpus No. 256-2002.

⁴⁷ Art. 172 inciso primero de la Constitución: “La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso administrativo, así como en las otras que determine la ley”. La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la CSJ prácticamente no ha abordado este tema, salvo – en frase pro forma y de modo marginal – en lo referente a que las órdenes de detención provisional corresponde dictarlas, exclusivamente, a los jueces con competencia en materia penal; v. gr., la resolución de las 10 h. del 10 de febrero de 1998, en el proceso de habeas corpus No. 557-97; aunque en ocasiones, la Sala expresa tal idea en forma realmente incomprensible desde la lógica y la sintaxis, como en la

- y,
- b. previsiones constitucionales sobre el régimen del juzgador, que esencialmente se refieren a las nociones de juez legal o natural⁴⁹, juez imparcial⁵⁰ y juez técnico⁵¹.

4.2. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EL PROCESO PARA LA APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

38. Por otro lado, el derecho constitucional, como todo ámbito normativo, no escapa a la necesidad del proceso para su real y definitiva efectividad, tanto por su efecto disuasorio de probables inobservancias, como por su propiedad de medio de realización de la coercibilidad de las normas jurídicas⁵².

resolución de las 15 h. y 20 m. del 1 de septiembre de 1998, del proceso de habeas corpus No.191-98, en la que asegura que la jurisdiccionalidad es una característica de las órdenes de detención provisional, y que ello deriva de dos notas: "la primera, relativa a la disponibilidad de derecho a la libertad y la segunda, que depende del carácter instrumental de tales resoluciones, lo que implica la subordinación de éstas a un proceso y a la posterior pena y del principio de exclusividad jurisdiccional en el cual el ejercicio le corresponde al Juez que conoce del proceso penal"; galimatías que se ha repetido en varias resoluciones (v. gr., la resolución de las 15 h. y 10 m. del 3 de noviembre de 1999, en el proceso de habeas corpus No. 263-99).

⁴⁸ Art. 172 inciso tercero de la Constitución. "Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes". En varias ocasiones, la Sala de lo Constitucional de la CSJ ha intentado precisar el contenido del principio de independencia judicial; v. gr., la resolución de las 15 hs. y 20 m. del 14 de octubre de 1998, en el proceso de habeas corpus No. 475-98R: "Respecto al principio de independencia judicial, esta Sala se ha pronunciado en su jurisprudencia en el siguiente sentido: La independencia judicial como tal se encuentra en nuestras disposiciones constitucionales en el Art. 172 inc. 2º, el cual regula que los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos al imperio de la ley, en primer lugar a la norma fundamental y posteriormente a las leyes ordinarias, en la cual se afirma la sujeción de éste a la norma jurídica"; y ha insistido, v. gr., la resolución de las 8 hs. y 50 m. del 20 de septiembre de 1996, en el proceso de habeas corpus No. 7-Q-96, en su importancia: "La independencia judicial aparece como elemento esencial del Órgano Judicial, necesariamente vinculado al cumplimiento de la función que como tal le corresponde".

⁴⁹ Art. 15 de la Constitución: "Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por tribunales que previamente haya establecido la ley".

⁵⁰ Art. 16 de la Constitución, dispone: "Un mismo Juez no puede serlo en diversas instancias en una misma instancia"; así como también el inciso quinto del artículo 186: "La ley deberá asegurar a los jueces protección para que ejerzan sus funciones con toda libertad, en forma imparcial y sin influencia alguna en los asuntos que conocen, y los medios que les garanticen una remuneración justa y un nivel de vida adecuado a la responsabilidad de sus cargos".

⁵¹ Art. 186 inciso primero de la Constitución, establece la carrera judicial. Están integrados a la carrera judicial los magistrados de Cámaras de Segunda Instancia, los jueces de Primera Instancia y los jueces de paz, no así los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

⁵² Y es que, al fin y al cabo, como dice Osvaldo Alfredo GOZÁINI, *El significado actual de la Constitución*, cit.; pág. 364: "Tal intención de organizar el Estado en torno del poder para domesticar al absolutismo y la arbitrariedad, no debe, sin embargo, conducirnos a suponer que el contenido constitucional se agota en la estructura de ese mismo poder, ya sometido a límites y controles. --- Esa es la primera cuestión que tendremos que reconocer: *la Constitución no se cumple por el solo hecho de estar programada y declarando derechos de los hombres*"; o también en *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*; UNAM, México; 1995, pág. 80; edición electrónica en formato pdf, en www.bibliojuridica.org. "En la práctica, el cumplimiento de todas las normas requiere de una técnica, y esa técnica la aporta el derecho procesal". En términos equivalentes, Mauro CAPPELLETTI, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*

39. Es indispensable tener en cuenta que, en cuanto la normativa constitucional no constituye un sector dentro del ordenamiento jurídico, sino que – dada su característica de supremacía - se impone tanto lógica como axiológicamente a toda la producción jurídica, incluidos los actos jurídicos concretos, *teóricamente no es indispensable ni imperativo la creación de procesos específicamente destinados a la aplicación de la Constitución*, ya que ésta – por ese carácter supremo y primario - es de obligatoria observancia en todo proceso.

40. Esa es precisamente la lógica -la *ratio*- que sustenta la versión original del denominado sistema difuso de control de constitucionalidad⁵³, explicada con una coherencia contundente y una simplicidad casi extrema desde la innumerablemente citada sentencia Marbury contra Madison, en el ya clásico texto redactado por Marshall⁵⁴: se trata simplemente, como parte del proceso

(*Cuatro estudios de derecho comparado*); Porrúa, México; 1993; págs. 47-48: “en fin, una última razón que, en mi opinión, puede explicar la creciente importancia del fenómeno examinado – la justicia constitucional – es el saber adquirido de que los derechos y las constituciones quedan privados de significado práctico si no se crean instrumentos eficaces para su aplicación: instrumentos que, según nuestra experiencia histórico-comparativa, deben tener naturaleza jurisdiccional, esto es, deben ser confiados a órganos suficientemente independientes respecto del poder político, al cual tienen como misión controlar”.

⁵³ La distinción entre sistema difuso y sistema concentrado, hecha bajo lo que Mauro CAPPELLETTI, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*; UNAM, México; 1987, pág. 59, llama “perfil subjetivo” o “aspecto “subjetivo” del fenómeno” del control de constitucionalidad, es de sobra conocida desde hace varias décadas: “a) El “sistema difuso”, o sea aquel en el cual el poder de control corresponde a todos los órganos judiciales de un ordenamiento jurídico dado, que lo ejercitan incidentalmente, con ocasión de la decisión de las causas de su competencia; y b) El “sistema concentrado” en el cual el poder de control se concentra por el contrario en un órgano judicial solamente”.

⁵⁴ Luis SÁNCHEZ AGESTA, *La justicia constitucional*, en *Revista de Derecho Político*; UNED, Madrid; No. 16, 1982-1983; al respecto, dice: “La argumentación de Marshall es imperecedera y de indiscutible fuerza lógica”; Pablo LUCAS VERDÚ, *Curso de derecho político*; Tecnos, Madrid; 2ª impresión de 3ª edición, 1986; vol. II, pág. 697, afirma que la decisión fue configurada, por Marshall, con “férrea lógica”; y Roberto L. BLANCO VALDÉS, en el Prólogo a la monografía de José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*; Tecnos, Madrid; 2002; pág. 12, refiriéndose a la sentencia Marbury v Madison, asegura: “El razonamiento es tan claro, tan evidente por sí mismo, que cuesta creer que ese principio fundamental, que, nada más, ¡ni nada menos!, convertía a la Constitución en una ley, no fuera aceptado sin discusión del otro lado del Atlántico hasta bien entrado el siglo XX. El libro que el lector tiene en su manos confirma, en todo caso, hasta que punto la victoria norteamericana ha acabado por ser en este terreno concluyente”. André HAURIUO, *Derecho constitucional e instituciones políticas*; Ariel, Barcelona; 2ª edición, 1980; pág. 373., reconoció el carácter lógico del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: “Este procedimiento que es inmensamente eficaz, tiene además la ventaja de ser el más conforme al papel del juez en la aplicación de la ley. Por aplicar las leyes el juez está obligado a resolver los conflictos que surjan entre ellas. Si él soluciona ya los conflictos entre la ley nacional y la ley extranjera, entre la ley nueva y la ley antigua, entre la ley y el reglamento, ¿por qué no ha de tener competencia para regular los conflictos entre las leyes ordinarias y las leyes constitucionales, y por qué no han de tener el poder de rehusar aplicar la ley ordinaria si está en contradicción con la ley constitucional?”; pero, dada la época de su producción jurídica, entendía que tal control “no se ha convertido verdaderamente en una institución de Derecho común constitucional” (*ob. cit.*, pág. 374). Por su parte, Luis LÓPEZ GUERRA, *Introducción al derecho constitucional*; Tirant lo blanch, Valencia; 1994; págs. 200 y 2001, cuestiona la construcción lógica del modelo norteamericano de justicia constitucional, ya que entiende que aplicando la lógica de Marbury vs. Madison “no habría, en puridad, sujeción a la ley” y que, además, que un juez debe apreciar si una ley se opone o no a la Constitución, sólo si ha recibido esa competencia por ley. Para una relación del caso y transcripción de la referida sentencia, *cfr.*, Gerardo ETO CRUZ, *John Marshall y la sentencia Marbury*

lógico de formación de la decisión jurisdiccional⁵⁵, de la aplicación preferente de la norma de mayor jerarquía, la vigencia de un criterio obvio de solución de conflicto internormativo, *lex superior derogat legi inferiori*⁵⁶; y, de este modo, el control judicial de las normas es una derivación lógica de tal concepto de Constitución⁵⁷.

41. Por ello es que, en el plano conceptual, si se acepta una noción garantista de Constitución, no es necesidad ineludible o imperativa la creación ni de mecanismos procesales ni de procesos específicamente diseñados para la

vs. *Madison*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, 2003; pág. 37 y ss.; y, para apreciar el contexto político que precedió, rodeó e incidió en el pronunciamiento de dicha sentencia, *cfr.*, *Marbury v Madison: la política en la justicia*; en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de la ciencia jurídica*; UNAM, 1998; tomo I, pág. 315 y ss., versión electrónica en formato pdf en www.bibliojuridica.org.

⁵⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia Constitucional*, voz en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. III, pág. 3896, lo resume así: "En el sistema norteamericano (y en buena parte de los países iberoamericanos que han seguido ese modelo) de jurisdicción difusa no hay un proceso singular a estos efectos, sino que el juicio de constitucionalidad no es más que una parte lógica del proceso ordinario, aquella en la que el juez identifica la norma de decisión antes de aplicarla a los hechos".

⁵⁶ En el siglo XIX, Alexis de TOCQUEVILLE, *La democracia en América*; Ediciones Guadarrama, Madrid; 1969; hacía ya mención de la forma de operar del sistema estadounidense: "La causa reside en este solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho de basar sus sentencias en la *constitución*, más que en las *leyes*. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales (...). En los Estados Unidos, la constitución domina tanto a los legisladores como a los simples ciudadanos. Es, pues, la primera de las leyes, y no podría ser modificada por una ley. Es justo, pues, que los tribunales obedezcan a la constitución, con preferencia a todas las leyes. Esto afecta a la esencia misma del poder judicial: elegir entre las disposiciones legales aquellas que le encadenan más estrechamente, es, en cierta manera, el derecho natural del magistrado". CAPPELETTI, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*; cit., pág. 67, hace mención de la vigencia de tal criterio en otros planos de la jerarquía normativa: "Cuando la Constitución sea "rígida" antes que "flexible", prevalece siempre sobre la norma ordinaria contrastante, del mismo modo como la ley misma ordinaria prevalece, en Italia, así como en Francia, sobre el reglamento o sea, en la terminología alemana, las *Gesetze* prevalecen sobre las *Verordnungen*". Paolo BISCARETTI DI RUFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado*; Tecnos, Madrid; 3ª edición, 1987; pág. 359, resume en un párrafo la base del criterio que se describe: "Lo anterior simplemente en virtud del principio de que, en el caso de conflicto entre dos normas de eficacia diversa, debe siempre prevalecer la de eficacia superior, o sea, la norma constitucional". Si se acepta la idea de control difuso, resulta difícil e entender la consistencia de sistemas en los que, como en el ordenamiento boliviano, conviven el control difuso, que posibilita a todo juez a preferir la norma constitucional sobre cualquier otra, y un recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, mediante el cual el juez o el funcionario administrativo debe plantear al Tribunal Constitucional la duda sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso concreto; al respecto, *vid.*, José Antonio RIVERA S., *Introducción a la justicia constitucional en Bolivia*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, 2003; págs. 3027 y 3046.

⁵⁷ Precisamente así lo señala Roberto L. BLANCO VALDÉS, *La política y el Derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (Apuntes para un balance)*; en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*; Tirant lo blanch, Valencia; 2001; pág. 420. En el mismo sentido, Raúl CANOSA USERA, *Dificultades para la articulación de la justicia constitucional y la jurisdicción ordinaria en España*; en colectivo *Derecho Procesal Constitucional*; Jurista Editores, Lima; 2003; pág. 93; quien expresa: "La solución más natural sigue siendo la estadounidense: puesto que ya todos los jueces deben aplicar la Constitución, que sea el Tribunal Supremo quien diga la última palabra en materia constitucional como la dice en las demás órdenes jurisdiccionales. Todo el poder judicial, encabezado por su Tribunal Supremo, sería garante de la Constitución".

aplicación de la Constitución; es decir, no es una exigencia lógica del sistema jurídico, sino que tal opción – la creación de mecanismos y procesos especiales – responde a consideraciones, en realidad, no de estricta técnica procesal, sino de naturaleza histórica, política y de conveniencia⁵⁸.

42. Tan es así que en los ordenamientos jurídicos donde el sistema difuso (más propiamente, forma difusa del control de constitucionalidad) no ha experimentado modificaciones trascendentales, no existen procesos especiales para la concreción de la normativa constitucional⁵⁹, ni procedimientos específicos

⁵⁸ Para una visión genérica de las dificultades de la "introducción de semejante método "difuso" de control en los sistemas jurídicos de la Europa Continental y, más en general, en los sistemas llamados de civil law o sea de derivación romanista", cfr., CAPPELLETI, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*; cit., pág. 68 y ss..

⁵⁹ James Allan Clifford GRANT, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política*; UNAM, México; 1963; pág. 34, ya hace 4 décadas señaló: "Es un error clásico buscar el sistema norteamericano en cualquier procedimiento. Algunos creyeron que se había encontrado la clave en el auto de habeas corpus. Otros se han dirigido al recurso de error (*writ of error*). El primero ha adquirido importancia solamente en años recientes, como consecuencia de la expansión en el alcance de tal auto, que va mucho más allá de sus límites originales en el derecho común. (...) El segundo, el mandamiento o recurso de error, fue abolido en 1928, y ha sido reemplazado en gran parte por el recurso discrecional de *certiorari*, o auto para avocarse al conocimiento del asunto. Aunque esto ha cambiado el papel de la Corte Suprema, que ahora controla virtualmente su propia lista de causas pendientes, aceptando para su reexamen solamente aquellos casos que juzga dignos de su atención, no se ha efectuado cambio alguno en la operación de nuestro sistema, que nunca dependió de este ni de ningún otro auto o recurso. En suma, la regla básica de nuestro sistema es que no hay un sistema especial para cuestiones constitucionales. Estas se deciden según surgen en cada caso determinado, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promueven"; y más adelante (ob. cit., pág. 37), insiste: "Con la excepción de los tres casos que acabo de mencionar, todos los otros indicados antes llegaron a la Corte Suprema por recurso de error (*writ of error*). Esto no fue, sin embargo, porque tocaran puntos constitucionales, sino simplemente porque ese era el modo normal, en aquel entonces, de hacer llegar casos a la Corte Suprema desde las cortes federales inferiores o desde la cortes de los Estados". Sobre este mismo tema exponen, tanto CAPPELLETI, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*; cit., págs. 88 y 89, expone: "Se quiere entender también con aquella terminología que será competente para resolver las cuestiones de legitimidad constitucional de las leyes, en general, automáticamente aquel mismo órgano judicial, que es competente para decidir el caso concreto de cuyo seno la cuestión de constitucionalidad haya nacido. De tal modo, las cuestiones de legitimidad constitucional de las leyes, como no son decididas por cortes especiales constitucionales, así por regla general no dan lugar nunca tampoco a especiales procedimientos constitucionales. En verdad, ellas dan lugar solamente a meros "incidentes" en el ámbito de los procesos comunes"; como Luis Paulino MORA MORA, *Las raíces hispánicas de la jurisdicción constitucional costarricense*, en *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*; CEPC, Madrid; 2004; pág. 315: "Todos los tribunales de justicia, llamados a declarar el derecho en los casos concretos, tienen la potestad y el deber de aplicarla, incluso desaplicando cualquier norma de rango inferior que se le oponga, aun la ley, la cual, por ser nula, se desaplica con carácter declarativo y, por ende, retroactivo – *ex tunc* –, con los mismos efectos de una nulidad, pero sólo para el caso concreto". Probablemente por la inexistencia de procesos especiales para la aplicación de la Constitución, es que la *judicial review* no ha generado una disciplina procesal separada de las áreas tradicionales (civil y penal). Al respecto, Domingo GARCÍA BELAUNDE, *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*; cit. pág. 131, señala: "la existencia de la *judicial review* en el mundo sajón, no ha propiciado el interés de una disciplina en torno a ella, si bien es cierto que ha habido mucho debate teórico en los últimos años. Pero la ubicación del tema, se mantiene dentro del Derecho Constitucional, y en todo caso, como problemática judicial, sin que haya habido ningún deslinde sobre ella".

para el control constitucional, sino que éste opera en el contexto de un proceso común concreto⁶⁰.

43. Resultan, entonces, al menos no plenamente exactas, afirmaciones en el sentido que “el Derecho Constitucional se complementa con el Derecho Procesal Constitucional”⁶¹, o que las particularidades de la aplicación de la normativa constitucional “determinan que la vía procesal que sirve de vehículo para la acción prevista revista peculiaridades singulares”⁶², pues, en realidad, la normativa constitucional puede y debe aplicarse en cualquier proceso, no exclusivamente en los procesos específicamente diseñados para la concreción de aquélla; y, por ello, deviene en una contradicción con el concepto mismo de Constitución – en su noción garantista - asegurar que el derecho procesal constitucional sirve para realizar las “normas constitucionales sustantivas”⁶³, ya que, en realidad, todo proceso puede y debe servir para realizar las normas constitucionales, sean materiales, sean procesales.

44. Ahora bien, en un ordenamiento jurídico concreto, según decisión a adoptarse en razón de la determinación de las necesidades y de consideraciones

⁶⁰ Refiriéndose al ordenamiento estadounidense, Juan Manuel LOPEZ ULLA, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*; Tecnos, Madrid; 1999; págs. 36 y 37, expone que la revisión judicial se somete a una serie de reglas de derecho consuetudinario, citando como principales: “a) el caso planteado ha de encerrar la lesión por una ley de un interés constitucionalmente protegido, directa o indirectamente; ha de tratarse de un interés personal y preciso y de una lesión realizada o inminente; b) el tribunal sólo decide la inconstitucionalidad a instancia de parte y únicamente en cuanto tal decisión sea necesaria para fallar el caso planteado; c) cuando la ley es susceptible de dos interpretaciones, el Tribunal escoge la que asegura su validez; y d) la declaración de inconstitucionalidad no debe ser hecha jamás, excepto en un caso claro o cuando al menos existe duda razonable”.

⁶¹ Domingo GARCÍA BELAUNDE, citado por Gerardo ETO CRUZ, en el *Estudio preliminar* a la obra *Derecho Procesal Constitucional* de Domingo García Belaúnde, ya citada; pág. XIX, nota de pie de página 9.

⁶² Sergio DÍAZ RICCI, *Necesidad de un Código Procesal Constitucional*, en *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*; UNAM, México; 2002; pág. 153. La misma idea – que no compartimos – supone asegurar que la ubicación de los procesos constitucionales en un Código Procesal Civil signifique que “el juicio de constitucionalidad se tramita por medio de normas procesales de derecho privado”, como asegura Luis Enrique CHASE PLATE, *La jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa*, en *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*; UNAM, México; 2002; pág. 116; porque, en realidad, todo proceso – inclusive los que sirven para concretar sectores del derecho privado – se tramitan por normas de derecho público. Con esto no estamos diciendo que la regulación de los procesos constitucionales deba incorporarse en un código procesal civil, pero aquéllos – como sector especializado del derecho procesal – no deben obviar los principios básicos y esenciales del derecho procesal.

⁶³ ETO CRUZ, en *Estudio preliminar*, supra; pág. XX. El mismo autor –Gerardo ETO CRUZ– insiste en tal visión del derecho procesal constitucional en *El pensamiento del derecho procesal constitucional en Domingo García Belaúnde*, en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, 2003; pág. 103: “Pero, sumado al texto o código fundamental, existe una suerte de Código Procesal Constitucional que se refleja dispersamente en una serie de instituciones procesales tendientes a hacer prevalecer la “parte sustantiva” de aquel Código Constitucional. En definitiva, se trata de que un virtual Código Procesal Constitucional regule los procesos constitucionales que se reflejan en las diversas “garantías constitucionales” y, por tanto, tratan de afirmar – pues he ahí la ratio legis de dichas normas procesales – la defensa de la Constitución a través de los diversos mecanismos procesales que establezca la propia normatividad constitucional”.

sobre los medios más eficientes y eficaces para potenciar la real vigencia de las normas constitucionales, puede disponerse la creación y establecimiento de *procesos especiales*, esto es, procesos específica y directamente destinados a la aplicación de la Constitución (en contraposición a los procesos para la aplicación de los distintos sectores del sistema jurídico).

45. Así entonces, cuando se crean procesos específicamente diseñados para la aplicación de la normativa constitucional, al conjunto normativo que regula tal clase y conjunto de procesos se le denomina **derecho procesal constitucional**⁶⁴ (por supuesto, no todas las normas que lo integran constituyen normas constitucionales⁶⁵, aunque algunas sí lo son); el cual constituye una disciplina especializada del derecho procesal⁶⁶

⁶⁴ Para una relación sobre los orígenes de la expresión –del nomen iuris-, *vid.*, Domingo GARCÍA BELAÜNDE, *Derecho procesal constitucional*; Mansul Perú Editores, Lima; 1998, págs. 8 a 12; y sobre el objeto de la misma, FIX ZAMUDIO, *Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional*; *cit.*; pág. 93; dice. “En efecto, el derecho procesal constitucional tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en su sentido actual, es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder”. Para una visión panorámica sobre el origen y estructura del derecho procesal constitucional, *vid.*, GOZAÍNI, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos*, *cit.*, pág. 77 y ss.; y Rafael MARQUEZ PIÑERO, *La jurisdicción constitucional*, en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de la ciencia jurídica*; UNAM, México; 1998; tomo III, pág. 2075 y ss, edición electrónica en formato pdf, en www.bibliojuridica.org.

⁶⁵ No se comparte, entonces, la apreciación que hace German J. BIDART CAMPOS, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*; Ediar, Buenos Aires; 1987; pág. 259: “En otros términos, la materia sometida a la jurisdicción constitucional en el proceso constitucional es constitucional, y las normas en juego – tanto las de fondo que rigen la causa, cuanto las de forma que rigen el procedimiento – son constitucionales (las últimas, cuando menos, lo son en sentido material, aunque acaso no estén contenidas en la constitución formal)”.

⁶⁶ Es importante señalar que existe una controversia sobre la autonomía o no del derecho procesal constitucional respecto del derecho procesal general; la que describe RODRÍGUEZ PATRÓN, *ob. cit.*, pág. 118 y ss.. En nuestra opinión, el derecho procesal constitucional no es un sector independiente del derecho procesal general, sino una rama especializada del mismo derecho, esto es, que el proceso constitucional presenta una especialidad pero no una autonomía con relación al proceso en general. En tal sentido, compartimos las ideas que exponen FIX ZAMUDIO, *Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional*; *cit.*; pág. 91: “Tenemos la convicción de que el punto de partida más adecuado para este análisis sistemático debe fundamentarse en la disciplina genérica conocida como “teoría o doctrina general” del “proceso” o del “derecho procesal”, como una creación del llamado “procesalismo científico”, que surgió en Alemania y en Italia en la segunda mitad del siglo pasado y que ha evolucionado en forma impresionante hasta actualidad, y que como lo señaló el notable procesalista italiano Salvatore Satta, contribuyó a la reelaborar, en relación con el proceso, todos los problemas de la teoría general del derecho” (...). --- También debemos estar conscientes que la independencia de las diversas disciplinas procesales respecto del derecho sustantivo es relativamente reciente, y que ese desprendimiento ha sido paulatino, ya que se inició con los derechos procesal civil y penal, y sólo posteriormente respecto a los derechos procesales administrativo, del trabajo, agrario, etcétera, y una de las ramas más modernas, sino es que debe considerarse la más actual, es precisamente el *derecho procesal constitucional*”; Juan Carlos HITTERS, *El derecho procesal constitucional*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, 2003; pág. 395: “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”; Ernesto REY CANTOR, *Derecho procesal constitucional en Colombia*, en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, 2003; pág. 2959: “El derecho procesal constitucional es una rama del derecho procesal, ya que de éste merge la temática basal sobre la

46. Existe, pues, derecho procesal constitucional cuando existe un conjunto normativo –codificado o no es cuestión diferente⁶⁷– que regula y dispone sobre procesos específicamente previstos y diseñados para conocer y decidir sobre la aplicación directa de la normativa constitucional.

5. LA ESPECIALIZACIÓN PROCESAL COMO TÉCNICA PARA LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

47. Ahora bien, para referirse a tal conjunto normativo, indistinta y desordenadamente también se utilizan otras expresiones⁶⁸, como:

a. justicia constitucional⁶⁹;

que versan “procesos” y “conflictos” constitucionales, e incluso de él surgen los trámites procedimentales del caso”; y Víctor BAZÁN, *Derecho Procesal Constitucional: estado de avance, retos y prospectiva de la disciplina*; en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México D.F.; No. 8, julio-diciembre 2007; pág. 102: “El resultado de una indagación epistémica encaminada a delimitar los perfiles de esta parcela del saber, discurrir sobre su densidad autonómica e investigar su localización en el mundo de la Ciencia del Derecho, nos lleva a sostener la autonomía científica del DPC” .

⁶⁷ Sobre las ventajas y cuestionamientos de la codificación del derecho procesal constitucional, vid., Néstor Pedro SAGÜES, *La codificación del derecho procesal constitucional*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, 2003; pág. 499 y ss..

⁶⁸ En realidad, cada expresión hace referencia a un significado distinto y sería conveniente su uso estricto, a fin de evitar una polémica casi exclusivamente terminológica – aunque, en todo caso, la denominación depende del ángulo desde el cual se enfoca el fenómeno. Sobre la multiplicidad de expresiones para referirse al mismo conjunto normativo, Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Derecho procesal constitucional*, en *Temas de Derecho*; ob. cit.; pág. 428, señala que las distintas designaciones de la disciplina son “no necesariamente fungibles”. Quien suscribe se decanta por el uso de la expresión **derecho procesal constitucional**. Optan por este mismo *nomen iuris*, entre muchos, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980; Néstor Pedro SAGÜES, *Derecho Procesal Constitucional*, cit.; y Domingo GARCÍA BELAUNDE, tanto en *Derecho procesal constitucional*, cit. supra; como en *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*; cit., quien señala – como mera hipótesis de trabajo – la posibilidad de la denominación derecho jurisdiccional constitucional; REY CANTOR, *Derecho Procesal Constitucional. Derecho Constitucional Procesal. Derechos Humanos Procesales*; cit.. GARCÍA RAMÍREZ, ob. cit., pág. 428, admite que la designación de derecho procesal constitucional es la que predomina, “ese es el rótulo más frecuentado de una disciplina floreciente”.

⁶⁹ Mauro CAPPELLETTI, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; Konrad HESSE, *Evolución histórica y configuración de la justicia constitucional en Alemania*, en *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987. En la doctrina española, Juan José GONZÁLEZ RIVAS, *La justicia constitucional. Los tribunales constitucionales en Europa Occidental*, en *El Tribunal Constitucional*, DGCE, Madrid, 1980, volumen II; Luis SÁNCHEZ AGESTA, *La justicia constitucional*, en *Revista de Derecho Político*, UNED, Madrid, Nº 16, invierno 1982-83; Pablo LUCAS VERDÚ, ob. y vol. cit., pág. 685 y ss.; José ALMAGRO NOSETTE, *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*; Tirant lo Blanch, Valencia; 2ª ed., 1989; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia Constitucional*, voz en *Enciclopedia Jurídica Básica*; cit., pág. 3893 y ss.. También – distinguiéndola de *Jurisdicción Constitucional* - es utilizada por Antonio TORRES DEL MORAL, *Principios de derecho constitucional español*; Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 3ª ed. renovada, 1992, tomo II, pág. 379 y ss.; y por Luis AGUIAR DE LUQUE, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*; CEC, Madrid; 1997; pág. 20 y ss.. En América Latina, la expresión es sumamente popular, pero se utiliza esencialmente como referente ante la opinión pública, pues en variedad de trabajos, seminarios o reuniones internacionales, denominados bajo ese epígrafe, su contenido en sí se refiere a jurisdicción

b. jurisdicción constitucional⁷⁰;

constitucional, v.gr., en la publicación que reúne las ponencias presentadas en evento internacional bajo el título *Justicia Constitucional: Una promesa de la democracia* (ILANUD, San José, 1992), conviven – por ejemplo - el artículo de Fernando CUADRA, *Breve análisis de la justicia constitucional en Nicaragua en el período histórico comprendido entre 1939 y 1992*, como el de Edgardo MOLINO MOLA, *La jurisdicción constitucional en Panamá*. Otro ejemplo de esa indistinta utilización de tal expresión es el colectivo *Justicia Constitucional Comparada*; UNAM, México; 1993; en el cual conviven los artículos: *El régimen de la justicia constitucional alemana en el contexto internacional*, de Hans-Rudolf HORN; *Notas o sobre o controle da constitucionalidade no Brasil* de Enrique Ricardo LEWANDOWSKI; y *La jurisdicción constitucional costarricense* de Rodolfo PIZA ESCALANTE. Al contenido emotivo de la expresión justicia constitucional hace referencia GARCÍA RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 428: "Acabo de confesar, implícitamente, que todavía me seduce aquella expresión rotunda, que anuncia todo un proyecto político, jurídico y moral: justicia constitucional. Habla del propósito, justicia, y de la mano que lo encamina, Constitución, aunque deje en la penumbra al proceso, instrumento con que se ejecuta el designio justiciero". Lo cierto es que, en todo caso, no existe consenso generalizado sobre el contenido y alcance de la expresión justicia constitucional, ya que mientras algunos (v. gr., Rubén HERNÁNDEZ VALLE, *Introducción al derecho procesal constitucional*; Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México D.F.; 2005; pág. 8) lo rechazan por entenderlo un concepto "muy lato", otros la circunscriben a mecanismos jurisdiccionales, como Pablo PÉREZ TREMP, *Escritos sobre justicia constitucional*; Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México D.F., 2005; pág. 48: " (...) necesariamente el concepto de "justicia constitucional" hay que entenderlo como un concepto material y sustantivo, que no es otro que el conjunto de técnicas tendentes a garantizar e interpretar la constitución mediante mecanismos jurisdiccionales, sean éstos los que sean".

⁷⁰ Hernando DEVIS ECHANDÍA, *Proceso y jurisdicción constitucional en Colombia*, en *Estudios de derecho procesal*, ABC, Bogotá, 1979, tomo I; Domingo GARCÍA BELAÚNDE, *La jurisdicción constitucional en el Perú*; Héctor GROSS ESPIELL, *La jurisdicción constitucional en el Uruguay*; Humberto J. LA ROCHE, *La jurisdicción constitucional en Venezuela y la nueva Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*; Germán José BIDART CAMPOS, *La jurisdicción constitucional en Argentina*; Humberto QUIROGA LAVIÉ, *La jurisdicción constitucional en Argentina*; todas ponencias al II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1977, incorporadas en el colectivo *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984. En la doctrina europea, entre otros, Francisco RUBIO LLORENTE y Manuel ARAGÓN REYES, *La jurisdicción constitucional*, en *La Constitución española de 1978*. Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Prediere y Eduardo García de Enterría, Madrid, Civitas, 2ª reimpression de 2ª edición, 1984; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en España*; Dykinson, Madrid, 1984; y *La jurisdicción constitucional en la actualidad*; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Lima; 1990; aunque en dicho artículo utiliza indistintamente las expresiones jurisdicción y justicia constitucional; Albrecht WEBER, *La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: Una comparación*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, año 6, N° 17, mayo-agosto de 1986, pág. 47 y ss.. Sobre el carácter polisémico de la expresión "jurisdicción constitucional", y la necesidad de delimitar el sentido en que se utiliza, RUBIO LLORENTE, *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional*, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; 1993; págs. 573-574, indica: "A veces, jurisdicción constitucional se identifica con jurisdicción protectora de los derechos fundamentales, aunque tal protección no se efectúe en aplicación de Constitución alguna, en tanto que en otras el concepto se restringe hasta reducirlo sólo a aquella jurisdicción que puede resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes. Esta diversidad de usos, justificada por la necesidad de estudiar desde una perspectiva única instituciones en alguna medida diferentes, tiene su origen último en el hecho de que, en Europa, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, jurisdicción constitucional y jurisdicción que aplica la Constitución (constitutional adjudication) no son términos equivalentes. Aunque todos los jueces y tribunales del Estado deben aplicar la Constitución para resolver sobre la validez de los actos de la Administración o de las normas infralegales, como generalmente es el caso, se reserva a un Tribunal único, denominado Constitucional, la potestad de enjuiciar las leyes desde el punto de vista de su constitucionalidad. Por jurisdicción constitucional en sentido lato, o funcional, se entiende entonces la actuación total

- c. defensa de la Constitución o defensa constitucional⁷¹;
- d. protección de la Constitución⁷²;
- e. protección constitucional de los derechos fundamentales⁷³;
- f. jurisdicción constitucional de la libertad⁷⁴;
- g. garantía jurisdiccional de la Constitución⁷⁵; y
- h. control jurisdiccional de constitucionalidad⁷⁶.

de estos órganos constitucionales, a los que, por la fuerza de las cosas, se les atribuyen otras muchas competencias".

⁷¹ Quizá el más célebre es la obra de Carl SCHMIDT, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983. También utilizan dicha expresión, Luis LÓPEZ GUERRA, *Introducción al derecho constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 193 y ss., Enrique ÁLVAREZ CONDE, *El régimen político español*, Tecnos Madrid, 4ª edición, 1990, pág. 560 y ss.; y Hans Joachim FALLER, *Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania*, en *Revista de Estudios Políticos*, CEC, Madrid, núm. 7, enero-febrero 1979, pág. 47 y ss.. Héctor FIX ZAMUDIO, *La Constitución y su defensa*, en colectivo *La Constitución y su defensa*; UNAM, México; 1984; pág. 11 y ss., recurre a la expresión, pero distinguiéndola conceptualmente de las nociones de jurisdicción o justicia constitucional, pues afirma que "la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución material, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental" (*ob. cit.*, págs. 15 y 16); y escinde la noción de defensa constitucional en dos categorías: protección de la Constitución y garantías constitucionales (*ob. cit.*, pág. 17 y ss.). Luis Carlos SÁCHICA, *La Constitución y su defensa*, en *La Constitución y su defensa*; UNAM, México; 1984; pág. 329, amplía considerablemente el alcance de la expresión defensa constitucional, al asegurar que la misma "tiene una significación ambivalente: mantenimiento del mecanismo protector de las libertades por una parte, y reforzamiento del régimen político vigente, de la otra". Sumamente crítico del término "defensa" se muestra Manuel ARAGÓN, *Comentario Introductorio al Título IX*, en *Comentarios a Leyes Políticas, Constitución española de 1978*; EDERSA, Madrid; 988; tomo XII, págs. 15 y 16, quien estima preferible abandonarlo como sinónimo de la actividad del Tribunal Constitucional.

⁷² Guisepe de VERGOTTINI, *Derecho constitucional comparado*; *ob.cit.*; pág. 183 y ss., quien aunque utiliza esa expresión (protección de la Constitución) para titular una sección de dicha obra, en el texto de ésta utiliza "defensa de la Constitución".

⁷³ V. gr. Piere BON, *La protección constitucional de los derechos fundamentales. Aspectos de derecho comparado europeo*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, CEC, Madrid, nº 11, enero-abril 1992; o en una simbiosis de las expresiones, Pablo PÉREZ TREMP, *La protección de los derechos fundamentales por la justicia constitucional en España*, en *Revista de Derecho Constitucional*; San Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, núm. 6, enero-marzo 1993.

⁷⁴ La ya clásica obra de Mauro CAPPELLETTI, *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*; Imprenta Universitaria, México, 1961; y, recientemente, Joaquín BRAGE CAMAZANO, *La jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México D.F.; 2005.

⁷⁵ El más conocido es el trabajo de Hans KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*; UNAM, México; 2001.

⁷⁶ Esta expresión hace referencia al sujeto que realiza el control desde el parámetro constitucional, aunque se utiliza también eliminando el vocablo "jurisdiccional", v. gr., Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987; y Manuel ARAGÓN, *El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978*, en *Revista de Estudios Políticos*, CEC, Madrid, nº 7, enero-febrero 1979, pág. 171 y ss.; y, en ocasiones, se añade a la expresión el objeto de control, del cual la manifestación más conocida es el control de leyes; v. gr., Sergio PALACIOS LIRA, *Los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes*; Editorial

48. Por otro lado, como ya se indicó, si partimos de la idea normativa de Constitución, no resulta imperativa la creación de mecanismos ni de procesos especiales para la aplicación de la normativa constitucional, todavía menos indispensable resulta aún el establecimiento de entes (integrados o no en el poder judicial) especializados en el ejercicio de la potestad de control de constitucionalidad⁷⁷, pues tal tarea ha de corresponder a todo juez, como elemento connatural al ejercicio de la función jurisdiccional, que incluye seleccionar la norma aplicable al caso concreto⁷⁸.

49. Sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos, amén de la creación de procesos especiales para la aplicación directa de la normativa constitucional, y sin que ello sea un imperativo derivado de aquéllos⁷⁹, se opta por el

Universitaria, S.A., Santiago de Chile, 1962; y Raúl BERTELSEN REPETTO, *Control de constitucionalidad de la ley*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1969; pag. 78.

⁷⁷ Así, Néstor Pedro SAGÚÉS, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, Astrea, Buenos Aires; 2ª edición, 1989; pág. 43, se refiere a una "justicia no especializada"; y añade: "(...), el sistema estadounidense es difuso, desconcentrado o descentralizado en el sentido que corresponde a cualquier juez (sin distinción de grados) realizar tal control. --- El régimen de EE.UU de control de constitucionalidad deja, pues, tal tarea en manos de todos los tribunales judiciales comunes, sin crear una judicatura constitucional especializada en el "fuero constitucional" (ob. cit.; pág. 45). Sobre este mismo tema, CAPPELLETTI, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*; cit., pág. 75, hace la siguiente comparación: "Al contrario, la *Supreme Court* no es otra cosa que el más alto entre los ordinarios órganos judiciales federales americanos, y a ella, como va subrayado, se llega no mediante procedimientos especiales, sino a través del iter de las impugnaciones y recursos normales. Ella, en suma, corresponde si acaso grosso modo a la Corte Suprema de casación italiana, al *Oberster Gerichtshof* austríaco o al *Bundesgerichtshof* alemán, más bien que a las Cortes constitucionales de los países europeos". No se comparte, entonces, la posición que Pablo LUCAS VERDÚ expuso en *Curso de Derecho Político*; Tecnos, Madrid; 2ª impresión de 3ª edición, 1986; vol II, pág. 685, al afirmar que es "menester un órgano calificado encargado de esta misión tan importante, porque de él dependerá, en el fondo, el mantenimiento y cumplimiento de la idea del Derecho político o de la fórmula política contenida en la Constitución"; y que también sostiene Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El examen de constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria*; en *Revista de Estudios Políticos*; CEC, Madrid; No. 7, enero-febrero de 1979; pág. 201, al asegurar que, en "definitiva, es necesario un órgano constitucional encargado de velar por la efectiva supremacía de la Constitución, de asegurar su actuación y desarrollo regulares y de integrarla paulatinamente con la interpretación dinámica de la misma". Antonio TORRES DEL MORAL, ob. cit.; tomo II, pág. 391 habla de la necesidad de contar con una "jurisdicción especial".

⁷⁸ Allan R. BREWER-CARÍAS, en *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*; KAS-CIEDLA, Medellín; 1996; pág. 175; expone la relación entre supremacía constitucional y la atribución judicial de selección de la norma, en los siguientes términos: "Entonces, si se adopta el principio de supremacía constitucional, la consecuencia lógica y necesaria es la atribución dada a todos los jueces del poder decidir cuál norma debe ser aplicada cuando existe una contradicción entre una ley particular y la Constitución, como un verdadero deber, independientemente del sistema jurídico de tradición de common law o de derecho romano del país en particular". O, en términos equivalentes, Andrés BORDALÍ SALAMANCA, *La función judicial de defensa del orden constitucional*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, 2003; pág. 9: "Obviamente, el modelo judicial de control de constitucionalidad por antonomasia es el estadounidense".

⁷⁹ Acertadamente lo señala Iván ESCOBAR FORNOS, *La justicia constitucional en Nicaragua*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, 2003; pág. 2398: "No dudamos que el Derecho Procesal Constitucional tenga autonomía (...) y de que son muchos los países que contemplan procedimientos defensivos de la integridad constitucional. Pero la autonomía de una rama procesal no necesariamente conduce a la creación de órganos especiales encargados de aplicarla".

establecimiento de una competencia especializada⁸⁰, que se confiere además a una magistratura especial, a la que habitualmente se denomina *jurisdicción constitucional*⁸¹.

50. En realidad, es esta acepción orgánica de la expresión jurisdicción constitucional la que presenta utilidad⁸², dado que permite hacer una diferenciación entre las distintas entidades jurisdiccionales; ya que pretender formular un concepto material de jurisdicción constitucional, ante el elevado nivel de generalidad y heterogeneidad, tanto de la normativa constitucional como de los específicos instrumentos procesales que se diseñan para la aplicación de aquella, conduce generalmente a atribuir a la expresión un contenido sumamente impreciso, de dudosa utilidad científica⁸³, o simplemente concluye tal esfuerzo en nociones solapadamente tautológicas⁸⁴.

⁸⁰ SAGÜÉS, *ob. cit.*, pág. 48 y ss., habla de "magistratura constitucional concentrada y especializada": "Otra tendencia (...) deposita el rol de control de constitucionalidad en órganos jurisdiccionales *especializados* en esa función, ubicados o no dentro del Poder Judicial (pero en este último caso, con "fisonomía judicial"), que a menudo tienden a monopolizar tal control que se perfila así como *centralizado* o *condensado*".

⁸¹ Como decimos en el texto, en realidad se trata de una competencia especializada, pues la jurisdicción, como potestad del Estado, es indivisible. Sobre la unicidad de la jurisdicción, MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, tomo cit., págs. 63 y 64, señala. "Si la jurisdicción es una potestad que emana de la soberanía popular es evidente que ha de ser necesariamente única, es conceptualmente imposible que un Estado no federal tenga más de una jurisdicción. De ahí que aunque suele hablarse de jurisdicción civil, de jurisdicción penal, de jurisdicción contencioso-administrativa o de jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales, y otras muchas denominaciones, está fuera de discusión teórica que todas ellas se refieren sólo a manifestaciones de una única jurisdicción. Como dice Prieto Castro estas expresiones se utilizan por comodidad de léxico y con ellas lo que quiere expresarse es la variedad de órganos a los que se atribuye el ejercicio de la jurisdicción (tribunales civiles, penales, administrativos, ordinarios, especiales, etc.) (...) La jurisdicción no sólo es única, es también indivisible y, por lo tanto, todos los órganos jurisdiccionales la poseen en su totalidad, no se tiene parte de la jurisdicción, se tiene potestad o no se tiene. Por ello es incorrecto, en sentido técnico, decir que la jurisdicción civil se atribuye a unos órganos y la jurisdicción penal a otros. (...) Entre las distintas clases de órganos jurisdiccionales no puede distribuirse la potestad; ésta se tiene o no se tiene, pero no se puede tener por parte. Lo que puede distribuirse es el ámbito, material, territorial o funcional sobre el que se ejercita la función jurisdiccional, pues aquél puede ser muy variado. Surge así la noción de competencia".

⁸² En términos equivalentes, Allan R. BREWER-CARIAS, *La justicia constitucional en la Constitución venezolana de 1999*, en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, 2003; pág. 2093: "En cambio, la expresión "jurisdicción constitucional" es una noción orgánica, que tiende a identificar a un órgano específico del Poder Judicial que tiene, en forma exclusiva, la potestad de anular ciertos actos estatales por razones de inconstitucionalidad, en particular, las leyes y demás actos con rango de ley o de ejecución directa e inmediata de la Constitución".

⁸³ Por ejemplo, BIDART CAMPOS, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*; *cit.*, pág. 257; dice que se vislumbra que "jurisdicción constitucional existe cuando en un estado hay una actividad jurisdiccional (judiciaria) que resuelve cuestiones de índole constitucional".

⁸⁴ Como las que exponen, v. gr., Albert WEBER, *La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: Una comparación*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*; CEC, Madrid; No. 17, mayo-agosto de 1986; pág. 52, define jurisdicción constitucional como "la función jurisdiccional dirigida a la garantía y preservación de la Constitución"; María Mercedes SERRA RAD, *Procesos y recursos constitucionales*; Depalma, Buenos Aires; 1992; pág. 4, quien expone, como concepto de jurisdicción constitucional conforme a la corriente material: "Concibe la "jurisdicción constitucional" como la actividad estatal de índole jurisdiccional encargada de resolver los problemas de materia constitucional"; o HERNÁNDEZ VALLE, *ob. cit.*, pág. 8. Sobre las dificultades de un concepto material

51. Ahora bien, es importante aclarar que establecimiento de una competencia especializada para conocer y decidir pretensiones basadas directamente en la normativa constitucional no implica necesariamente excluir a todo juez de la potestad de aplicar la Constitución⁸⁵; o, todavía más, la creación de tal competencia no supone, indefectiblemente, impedir a todo juez desaplicar las normas infraconstitucionales que estime no estén en concordancia con la normativa constitucional⁸⁶.

52. Tomada la decisión, en cada ordenamiento, de establecer una competencia especializada para el control constitucional, según el diseño que de la misma se haga, deberá adoptarse la organización institucional que le sea más útil para potenciar la efectiva aplicación de la Constitución, presentándose, al menos, cuatro posibilidades⁸⁷:

de jurisdicción constitucional, aunque desde otra perspectiva, Francisco RUBIO LLORENTE, *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional*, cit., pág. 573.

⁸⁵ Sobre este punto, RUBIO LLORENTE, *Sobre la relación...*, pág. 469: "Nuestro sistema de control de constitucionalidad atribuye, ciertamente, como el modelo de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, competencias exclusivas al Tribunal Constitucional, pero si por jurisdicción constitucional ha de entenderse la aplicación judicial de las normas constitucionales, la jurisdicción constitucional corresponde en España a todos los órganos judiciales y no sólo al Tribunal Constitucional". También así lo señalan Pablo PÉREZ TREMP, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1985, específicamente pág. 190: "De todo lo hasta ahora dicho en este capítulo se deduce que la creación de una jurisdicción constitucional ad hoc no supone la ausencia de competencias de los jueces y tribunales ordinarios en materia constitucional, o dicho en otra forma, no supone la exclusión de la Constitución del conjunto de normas a aplicar por éstos"; y Enrique BERNALES BALLESTEROS, *El control constitucional en Perú*; en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*; CEPC, Madrid; No. 5, 2001; pág. 50: "A su vez, argumentar a favor de un tribunal especializado y autónomo no debe significar que el juez de la jurisdicción común abdique de sus funciones de control difuso por carecer de la idoneidad de un magistrado anglosajón. Simplemente se trata de asumir que también es compatible con los criterios de seguridad y eficiencia que informan a un sistema jurídico, en el que pueda declararse la inconstitucionalidad de una ley cuando se trata de un organismo centrado en materia propia". Al respecto, CANOSA USERA, *Dificultades para la articulación de la justicia constitucional y ...*, cit.; pág. 99 y ss., identifica ocho casos en los cuales los jueces españoles "interpretan y aplican la Constitución": la interpretación de todas las norma infraconstitucionales conforme a la Constitución; juicio de constitucionalidad previo al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad; juicio de inconstitucionalidad de actos jurídicos públicos; juicio de inconstitucionalidad en exclusiva de los actos de particulares lesivos de derechos fundamentales; juicio de inconstitucionalidad sobre reglamentos administrativos; aplicación de la disposición derogatoria tácita de la Constitución; control *ultra vires* de los decretos legislativos; y resolución judicial de los conflictos de competencia.

⁸⁶ La convivencia de, por un lado, la figura de la desaplicación por el juez común de la ley inconstitucional en el caso concreto y, por otro lado, la declaratoria general de inconstitucionalidad por un tribunal especializado, en los ordenamientos salvadoreño, guatemalteco, colombiano y venezolano, por citar algunos, comprueba tal circunstancia.

⁸⁷ Se refiere también a las posibilidades de organización, Néstor Pedro SAGUÉS, *Problemas de absorción de causas por el órgano superior de control de constitucionalidad*, en *La justicia constitucional a finales del siglo XX*; Palestra Editores, Huancayo; 1998; pág. 31; quien expone: "Generalmente, en un país con control jurisdiccional de constitucionalidad, se dan tres posibilidades de tipo estructural en cuanto al máximo órgano con funciones de control constitucional: a) Una es situar dicho control en la misma Corte Suprema que debe operar como máximo tribunal del país en todas las áreas del derecho (...). --- b) La segunda es erigir un tribunal constitucional especializado, ceñido a ejecutar papeles "constitucionales", y no "subconstitucionales" (...). --- c) El tercer supuesto es crear en una Corte Suprema "clásica" de "ramos generales", una sala especializada en lo constitucional". En América Latina, como bien lo ha señalado Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *Hacia un derecho procesal constitucional local en México*, en *Derecho Procesal Constitucional*; Jurista

- a. conferir la competencia al ente ubicado en la pirámide organizacional del poder judicial (tribunal o corte suprema);
- b. crear una sala especializada dentro del tribunal supremo;
- c. disponer la creación de un tribunal especializado dentro de la organización judicial; o,
- d. establecer un tribunal fuera de la organización judicial.

53. Existen, sin embargo, otras formas de organización, como distribuir entre dos organismos las potestades de decisiones definitivas sobre aspectos constitucionales⁸⁸, situación que se ha denominado “doble control concentrado de constitucionalidad”⁸⁹ o “control compartido” de constitucionalidad⁹⁰; o crear entes *ad hoc* responsables de la preparación de un proyecto de sentencia, pero la decisión sobre constitucionalidad corresponde a otro organismo⁹¹.

Editores, Lima; 2ª edición, 2004; tomo I, pág. 198; existen las 4 modalidades: “Además de consolidarse en Iberoamérica tribunales u órganos de naturaleza constitucional encargados esencialmente de la interpretación y aplicación directa de la normativa suprema, con independencia de su denominación, a saber: a) sean como tribunales o cortes constitucionales autónomos ubicados fuera del aparato jurisdiccional ordinario (Chile, Ecuador, España, Guatemala, Perú y Portugal); b) sean como tribunales o cortes autónomos dentro de la propia estructura del Poder Judicial (Bolivia y Colombia); c) sean como salas especializadas en materia constitucional pertenecientes a las propias cortes o tribunales supremos (El Salvador, Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela); d) o sean como cortes o tribunales supremos ordinarios realizando funciones de tribunal constitucional, aunque no de manera exclusiva (Argentina, Brasil, México, Panamá y Uruguay)”.

⁸⁸ Es el caso, por ejemplo, de Chile, respecto del cual Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *La jurisdicción constitucional en Chile*; en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*; Dykinson, Madrid; 1997; pág. 540; describe: “La Carta Fundamental de 1980, mantiene la estructura de la jurisdicción constitucional de la etapa final de la vigencia de la Constitución de 1925, mediante un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad concentrado en manos de la Corte Suprema de Justicia con efectos *inter partes* (artículo 80) y un control de constitucionalidad radicado en un Tribunal Constitucional que ejerce un control generalmente preventivo con efectos *erga omnes*, con algunas diferencias relevantes en relación al anterior Tribunal que rigió entre 1971 y 1973”. O también fue el caso de la reforma constitucional colombiana de 1979, en la que, como señala José F. PALOMINO MANCHEGO, *Los orígenes de los tribunales constitucionales en Iberoamérica (1931-1979)*, en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, 2003; pág. 421: (...) con fórmula intermedia, repartió la jurisdicción constitucional que tenía la Corte Plena, entre ésta y su Sala Constitucional, asignando a la primera las cuestiones que parecen tener mayor resonancia política: las reformas constitucionales y los decretos de Estado de sitio y de Estado de emergencia económica y social, y a la Sala citada las leyes, los proyectos de ley objetados, y los decretos que se dicten cuando el Congreso no aprobó el proyecto de ley de plan de desarrollo y cuando el Ejecutivo es habilitado por el Congreso para legislar con facultades extraordinarias o para intervenir sobre la economía”.

⁸⁹ Así le denomina, refiriéndose al ordenamiento chileno, Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *El doble control concentrado de constitucionalidad en Chile (Tribunal Constitucional y Corte Suprema): situación presente, visión prospectiva y reformas constitucionales en trámite*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, 2003; pág. 2869 y ss..

⁹⁰ Es la expresión que utiliza Juan COLOMBO CAMPBELL, *Funciones del derecho procesal constitucional*, en la versión electrónica de la revista *Ius et Praxis*, en www.utalca.cl para referirse al sistema de control de constitucionalidad chileno.

⁹¹ José A. RIVERA SANTIVÁÑEZ, *Supremacía constitucional y sistema de control de constitucionalidad*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Jurista Editores, Lima; 2003; pág. 44; refiriéndose a la experiencia colombiana relata: “Mediante la reforma constitucional de 1968 se creó, dentro de la Corte Suprema de Justicia, una Sala Constitucional encargada de preparar los proyectos de sentencia en materia constitucional y cuya aprobación correspondía a la Sala Plena”; la que

54. Por supuesto, la selección de una específica forma de organización no es, por sí, garantía de aplicación de la Constitución y, todavía más, no existe una forma ideal de organización, sino que ello debe adoptarse según las circunstancias propias de cada país⁹².

55. Ahora bien, es necesario aclarar que la tendencia hacia la especialización procesal (sea en aspectos dinámicos, mediante procesos y/o mecanismos procesales; sea aspectos organizacionales, como el establecimiento de entidades especializadas) no supone, de ninguna manera, el establecimiento de un “tercer género” en los sistema de control constitucional⁹³, al que, en una caracterización sumamente discutible, tanto desde la técnica procesal como desde la estructura organizacional, se ha calificado de “sistemas mixtos”⁹⁴,

también describe PALOMINO MANCHEGO, *Los orígenes de los tribunales constitucionales en Iberoamérica (1931-1979)*, cit.: págs. 420-422.

⁹² Al respecto, con claridad, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en Bolivia en 1994*; en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*; Dykinson, Madrid; 1997; pág. 366 expone: “ En conclusión, como se ha dicho, la integración o separación del órgano de justicia constitucional en el Poder Judicial no es una cuestión definitoria de esencia. Desde luego, como en otro lugar hemos señalado, la opción por un órgano “ad hoc” responde a razones fácilmente perceptibles en los sistemas jurídicos europeo-continental; las propias peculiaridades de la hermenéutica constitucional parecen hacer conveniente la atribución del control de la constitucionalidad a un órgano diferenciado de los Tribunales ordinarios, pero ello no puede ser considerado como una regla universal ni como dogma insalvable. Tan legítima es la atribución de la función de control de constitucionalidad a un órgano “ad hoc” como a un órgano integrado en el Poder Judicial. Se trata, pues, de una libre opción del poder constituyente”.

⁹³ No comparto, pues, la caracterización que hace Allan R. BREWER-CARÍAS, en *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad ...*, cit., pág. 166: “(...) el modelo mixto o integral, que se erige como un tercer género frente al modelo de control concentrado exclusivo, europeo o latinoamericano, y al modelo americano o difuso”.

⁹⁴ Domingo GARCÍA BELAUNDE, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, en *La justicia constitucional a finales del siglo XX*; Palestra Editores, Huancayo; 1998; pág. 143; explica tal expresión así: “Es lo que se denominan sistemas mixtos, es decir, mezcla de dos o más modelos, con diferentes elementos, que dan lugar a un *tertium* que no es lo que son los dos anteriores, pero tampoco algo enteramente autóctono y original. Por cierto, este *mixtum* es algo derivado, pues proviene de otros”. Utilizan la expresión “sistemas mixtos”, entre otros, SAGÜES, ob. cit., pág. 51; SERRA RAD, ob. cit., pág. 32; LÓPEZ GUERRA, ob. cit., pág. 198: “Ambos sistemas, el americano y el europeo, partiendo de bases diferentes, sin embargo, confluyen en muchos aspectos, siendo difícil una distinción tajante: de hecho, no faltan países que ha adoptado fórmulas mixtas”; Rodolfo PIZA ESCALANTE, *Jurisdicción constitucional costarricense*, en *Justicia Constitucional Comparada*, cit., pág. 140, aunque éste matiza en la siguiente forma: “otros países del sistema romano, como Guatemala y Venezuela, han adoptado lo que se consideran sistemas mixtos, al establecer el funcionamiento de sistemas difusos y concentrados de constitucionalidad en forma paralela”; aunque asemeja que la idea de calificar algunos sistemas como “mixtos” – y, en todo caso, donde aparentemente está más aceptada la expresión– es en Colombia y Venezuela; cfr., al respecto, Allan R. BREWER-CARÍAS, *El sistema mixto o integral de control ...*, cit., pág. 163 y ss.; y José Vicente HARO, *La articulación del control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad en el sistema venezolano de justicia constitucional*, en *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*; UNAM, México; 2002; págs. 212-215. Atribuyen la calificación de mixto a los los sistemas de control de constitucionalidad de Bolivia (cfr., José Antonio RIVERA S., *Introducción a la justicia constitucional en Bolivia*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, pág. 3022), de Nicaragua (cfr., Iván ESCOBAR FORNOS, *La justicia constitucional en Nicaragua*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, pág. 2395); Panamá (cfr., *El bloque de constitucionalidad*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, pág. 2800) y Perú (cfr., Aníbal QUIROGA LEÓN, *Derecho Procesal Constitucional Peruano*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición,

“modelos híbridos”⁹⁵, “sistema integral”⁹⁶, “sistemas difusos-concentrados”⁹⁷, o “sistema dual de modelos funcionalmente mixtos”⁹⁸; así como tampoco se trata de aducir la existencia de otro modelo simple y sencillamente porque algunos sistemas no encajen en los modelos básicos, sobre todo si tales propuestas tienen connotaciones esencialmente geográficas, como cuando se habla del “modelo iberoamericano”⁹⁹ o del “sistema de control de constitucionalidad

pág. 2916). Para una decidida crítica a tal calificación, Hernando YEPEZ ARCILA, citado por HARO, *ob. cit.*, pág. 214: “En mi opinión, la realidad estructural del sistema no lo configura como una modalidad mixta, dada la inexistencia de imbricación entre su modalidad de jurisdicción concentrada y su modalidad de jurisdicción difusa. Se trata, más que de un sistema mixto, de dos modalidades paralelas establecidas una al lado de otra sin conexión entre sí”.

⁹⁵ Cfr., Lucio PERORARO, *La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*; CEPC, Madrid; No. 6, 2002; págs. 394 y 395: “La introducción primero en Alemania e Italia y posteriormente en España del control incidental de constitucionalidad ha propiciado que se hable de *hibridación* de los modelos jurisdiccionales, sin cuestionar, sino hasta hace poco tiempo, la dualidad originaria a la que nos hemos referido”.

⁹⁶ BREWER-CARÍAS, *El sistema mixto o integral de control ...*, *cit.*, pág. 163; hace la siguiente justificación del adjetivo: “Dentro de los sistemas de control de constitucionalidad que existen en el mundo, el sistema mixto de control de constitucionalidad que existe en Colombia y Venezuela, se configura como un modelo de justicia constitucional en sí mismo, mixto o integral, que combina el llamado sistema difuso con el sistema concentrado de control de constitucionalidad, y que se consolidó en nuestros países mucho antes de que este último se hubiese comenzado a implantar en Europa”. Utiliza también la expresión “integral” para referirse a lo que identifica como sistema colombo-venezolano, Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y Europa*; en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*; CEPC, Madrid; 2000; pág. 278 y ss.. Crítico con tal calificación es Carlos M. AYALA CORAO, *La jurisdicción constitucional en Venezuela*, en colectivo *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*; Dykinson, Madrid; 1997; pág. 936; al asegurar que calificar de “integral” un sistema no dice prácticamente nada de sus características o de su contenido; y, sobre todo, porque no puede decirse que otros sistemas, como el estadounidense, no sean integrales”.

⁹⁷ PERORARO, *ob. cit.*; págs. 401-402.

⁹⁸ Utiliza tal expresión José F. PALOMINO MANCHEGO, *Control y magistratura constitucional*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Jurista Editores, Lima; 2003; págs. 163 y 164; refiriéndose al sistema de control en el ordenamiento peruano: “Importa decir, sin embargo, que tal dualidad de magistratura constitucional no representa la coexistencia simultánea de los modelos puros u originarios de control constitucional de las leyes, el americano y el kelseniano. Ello, debido a que la recepción constitucional y las leyes que desarrollan ambos modelos, han añadido matices, que si bien no inciden en sus aspectos orgánicos, sí gravitan en sus aspectos funcional y competencias, que bien podría llevarnos a hablar de la configuración, en puro rigor, de un sistema dual de modelos funcionalmente mixtos de constitucionalidad”.

⁹⁹ Por ejemplo, Rodolfo PIZA ESCALANTE, *Legitimación democrática en la nueva justicia constitucional en Costa Rica*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*; KAS, México; 1995; pág. 138 y ss., en una propuesta que no compartimos, sugería añadir un “*tertium genus*” a los modelos norteamericano y europeo, que denomina “modelo iberoamericano”; pero, singularmente, no exponía características estructurales y procesales de dicho modelo, sino básicamente de expectativas, ya que al referirse al mismo decía (*ob. cit.*, pág. 139) que era, de todos los modelos de justicia constitucional, “su expresión teórica más completa, en la medida en que este “*tertium genus*” se reconozca más bien como una tendencia ideológica común de las naciones americanas de ascendencia hispánica y portuguesa, por encima de la enorme pobreza de su realización práctica, aunque admita – al igual que los dos primeros –, muy variadas soluciones concretas, y a pesar de que sólo se haya aceptado con aceptable coherencia en algunos ordenamientos”. PIZA ESCALANTE insistió en la idea del modelo iberoamericano en el artículo *Una década de la nueva justicia constitucional*, que aparece en el sitio web www.uaca.ac.cr: ““No puedo creer que sea debido a algo más que el “eurocentrismo” todavía predominante, especialmente en la literatura jurídica de nuestro subcontinente, el hecho de que aun los autores

latinoamericano"¹⁰⁰; o también pueden resultar poco útiles clasificaciones excesivamente genéricas¹⁰¹.

56. Lo anterior porque, si por un lado se asume el concepto garantista de Constitución y, por otro lado, se aborda el fenómeno del control jurisdiccional de constitucionalidad desde una perspectiva procesal constitucional, no es que exista una mixtura de sistemas (la convivencia en un ordenamiento de mecanismos de dos sistemas diferentes de control de constitucionalidad no convierte a aquél en una mezcla de éstos), ni tampoco una bifurcación o enfrentamiento entre los sistemas difuso y concentrado de control constitucional, sino que más exactamente se trata de *diferentes estadios de especialización procesal para la operatividad de los mecanismos de solución de un conflicto internormativo: entre la normativa constitucional y el resto de producción jurídica*¹⁰².

iberoamericanos acostumbren ubicar sus propios sistemas de Justicia Constitucional en función de los dichos dos modelos "puros" o paradigmáticos –el norteamericano o difuso y el concentrado o europeo–calificándolos de "mixtos", "derivados", "combinados", "impuros" o "híbridos", en cuanto recogen rasgos de uno u otro de aquéllos en formas, extensiones e intensidades diversas. Sin embargo, en el caso del panorama iberoamericano en materia de Justicia Constitucional no, la variedad de soluciones concretas que ofrece no empece la evidencia de tradiciones, criterios e ideales constitucionales más o menos comunes en todos – o casi todos – los Estados de nuestra estirpe, comunidad cuya observación me ha venido induciendo a reclamar –con honrosas compañías, como la del Maestro Brewer Carías –, que no es correcto, ni justo reducir los modelos de Justicia Constitucional a aquellos dos paradigmáticos a que, como dije, se ha hecho costumbre referir, con simplismo, todos los sistemas conocidos: el norteamericano o "difuso", y el europeo o "concentrado", cuyas categorías y criterios, aun combinados, no alcanzan a explicar el que, con perfiles y caracteres propios, no reductibles a los otros dos –además, anterior al nacimiento del segundo y hasta de su ilustre creador–, puede bautizarse de "iberoamericano" –para incluir al Brasil y no hacerlo con Haití, que no tiene nada que decir en esta materia–. Continúa la misma propuesta, MORA MORA, *ob. cit.*, pág. 319 y ss., quien basándose en las ideas de Piza Escalante, sostiene que "el modelo iberoamericano no es un conjunto de soluciones intermedias, con rasgos tomados y más o menos mezclados de los dos primeros, sino una propia y verdadera tercera opción, no sólo esencialmente diversa, sino incluso incomunicable con ellos y, además, en muchos casos anterior en el tiempo al segundo de los modelos".

¹⁰⁰ Cfr., Eduardo ROZO ACUÑA, *Estudio Preliminar*, en *Derecho Procesal Constitucional*; Ad-Hoc, Buenos Aires; 1ª edición, 2003; págs. 25 y 26, quien dice: "En el tiempo, el sistema de control de constitucionalidad latinoamericano, ya se lo puede denominar en estos términos, ha logrado adquirir un contenido de originalidad jurídica, de plenitud o *completezza* institucional, y de integración orgánica y funcional, que ciertamente le confieren una propia identidad en el universo jurídico, no obstante las influencias que ha podido recibir del derecho público europeo y estadounidense. Sintéticamente, el sistema se caracteriza actualmente, en su esencia y en modo casi uniforme en la mayor parte del subcontinente americano, por la consagración simultánea, en modo compatible e integral, del control centralizado y del difuso, complementado con una serie de mecanismos e instrumentos jurídicos y políticos, como la acción popular o ciudadana de inconstitucionalidad y la acción de los directamente interesados ante la Corte Suprema, Corte o Tribunal Constitucional".

¹⁰¹ En tal situación podría incurrir la clasificación entre sistemas unitarios y sistemas plurales que propone PEGORARO, *Clasificaciones y modelos de justicia constitucional ...*, *cit.*, págs. 154 y 155: "Parece pues que básicamente pueden diferenciarse, en relación con el contexto estructural en el que se insertan los órganos de justicia constitucional, entre Tribunales que operan en una posición monopolista (sistemas unitarios) y Tribunales que actúan en concurrencia con otros sujetos (sistema plurales)".

¹⁰² Aunque desde una perspectiva distinta, BISCARETTI DI RUFFIA, *ob. cit.*, págs. 358 y ss., muy *grosso modo*, se acerca a esta idea cuando describe que existe una hipótesis "calificada de jurisdicción

57. Tal especialización procesal para la aplicación de la Constitución, comprende -al menos- los siguientes estadios, que en forma sumamente esquemática se indican:

- a. Procesos (más exactamente, mecanismos procesales) y tribunales comunes;
- b. Procesos especiales (más propiamente, mecanismos procesales especiales) y tribunales comunes;
- c. Procesos especiales y tribunales especializados integrados en el poder judicial (sea salas integradas organizativamente en otro tribunal o un tribunal autónomo pero que forma parte de la organización judicial); y
- d. Procesos especiales y tribunales especializados no integrados en el poder judicial.

58. No es exacto, entonces, hoy día, al menos desde una comprensión procesal constitucional de los mecanismos de aplicación de la Constitución, hablar de dos "categorías de jurisdicción constitucional"¹⁰³, de "dos sistemas contrapuestos"¹⁰⁴, de "sistemas disímiles"¹⁰⁵, así como tampoco es exacto hablar de sistemas que en ocasiones tienden a entrelazarse¹⁰⁶.

difusa de constitucionalidad" (ob. cit., pág. 360), un grupo de Constituciones que establece "procedimientos particulares para el control de inconstitucionalidad" (ob. cit., pág. 361), y que otras Constituciones "han adoptado una tercera vía, es decir, la de atribuir el propio control a un órgano especial, de carácter constitucional y de naturaleza, si así se puede decir, jurídico-política" (ob. cit., pág. 362). Por otro lado, FIX ZAMUDIO, *La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad, en La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá; 1984; pág. 485*, aunque aprecia los diferentes mecanismos procesales para el control jurisdiccional de constitucionalidad a partir del enfrentamiento de los sistemas y no como una diferenciación por especialización, hablaba, refiriéndose al establecimiento de una jurisdicción constitucional especializada, como "la verdadera culminación del desarrollo de la justicia constitucional en Iberoamérica", expresión que da la idea de evolución, de un transcurrir hacia la especialización.

¹⁰³ Héctor FIX ZAMUDIO, *La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general ...; cit.*, pág. 441: "Desde un punto de vista puramente doctrinal, podemos señalar dos categorías de jurisdicción constitucional que han influido, según se ha dicho, en los ordenamientos iberoamericanos". Menos acertado, colocar en un mismo plano los controles jurisdiccionales y el control político, *cfr.*, GARCÍA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, cit., pág. 155: "Me di cuenta de que las tres categorías clásicas, eran el modelo americano, el modelo europeo, y el modelo político".

¹⁰⁴ Así califica CAPPELLETTI, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado); cit.*, pág. 66, la distinción entre los sistemas difuso y concentrado.

¹⁰⁵ BERNALES BALLESTEROS, *El control constitucional en Perú; cit.*, pág. 50; hace tal calificación al expresar: "En la alternativa de dos sistemas disímiles, algunos países latinoamericanos han optado por el sistema europeo de Tribunales Constitucionales frente al modelo contrapuesto de invalidación de leyes a cargo del Poder Judicial. Sin embargo, el Perú ha asumido, en su más reciente evolución constitucional, ambos sistemas".

¹⁰⁶ SAGÜES, *ob. cit.*; pág. 51: "Bueno es alertar que a menudo los sistemas "estadounidense" (control de constitucionalidad judicial, realizado por la justicia común) y "austriaco" (control jurisdiccional por una magistratura especializada en lo constitucional) tienden a entrelazarse, generando sistemas complejos o, mixtos". Tampoco se trata de una "mezcla" o "combinación" de los sistemas, como FIX ZAMUDIO, *La justicia constitucional en Iberoamérica y ...; cit.*, págs. 444 y 446, respectivamente, se refirió, en esencia, a los controles de constitucionalidad en América Latina.

59. Resulta más acertado hablar de formas y modos diferentes de control de constitucionalidad, de estadios de especialización procesal, pero no ubicándolos en distintas categorías o de manera enfrentada; y, por ello, al menos desde una perspectiva estrictamente procesal para la aplicación de la Constitución, no es exacto hablar de una “progresiva fusión de los sistemas de control jurisdiccional difuso y concentrado”¹⁰⁷, ni tampoco de una “progresiva convergencia de ambos sistemas”¹⁰⁸, dado que los mismos, en verdad, no son “sistemas antitéticos”¹⁰⁹ o completamente diferentes¹¹⁰, sino distintas formas y modos –en grado de especialización procesal, no en esencia– de efectivizar una misma regla: la prelación de la normativa constitucional sobre las disposiciones y actos infraconstitucionales.

60. Es precisamente a partir de tal idea que los mecanismos procesales (sea procesos, sea recursos, sea previsión de efectos vinculantes) que operan como parte de los sistemas de control concentrado, claramente pueden comprenderse como técnicas de especialización procesal del modelo primigenio, siendo más evidente en los instrumentos de carácter incidental o iniciación concreta para la declaratoria de inconstitucionalidad¹¹¹, pero tal calificación es posible aun respecto de los instrumentos procesales de naturaleza abstracta (la denominada –según cada ordenamiento -acción o recurso de inconstitucionalidad)¹¹².

¹⁰⁷ Sobre este tema, vid., FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en la actualidad*; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Lima; 1990; pág.112 y ss.

¹⁰⁸ José A. RIVERA SANTIVÁÑEZ, *Supremacía constitucional y sistema de control de constitucionalidad*; cit.; pág. 34: “Cabe advertir que, si bien conceptualmente existen diferencias entre uno y otro modelo, en la práctica, conforme se fueron consolidando los sistemas de control de constitucionalidad, existe una progresiva convergencia de ambos sistemas, es decir, entre el modelo americano y el europeo”.

¹⁰⁹ Cfr., FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en la actualidad*; pág. 114.

¹¹⁰ Cecilia MORA-DONATTO, *El valor de la Constitución normativa*; UNAM, México; 2002; pág. 47, asegura que “el control de constitucionalidad europeo es completamente diferente al modelo Americano”.

¹¹¹ Así, FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en la actualidad*, cit.,113; señala: “El acercamiento entre los recursos propuestos directamente al juez constitucional “concentrado” y los juicios de constitucionalidad a él remitidos por un juez “difuso” en virtud de la relación de prejudicialidad (“rapporto di pregiudizialità”), permite descubrir una más amplia unidad de los sistemas de garantía constitucional, si se advierte que tanto uno como otro instituto comportan tan sólo modificaciones menores de estructura respecto al “sistema americano”, cuya posición se reafirma, pues, como mucho más capital de cuanto generalmente se piensa”. Para una visión panorámica de las modalidades de control incidental, vid., PEGORARO, *La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional*; en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; No. 6, 2002; págs. 398-400.

¹¹² Pues la acción o recurso de inconstitucionalidad, que en el denominado sistema concreto conduce a la declaratoria general de inconstitucionalidad, puede entenderse, a efectos prácticos, como un instrumento procesal para lograr los efectos vinculantes de la decisión sobre la constitucionalidad de una disposición, que en los sistemas del *commow law* se logra en virtud del principio del *stare decisis*. Al respecto, ya CAPPELLETTI, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*; cit., pág. 311, señalaba, visto el fenómeno “desde la otra orilla”, que en el sistema estadounidense, el control de constitucionalidad “no da lugar –al menos teóricamente –a una verdadera anulación, con efectos *erga omnes*, de la ley anticonstitucional, sino tan sólo a la inaplicación, en ese caso concreto, de la norma considerada inconstitucional. Sin embargo, hay que precisar de inmediato, a propósito de este tema, que en los países del *commow law*, en virtud de la doctrina del *stare decisis*, todos los tribunales (o al menos todos los tribunales inferiores) quedan vinculados por la declaración de inconstitucionalidad de una norma realizada por un tribunal

61. Ahora bien, la especialización procesal no es una exigencia ni natural ni indefectible del concepto normativo de Constitución, ni necesariamente significa – al menos en el plano teórico– un valor agregado respecto del modelo más antiguo¹¹³, por lo que la tendencia a la especialización no significa indefectiblemente una evolución hacia el mejoramiento del sistema de control de constitucionalidad, sino que cada ordenamiento debe optar por los instrumentos (procesales y orgánicos) más adecuados para que el control jurisdiccional de constitucionalidad sea tanto eficiente como eficaz, aunque ello signifique la no coincidencia con un arquetipo meramente teórico, ya que el derecho debe responder a necesidades concretas y no a modelos a imitar.

62. Con todo, dada las peculiaridades que exige el modelo estadounidense – la noción sobre derecho, el rol del juzgador –, el mismo ha sido escasamente exportable, por lo que la tendencia más acentuada es, definitivamente, hacia la especialización procesal¹¹⁴, justificada, fácticamente, por razones históricas y, teóricamente, por las singularidades de la normativa constitucional¹¹⁵.

63. En todo caso, parece que el enfrentamiento entre sistemas difuso y concentrado, o entre sistema americano y europeo debe abandonarse¹¹⁶, pues

superior, a pesar de que esa declaración sea meramente incidental, con lo que ésta adquiere en la práctica valor *erga omnes*"

¹¹³ Maurice DUVERGER, *Instituciones políticas y derecho constitucional*; Ariel, Barcelona; 6ª edición española, 1980; pág. 176, se pronuncia a favor de la especialización: "En esta perspectiva, sin embargo, el sistema del tribunal especial encargado de controlar la constitucionalidad parece preferible al del control por los jueces ordinarios, pues permite escoger unos jueces constitucionales mejor adaptados a su función".

¹¹⁴ Señala esta tendencia Eloy ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, *Apuntes sobre la jurisdicción constitucional hoy y sus principales tendencias y desafíos*; en *Derecho procesal constitucional*; Ad-Hoc, Buenos Aires; 1ª edición, 2003; págs. 125-126: "(...) lo expuesto puede explicar que son cada vez más los Estados que incorporan tribunales constitucionales a sus diferentes ordenamientos jurídicos, o en su defecto, incorporan a las estructuras de control difuso que ya tenían, elementos de control concentrado. Es más, puede apreciarse que incluso en los Estados que tradicionalmente optaron por un control difuso, se viene promoviendo la creación de juzgados especializados en materia constitucional. Existe, pues, una preocupación por un mayor rigor, la cual va de la mano de una mayor y mejor especialización".

¹¹⁵ Al respecto, ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, *Apuntes sobre la jurisdicción constitucional hoy y sus principales tendencias y desafíos*; cit.; pág. 125: "Siendo la Constitución una norma jurídica con un status y características muy singulares, la interpretación de esa importante norma no se puede regir bajo cualquier parámetro, sino que tiene también sus pautas específicas. Consecuencia de ello es, lógicamente, la de una tendencia hacia la especialización de quienes integran órganos con atribuciones jurisdiccionales cuya responsabilidad es la preservar la supremacía de los preceptos constitucionales".

¹¹⁶ Al respecto, RIVERA SANTIVANEZ, *Supremacía constitucional y sistema de control de constitucionalidad*; cit.; pág. 34, relata que en un trabajo inédito de Francisco Fernández Segado se "plantea la hipótesis de que la clásica bipolaridad entre "sistema americano" versus "sistema europeo-kelseniano" hoy en día resulta ser una obsolescencia teórica". En realidad, tal bipolaridad no resulta ahora válida ni como planteamiento teórico, pues no explica la realidad, sino que probablemente deba abandonarse aquélla, en busca de formulaciones que expliquen desde unas bases teóricas comunes los diferentes mecanismos procesales. En la misma línea de pensamiento Javier TAJADURA TEJADA, *Retos y desafíos del derecho procesal constitucional en los umbrales del tercer milenio: reflexiones desde la perspectiva europea*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, 2003; pág. 525: "En este contexto, la doctrina ha advertido de la conveniencia de abandonar la contraposición de ambos modelos como método para el estudio

basarse en la bipolaridad difuso/concentrado no coadyuva a la comprensión de las diferentes expresiones del control de constitucionalidad que se establecen en cada específico ordenamiento jurídico.

64. O, al menos, debe replantearse el análisis de los sistemas denominados “puros” u “originarios”, entendiendo éstos como simples arquetipos de modelos heurísticos y no como productos naturales; ello con el fin que, desde la perspectiva procesal constitucional, el “*tertium comparationis*” o el criterio diferencial para la clasificación de los sistemas debe desplazarse, de la estructura orgánica a la “arquitectura” procesal, de modo tal que el análisis incluya las diferentes manifestaciones de especialización procesal, examinar íntegramente las diferentes técnicas de especialización, que comprenderá mecanismos (como recursos y consultas), procesos y tribunales; evitando tanto pregonar enfrentamientos meramente artificiales como hacer equivalencias que en realidad no son tales¹¹⁷.

65. Desde esa perspectiva, los diferentes instrumentos procesales para la

comparado de la jurisdicción constitucional (...), pero sobre todo de la diversificación de los sistemas europeos, esos modelos han perdido utilidad analítica”.

¹¹⁷ Así, por ejemplo, debe desecharse la común tendencia de identificar como sinónimos las nociones de “sistema concentrado” con “sistema austríaco” o con “modelo europeo” o “modelo kelseniano”, pues tal equiparación, al limitarse a un solo aspecto de la arquitectura procesal, genera una visión distorsionada del régimen de justicia constitucional europea. Claramente lo señala Francisco RUBIO LLORENTE, *Divide et obtempera. Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos*; en *Revista Española de Derecho Constitucional*; CEPC, Madrid; No. 67; 2003; págs. 55: “Aunque, como es bien sabido, al hablar de control concentrado como un rasgo típico del modelo kelseniano, se quiere decir sólo que es un Tribunal único el que goza en exclusiva de la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, aunque no de la competencia para examinar la conformidad o disconformidad de éstas con la Constitución, se suele pasar por alto el hecho de que este rasgo típico no es sin embargo un rasgo distintivo, un criterio que por sí solo lo defina frente a otros “modelos”. Control concentrado existe también en Estados en los que tal poder es monopolio del Tribunal Supremo, o más precisamente, del órgano que, sea cual fuese su denominación, está en la cúspide de la jurisdicción ordinaria”. Incurren en la inexacta equiparación conceptual, José A. RIVERA SANTIVAÑEZ, *Supremacía constitucional y sistema de control de constitucionalidad*; cit., pág. 33: “El sistema de control jurisdiccional concentrado o modelo europeo. Es aquel en el que la labor del control de constitucionalidad está encomendada a un organismo jurisdiccional especializado”, como Ernesto BLUME FORTINI, *El control de la constitucionalidad en el Perú (antecedentes, desarrollo y perspectiva)*; en *Derecho procesal constitucional*; Jurista Editores, Lima; 2ª edición, 2004; tomo I, pág. 224: “(...) el Modelo Europeo, igualmente conocido con las denominaciones de Modelo Austríaco, Modelo Kelseniano, Modelo de Control Ad Hoc o Modelo Concentrado de la constitucionalidad. Por su parte, BREWER-CARÍAS, *La jurisdicción constitucional en América Latina*, cit., si bien inicialmente identifica “sistema concentrado” con “modelo europeo” (ob. cit., pág. 123), más adelante precisa: “Por ello, el sistema concentrado de control de constitucionalidad, aun cuando sea generalmente similar al “modelo europeo” de Tribunales constitucionales especiales, no implica necesariamente la existencia de un Tribunal Constitucional especial, concebido constitucionalmente fuera del Poder Judicial. La experiencia latinoamericana de control concentrado de constitucionalidad así lo demuestra, pues, en general, han sido las Cortes Supremas de Justicia las que lo han ejercido; y en los casos en los cuales se ha atribuido a Tribunales Constitucionales el ejercicio del control, éstos están dentro del Poder Judicial (Guatemala, Colombia, Ecuador y Bolivia) con la excepción de los casos de Chile y del Perú, cuyas Constituciones regularon a los Tribunales Constitucionales fuera del Poder Judicial” (ob. cit., págs. 134 y 135).

aplicación de la Constitución han de entenderse como estadios de especialización procesal y, así, resulta plenamente factible que en un mismo ordenamiento jurídico acontezca la simultaneidad normativa de los mecanismos (no sistemas) abstracto y concreto de control constitucional, o de estructura organizacional difusa y concentrada; y ello, no porque se mezclen los modelos, que en definitiva son incompatibles¹¹⁸, sino porque conviven métodos e instrumentos de especialización; pero es importante indicar que la convivencia de mecanismos procesales generados en diferentes sistemas exige un mayor énfasis en el diseño de técnicas o soluciones procesales que reduzcan la posibilidad de decisiones contradictorias.

66. De esa forma, según la concreta configuración de los instrumentos procesales en un ordenamiento jurídico dado y, atendiendo al grado de interrelación (coherencia y vinculación) entre los mismos, no resulta forzado –ni lógica ni conceptualmente – hablar de “sistema dual”¹¹⁹, “sistema paralelo”¹²⁰ o “sistema yuxtapuesto”¹²¹ de control jurisdiccional de constitucionalidad, si con ello nos estamos refiriendo a la convivencia de métodos e instrumentos procesales, no a la “combinación”¹²², “hibridación”¹²³ o “coexistencia”¹²⁴ de modelos o sistemas.

¹¹⁸ Con la misma conclusión pero partiendo de premisas sumamente diferentes, ya que acepta la confrontación de sistemas y la mezcla de éstos, María Asunción GARCÍA MARTÍNEZ, *El control de constitucionalidad y sus acciones procesales*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Jurista Editores, Lima; 2ª edición, 2004; pág. 362 y ss.: “La misma estructura, bastante rígida, del modelo europeo de justicia constitucional concentrada y abstracta hace muy difícil su convivencia con un sistema difuso. No negamos la posibilidad de que se pretenda, y se consiga, mezclar elementos de ambos modelos o intentar su configuración paralela; lo que dudamos es que, en cualquiera de estos dos casos, los modelos puedan permanecer incólumes. Los intentos que se han realizado en este sentido han provocado forzosamente la desnaturalización de los sistemas originales, desnaturalización que ha podido ser más o menos profunda pero que ha provocado siempre la aparición de un modelo de justicia constitucional en el que se detectan fundamentos netamente diferentes de los de las dos formas primigenias. --- (...) la incidencia de la coexistencia de los dos sistemas de justicia constitucional en un mismo entorno jurídico porque en realidad esa coexistencia implica una contradicción en sí misma, muy difícil de superar”.

¹¹⁹ Domingo GARCÍA BELAUNDE, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, cit., pág. 144; refiere el siguiente contenido a la expresión: “El modelo dual o paralelo – puede llamarsele indistintamente – es aquél que se presenta cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, co-existen el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Y esto, que no es frecuente, tiene su partida de nacimiento en la Constitución peruana de 1979, reiterada en la vigente Carta de 1993”. Aborda de nuevo el mismo tema GARCÍA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, cit., pág. 154; y lo retoma Samuel B. ABAD YUPANQUI, *El nuevo modelo de jurisdicción constitucional en el Perú: antecedentes, balances y perspectivas*; en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*; UNAM, México; 1998; pág. 1.

¹²⁰ Al respecto, FIX ZAMUDIO, *Los tribunales y salas constitucionales en América Latina*; en *Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*; UNAM, México; 1995; pág. 73, dice: “No obstante que se han creado varias cortes o tribunales constitucionales, así como salas constitucionales especializadas en varios ordenamientos latinoamericanos, de acuerdo, como se ha dicho, con el modelo europeo o austriaco, se conserva en forma paralela el régimen calificado como “americano”, ya que al lado de la declaración general de inconstitucionalidad subsiste la desaplicación de las disposiciones legislativas en los procesos concretos, por lo que permanece el control difuso al mismo tiempo que el concentrado”.

¹²¹ Cfr., ANAYA BARRAZA, *La jurisdicción constitucional en El Salvador*, cit.; pág. 597.

¹²² Utiliza tal expresión FIX ZAMUDIO, *Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional*; cit.; pág. 97. “En la práctica estos elementos aparecen matizados, y si bien el predominio de varios de ellos nos permite calificar a un sistema de americano o de austriaco, no

67. En América Latina, para el caso, prácticamente desde el siglo XIX, y sin dejar de reconocer los diferentes énfasis en los orígenes y en la filosofía¹²⁵, es ante la necesidad de adaptar en un marco jurídico de origen europeo-continental – que a efecto de comparación se le puede identificar como sistemas de *civil law*¹²⁶ - una idea desarrollada inicialmente en el ámbito del *commow law*¹²⁷, que el iter recorrido en el desarrollo del control jurisdiccional de constitucionalidad de normas ha sido, precisamente, *una tendencia hacia una cada vez mayor especialización procesal*¹²⁸, inicialmente a través de elementos dinámicos de

podemos considerarlos en forma pura, en virtud de que existe una tendencia hacia su combinación por medio de sistemas que utilizan las ventajas de ambos y eluden los inconvenientes de una estructura rígida”.

¹²³ PEGORARO, *La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos ...*, cit., págs. 393 a 395; y también Alfonso CELOTTO, *La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos*; en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional; Porrúa, México; No.2, 2004; pág. 9: “Por otra parte, son frecuentes también las hibridaciones entre el modelo austríaco y el modelo americano, dando vida a formas de control de constitucionalidad “mixto”, es decir a un control difundido por parte de los jueces comunes al cual se adjuntan competencias específicas de adecuados Tribunales constitucionales o de secciones especializadas de las Cortes Supremas”.

¹²⁴ No compartimos, pues, la propuesta de Ernesto BLUME FORTINI, *El control de la constitucionalidad en el Perú (antecedentes, desarrollo y perspectiva)*; cit.; pág. 239: “En ella se perfila el Sub Modelo Dual o Paralelo de Control de la Constitucionalidad, caracterizado por la coexistencia de los clásicos Modelo Americano (...), con el Modelo Europeo”; o de Aníbal QUROGA LEÓN, *El derecho procesal constitucional peruano*; en *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*; UNAM, México; 2002; pág. 2915: “En nuestro ordenamiento jurídico es nota de gran importancia resaltar que coexisten al interior del texto constitucional los dos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, esto es, el difuso (*judicial review*) o americano; y el concentrado o europeo”.

¹²⁵ Con precisión lo señala, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979*; en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*; CEPC, et.al., Madrid; 2002; vol. II, pág. 1473: “La *judicial review* norteamericana no puede desvincularse del modelo federal de Estado acogido por los constituyentes de 1787, mientras que el control judicial de la constitucionalidad en Latinoamérica se vincula de modo estrecho con la protección de los derechos y libertades constitucionales”.

¹²⁶ Por supuesto, la comparación entre *civil law* y *commow law* sólo puede hacerse, con algún sentido práctico, sobre aspectos específicos, como bien lo precisara Mauro CAPPELLETTI, *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*; Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires; 1973; pág. 4: “Una primera dificultad de carácter objetivo a ofrece la inexistencia de un derecho procesal civil de la Europa Continental que pueda contraponerse, como un todo unitario, al *commow law* procedure. La contraposición *commow law*-*civil law* es una abstracción que sólo aproximadamente trata de expresar una verdad (...). --- Una segunda dificultad de carácter objetivo, que se agrega, pues, a la señalada multiformidad de los sistemas procesales europeo-continentales (...) consiste en la bien conocida y profunda diferencia entre los sistemas jurídicos, sustanciales y procesales, de los países del *civil law*, por un lado, y de los países de *commow law*, por otro”.

¹²⁷ Lo destaca FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979*; cit., vol. II, pág. 1458: “El trasplante legal de la *judicial review* norteamericana, forjada, como antes dijimos, en la tradición jurídica del *commow law*, a un trasfondo o marco hispánico y portugués de más de tres siglos, perteneciente al sistema romano-canónico, produjo, como significara Fix-Zamudio, instituciones peculiares que se apartan del modelo estadounidense, en cuanto se establecieron instrumentos procesales desarrollados en ordenamientos especiales, por lo que la propia revisión judicial se aplica a través de diversos procedimientos según los países”.

¹²⁸ Así, en los países latinoamericanos, el punto de arranque de los sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad fue, definitivamente, el modelo estadounidense, pero muy pronto surgieron expresiones tendentes a la especialización, propiamente por el establecimiento de mecanismos

técnica procesal (procesos, recursos, efectos de la decisión, etc.) y, en el último medio siglo (innegable influencia de la experiencia europea¹²⁹) por elementos organizacionales, mediante la creación de organismos especializados¹³⁰; pero, en todo caso, sin abandonar –pero sí matizando– los mecanismos primigenios de

procesales especiales, como el juicio de amparo en México (1841), o la acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela (1858). Para una visión panorámica de las líneas generales de la evolución del control jurisdiccional de constitucionalidad en la región, *vid.*, Allan R. BREWER-CARÍAS, *La jurisdicción constitucional en América Latina*, en colectivo *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, *cit.*, pág. 117 y ss., quien precisamente señala: “Por tanto, la situación constitucional en América Latina fue siempre distinta de la situación europea del siglo pasado y de la primera mitad de este siglo. Bajo la inspiración del constitucionalismo norteamericano, el principio de la supremacía constitucional y de la justicia constitucional se ha arraigado en nuestros países, habiendo pasado a configurarse como uno de los principios clásicos del constitucionalismo latinoamericano (...). --- Este principio de la supremacía de la Constitución y de su garantía objetiva, inevitablemente condujo a que en América Latina, desde el siglo pasado, comenzara a desarrollarse un sistema de control judicial de constitucionalidad de los actos del Estado, es decir, de justicia constitucional, tanto de carácter difuso como de carácter concentrado” (*ob. cit.*, págs. 121-122).

¹²⁹ Al respecto, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia Constitucional*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*; *cit.*; pág. 3894, expone: “Es digno de notar que este modelo (el europeo) ha reobrado sobre el propio modelo norteamericano, que fue recibido por muchas Constituciones iberoamericanas, las cuales han comenzado recientemente a establecer Tribunales Constitucionales con jurisdicción concentrada sobre este otro modelo”; y, en términos equivalentes, FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979*; *cit.*, pág. 1490: “Las dos últimas décadas han supuesto una verdadera eclosión de Tribunales Constitucionales en América Latina, generándose modelos de jurisdicción constitucional novedosos. Parece fuera de toda duda que la funcionalidad mostrada por los Tribunales Constitucionales en Europa en general, y en España en particular, en orden a la consolidación de Estados de Derecho asentados en valores materiales, entre los que los derechos y libertades ocupan un primigenio papel, ha tenido mucho que ver con la eclosión a la que antes aludíamos”. No creo, sin embargo, que la incorporación de tribunales constitucionales suponga, como asegura PALOMINO MANCHEGO, *Los orígenes de los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, *cit.*; pág. 408, que en América Latina el “modelo de revisión judicial (judicial review) o norteamericano haya pasado a un segundo plano”.

¹³⁰ Sobre establecimiento en algunos países de Latinoamérica de tribunales especializados en el control constitucional, fuera de la organización judicial, Enrique BERNALES BALLESTEROS, *El control constitucional en Perú*; en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*; CEPC, Madrid; No. 5, 2001; págs. 48 y 49; comenta: “El trasplante de una institución pensada en Europa puede ser materia de un debate multidisciplinario. Hay quienes no logran explicar la funcionalidad de una institución históricamente europea en países con peculiaridades que ponen el énfasis en la diferencia. Sin embargo, la doctrina que inspiró la creación de los Tribunales en Europa es perfectamente compatible con las experiencias y procesos históricos de los países en América Latina (...). --- El control concentrado, originado en las propuestas de Kelsen, ofrece ciertas ventajas para su incorporación en las Constituciones latinoamericanas. En primer lugar, permite que un órgano especializado tenga potestad revisora y expida sentencias de alcance general y que tienen además efectos confirmatorios y derogatorios”. No compartimos la idea que tales organismos especializados deban ser necesariamente calificados de “tribunales constitucionales”, que es en definitiva la propuesta que plantea Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México*; en *Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa, México; 4ª edición, 2003; págs. 242: “Una noción moderna y más amplia que corresponde a su enfoque material, entendiéndolo por tribunal constitucional al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental”.

control constitucional¹³¹, de impronta estadounidense¹³². Tal ha sido precisamente la experiencia salvadoreña¹³³.

¹³¹ Así lo destaca FIX ZAMUDIO, *Los tribunales y salas constitucionales ...*, cit., pág. 60: "Este sistema "europeo" o "austríaco" se difundió ampliamente en América Latina en las últimas décadas, primero de manera incipiente, pero en los últimos años con mayor vigor, sin afectar esencialmente la tradición "americana", es decir, sin que se hubiese producido su incompatibilidad con la desaplicación de las disposiciones legislativas por los jueces ordinarios, o en su caso, por la Corte o Tribunal Supremos". Por su parte, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México*; cit.; págs. 233-234, señala el improtante cambio que en el ordenamiento mexicano ha supuesto la introducción del control abstracto: "Por una parte se introduce la acción abstracta de inconstitucionalidad de las leyes, teniendo como paradigma al sistema europeo y, por otro, se amplían los supuestos de las controversias constitucionales (conflictos competenciales y de atribuciones entre órganos del Estado), otorgando a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad exclusiva para conocer de estos procesos jurisdiccionales y la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales para e futuro, lo que rompe con los esquemas del juicio de amparo mexicano que ha prevalecido desde su creación en el siglo XIX, cuyas sentencias sólo protegen al caso particular".

¹³² Sobre el influyente rol del modelo estadounidense en el desarrollo de los sistemas latinoamericanos, GARCÍA BELAUNDE, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, cit., pág. 130, expone: "Si algunos países en especial México y Venezuela, o si se quiere Venezuela y Colombia, como con acierto señalan muchos autores (...), tuvieron importantes aciertos en el desarrollo y apuntalamiento del control constitucional y en la defensa de los derechos humanos, ello no fue una creación ex novo, sino una creación derivada, o si se quiere, un matiz y desarrollo interesante y peculiar, y eventualmente original, pero sólo entendible y explicable desde el trasfondo de un desarrollo propio desde la experiencia norteamericana". En una opinión contraria, ROZO ACUÑA, *Estudio Preliminar, en Derecho Procesal Constitucional*; cit.; pág. 25: "Más precisamente, el control de constitucionalidad previsto en las primeras constituciones de Colombia y Venezuela, sólo para citar dos conocidos ejemplos del amplio mundo latinoamericano, tiene poco o nada del llamado americano o de los Estados Unidos de América".

¹³³ En El Salvador, la simbiosis entre un modelo constitucional estadounidense -que responde al sistema del *commow law*- y una tradición hispana sustentada en un sistema europeo-continental de base romanista o *civil law*, ha generado la incorporación de instrumentos procesales provenientes de ambos sistemas, pero, en realidad, **se ha tratado de la simple acumulación de instrumentos procesales** -en ocasiones, lamentablemente, mero mimetismo normativo- sin reflexionar sobre la incidencia de los mismos en el sistema preexistente o sin hacer los ajustes adecuados en razón de la adición de un nuevo instrumento procesal. En efecto, al examinar el desarrollo diacrónico del sistema de control de constitucionalidad en el ordenamiento salvadoreño se advierte que: por un lado, que no obstante la consagración de la supremacía constitucional en los textos constitucionales, no se deriva la consecuencia natural de aplicación preferente de la Constitución frente a las leyes; por otro lado, aunque no se deriva la noción de aplicación preferente y por ende inaplicabilidad de la norma inconstitucional, tampoco se prevén - sino hasta finales del siglo XIX - una vía procesal diseñada para la vigencia de los derechos constitucionales; y, finalmente, que cuando se han incorporado nuevos instrumentos procesales no se han hecho los necesarios correctivos derivados de las modificaciones. Y así tenemos, sólo para citar lo más evidente: (a) en prácticamente todos los textos constitucionales salvadoreños se consagra el principio de supremacía constitucional, pero no es sino hasta 1886 que se establece un instrumento específico a tal efecto, el denominado en esa época recurso de amparo; (b) ya en 1841 se había establecido el *habeas corpus* o exhibición de la persona, que presenta como antecedentes, sobre todo, con el *habeas corpus* inglés; el cual aparentemente es absorbido por el amparo en 1886, pero la realidad es que la ley en que se reguló el amparo sí se conservó, sin variación, el *habeas corpus*, el cual siguió operando como un medio de protección propio del proceso penal, al grado hace un dos décadas se confiere su conocimiento al ente especializado en el control constitucional; (c) en 1950 se consagra - en texto constitucional - el amparo y el *habeas corpus*, pero los mismos siguen funcionando, durante casi una década, con las mismas normas que les regulaban; (d) también en 1950 se crea la acción de inconstitucionalidad, pero el desarrollo legislativo para su realización no se hace sino hasta 1960; (e) en 1960 se promulga una Ley de Procedimientos Constitucionales que en esencia se circunscribe a reunir en un solo cuerpo disposiciones legales dispersas, pero no

68. Y es que, en definitiva, resultaba coherente – y aceptable – hablar de sistemas enfrentados o antitéticos¹³⁴ si colocábamos frente a frente el sistema estadounidense con el diseño kelseniano – sobre todo en su versión original – de jurisdicción constitucional¹³⁵, pero tal enfrentamiento se generaba, no tanto por los diferentes instrumentos procesales¹³⁶, sino porque los sistemas de control constitucional respondían a distintos presupuestos conceptuales, en concreto, a diferentes conceptos de Constitución¹³⁷; ya que, al fin y al cabo, la idea de

sistematiza una estructura común aplicable a los procesos constitucionales; (f) no obstante existir en el ámbito constitucional salvadoreño desde 1939, no existe desarrollo legislativo para la tramitación de las controversias entre los poderes legislativo y ejecutivo en el proceso de formación de la ley.

¹³⁴ Al respecto, Dominique ROUSSEAU, *La justicia constitucional en Europa*; CEPC, Madrid; 2002; pág. 14; luego de describir lo que entiende como modelo kelseniano, concluye: "Este es el modelo kelseniano de control de constitucionalidad, opuesto punto por punto al modelo americano"; pero a reglón seguido aclara que si bien el modelo kelseniano inspiró a los constituyentes europeos, solamente "puede hablarse de inspiración, ya que en la práctica la neta oposición entre el modelo americano y el modelo kelseniano se atenúa".

¹³⁵ Sobre el elemento determinante del modelo kelseniano no existe unanimidad; pues mientras algunos lo hacen residir en el carácter concentrado del control constitucional, otros lo fincan en la dualidad de jurisdicciones. Así sobre el primer criterio, *cfr.*, BREWER-CARÍAS, *El sistema mixto o integral de control ...*, *cit.*, pág. 202, quien identifica las denominaciones de sistema concentrado con sistema austríaco: (...) debe recalcar el hecho de que la característica fundamental del sistema no es la existencia de una corte, un consejo o un tribunal constitucional especial, sino más bien, la atribución exclusiva a un solo órgano constitucional del Estado del poder actuar como juez constitucional en lo que respecta a algunos actos del Estado, trátase de la corte suprema de justicia existente en el país o de una corte, un consejo o un tribunal constitucional especialmente creado". Sobre el otro criterio, *cfr.*, Francisco RUBIO LLORENTE, *Divide et obtempera...*, *cit.*; págs. 54 y 56: "(...) sino también para subrayar el rasgo que mejor sirve para diferenciar este modelo de todos los demás y que, pese a las transformaciones inducidas por la práctica en el diseño original de Kelsen, se ha mantenido invariable desde 1920 hasta nuestros días: la separación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria (...). --- El criterio decisivo no es el mayor o menor grado de concentración de control, sino la atribución del mismo a un órgano que no forma parte del Poder Judicial, de la jurisdicción ordinaria"; ; y, más adelante (*ob. cit.*, pág. 65), de tal circunstancia concluye: "En este contexto, el "modelo kelseniano" introduce una escisión entre dos jurisdicciones, la ordinaria y la constitucional, que por sí misma basta para debilitarlas, pues la legitimidad de la *jurisdictio* radica esencialmente en su *auctoritas*, que inevitablemente se ve disminuida cuando las distintas jurisdicciones llegan a soluciones distintas".

¹³⁶ Pues la diversidad de instrumentos procesales no supone, de ninguna forma, enfrentamiento entre sistemas.

¹³⁷ Hoy día va convirtiéndose en lugar común la precisión de que el modelo kelseniano de control de constitucionalidad se basaba en una abandona concepción de Constitución. Así, PRIETO SANCHÍS, *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*; Porrúa-UNAM, México; 2002; pág. 316; ha señalado este punto: "En este sentido, cabe decir que la jurisdicción constitucional kelseniana se basaba ante todo en una concreta idea de Constitución, que es seguramente el aspecto que hoy más se ha transformado: una idea de Constitución como norma preferentemente formal, de competencia y procedimiento y sólo hasta cierto punto (Kelsen lo repite siempre) de contenido. Claramente pone en guardia frente a ese riesgo que hoy es para muchos una espléndida realidad: lo que hoy llamamos principios (...). --- En resumen, creo que el modelo kelseniano de justicia constitucional pretende expresar el máximo nivel de compatibilidad que es posible alcanzar entre dos ideas o criterios que son tendencialmente contradictorios, el de constitucionalidad y el de la supremacía de la ley o, dicho de otro modo, el único sistema respetuoso con la tradición legalista del derecho europeo una vez que la Constitución ya no se concibe en términos meramente retóricos"; Silvio GAMBINO, *La jurisdicción constitucional de las leyes. La experiencia italiana desde la óptica comparada*; en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*; CGPJ-Tirant lo blanch, Valencia; 1997; pág. 266: "El modelo de justicia constitucional kelseniano se basa sobre un tipo de constitución inspirado en la austríaca (unívoca, clara y alejada de soluciones de compromiso), ajena a los citados principios sociales"; CANOSA USERA, *Dificultades*

Constitución determina la noción, alcance y contenido del control constitucional¹³⁸.

69. Y es que a partir de la noción kelseniana de Constitución¹³⁹ sí devienen en indispensables, para la defensa de la Constitución, tanto el diseño de un proceso especial – quizá más propiamente un procedimiento¹⁴⁰ –, como el establecimiento de un organismo especializado¹⁴¹ y, por ello, prácticamente se imponía la bifurcación de jurisdicciones, ya que hoy día no persiste¹⁴².

para la articulación de la justicia constitucional y ..., cit.; pág. 90: "Se ha producido una recíproca influencia y aproximación cuya causa no es otra que las transformaciones en el concepto de Constitución. En efecto, toda la construcción kelseniana reposa en una concepción de la constitución entendida como norma de cabecera de un Ordenamiento jurídico piramidal que paulatinamente va concretándose. A la cabeza de ese ordenamiento se halla la Constitución; ésta no vincula más que al legislador, siendo pues inaplicable por otros operadores jurídicos, por ejemplo, los jueces que aplican sólo la ley (...). De la concordancia entre Constitución y ley se ocupa el Tribunal Constitucional, órgano de cierre del Ordenamiento Jurídico, encargado precisamente, de asegurar esa vinculación del legislador a la Constitución"; y José F. PALOMINO MANCHEGO, *ob cit.*, pág. 166: "Lo que sí importa destacar es que dicho modelo de Tribunal, orgánica y competencialmente, es tributario de una específica concepción en torno a la idea de Constitución que Kelsen maneja (...). La Constitución, en el pensamiento kelseniano, no es una norma que asegure los valores fundamentales de la convivencia y que vincula a todos sin excepción, sino esencialmente la que estructura los órganos del Estado, señala los procedimientos de creación de las demás normas del ordenamiento estatal, y en esa medida, directamente vinculante, con carácter exclusivo, sólo al legislador ordinario".

¹³⁸ En la misma línea de pensamiento, Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Las competencias de los tribunales constitucionales de América del Sur*, en versión electrónica de revista *Ius et Praxis*, en www.utalca.cl: "La concepción de Constitución y de constitucionalismo determina la concepción de defensa de la Constitución y la mayor o menor amplitud de la jurisdicción constitucional, como asimismo, la fuerza normativa efectiva de la Constitución sobre gobernantes y gobernados".

¹³⁹ KELSEN, *ob. cit.*, pág. 21: "Lo que se entiende siempre y ante todo por Constitución – y la noción coincide en este sentido con la forma de Estado – es que la Constitución constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas. Esta regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación, forma la Constitución en sentido propio, originario y estricto del término". A partir de tal noción de Constitución, destinada a regular la elaboración de leyes, es prácticamente imperativo derivar, como lo hace KELSEN, *La garantía jurisdiccional ...*, cit., pág. 15, que "Garantías de la Constitución significa, entonces, garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución; es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes".

¹⁴⁰ Sobre las líneas generales de ese procedimiento especial, *vid.*, KELSEN, *La garantía jurisdiccional ...*, cit., pág. 52.

¹⁴¹ Al respecto, KELSEN, *La garantía jurisdiccional ...*, cit., pág. 52, señaló: "No es pues el Parlamento mismo con quien puede contarse para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales – esto es a una jurisdicción o tribunal constitucional". Y es que, desde la noción kelseniana de Constitución, ésta no correspondería ser aplicada por los jueces y, por ende, el control de constitucionalidad deberá encargarse a otro organismo estatal; circunstancia que se profundiza si se entendía, como lo hacía KELSEN, *idem*; pág. 54, que la función de anular leyes era una función legislativa: "Ahora bien, anular una ley equivale establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección de signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo". Sobre dicho tema, *cfr.* Francisco RUBIO LLORENTE, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el*

70. Sin embargo, si se parte de un mismo concepto de Constitución (y ello es precisamente el cambio más relevante en los sistemas europeos durante el siglo XX, tanto después de la 2ª Guerra Mundial como luego de la caída de los regímenes socialistas)), los diferentes métodos y la diversidad de instrumentos procesales no deben apreciarse desde una visión de enfrentamiento de sistemas¹⁴³; pues, en todo caso, sin desconocer las diferentes tradiciones jurídicas, el llamado "sistema europeo" de control de constitucionalidad no es un producto de una evolución a partir de la concepción europea de constitución que prevaleció durante el siglo XIX, ni responde conceptualmente a los presupuestos kelsenianos¹⁴⁴.

ejercicio de la jurisdicción constitucional, cit., págs. 466 a 473. En términos semejantes, Manuel ARAGÓN REYES, *Comentario Introductorio al Título IX, en Comentarios a Leyes Políticas, cit.*, tomo XII, pág. 24: "El modelo kelseniano resultaba congruente con la idea de Constitución en la que se asentaba: *norma normarum* que se dirige no sólo, pero especialmente, al legislador, de tal manera que no resultaba directamente aplicable por los Jueces, para quienes la ley es justamente la norma que deben aplicar. En consecuencia, para controlar la adecuación de la ley a la Constitución se crea un órgano especial, al margen de la jurisdicción ordinaria, que tiene como atribución característica, de manera, concentrada, el ejercicio de dicho control. La coherencia de ese modelo impondría, además, que el control se impulsase a través de un recurso directo".

¹⁴² Sobre este tema, Manuel ARAGÓN, *Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México D.F., No. 8, julio-diciembre, 2007; págs. 31-32: "A diferencia del originario modelo kelseniano (sólo sustentado en la teoría, pues ni siquiera en la práctica austríaca fue así, desde luego no a partir de 1929) basado en la existencia de dos jurisdicciones separadas, una, la constitucional, que aplica en exclusiva la Constitución, y otra, la ordinaria, que aplica en exclusiva la ley, el modelo europeo de justicia constitucional, decantado a partir de la segunda posguerra mundial, no parte de esa separación, sino de la interconexión entre una y otra jurisdicción (...). Ese es, pues, a grandes rasgos, el modelo europeo de justicia constitucional, muy alejado, por lo que se ha visto, de la originaria construcción kelseniana de las dos jurisdicciones separadas".

¹⁴³ Coincide, Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, *La justicia constitucional en los sistemas contemporáneos*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; 1997; pág. 15: "(...) pasó el tiempo, también, en que la contraposición, neta y abstracta, entre modelos contrapuestos de justicia constitucional se creía poder presentar, no sólo académicamente, como propia de culturas jurídicas incomunicadas y resultado de experiencias históricas del todo diversas. Sin ignorar, desde luego, la individualidad de los hechos históricos y la singularidad de cada tradición nacional, es un hecho que aquella contraposición de arquetipos (control "difuso" o "concentrado" de constitucionalidad, por citar el más célebre de todos los paradigmas) debe dejar paso hoy a una visión mucho más pragmática e integrada del panorama comparado, abierta al intercambio de experiencias y, en su caso, de fórmulas de control y coherente, sobre todo, con lo que muestra la justicia constitucional de nuestro tiempo".

¹⁴⁴ Sobre este punto, PRIETO SANCHÍS, *ob. cit.*; pág. 317; explica: "Este modelo kelseniano será el que sirva de referencia a la justicia constitucional europea posterior a la segunda gran guerra, pero sólo en apariencia. Salvo el aspecto estructural de jurisdicción concentrada y algunos otros de carácter procesal, los actuales Tribunales Constitucionales responden más bien al esquema norteamericano de *judicial review*. Luego tendremos la oportunidad de examinar algunas de esas transformaciones, pero tal vez el elemento más decisivo que expresa el abandono de la óptica kelseniana, el primero y el que más poderosamente llama la atención, se cifra en el contenido mismo del documento constitucional, que ha dejado de ser una norma sólo organizativa o procedimental para convertirse en una norma principal o rematerializada. Y en segundo lugar, unido a lo anterior, la apertura de la justicia constitucional a los discursos aplicativos, a la resolución de casos concretos, lo que supone tanto que el Tribunal Constitucional deja de ser un juez "abstracto", como que los tribunales ordinarios dejan de encarnar una justicia de mera legalidad para convertirse también en una justicia de constitucionalidad". Sobre el mismo tema, Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *et. al.*, *Jurisdicción y procesos constitucionales*; McGraw-Hill, Madrid; 2ª edición, 2000; pág. 17; expone,

71. En efecto, el "sistema europeo" de control de constitucionalidad constituye, más bien, un modo de hacer convivir una "nueva" (en Europa) noción de Constitución con una idea del Derecho¹⁴⁵ y un rol de los jueces que poco encajaban con aquélla¹⁴⁶. Ahora bien, siendo mayoritariamente común en Europa la idea de Constitución como norma jurídica, no existe razón para hablar de dos submodelos de justicia constitucional en Europa¹⁴⁷, dado que la actual

refiriéndose a los nuevas estaciones del sistema europeo de control de constitucionalidad (jurisdicción de conflictos y jurisdicción de la libertad), que "este último ámbito jurisdiccional no se reduce, en la actualidad, al originario esquema kelseniano del *legislador negativo*". Sobre este mismo punto, cabe señalar que uno de los puntos de los que constantemente se hace mención como justificante del establecimiento de control de constitucionalidad de las leyes en Alemania y en Italia, con posterioridad a la segunda guerra mundial, es la desconfianza en el legislador; pero precisamente tal consideración no existe en el diseño kelseniano, como bien lo ha hecho ver GAMBINO, *ob. cit.*, pág. 266: "Si el principio de constitucionalidad, entendido como garantía de la supremacía de la Constitución en la dinámica política, había sido el elemento determinante de la postura de Kelsen para asignar a un "juez constitucional" la tarea de realizar un juicio abstracto entre el producto del Parlamento y los límites establecidos por la Constitución a la función legislativa, ello no significaba, ni mucho menos, ni una actitud de recelo ante el Legislador, ni una atribución de competencias a favor del Tribunal Constitucional para sustituir al Parlamento en su función de desarrollo de los principios constitucionales".

¹⁴⁵ Sobre todo por la presencia – y dominio – en Europa de la noción de la supremacía de la ley. Con relación a la incidencia de esa idea – la supremacía de la ley – en la posibilidad de control judicial de las leyes, BLANCO VALDÉS, *La política y el Derecho ...*, *cit.*, señala: "Pues, ciertamente, mientras los revolucionarios norteamericanos obtendrán con rapidez las consecuencias naturales de la afirmación fundamental de la superioridad de la Constitución sobre la ley, teorizada por Alexander Hamilton con insuperable claridad en *El Federalista*, sus coetáneos europeos, situados en presupuestos constitucionales parcialmente similares, devendrán, sin embargo, prisioneros de un principio, el de la supremacía de la ley, auténtica barrera para obtener las conclusiones que, de modo congruente, tendrían que haberse derivado de la previsión del carácter rígido del texto constitucional y de la superioridad formal de la Constitución sobre la ley, consecuencia natural de aquella rigidez".

¹⁴⁶ En una idea que compartimos, Marian AHUMADA RUIZ, *¿Hay alternativas a la judicial review?*, en *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*; UNAM, México; 2002; pág. 13, dice: "A pesar de que muchos de los aspectos organizativos y procedimentales de esta nueva jurisdicción permiten vincularla con una tradición anterior – claramente con la técnica del control jurisdiccional de la administración, también con la jurisdicción de conflictos al modo de la *Staatsgerichtsbarkeit* – y aun admitiendo la indudable influencia del planteamiento kelseniano sobre su regulación, no parece exacto considerar a los Tribunales Constitucionales de la "segunda generación", los que nacen con las Constituciones de la última posguerra, un producto natural de esa tradición anterior, la cima de una evolución previsible. Por un lado, porque, como a menudo se ha destacado, son creados para garantizar un tipo de Constitución inédita en Europa, no sólo por su plena eficacia normativa, sino por sus contenidos (...). Por otro, porque el impulso para la introducción de esta jurisdicción procede del ejemplo americano que sigue apareciendo como "ideal", algo que será bien visible en el modo de decisión de los Tribunales Constitucionales". O en una gráfica expresión, Francisco RUBIO LLORENTE, *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*, en *La forma del poder*, *cit.*, pág. 507; dice: "la introducción de la jurisdicción constitucional en Europa no ha sido producto de una evolución, sino de una revolución"; y, en el mismo sentido, ROUSSEAU, *ob. cit.*, pag. 56, quien precisa que si bien el modelo kelseniano distinguía entre modelos, oponiéndolos, "en la práctica, los tribunales realizan al mismo tiempo controles abstractos, concretos y a instancia de individuos, disminuyendo de este modo la especificidad del modelo europeo respecto al americano".

¹⁴⁷ No compartimos, pues, la propuesta de Fabio FEBE, *El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución polaca*, en *Derecho procesal constitucional*; Ad-Hoc, Buenos Aires; 1ª edición, 2003; págs. 144-145: "El modelo europeo de justicia constitucional –así como inicialmente lo preveía Kelsen y luego lo desarrollara Favoreu– ya no es más suficiente para comprender las nuevas experiencias

idea sobre la jurisdicción especializada en el ámbito constitucional ha prácticamente desplazado la versión kelseniana originaria.

72. Ahora bien, aceptada una noción garantista de Constitución, los diferentes métodos e instrumentos para su aplicación no deben entenderse enfrentados o antónimos, sino como *modalidades procesales destinadas a un mismo fin (aplicación de la Constitución), que se distinguen entre sí en atención al grado de especialización que muestran*¹⁴⁸.

73. Y es que, además, el denominado "sistema europeo" no es, desde la perspectiva procesal constitucional, un sistema enfrentado o antónimo del sistema estadounidense, sino una modalidad de especialización de mecanismos procesales – tanto de procesos como de entidades –¹⁴⁹, como fórmula alternativa para afrontar la inexistencia del sistema del *stare decisis* y que históricamente resultaba más potable en sistemas jurídicos basados en una concepción del Derecho que esencialmente identifica a éste con el producto de la autoridad pública, en concreto, del legislador¹⁵⁰.

74. Explicación adicional - y aparte - requiere la convivencia, en un mismo ordenamiento, de mecanismos procesales para el enjuiciamiento constitucional,

constitucionales que se han realizado en el Este europeo. --- Deberá efectuarse entonces un nuevo – o quizás una evolución del viejo – modelo de "justicia constitucional" que se caracterice por la posibilidad de los individuos de acceder directamente al órgano de justicia constitucional, o al menos para la tutela de sus propios derechos constitucionalmente garantizados (...). --- Se abreviarían así dos modelos europeos, o quizás, mejor, dos submodelos de "justicia constitucional": uno, más clásico, que tiende a la garantía de la Constitución, el buen gobierno del sistema de las fuentes primarias y el equilibrio entre los poderes del Estado (...); el otro, más moderno, tiende a la garantía de la Constitución, principalmente, la garantía de los derechos fundamentales de los particulares (...)"

¹⁴⁸ La especialización puede ir adquiriendo perfiles cada vez más pronunciados, como es el caso de establecer reglas procesales especiales para algunas clases de "amparo"; v.gr., Pablo PÉREZ TREMP, *¿Reforma del Título IX de la Constitución?. El Tribunal Constitucional. Organización y funcionamiento*, en *Revista de Derecho Político*; UNED, Madrid; No. 37, 1992; pág. 2: "otras Leyes Orgánicas hacen referencia a recursos de amparo específicos; sin embargo, no se trata propiamente de nuevas competencias sino de reglas procesales especiales, puesto que todos los actos recurribles a tenor de estos preceptos serían impugnables en amparo aunque no existieran dichos preceptos".

¹⁴⁹ Al respecto, ROUSSEAU, *ob. cit.*, pág. 56, señala: "El modelo kelseniano distingue, oponiéndolos claramente, diferentes tipos de control. Pero en la práctica, los Tribunales realizan al mismo tiempo controles abstractos, concretos y a instancia de los individuos, disminuyendo de este modo la especificidad del modelo europeo respecto al americano".

¹⁵⁰ Con precisión, AHUMADA RUIZ, *ob. cit.*, pág. 13, expone: "En efecto, es el sistema de los Tribunales Constitucionales el que ha resultado más fácilmente exportable en la práctica: se extendió rápidamente por Europa, progresa en Latinoamérica y ha sido acogido por la mayor parte de los países que, tras el colapso de los regímenes comunistas, aprueban nuevas Constituciones. Parece que existe una tendencia natural a optar por esta fórmula en sistemas de derecho codificado, de raíz romanista, donde los jueces carecen de las amplias atribuciones de sus colegas del *commow law*, donde no rige el sistema de *stare decisis* y, por tradición, la idea de seguridad jurídica, de certeza del derecho, se ha vinculado con la primacía de la ley y el absoluto predominio de las fuentes de derecho escrito". Al respecto, ROUSSEAU, *ob. cit.*, pág. 56, señala: "El modelo kelseniano distingue, oponiéndolos claramente, diferentes tipos de control. Pero en la práctica, los Tribunales realizan al mismo tiempo controles abstractos, concretos y a instancia de los individuos, disminuyendo de este modo la especificidad del modelo europeo respecto al americano".

por un lado, concreto - esto es, de desaplicación de la norma que se estima inconstitucional -, y, por otro lado, abstracto - sin vinculación a un caso específico -. Y en este punto sí se advierte claramente la diferencia entre los regímenes europeos y la mayoría de ordenamientos latinoamericanos, ya que, mientras en Europa por regla general el juez está impedido de desaplicar la norma inconstitucional, en América Latina existen ordenamientos en los que junto a la potestad judicial de inaplicabilidad se prevén procesos para el control abstracto de constitucionalidad.

75. Es importante insistir que en Europa continental domina - salvo algunos mecanismos procesales -, como modo de enjuiciamiento para el control constitucional de normas, el enjuiciamiento constitucional abstracto, pues las denominadas formas "concretas" de control (como el control concreto en Alemania, la vía incidental en Italia y la cuestión de inconstitucionalidad en España, que muestran semejanzas pero también importantes diferencias entre sí) son tales pero únicamente en la forma de iniciación del procedimiento, ya que la confrontación internormativa es definitivamente abstracta¹⁵¹; aunque bien es cierto que en la interpretación que en ámbito constitucional se hace de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona inciden las circunstancias y la dialéctica del caso concreto¹⁵², con lo que queda en evidencia que el cauce procesal del

¹⁵¹ Sobre este tema, *vid.*, Javier JIMÉNEZ CAMPO, *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*; en *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*; Tribunal Constitucional-CEC, Madrid; 1999; pág. 76, se refiere a la cuestión de inconstitucionalidad, en los siguientes términos: "Control concreto "impropio" el de esta última vía - se ha matizado, con todo -, pues "abstracción" y "concreción" serían rasgos del modo de planteamiento o iniciación de cada procedimiento, no, sin embargo, del tipo de enjuiciamiento que lleva a cabo, por una vía u otra, el Tribunal Constitucional, enjuiciamiento que sería siempre de carácter "abstracto", mediante el contraste entre el enunciado legal impugnado o cuestionado y las normas que se identifican como su canon de inconstitucionalidad"; y, el mismo autor, *Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España*, en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*; CGPJ-Tirant lo blanch, Valencia; 1997; págs. 97 y 98: "Una advertencia sobre el empleo de estas expresiones: se dice que la cuestión es un instrumento de control concreto y hay que precisar que la concreción de la cuestión nace o se sitúa, ante todo, en su origen, aunque quizá no tanto en el enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional, pues el enjuiciamiento que lleva a cabo el Tribunal Constitucional es en la cuestión de inconstitucionalidad - se dice - tan abstracto como el enjuiciamiento a que da lugar un recurso de inconstitucionalidad". Refiriéndose al control concreto en Alemania, Albrecht WEBER, *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania*, en *Cuadernos de Derecho Público*; INAP, Madrid; No. 7, 1999; pág. 46; dice: "El proceso de control (concreto) de constitucionalidad de las leyes es por tanto evidentemente un proceso jurisdiccional constitucional jurídicamente objetivo, independiente de las pretensiones de las partes".

¹⁵² Al respecto, Roberto ROMBOLI, *La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Italia*, en *Cuadernos de Derecho Público*; INAP, Madrid; No. 7, 1999; págs. 38 y 39: "En el juicio incidental, de hecho, el control de la Corte (entre abstracción y concreción, autonomía y dependencia del juicio principal)" aun teniendo por objeto la conformidad de una ley a la Constitución, se ha llevado siempre a cabo teniendo cada vez más en cuenta las circunstancias del caso a decidir y, por tanto, las consecuencias prácticas de la aplicación de la ley impugnada"; y, en términos equivalentes, tanto Rosario SERRA CRISTÓBAL, *El papel de la cuestión incidental de constitucionalidad en la relación entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria*; en *Revista del Poder Judicial*; CGPJ, Madrid; No. 49, 1998; págs. 166 y 167, dice: "Precisamente el hecho de que la cuestión de inconstitucionalidad se produzca en el seno de un litigio o proceso real, hace que el control abstracto de la ley que se realiza conlleve necesariamente un juicio de constitucionalidad en el que pesa la dialéctica del caso concreto, que entra ya dentro del característico cuadro

control constitucional también incide en el modo mismo de enjuiciamiento constitucional que hace el ente jurisdiccional encargado en definitiva del control constitucional¹⁵³.

76. Lo anterior se explica, en parte, por la concepción de Derecho que predomina en Europa continental, que esencialmente identifica Derecho con el producto del legislador¹⁵⁴; a diferencia de la visión anglosajona¹⁵⁵. En muchas

mental de la justicia (...). --- La interpretación de la ley impugnada que lleva a cabo el órgano llamado a aplicarla en un supuesto singular es una interpretación abstracta, aunque articulada sobre el problema constitucional que se suscita en un pleito determinado"; como JIMÉNEZ CAMPO, *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*; cit., págs. 77 y 78: "Al conocer de una C.I. (cuestión de inconstitucionalidad), no así al resolver un R.I. (recurso de inconstitucionalidad), el Tribunal Constitucional se encuentra siempre ante un problema concreto de aplicación del Derecho, de aplicación de la ley y de la Constitución, y por más que su enjuiciamiento deba ceñirse al examen de la norma cuestionada a la luz de las reglas constitucionales, no creo que ese planteamiento de origen carezca de toda repercusión sobre el propio juicio constitucional. --- Cualquiera que esté familiarizado con el Derecho vivo sabe bien que la identificación del sentido de los enunciados normativos se ha de obtener en la interacción del problema o del caso con el programa que la regla incorpora, pues sólo así resulta reconocible, en toda su variable complejidad, el ámbito vital disciplinado por la norma, sus necesidades intrínsecas de ordenación y el modo en que la regla permite dar respuesta a tales exigencias".

¹⁵³ Al respecto, vid., JIMÉNEZ CAMPO, *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*; cit.,; págs. 75, 76, pero sobre todo pág. 78: "(...) no es menos claro que una y otra interpretación del juez a quo (troqueladas – insisto – sobre el caso litigioso) deben ser consideradas por el órgano de la justicia constitucional y pueden condicionar – esto es lo importante – el entendimiento por el propio Tribunal de lo que dispone el precepto cuestionado y de lo que ha de entenderse, visto el planteamiento del proceso en suspenso, como exigencia jurídico-constitucional en el caso"; y, del mismo autor, *Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España*; cit.,; pág. 99: "Las cosas son exactamente distintas en la cuestión de inconstitucionalidad; la cuestión de inconstitucionalidad se promueve también sobre una interpretación de la Constitución y, en lo que ahora quiero subrayar, sobre una interpretación de la ley cuestionada, evidentemente, pero esta última es ya una interpretación aplicativa. Una interpretación que el órgano judicial articula a partir del supuesto particular".

¹⁵⁴ Sobre este tema resultan interesantes el análisis de Gabriel BOUZAT, *El control constitucional. Un estudio comparativo*; en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; 1991; pág. 76 y ss.: "El diferente grado de desarrollo de la tradición estatal entre Francia y los Estados Unidos debe ser relacionada con la recepción del derecho romano, que en su versión bizantina, ocurrió en la primera y no en el segundo que continuó la tradición del *commow law* inglés (...). --- En la concepción jurídica posterior a la recepción del derecho romano, el derecho fue concebido y se fue desarrollando en Europa continental, como un producto de la autoridad pública - diferenciado y obligatorio – aplicado por el poder público. El estado recabó para sí la función de crear derecho (...). En otras palabras, el derecho se nacionalizó o estatizó (...) El grado de desarrollo de la tradición estatal determina importantes caracteres del derecho. En los países con una fuerte tradición, en los que el estado aparece como entidad impersonal, distinta del gobierno y del pueblo, con una autoridad fundada en la creencia en la racionalidad de la ley y confiado en una estructura burocrática, el derecho se convierte en un instrumento de gobierno que es aplicado a la población uniformemente (...). Este carácter racional, en la visión de Dyson, genera una preferencia por los problemas lógicos que por la experiencia histórica, y conlleva una estricta jerarquía de las fuentes del derecho con preeminencia de la legislación, a la que se considera completa, clara y consistente. Esta concepción del derecho genera un profundo descreimiento en el activismo judicial y considera que la justicia puede sólo ser obtenida a través de la aplicación estricta del derecho escrito. Es por eso que la ciencia jurídica en el continente europeo dirige su atención a la articulación del pensamiento jurídico de manera rigurosa".

¹⁵⁵ En este punto se sigue a BOUZAT, *El control constitucional. Un estudio comparativo*; cit., pág. 80: "Debemos recordar que al derecho no se le entendía como una emanación del estado sino como

ocasiones no se presta demasiada atención a este punto¹⁵⁶, pero lo cierto es que la idea de Derecho que predomina en un ordenamiento jurídico específico – y el rol que al respecto se atribuye a los jueces – condicionará en mucho el sistema de control de constitucionalidad que se adopte¹⁵⁷.

77. Sobre este tema, América Latina se enfrentó a una dualidad que asemejaba insuperable: el referente de las repúblicas nacientes de la descolonización de las potencias ibéricas era Estados Unidos, por lo que se asumió la idea de Constitución como norma jurídica y, por ende, desde muy temprano se asumió la idea del control jurisdiccional de constitucionalidad, generada en la tradición del *commow law*, en el cual los jueces tienen un preponderante papel en la formulación del Derecho; sin embargo, tal idea difícilmente encajaba –y encaja– en una noción del Derecho de impronta europeo continental, en la que el juez no es, por principio, creador de Derecho, sino que éste es producto del Estado.

78. La necesidad de conciliar la idea de control jurisdiccional de constitucionalidad en ordenamientos jurídicos de basamento romano-canónico condujo muy rápidamente a la creación de correctivos, como el establecimiento de mecanismos e instrumentos procesales especiales y, además, a la

un conjunto de preceptos que eran descubiertos y reconocidos por los jueces. --- Como consecuencia, la tradición del *commow law* le atribuyó al poder judicial un lugar central. K. Dyson afirma que "los jueces ingleses desarrollaron y explicaron el derecho a través de la argumentación y la contra-argumentación. Al contrario de los jueces franceses, los jueces ingleses adquirieron un estilo individualista, subjetivo y discursivo, que se relacionaba con la solución de casos concretos y no con la interpretación de textos legales. Por eso el problema del método jurídico está centrado en los países anglosajones en la figura del juez, mientras en Europa continental se funda en la labor del teórico y del legislador. Estas características de la judicatura inglesa fueron exportados a América con la colonización, donde adquirieron nuevos bríos".

¹⁵⁶ Para un acercamiento a las nociones básicas de este tema, altamente recomendable Michel ROSENFELD, *El juicio constitucional en Europa y los Estados Unidos: paradojas y contrastes*; en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*; Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México D.F.; No. 8, julio-diciembre 2007; págs. 241-282, quien advierte que las diferencias se remontan a la diversa forma de operar el enjuiciamiento constitucional en un sistema romanista y en un sistema de *common law*.

¹⁵⁷ Por ejemplo, aún dentro del mismo ámbito europeo, RUBIO LLORENTE, *Divide et obtempera*; cit., págs. 56 y 57, hace la siguiente distinción: "La distancia entre la idea a partir de la cual se construyó la *judicial review* y la que sirve de base al modelo kelseniano, se hace así muy patente en Francia, en donde esa distancia llega a su límite. La jurisdicción constitucional no se construye allí, como en la mayor parte de los Estados europeos, a partir de la idea de que la Constitución ha de ser aplicada por todos los jueces, para evitar que la actuación de estos produzca resultados imprevisibles y una inseguridad generalizada, sino sobre el supuesto implícito de que los jueces no han de aplicar nunca la Constitución, sino sólo la ley, que si ha de ser depurada, debe serlo antes de que llegue a sus manos. --- La utilización de la dualidad de jurisdicciones, constitucional y ordinaria, como criterio distintivo del "modelo kelseniano", obliga en consecuencia a diferenciar en su seno dos variantes bien diferenciadas, según que el control de constitucionalidad de la ley esté unido, o no, a la aplicación judicial de la Constitución. Cuando no lo está, como en Francia, o la aplicación judicial de la Constitución sólo se extiende a ciertos preceptos de la misma, como en Bélgica, el juez ordinario no tiene la obligación ni el poder de examinar la conformidad entre Constitución y ley. Cuando, por el contrario, como sucede en la mayor parte de los casos, la Constitución forma parte del Derecho que los jueces han de aplicar, pesa sobre ellos la obligación de interpretar de conformidad con ella todas las normas de rango inferior, y cuando esa interpretación conforme sea imposible, la de no aplicarlas, si son normas infralegales, o cuestionarlas ante el Tribunal Constitucional, si son normas con valor de ley".

reconducción de la decisión definitiva sobre el control constitucional a las Cortes Supremas de Justicia, sobre todo para afrontar la ausencia de la vigencia del principio del *stare decisis* (v. gr., el recurso extraordinario de inconstitucionalidad en Argentina; o el carácter vinculante de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo en México).

79. Sin embargo, lo cierto es que el control jurisdiccional de constitucionalidad exclusivamente concreto presupone una noción del Derecho y un rol socio-político de los juzgadores que no corresponde a la cultura jurídica que ha dominado en América Latina, de impronta europeo-continental¹⁵⁸, al grado que es común referirse a la inoperatividad en la realidad del control difuso en América Latina¹⁵⁹.

80. La anterior situación vuelve ineludible la necesidad de buscar mecanismos que posibiliten la efectiva vigencia de la Constitución y, en definitiva, si se quiere obtener algún grado de viabilidad y efectividad de los mecanismos a crearse, éstos han de ser tales que encajen tanto con la idea de Derecho que predomina en la cultura jurídica del país como con el rol que a los jueces se atribuye en la creación del Derecho; y, a tal efecto, dada la impronta europea-continental de los ordenamientos latinoamericanos, resultan apropiados (pues son posibles dentro del esquema mental de la cultura jurídica latinoamericana) los mecanismos e instrumentos procesales para el enjuiciamiento abstracto de constitucionalidad de la norma; lo que en definitiva también ha requerido el establecimiento de organismos especializados para el control jurisdiccional de constitucionalidad¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Al respecto, ROSENFELD, *ob. cit.*, pág. 256, señala es sumamente preciso al identificar el origen de las diferencias: "A diferencia de la tradición romanista en la cual el derecho es producto exclusivo de la legislación y los jueces son confinados a aplicar la ley del legislador, en la norteamericana de *commow law* el juez es una fuente independiente de derecho y un control para las leyes (inconstitucionales) del legislador. Entonces, tanto en el *Rechtsstaat* como en el *État légal*, el derecho se hace por el Estado a través del legislador y los jueces sirven a ambos al interpretar y aplicar la ley; en contraste, los jueces dentro del *rule of law* norteamericano a veces siguen al legislador, crean derecho o tumban la ley del legislador o los decretos del ejecutivo, usando así los poderes del Estado contra el Estado mismo".

¹⁵⁹ A ello se refiere CANOSA USERA, *Dificultades para la articulación de la justicia ...*, *cit.*, pág. 93: "Quizás sea la naturaleza, también política del control de constitucionalidad, junto con la falta de conciencia constitucional de los jueces ordinarios, lo que ha hecho fracasar la mimética reproducción iberoamericana del modelo estadounidense".

¹⁶⁰ Sobre la incorporación, en Latinoamérica, de elementos del control concentrado, CANOSA USERA, *Dificultades para la articulación de a justicia ...*, *cit.*, págs. 93 y 94; expone: "La solución se ha buscado, por tanto, no en la reproducción del modelo estadounidense sino en la evolución del modelo centralizado – en Europa – o del modelo de control difuso con la introducción de mecanismos de control centralizado – en América -. Pero estas soluciones, por lo menos del lado europeo, no cierran todas las cuestiones abiertas desde que las Constituciones se proyectan, con su indiscutida supremacía, sobre todos los poderes públicos, incluyendo a los jueces. Quizás los complejos sistemas que se están constitucionalizando en Iberoamérica resuelvan los problemas planteados, sobre todo cuando el mismo órgano, la Corte Suprema que se encarga de resolver en última instancia en los casos de control difuso, es también el órgano al que se encomienda protagonizar el control centralizado. Este proceder ataja los problemas, muy graves, de articulación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria".

81. Y decimos que son posibles, por ejemplo, porque en la mentalidad jurídica latinoamericana sí aceptamos la posibilidad de una decisión jurisdiccional basada exclusivamente en la mera confrontación lógica entre dos disposiciones – la constitucional y la infraconstitucional –, sin que se requiera la existencia previa de un caso relativo a hechos específicos, sea una controversia, sea una situación de incerteza; posibilidad de difícil comprensión en la mentalidad jurídica anglosajona.

6. LA RELACIÓN ENTRE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

82. Claro ha quedado de lo consignado arriba que las expresiones derecho procesal constitucional y jurisdicción constitucional no se refieren a conceptos idénticos ni equivalentes, pero sí se refieren a nociones estrechamente vinculadas y, aunque en puridad técnica no son mutuamente dependientes, por regla general coexisten, sobre todo porque la segunda –la jurisdicción constitucional– presupone la existencia del primero –derecho procesal constitucional–.

83. Y es que –como se indicó líneas arriba–, si bien teóricamente no es indispensable la creación de procesos específicamente destinados a la aplicación de la Constitución, nada impide que – para mayor garantía de la fuerza normativa de la Constitución–, se diseñe un conjunto de instrumentos y técnicas procesales destinados a la decisión sobre pretensiones fundadas directamente en la normativa constitucional. *La configuración de procesos con ese fin supondría ya la existencia de un derecho procesal constitucional, pero no de una jurisdicción constitucional.*

84. Así, la existencia de un sistema (o más propiamente, un subsistema) de normas diferenciales del derecho procesal general, destinadas a la aplicación jurisdiccional de la Constitución, no exige ninguna competencia especializada, pero es común circunstancia que cuando se establece un área procesal especializada para la aplicación de la normativa constitucional, la tendencia sea hacia el establecimiento de una competencia especializada para conocer y decidir en tales procesos, determinándose que a ciertas entidades judiciales corresponde, con exclusión de las otras (*exclusividad procesal*), el conocimiento y decisión sobre determinadas pretensiones, lo que supone la exclusiva tramitación respecto de una clase de procesos¹⁶¹; construyéndose así generalmente denominada *jurisdicción constitucional* (utilizando el primer vocablo, claro, en la

¹⁶¹ Un ejemplo paradigmático de la relación entre las categorías jurídicas y específicamente en lo que se refiere al común entendimiento de la “adjetivación” de la jurisdicción como equivalente al establecimiento de tribunales de competencia especializada, es la materia mercantil: Por D.L. No. 360, del 14 de junio de 1973, se decretó la Ley de Procedimientos Mercantiles, estableciéndose – en el Art. 3 de dicha ley –, que el trámite correspondería a los “jueces y tribunales con jurisdicción en lo civil”; por lo que, en virtud de dicho texto legal, desde 1974 – entrada en vigencia de la ley, Art. 127 –, era válido referirse a un derecho procesal mercantil (no se examina aquí la impropiedad de la atomización procesal); sin embargo, se habló de jurisdicción mercantil hasta que, por D.L. No. 317, del 13 de marzo de 1986, publicado en el D.O. No. 55, tomo 290, del 21 del mismo mes y año, se crearon los primeros juzgados de lo mercantil.

acepción de competencia especializada), de la que el instituto más característico es el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes¹⁶².

85. Como noción meramente descriptiva desde la perspectiva procesal¹⁶³, entonces, con *jurisdicción constitucional* se dice de la competencia especializada para conocer de una determinada clase de pretensiones, caracterizadas por fundamentarse directamente en la normativa constitucional, a conocerse y decidirse en una determinada clase de instrumentos procesales.

¹⁶² Realmente llama la atención la notable difusión que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley ha tenido en el último medio siglo, sobre todo considerando que –si convencionalmente se elige, como “época de nacimiento” del instituto, 1803, con la sentencia *Marbury contra Madison*– son 200 años de existencia; pero su expansión ha sido tal que hoy día prácticamente se asume como parte indispensable de un proceso de consolidación y desarrollo constitucional. Sobre la difusión del mecanismo, ya CAPPELLETI, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*; cit., pág. 61, decía, refiriéndose a los sistemas difuso y concentrado de control de constitucionalidad de leyes, que ambos sistemas han demostrado “una fuerza suya de expansión verdaderamente notable”; o que el “nacimiento y expansión de los sistemas de justicia constitucional constituye, tras la Segunda Guerra Mundial, uno de los fenómenos de mayor relevancia en la evolución de un número mayor de países europeos” (ob. cit., pág. 309); y, por ello, a inicios de los 80’s del siglo pasado, aseguraba que, con la excepción de Yugoslavia, tan “sólo los países de la familia jurídica socialista” se mantenían indemnes a la influencia del fenómeno. Tal situación varió radicalmente a finales de los 90’s, como lo ha puesto de relieve Krystián COMPLAK, *El significado de la Constitución en la Europa del Este después de la caída del comunismo*, en colectivo *El significado actual de la Constitución*; cit., pág. 150, señala: “Exceptuando Estonia y Letonia, en todos los antiguos países socialistas europeos funcionan los tribunales constitucionales como organismos especializados para dar eficacia jurídica a sus cartas magnas. La principal atribución de estos órganos consiste en la eliminación del sistema jurídico nacional de normas contrarias a la ley fundamental del país”. Sobre la situación en América Latina, Héctor FIX ZAMUDIO, *Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales*, en colectivo *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*; UNAM, México; 2002; pág. 205, describe: “Por lo que respecta a los ordenamientos latinoamericanos, debe recordarse, que por muchos años prevaleció el modelo estadounidense de carácter difuso, con efectos particulares y constitutivos, pero con diversas modalidades, el que por su predominio desde Canadá hasta Argentina, ha sido calificado como *sistema americano*, pero en los últimos años se advierte una aproximación al *modelo austriaco o continental europeo*, con la creciente introducción de tribunales, cortes o salas constitucionales, sin que por ello se prescindiera de la revisión judicial de origen norteamericano, lo que ha culminado con una combinación de ambos sistemas”. Sobre el mismo tema, también de Héctor FIX ZAMUDIO, *vid.*, *Los tribunales y salas constitucionales en América Latina*, en colectivo *Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*; UNAM, México; 1995; pág. 59 y ss.. Ya VERGOTTINI, ob. cit., pág. 196, señalaba que el control jurisdiccional de constitucionalidad “se da sólo en los ordenamientos garantistas”. Una importante derivación de la expansión de la jurisdicción constitucional es que, prácticamente por efecto reflejo, en los países de base romanista, el derecho constitucional está adquiriendo –y cada vez será más notorio– un perfil judicial, esto es, el estudio y comprensión del derecho constitucional no podrá obviar las decisiones de las entidades a cargo del control constitucional, sobre todo en los países que tienen, como parte de su sistema, mecanismos de control concentrado; al respecto, *vid.*, Giancarlo ROLLA, *Consolidación y desarrollo de la justicia constitucional en Europa: el surgimiento de algunas líneas de tendencia comunes*; en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*; Palma de Mallorca; No. 16, 1988; pág. 134; quien concluye: “Resulta necesario afirmar que la difusión de la jurisdicción constitucional atribuye al Derecho constitucional una base eminentemente judicial”.

¹⁶³ Que, aunque cercana en algunos puntos, no coincide con la noción orgánica que de jurisdicción constitucional expone SERRA RAD, ob. cit., pág. 4: “Para esta posición, la jurisdicción constitucional se da cuando se atribuye el conocimiento de pretensiones fundadas en normas de derecho constitucional a órganos jurisdiccionales independientes de la común organización judicial”.

86. Se trata, como es evidente, de un modo procesal de atribución de competencia, y no de la atribución de una materia específica¹⁶⁴, ni tampoco de la determinación de la competencia en razón de un específico objeto de control¹⁶⁵; y ello porque:

- a. en primer lugar, la normativa constitucional, en razón de la supremacía que le caracteriza, debe – en sentido imperativo – ser aplicada en cualquier proceso y por cualquier entidad jurisdiccional; y,
- b. en segundo lugar, al no referirse el derecho constitucional a un sector específico del ordenamiento, la “materia” constitucional sólo puede precisarse en razón de la jerarquía normativa, y no por su contenido¹⁶⁶; y
- c. en algunos ordenamientos conviven un control difuso de efectos

¹⁶⁴ ARAGÓN, *Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo*, cit., págs. 31-32: “Entendida la justicia constitucional como aplicación judicial de la Constitución, esa justicia, por lo que se ha dicho, es ejercida por ambas jurisdicciones, es decir, tanto por la constitucional como por la ordinaria; ambas aplican (y por ello interpretan la Constitución, ambas deben interpretar constitucionalmente la ley y ambas pueden enjuiciar la conformidad a la Norma Fundamental de los actos sometidos a su control jurisdiccional”.

¹⁶⁵ No compartimos, entonces, el análisis que hace BREWER-CARÍAS, *La justicia constitucional en la Constitución venezolana de 1999*, cit., pág. 2103, al hacer recaer el punto nuclear de la jurisdicción constitucional en el objeto de control: “Insistimos que se trata, como la casi totalidad de las jurisdicciones constitucionales que muestra el derecho comparado, de una jurisdicción que se caracteriza única y exclusivamente por el objeto de control: sólo se refiere a los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (donde se incluyen las leyes) y a ningún otro; por lo que no es una jurisdicción que se pueda caracterizar por el motivo de control (inconstitucionalidad).

¹⁶⁶ En sentido semejante, refiriéndose al ámbito y modo de atribución de las competencias del Tribunal Constitucional español, Manuel ARAGÓN, *Comentario al artículo 161*, en *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, EDERSA, 1988, tomo XII, págs. 167-169: “Este modo “procesal” de atribución, perfectamente correcto en cuanto que se trata de un verdadero Tribunal, sugiere ya la primera reflexión general sobre las competencias. No estamos ante un sistema claro de atribución “material” (de ahí la inexactitud del párrafo d) del apartado primero de este artículo cuando se refiere a “las demás materias”), sino, como antes se dijo, “procesal”. Tampoco se trata de una atribución “formal” (por el tipo de normas que aplica o que controla), ya que la Constitución y las demás normas que integran el parámetro de la constitucionalidad también son aplicadas por los órganos judiciales ordinarios, y las normas (incluidas las leyes en el caso del control de constitucionalidad “favorable” al decidir no plantear la cuestión, y desde luego los Decretos-legislativos y los Reglamentos) y actos de los que el Tribunal puede conocer (actos jurídicos o vías de hecho) también son controlables por la jurisdicción ordinaria” (...). Lo que caracteriza al Tribunal es que entiende de determinado tipo de procesos. Bajo ellos se esconden siempre, claro está, materias constitucionales (...). Ahora bien, tales “materias”, tan ampliamente descritas, no son todas de conocimiento exclusivo por el Tribunal. En realidad, su “específica” y genuina (y exclusiva) función es la de ser el supremo intérprete de la Constitución (que es la muy correcta expresión empleada por el artículo 1 de su Ley Orgánica); supremo intérprete y, claro está, supremo aplicador. Lo que “conoce”, en fin, de manera exclusiva (y aquí no se puede utilizar la poca jurídica expresión de función, sino la de competencia) es el tipo de procesos que tiene encomendados, exclusividad que, ahí, sí se corresponde con su condición de único y con carácter nacional de su jurisdicción”. Manuel ARAGÓN REYES aborda nuevamente el tema en *La justicia constitucional en el siglo XX. Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI*, en colectivo *La ciencia del derecho durante el siglo XX*; UNAM, México; 1998; pág. 166: “La “jurisdicción” constitucional no se caracteriza por ejercer el monopolio de aplicación de la Constitución, sino por tener atribuido, en monopolio, el conocimiento de determinados procesos constitucionales (es lo que ocurre con los actuales Tribunales Constitucionales europeos, aunque también todos los tribunales ordinarios aplican la Constitución)”.

inter partes con un control concentrado de efectos generales, no existiendo diferencia en el eventual objeto de control constitucional.

87. Puede decirse, entonces, con precisión, que la denominada jurisdicción constitucional es, en realidad, una determinación de competencia por criterio funcional, esto es, está configurada en razón de un criterio de *competencia funcional*¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Vid., Jaime GUASP, *Derecho Procesal civil*; Instituto de Estudios Políticos, Madrid; reimpresión de 3ª edición, 1973, pág. 127: "Ahora bien, la especialidad de un proceso puede venir fijada por consideraciones de orden jurídico sustantivo, es decir, de la materia, o de orden jurídico procesal, es decir, de la función, y, a compás de esta diferenciación, la competencia jerárquica correspondiente es una competencia material o una competencia funcional".